



**PRZEGLĄD PRAWNICZY**  
**UNIwersYTETU**  
**WARSAWSKIEGO**

WARSAW UNIVERSITY LAW REVIEW



**Wydział Prawa i Administracji**  
**Uniwersytetu Warszawskiego**

**ROK XIV**  
**VOLUME 14**

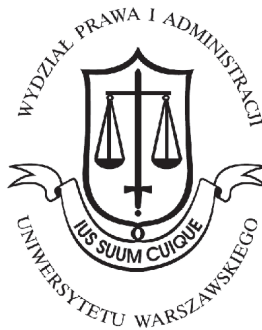
**2015**

**NUMER 2**  
**NUMBER 2**



**PRZEGLĄD PRAWNICZY**  
**UNIwersYTETU**  
**WARSAWSKIEGO**

WARSAW UNIVERSITY LAW REVIEW



**Wydział Prawa i Administracji**  
**Uniwersytetu Warszawskiego**

**ROK XIV**  
**VOLUME 14**

**2015**

**NUMER 2**  
**NUMBER 2**

*Redakcja:*

Redaktor Naczelny (Editor-in-Chief)  
Maciej Troć

Zastępcy Redaktora Naczelnego (Deputy Editors-in-Chief)  
Magdalena Hudyma  
Piotr Króliński  
Katarzyna Stradomska

Kolegium Redakcyjne (Editors):

mgr Filip Ludwin  
Klaudia Dąbrowska  
Bartosz Dębek  
Bartosz Gryziak  
Ryszard Jamka  
Patrik Kalinowski  
Maria Kozłowska  
Maria Magierska  
Anna Olmińska  
Piotr Pawlak  
Agnieszka Piasecka  
Magdalena Rosa  
Daria Świdarska

*Rada Naukowa:*

prof. dr hab. Tadeusz Ereciński  
prof. dr hab. Ludwik Florek  
prof. dr hab. Lech Gardocki  
prof. dr hab. Hubert Izdebski  
prof. dr hab. Józef Okolski  
prof. dr hab. Krzysztof Pietrzykowski  
prof. dr hab. Jerzy Rajska  
prof. dr hab. Marek Safjan  
prof. dr hab. Tadeusz Tomaszewski  
prof. dr hab. Mirosław Wyrzykowski  
prof. dr hab. Maria Zabłocka

ISSN: 1644-0242

Nakład: 150 egzemplarzy

Ten numer Przeglądu Prawniczego Uniwersytetu Warszawskiego został wydany dzięki pomocy finansowej (this Warsaw University Law Review was published with the financial support of):

Wydziału Prawa i Administracji Uniwersytetu Warszawskiego

Adres redakcji: „Przegląd Prawniczy Uniwersytetu Warszawskiego”  
Wydział Prawa i Administracji Uniwersytetu Warszawskiego  
ul. Krakowskie Przedmieście 26/28, 00-927 Warszawa  
e-mail: ppuw@wpia.uw.edu.pl

Wydawca: „Przegląd Prawniczy Uniwersytetu Warszawskiego”  
Wydział Prawa i Administracji Uniwersytetu Warszawskiego  
ul. Krakowskie Przedmieście 26/28, 00-927 Warszawa  
e-mail: ppuw@wpia.uw.edu.pl

Skład i łamanie: PanDawer, [www.pandawer.pl](http://www.pandawer.pl)

Organizacja druku: PanDawer, [www.pandawer.pl](http://www.pandawer.pl)

## WYKAZ SKRÓTÓW

1) Akty prawne	
k.c.	ustawa z dnia 23 kwietnia 1964 r. – Kodeks cywilny (Dz.U. Nr 16, poz. 93 ze zm.)
k.k.	ustawa z dnia 6 czerwca 1997 r. – Kodeks karny (Dz.U. Nr 88, poz. 553 ze zm.)
k.k. z 1969 r.	ustawa z dnia 19 kwietnia 1969 r. – Kodeks karny (Dz.U. Nr 13, poz. 94 ze zm.)
Konstytucja RP	Konstytucja Rzeczypospolitej Polskiej z dnia 2 kwietnia 1997 r. (Dz.U. Nr 78, poz. 483 ze zm.)
k.p.a.	ustawa z dnia 14 czerwca 1960 r. – Kodeks postępowania administracyjnego (Dz.U. z 2013 r. poz. 267 ze zm.)
k.p.c.	ustawa z dnia 17 listopada 1964 r. – Kodeks postępowania cywilnego (Dz.U. z 2014 r. poz. 101 ze zm.)
k.r.o.	ustawa z dnia 25 lutego 1964 r. – Kodeks rodzinny i opiekuńczy (Dz.U. Nr 9, poz. 59 ze zm.)
nowelizacja u.z.n.k.	ustawa z dnia 5 lipca 2002 r. o zmianie ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (Dz.U. Nr 126, poz. 1071)
o.p.	ustawa z dnia 29 sierpnia 1997 r. – Ordynacja podatkowa (Dz.U. Nr 137, poz. 926 ze zm.)
pr. aut.	ustawa z dnia 4 lutego 1994 r. o prawie autorskim i prawach pokrewnych (Dz.U. Nr 24, poz. 83 ze zm.)
pr. up. z 1934 r.	rozporządzenie Prezydenta Rzeczypospolitej z dnia 24 października 1934 r. – Prawo upadłościowe (Dz.U. Nr 93, poz. 834)
p.s.w.	ustawa z dnia 27 lipca 2005 r. – Prawo o szkolnictwie wyższym (Dz.U. Nr 164, poz. 1365 ze zm.)
p.u.i.n.	ustawa z dnia 28 lutego 2003 r. – Prawo upadłościowe i naprawcze (Dz.U. Nr 60, poz. 535 ze zm.)
TUE	Traktat o Unii Europejskiej z dnia 7 lutego 1992 r. (Dz.U. z 2004 r. Nr 90, poz. 864/30)
u.k.s.e.	ustawa z dnia 29 sierpnia 1997 r. o komornikach sądowych i egzekucji (Dz.U. Nr 133, poz. 882 ze zm.)
u.p.d.o.f.	ustawa z dnia 26 lipca 1991 r. o podatku dochodowym od osób fizycznych (Dz.U. Nr 80, poz. 350 ze zm.)
u.p.d.o.p.	ustawa z dnia 15 lutego 1992 r. o podatku dochodowym od osób prawnych (Dz.U. Nr 21, poz. 86 ze zm.)
u.p.e.a.	ustawa z dnia 17 czerwca 1966 r. o postępowaniu egzekucyjnym w administracji (Dz.U. Nr 24, poz. 151 ze zm.)
u.p.r.	ustawa z dnia 7 stycznia 1993 r. o planowaniu rodziny, ochronie płodu ludzkiego i warunkach dopuszczalności przerywania ciąży (Dz.U. Nr 17, poz. 78 ze zm.)
u.s.p.k.k.	ustawa z dnia 17 maja 1989 r. o stosunku Państwa do Kościoła Katolickiego w Polskiej Rzeczypospolitej Ludowej (Dz.U. Nr 29, poz. 154 ze zm.)
u.t.k.	ustawa z dnia 1 sierpnia 1997 r. o Trybunale Konstytucyjnym (Dz.U. Nr 102, poz. 643 ze zm.)
u.w.i.u.	ustawa z dnia 24 czerwca 1999 r. o wykonywaniu inicjatywy ustawodawczej przez obywateli (Dz.U. Nr 62, poz. 688 ze zm.)
u.z.n.k.	ustawa z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (Dz.U. Nr 47, poz. 211 ze zm.)

**2) Czasopisma, publikatory i inne**

CPH	Czasopismo Prawno-Historyczne
EJIL	The European Journal of International Law
EP	Edukacja Prawnicza
GSP	Gdańskie Studia Prawnicze
IKAiR	Internetowy Kwartalnik Antymonopolowy i Regulacyjny
ISQ	International Studies Quarterly
JP	Jurysdykcja Podatkowa
MoP	Monitor Prawniczy
MP	Monitor Podatkowy
NIK	Najwyższa Izba Kontroli
NSA	Naczelný Sąd Administracyjny
OTK ZU	Orzecznictwo Trybunału Konstytucyjnego. Zbiór Urzędowy
PAN	Polska Akademia Nauk
PiP	Państwo i Prawo
PiM	Prawo i Medycyna
PNM	Przełąd Naukowo-Metodyczny
PP	Przełąd Podatkowy
PPC	Polski Proces Cywilny
PPE	Przełąd Prawa Egzekucyjnego
PPH	Przełąd Prawa Handlowego
Pr. Spólek	Prawo Spólek
Prok. i Pr.	Prokuratura i Prawo
Prz. Sejm.	Przełąd Sejmowy
RPEiS	Ruch Prawniczy, Ekonomiczny i Socjologiczny
SA	sąd apelacyjny
SIL	Studia Iuridica Lublinensia
SN	Sąd Najwyższy
SO	sąd okręgowy
SP	Studia Prawnicze
SR	sąd rejonowy
St.Pol.	Studia politologiczne
TK	Trybunał Konstytucyjny
WSA	wojewódzki sąd administracyjny
ZNUJ	Zeszyty Naukowe Uniwersytetu Jagiellońskiego

## SPIS TREŚCI

### ARTYKUŁY (ARTICLES)

<i>Prof. dr hab. Marek Bojarski</i>		
<b>Kilka uwag o plagiacie w środowisku akademickim .....</b>		225
<i>Lucile Fleuret</i>		
<b>The Schengen Acquis – Re-thinking the European integration in the context of the Refugee Crisis .....</b>		234
<i>Katarzyna Południak-Gierż</i>		
<b>Transformation of the state sovereignty and the legal pluralism in Europe .</b>		250
<i>Klaudia Dąbrowska</i>		
<b>Zagadnienie regulacji elektronicznej inicjatywy obywatelskiej w Polsce .....</b>		261
<i>Piotr Króliński</i>		
<b>Uwagi na temat problematyki samplingu w systemie common law na przykładzie Stanów Zjednoczonych Ameryki .....</b>		270
<i>Aleksandra Godek</i>		
<b>Odciszenie od dochodu darowizn przekazanych na działalność charytatywno-opiekuńczą prowadzoną przez Kościół w świetle orzecznictwa Trybunału Konstytucyjnego i aktualnego orzecznictwa sądów administracyjnych .....</b>		285
<i>Bartosz Gryziak</i>		
<b>Na skrzyżowaniu postępowań – zbieg postępowań egzekucyjnych z postępowaniem upadłościowym .....</b>		297
<i>Piotr Kaniemski</i>		
<b>Zakres czasowy licencji prawnoautorskiej .....</b>		314
<i>Klaudia Głazowska</i>		
<b>Możliwość zaliczenia strat w środkach obrotowych do kosztów uzyskania przychodu .....</b>		327
<i>Rafał Snarski</i>		
<b>Dopuszczalność dobrowolnej sterylizacji – uwagi na tle prawnoporównawczym .....</b>		342

## GŁOSY (COMMENTARIES)

*Sylvia Žyrek*

<b>Gloss to the Judgement of the Court of Justice of the European Union dated 23 December 2015 in the case C-297/14 Rüdiger Hobohm v. Benedikt Kampik Ltd Co. KG, Benedikt Aloysius Kampik, Mar Mediterraneo Werbe- und Vertriebsgesellschaft für Immobilien SL (ECLI:EU:C:2015:844) .....</b>	<b>357</b>
--	------------

*Katarzyna Stradomska*

<b>Glosa do wyroku Trybunału Konstytucyjnego z dnia 16 października 2014 r., SK 20/12 (OTK Seria A 2014 nr 9, poz. 102) .....</b>	<b>365</b>
---	------------

**ARTYKUŁY**

**(ARTICLES)**





*Niniejszy artykuł powstał w związku z obchodami Jubileuszu prof. dr hab. Eleonory Zielińskiej na Wydziale Prawa i Administracji Uniwersytetu Warszawskiego w dniach 22–23 września 2016 r. Autorem artykułu jest prof. dr hab. Marek Bojarski, rektor Uniwersytetu Wrocławskiego, wybitny naukowiec oraz osoba niezwykle serdeczna i wyrozumiała. W tym miejscu chcielibyśmy bardzo podziękować Autorowi za przygotowanie tekstu dla Jubilatki i okazaną życzliwość w związku z towarzyszącymi okolicznościami.*

*Z poważaniem,  
Komitet Organizacyjny*

*dr B. Namysłowska-Gabrysiak  
dr K. Syroka-Marczewska  
doc. dr A. Walczak-Żochowska*

Przegląd Prawniczy Uniwersytetu Warszawskiego  
ISSN 1644-0242  
Rok XIV, nr 2/2015

*Prof. dr hab. Marek Bojarski*

## **KILKA UWAG O PLAGIACIE W ŚRODOWISKU AKADEMICKIM**

Coraz łatwiejszy dostęp do literatury i to zarówno polskiej, jak i zagranicznej może pociągać za sobą chęć skorzystania z niej wbrew zasadom zapisanym w ustawie o prawie autorskim i prawach pokrewnych<sup>1</sup>. Na niebezpieczeństwa w tym zakresie zwraca uwagę M. Sawicki pisząc, iż digitalizacja utworów umożliwia każdemu, w szybki i bezproblemowy sposób wykonanie idealnej kopii utworu i to w nielimitowanej ilości. To i inne udogodnienia wykorzystania internetu powoduje, że nigdy wcześniej naruszenie praw autorskich i pokrewnych nie było tak łatwe i powszechne jak obecnie. Bezprawne kopiowanie stało się proste niemalże jak „zabawa dziecka”<sup>2</sup>. Zjawisko to jest szczególnie niepokojące, gdy występuje ono w środowisku akademickim. Z jednej bowiem strony wskazywać to może na błędy w edukacji młodych ludzi – gdy dotyczy to studentów, którym nie potrafią zaszczerpić prawdziwych postaw postępowania, a z drugiej strony może wskazywać na upadek etosu nauczyciela akademickiego, gdy dotyczy to pracowników naukowych i dydaktycznych. Gdy nie potrafią oni zaszczerpić w młodzieży akademickiej prawidłowych postaw, których powinni być wzorem, sytuacja staje się wyjątkowo niebezpieczna. W jednym i drugim przypadku powinna nastąpić zdecydowana reakcja wyeliminowania tego zjawiska.

<sup>1</sup> Ustawa z dnia 4 lutego 1994 r. o prawie autorskim i prawach pokrewnych (Dz.U. z 2016 r. poz. 666 ze zm.).

<sup>2</sup> M. Sawicki, *Plagiat i bezprawne rozpowszechnianie utworów przez dziennikarzy*, MoP 2013, nr 15, s. 805.

Jeżeli zawiodą wszelkie edukacyjne zabiegi, gdy administracyjnie nie będziemy w stanie ograniczyć tego zjawiska, na polu jego zwalczania pozostaje reakcja z zakresu prawa karnego.

Większość naruszeń prawa autorskiego i praw pokrewnych dotyczy przepisu art. 115 pr. aut., który przewiduje grzywnę, karę ograniczenia wolności albo pozbawienia wolności do lat 3 wobec tego, kto przywłaszcza sobie autorstwo albo wprowadza w błąd co do autorstwa całości lub części cudzego utworu albo artystycznego wykonania. Zachowanie wyżej opisane nazywane jest plagiatem<sup>3</sup>. Ustawa stanowi, iż działanie sprawcy skierowane jest na cudzy utwór, przez który należy rozumieć każdy przejaw działalności twórczej o indywidualnym charakterze ustalony w jakiegokolwiek postaci, niezależnie od wartości, przeznaczenia i sposobu wyrażenia (art. 1 ust. 1 pr. aut.). J. Barta i R. Markiewicz zwracają uwagę, iż dla zakwalifikowania określonego utworu jako tworu intelektualnego nie mają znaczenia okoliczności dotyczące osoby twórcy, zamiar stworzenia utworu czy poddania rezultatu swojej pracy autorskoprawnej ochronie, przeznaczenia utworu z prawem czy jego wartość<sup>4</sup>.

Ustawa tytułem przykładu wymienia w szczególności następujące rodzaje utworów będących przedmiotem prawa autorskiego:

- 1) wyrażone słowem, symbolami matematycznymi, znakami graficznymi (literackie, publicystyczne, naukowe, kartograficzne oraz programy komputerowe);
- 2) plastyczne;
- 3) fotograficzne;
- 4) lutnicze;
- 5) wzornictwa przemysłowego;
- 6) architektoniczne, architektoniczno-urbanistyczne i urbanistyczne;
- 7) muzyczne i słowno-muzyczne;
- 8) sceniczne, sceniczno-muzyczne, choreograficzne i pantomimiczne;
- 9) audiowizualne (w tym filmowe) (art. 1 ust. 2 pr. aut.).

Ustawa nie formułuje legalnej definicji plagiatu, lecz określa go poprzez opisanie czynności polegającej na przywłaszczeniu autorstwa albo wprowadzenia w błąd co do autorstwa całości lub części cudzego utworu albo artystycznego wykonania. Zatem potocznie kradzież własności intelektualnej nazywana jest plagiatem<sup>5</sup>. Zdaniem H. Izdebskiego z plagiatem mamy do czynienia, gdy naruszono prawa autorskie, a z naruszeniem dobrych obyczajów w nauce – przede wszystkim gdy mamy do czynienia z autoplagiatem. Autor ten podkreśla, że plagiat jest terminem języka potocznego, a nie języka prawnego. Określić go można jako przywłaszczenie autorstwa cudzego utworu<sup>6</sup>. Nie odnosi się on zatem do autoplagiatu, bowiem jak to podkreśla J. Szczotka, tak jak nie można okraść samego

<sup>3</sup> Szerzej w tej mierze por. M. Bojarski, W. Radecki, *Pozakodeksowe prawo karne*, t. 3, *Przestępstwa w dziedzinie porządku publicznego, wyborów, polityki i inicjatywny ustawodawczej, pracy i ubezpieczeń społecznych, kultury i własności intelektualnej*. Komentarz, Warszawa 2003, s. 422–428 i literatura tam podana.

<sup>4</sup> J. Barta, R. Markiewicz, *Prawo autorskie, Przypisy, Orzecznictwo, umowy międzynarodowe*, Warszawa 2002, s. 125.

<sup>5</sup> Tak np. A. Matyszko, *Kilka uwag na tle odpowiedzialności karnej za przestępstwa plagiatu*, EP 2012, nr 12, s. 14; por. także G. Sołtyśiak, *Plagiat, zarys problemu*, Warszawa 2009, s. 10 i literatura tam podana.

<sup>6</sup> H. Izdebski, *Ustawa o stopniach naukowych i tytułach naukowych*, Komentarz, LEX 2015.

siebie, tak też nie jest możliwe przywłaszczenie sobie autorstwa swojego utworu. Plagiat zatem nie może dotyczyć dzieła własnego<sup>7</sup>. W tym więc zakresie praktyka wymiaru sprawiedliwości korzysta z bogatej literatury przedmiotu opracowanej przez wybitnych specjalistów ze strony ochrony interesów twórców. Wyjaśnienie kwestii związanych z prawem autorskim nie jest łatwe. Jeśli chodzi o plagiat jawny, to nie powstaje tu wiele problemów, bowiem jest on określony jako przejęcie cudzego utworu w całości lub w znacznej części w niezmienionej postaci bądź ze zmianami, które nie są znaczne. W zakresie tego plagiatu postępowanie dowodowe nie jest skomplikowane. Większe dowodowe problemy rodzi tak zwany plagiat ukryty, który polega na przejęciu z cudzego utworu elementów twórczych w zmienionej postaci<sup>8</sup>. Obok wypowiedzi teoretyków na temat istoty plagiatu, spotykamy też wiele wypowiedzi praktyki wymiaru sprawiedliwości. Tak na przykład Sąd Apelacyjny w Warszawie podkreślił, iż z istoty plagiatu wynika, że dochodzi do niego wówczas, gdy następuje wykorzystanie elementów cudzego utworu w takim stopniu, iż brak jest twórczej działalności plagiatora i jego utwór nie nosi cech oryginalności. Niezbędne jest zatem dla celów dowodowych zapoznanie się z treścią i formą utworu stanowiącego źródło materiału przejętego<sup>9</sup>. W wyroku Naczelnego Sądu Administracyjnego w Warszawie zwrócono uwagę na cechy plagiatu naukowego. W wyroku tym podkreślono, że przy powstaniu monografii zastosowano zapożyczenia bez należytego ich odnotowania w sposób przyjęty w społeczności badaczy, tym samym naruszając prawa innych autorów oraz dobre obyczaje w nauce. Naczelny Sąd Administracyjny ustalił, że zapożyczenia obejmowały całe obszernie zdania bądź kilkudzaniowe fragmenty dosłownie lub z niewielkimi zmianami przyjęte z tekstów autorów niemieckich<sup>10</sup>. O tym, że problem plagiatu jest ważny i dosyć często występujący w praktyce świadczyć może analiza wyników kontroli Najwyższej Izby Kontroli w zakresie ochrony praw autorskich w pracach dyplomowych w szkołach wyższych<sup>11</sup>. W dokumencie NIK zwrócono uwagę, że prace zawierające nieoznaczone zapożyczenia oraz napisane na zlecenie stanowią problem nie tylko etyczny i prawny, ale także społeczny. Nie budzi wątpliwości ich negatywny wpływ na jakość kształcenia, kwalifikacji i kompetencje nieuczniwych absolwentów. Autorzy tego dokumentu podkreślają, że zjawisko naruszenia praw autorskich w szkołach wyższych nie było do tej pory przedmiotem badań NIK. Zjawisko naruszenia praw autorskich z pewnością występuje także w niepublicznych szkołach, jednak z uwagi na zakres uprawnień NIK nie zostały one objęte kontrolą. Zwrócono tutaj uwagę, iż od 1 października 2014 r. na uczelnie został nałożony obowiązek sprawdzania pisemnych prac dyplomowych przed ich obroną z wykorzystaniem programów antyplagiatowych<sup>12</sup>. W planach Ministerstwa Nauki i Szkolnictwa Wyższego jest wprowadzenie jednego systemu

<sup>7</sup> J. Szczotka, *Twórczość naukowa – czy antyplagiat jest plagiatem?*, SIL 2014, nr 23, s. 23–38.

<sup>8</sup> J. Barta, R. Markiewicz (red.), *Prawo autorskie i prawa pokrewne. Komentarz*, Warszawa 2011, s. 725–726.

<sup>9</sup> Wyrok SA w Warszawie z dnia 15 września 1995 r., I ACr 620/95 (LEX nr 62623).

<sup>10</sup> Wyrok NSA w Warszawie z dnia 3 stycznia 2007 r., I OSK 1537/06 (LEX nr 507083).

<sup>11</sup> Informacja o pracach dyplomowych, Ochrona praw autorskich w pracach dyplomowych w szkołach wyższych, LKI – 4101 – 12 – 00/2013, nr ewid. 66/2014/P13149/LKI. Dokument podpisany przez Dyrektora Delegatury w Kielcach Grzegorza Walendzika, zaakceptowany przez Wiceprezesa NIK Jacka Uczkiewicza i zatwierdzony przez Prezesa NIK Krzysztofa Kwiatkowskiego.

<sup>12</sup> *Ibidem*, s. 5.

antyplagiatowego, który zapewni porównanie prac z tymi już zgromadzonymi w repozytorium. Ma to być centralny system resortu szkolnictwa, eliminujący wydawanie dużych środków finansowych na uczelniane programy<sup>13</sup>. Zakres przeprowadzonej kontroli obejmował 6 Delegatur: w Białymstoku, Kielcach, Krakowie, Poznaniu, Szczecinie i we Wrocławiu i obejmował 14 szkół wyższych<sup>14</sup>. W ocenie NIK, skuteczność obejmowanych działań antyplagiatowych była niewystarczająca w stosunku do wagi problemu. Ustalono, iż ujawnianie przez uczelnie przypadków plagiatów są sporadyczne. Wyniki kontroli wykazały, że spośród 14 objętych kontrolą uczelni, w 6 prowadzono postępowania (wyjaśniające, dyscyplinarne) dotyczące 7 przypadków podejrzenia plagiatów w pracach dyplomowych. Ujawniono także zaniechanie (w 5 przypadkach) podjęcia przewidzianych prawem i procedurą antyplagiatową działań, mimo podejrzenia popełnienia plagiatu. W 9 uczelniach w obronionych 35 pracach stwierdzono występowanie nieoznaczonych zapożyczeń z innych utworów lub z internetu<sup>15</sup>. W dokumencie informującym o wynikach kontroli wskazano, a nawet zarzucono rażące przypadki naruszenia prac autorskich, które wykrywane były przez promotorów na etapie konsultacji prac dyplomowych. Takie przypadki wskazane w tym dokumencie były wyjaśniane na linii student – promotor. Jak podkreślono, wyniki kontroli wskazywały, iż wśród przyczyn nieujawnienia takich przypadków jest chęć umożliwienia studentom kontynuacji studiów i ich zakończenia<sup>16</sup>. Trudno zgodzić się z wnioskami, które zaprezentowano odnośnie tej kwestii w informacji o wynikach kontroli. Po pierwsze zadaniem promotora nie jest donoszenie organom ścigania o błędach w warsztacie studenta. Proces przygotowania i pisanie pracy dyplomowej to element procesu kształcenia, a kształcenie polega na przekazywaniu wiedzy, skontrolowaniu jak ona została przyswojona i w praktyce wykorzystana. Jeśli student nie opanował warsztatu pisania pracy, obowiązkiem prowadzącego jest wskazanie mu co zrobił źle i poleceniu by dostosował się do wzorców pisania pracy dyplomowej. Traktowanie studenta, którego uczymy jako przestępcę dopuszczenia się plagiatu jest nieporozumieniem. Inaczej jest, gdy proces kształcenia został zakończony – przekazane zostały uwagi, z których on nie skorzystał i w ostatecznej wersji pracy dyplomowej dopuszcza się naruszenia praw autorskich – sytuacja jest diametralnie inna niż, gdy oceniamy studenta w teorii kształcenia. Po to jest mu przydzielony promotor by uczył go warsztatu pisania pracy dyplomowej. Wskazanie, iż przypadki naruszenia praw autorskich na etapie konsultacji prac dyplomowych – gdy były wyjaśniane na linii student – promotor uznać należy za pozytywne przejawy w procesie kształcenia i z tego powodu nie można stawiać konkretnych zarzutów. Zgodzić się należy z tezą zawartą w prezentowanym tutaj dokumencie, gdzie stwierdzono, że w 35 pracach na 9 uczelniach stwierdzono występowanie nieoznaczonych zapożyczeń z innych utworów lub z internetu, ale w większości skala i charakter tych zapożyczeń nie uzasadniały stwierdzenia, że prace te były plagiatem. Najwyższa Izba Kontroli dopatruje się powyższego w nieskuteczności sprawowanej opieki promotorskiej czy słabej wiedzy studentów co do poszanowania praw autorskich i poprawnego cytowania. Taki kierunek postępowania przyjął Uniwersytet Wrocławski. Zgodnie bowiem

<sup>13</sup> K. Wójcik, *Powstanie ministerialnego systemu antyplagiatowego*, Rzeczpospolita. Prawo co dnia, 5.02.2016 r.

<sup>14</sup> Informacja..., s. 38–39.

<sup>15</sup> *Ibidem*, s. 8–9.

<sup>16</sup> *Ibidem*, s. 8.

z zarządzeniem Rektora Uniwersytetu Wrocławskiego z dnia 25 czerwca 2014 r. w sprawie procedury sprawdzania prac dyplomowych i rozpraw doktorskich w systemie PLAGIAT w Uniwersytecie Wrocławskim promotor dokonuje wstępnej oceny zaistniałego zdarzenia z uwzględnieniem znanych mu okoliczności, w tym oceny:

- a) zasadności podejrzenia istnienia i zamiaru pracy/rozprawy przypisania sobie autorstwa istotnego fragmentu lub innych elementów cudzego utworu,
- b) wystąpienia jedynie innych uchybień w postaci braku rzetelności (należytej staranności) przy wykorzystaniu cudzych utworów, wymagamy podczas redagowania pracy/rozprawy, możliwych do usunięcia bez naruszenia praw osób trzecich (§ 5).

W przypadku stwierdzenia przez promotora w pracy/rozprawie uchybień, o których wyżej mowa, w okolicznościach wskazujących na brak zamiaru naruszenia prawa i na podstawie oceny promotora, że są one możliwe do usunięcia bez naruszenia praw osób trzecich, wówczas Dziekan wzywa autora takiej pracy/rozprawy do jej zmiany pod kierunkiem promotora – w wyznaczonym terminie. Taka praca po ponownym złożeniu przez autora – podlega obligatoryjnie ponownemu sprawdzeniu w trybie wynikającym z cytowanego wyżej zarządzenia (§ 6).

Jeśli akceptujemy powyższe, to za ułomności sprawowanej opieki promotorskiej – trudno zaakceptować pomysł Wiceministra Nauki i Szkolnictwa Wyższego, który zastanawia się, czy przypadkiem do lepszej opieki nad seminarzystą nie skłoniłaby groźba kary za plagiat nie tylko dla studenta, ale również promotora<sup>17</sup>. Takie myślenie jest przejawem wiary w to, że kara jest remedium na poprawę sytuacji w każdej sferze życia społecznego. Nie ma jednak nic bardziej mylnego niż takie przekonanie. Stanowisko to jest odosobnione zarówno w teorii, jak i wśród przedstawicieli praktyki wymiaru sprawiedliwości.

Uczelnie winny zadbać o takie procedury, które ograniczą czy nawet wyeliminują naruszanie praw autorskich, np. przez ograniczenie prowadzenia zajęć seminaryjnych dla dużej liczby podopiecznych, aktualizowanie programów antyplagiatowych, prowadzenie szkoleń z zakresu ochrony praw autorskich, w których próba wprowadzenia odpowiedzialności karnej dla promotora jest najgorszym rozwiązaniem.

W podobnym kierunku idą propozycje S. Stanisławskiej-Kloc. Autorka ta formułuje pewne oceny i propozycje dotyczące ograniczenia zjawiska plagiatu. Po pierwsze akceptuje nagłośnienie przypadków popełnienia plagiatu. Pozytywnie ocenia publikacje na stronie „Etyka i patologie polskiego środowiska akademickiego”. Zwraca uwagę na dużą rolę, jaką odgrywa działająca przy PAN Komisja ds. Etyki w Nauce. Widzi Ona także dużą rolę, jaką odgrywa potępienie plagiatu przez samo środowisko akademickie, jak na przykład gdy uczynił to Senat Uniwersytetu Jagiellońskiego, który określił zachowanie plagiatora jako godne potępienia. Taką samą rolę odgrywa potępienie plagiatorów przez Parlament wobec polityków dopuszczających się naruszenia praw autorskich<sup>18</sup>.

Dużą rolę w piętnowaniu naruszenia praw autorskich pełnią publikacje M. Wrońskiego publikowane w „Forum akademickim”.

<sup>17</sup> K. Wójcik, *op. cit.*

<sup>18</sup> S. Stanisławska-Kloc, *Plagiat i antyplagiat*, LEX LN/el. 2003. Stan prawny na 19 stycznia 2015 r., s. 2.

S. Stanisławka-Kloc formuluje pewne propozycje działań prewencyjnych, do których zalicza informowanie o zasadach korzystania z cudzych opracowań i o granicach dozwolonego cytatu, uświadamianie „nieopłacalności” plagiatu, gdyż prawdopodobieństwo jego wykrycia i pociągnięcia do odpowiedzialności jest coraz większe, krytykowanie osób tolerujących plagiaty i kreowanie postaw etycznych, piętnujących plagiat, jako czyn skutkujący nie tylko ponoszeniem odpowiedzialności cywilnej lub karnej, ale przede wszystkim jako zachowanie nieetyczne, przynoszące utratę dobrego imienia<sup>19</sup>.

Obok działań prewencyjnych, o których wyżej mowa na uczelnie nałożone są pewne obowiązki. Po pierwsze, zgodnie z art. 111 ust. 1 pkt. 1 p.s.w., pracownicy naukowo-dydaktyczni są obowiązani kształcić i wychowywać studentów, a w tym co najważniejsze w interesującej nas sferze nadzorować opracowywane przez studentów prace zaliczeniowe, semestralne, dyplomowe, pod względem merytorycznym i metodycznym. Są to obowiązki promotorskie.

Z drugiej strony, w razie podejrzenia popełnienia przez studenta czynu polegającego na przypisaniu sobie autorstwa istotnego fragmentu lub innych elementów cudzego utworu – rektor jest zobowiązany niezwłocznie polecić rzecznikowi dyscyplinarnemu wszczęcie postępowania wyjaśniającego (art. 214 ust. 4 p.s.w.). Ustawa daje rektorowi możliwość – jednocześnie z poleceniem postępowania wyjaśniającego – zawieszenia studenta w prawach studenta do czasu wydania orzeczenia przez komisję dyscyplinarną. Jeśli w toku postępowania wyjaśniającego okaże się, że zebrany materiał potwierdza popełnienie plagiatu, rektor jest zobowiązany wstrzymać postępowanie o nadanie tytułu zawodowego do czasu wydania orzeczenia przez komisję dyscyplinarną oraz zawiadomić prokuraturę o popełnieniu przestępstwa (art. 214 ust. 5 i 6 p.s.w.).

Ważnym elementem postępowania w sprawach plagiatu jest, na co zwraca uwagę M. Pyter, iż niezależnie od odpowiedzialności dyscyplinarnej, plagiat w pracy stanowiącej podstawę nadania tytułu zawodowego jest podstawą stwierdzenia nieważności postępowania w sprawie nadania tego tytułu, co wynika z przepisu art. 193 p.s.w.<sup>20</sup>

Ujawnione przez NIK wycinkowe dane, które dotyczą tylko nielicznej grupy szkół wyższych w Polsce skłaniają do wniosku, że skala problemu jest zdecydowanie większa. Jeśli się bowiem weźmie pod uwagę, że badanie dotyczy tylko 14 szkół wyższych na kilkaset funkcjonujących w kraju, powstają powody do obaw, jaki jest rzeczywisty stan naruszeń prawa autorskiego.

Mając to na względzie, z aprobatą należy przyjąć, że NIK podjęła się takich badań i należy wyciągnąć wnioski ze sformułowanych tam zaleceń. Kompleksowe działanie skierowane przeciwko naruszeniu praw autorskich może przynieść pozytywny, spodziewany skutek.

Jeśli chodzi o Uniwersytet Wrocławski to w ostatnich latach prowadzone były postępowania w sprawie popełnienia plagiatu – co ukazuje poniższa tabela.

<sup>19</sup> S. Stanisławka-Kloc, *op. cit.*

<sup>20</sup> M. Pyter (red.), *Prawo o Sąd Kolektywnie Wyższym. Komentarz*, Warszawa 2012, kom. do art. 204.

TABELA NR 1

## SPRAWY DYSCYPLINARNE PROWADZONE W ZWIĄZKU Z POPEŁNIENIEM PRZEZ STUDENTÓW I DOKTORANTÓW UWR PLAGIATÓW W LATACH 2012–2015

Rodzaj plagiatu	Rok wszczęcia	Rok zakończenia w Uczelni	Rodzaj wymierzonej kary
Praca doktorska	2012	2015	1. Umorzenie postępowania przez Komisję Dyscyplinarną 2. Toczy się postępowanie karne
Praca zaliczeniowa (stacjonarne studia I stopnia socjologii)	2013	2013	Upomnienie Rektora
Praca zaliczeniowa (stacjonarne studia I stopnia socjologii)	2013	2013	Upomnienie Rektora
Praca zaliczeniowa (stacjonarne studia I stopnia socjologii)	2013	2013	Upomnienie Rektora
Praca magisterska (filologia słowiańska, profil czeski)	2013	2015	Nieważność tytułu magistra, skierowano sprawę do prokuratury
Praca magisterska (Wydział Nauk Społecznych)	2013	2015	1. Nieważność decyzji o nadanie tytułu magistra filozofii 2. Skierowano sprawę do prokuratury
Praca licencjacka z filozofii	2014	2015	1. Zawieszenie w prawach studenta na okres I roku 2. Toczy się postępowanie karne
Praca magisterska (filologia germańska)	2014		1. Toczy się 2. Sprawa wszczęta po kontroli NIK, skierowano sprawę do prokuratury
Praca zaliczeniowa (niestacjonarne studia psychologii)	2015	2015	Nagana z ostrzeżeniem wymierzona przez Komisję Dyscyplinarną
Praca zaliczeniowa (studia European and International Law)	2015		Toczy się
Praca zaliczeniowa (studia European and International Law)	2015		Toczy się
Praca zaliczeniowa (studia European and International Law)	2015		Toczy się



TABELA NR 2

**SPRAWY DYSCIPLINARNE NAUCZYCIELI AKADEMICKICH DOTYCZĄCE  
PLAGIATÓW W LATACH 2013–2015**

Rodzaj plagiatu	Rok wszczęcia	Rok zakończenia w Uczelni	Rodzaj wymierzonej kary
Praca na tytuł profesora	2013		1. Toczy się 2. Skierowano sprawę do prokuratury
Rozprawa habilitacyjna	2014	2015	Kara nagany

Powyższe dane dotyczące naruszenia prawa autorskiego wskazują, że problem ten istnieje w środowisku akademickim i nie jest to margines tego typu zachowań.

Mała liczba ujawnionych spraw o naruszenie praw autorskich może wynikać z dużej tzw. „ciemnej liczby” tych przestępstw, które zostały popełnione, a ich nie ujawniono.

Zdając sobie sprawę, że środowisko akademickie nie jest głęboko włączane w zwalczanie tego typu zachowań, bo jest to problem raczej nowy, do tej pory nie zawsze z całą powagą reagowano na takie naruszenia, możemy stwierdzić, że najwyższy czas na podjęcie zdecydowanych kroków eliminujących to zjawisko.

Mówiąc tu o zdecydowanych krokach mam na myśli realne potępienie zjawiska. Nie służy temu ukrywanie skali tego zjawiska na uczelniach, pobłażliwość władz wobec sprawców naruszeń zasad określonych w prawie autorskim i prawach pokrewnych, łagodna ocena tych naruszeń przez komisje dyscyplinarne czy traktowanie takich spraw przez prokuraturę czy sądy jako zawierające znikomą stopień społecznej szkodliwości.

Tego rodzaju postępowanie utrudnia czy wręcz uniemożliwia eliminację zachowań, które naruszają zasady prawa autorskiego, które w środowisku akademickim ma szczególne znaczenie.

## Plagiarism in the Academic Environment. Selected Issues

### S u m m a r y

Copyright infringement is among the most serious problems faced today by social institutions, also in the academic world. The increasingly easy access to works of Polish and foreign literature may tempt many to make use of them in breach of Poland's Act on Copyrights and Related Rights (Journal of Laws of 2016, item 666, as amended). Unlawful copying is a cause for particular concern in the academic environment as it may signal failures in the system of education of young people: students may not have been instilled with the rules of proper conduct, while the faculty may be at odds with the academic ethos, particularly when research and teaching staff fail to persuade young people to act fittingly by setting a personal example, as they should be doing. Decisive action must be taken to eliminate failings in both these areas. Universities must implement procedures to curtail or perhaps even entirely do away with copyright

infringements, such as by cutting down on teaching seminars addressed to large numbers of students, regularly updating plagiarism-detecting software, and providing training in copyrights protection. If these educational measures prove to be of no avail, the Author is in favor of pressing criminal charges against individuals appropriating authorship of somebody else's work or misleading others about authorship. The Author notes the absence of a legal definition of plagiarism, reviews the approach of law enforcement authorities to this offence, discusses the results of audits of copyrights protection measures designed to prevent plagiarism by university students writing their graduation dissertations carried out by the Supreme Audit Office, and argues against holding thesis supervisors criminally liable for plagiarism committed by their students. The article alerts readers to the rise of plagiarism in academia and calls for firm steps to be taken to stamp down on this problem.

## THE SCHENGEN ACQUIS – RE-THINKING THE EUROPEAN INTEGRATION IN THE CONTEXT OF THE REFUGEE CRISIS

### Introduction

*Dimitris Avramopoulos*, the European Commissioner for Migration, Home Affairs and Citizenship, has declared in December 2015 that *'the current migration and security challenges know no borders, and require a truly European approach'*.<sup>1</sup>

Based on the idea of creating a system where nation states would no longer follow unilateral and destructive policies, the process of European integration has formally started after the Second World War.<sup>2</sup> This process, leading to economic and political unifications between the different European states,<sup>3</sup> has reached a cornerstone with the article 1 of the Treaty on the European Union, which states that the European Union is a *'process of creating an ever closer union among the peoples of Europe'*.<sup>4</sup>

To create closer links between peoples, the first idea that comes to our mind is the free movement of persons within the states. Consequently, one of the most symbolic achievements of the European integration process is thus the removal of internal borders between the Member States parties to the Schengen area.<sup>5</sup> This area, composed by 22 EU Member States among the 26 Parties, has been created by the Schengen Acquis. The later corresponds to the legal document forming the Schengen body of rules and regulations,<sup>6</sup> which can be divided in three documents: the Schengen Agreement, the Schengen Convention and the accession protocols and agreements to the Agreement and the Convention. The first document, the Schengen agreement, was signed on 14 June 1985 by five states<sup>7</sup> and establishes

---

\* LL.M. Candidate in EU Law, College of Europe, Belgium.

<sup>1</sup> European Commission – Press release, A European Border and Coast Guard to protect Europe's External Borders (15 December 2015).

<sup>2</sup> The process has begun several centuries ago but the cornerstone was reached with the European treaties of 1957.

<sup>3</sup> Spolaore, 'What Is European Integration Really About? A Political Guide for Economists', *Journal of Economic Perspectives* (2013), 3.

<sup>4</sup> Article 1 paragraph 2 of the Consolidated version of the Treaty on European Union states: *'This Treaty marks a new stage in the process of creating an ever closer union among the peoples of Europe, in which decisions are taken as openly as possible and as closely as possible to the citizen'*.

<sup>5</sup> COM (2015) 673 final, *'A European Border and Coast Guard and effective management of Europe's external borders'*.

<sup>6</sup> Kabera Karanja, *Transparency and Proportionality in the Schengen Information System and Border Control Co-operation* (Martinus Nijhoff Publishers, 2008), 26.

<sup>7</sup> The five States, which are now members of the European Union, are Belgium, Germany, France, Luxembourg, the Netherlands.

not only the abolition of checks at the borders in its first article, but also provides the harmonisation of related areas such as crime, immigration, judicial and police co-operation.<sup>8</sup> Though the Schengen area was born,<sup>9</sup> the necessary implementation has been achieved by the Schengen Convention,<sup>10</sup> signed on 19 June 1990,<sup>11</sup> but entered into force in 1995.<sup>12</sup> Last but not least, the Agreement and the Convention are implemented by accession protocols and agreements with the Parties.<sup>13</sup> 31 years after the signing of the Agreement, Schengen is one of the greatest achievements of the European integration,<sup>14</sup> by allowing more than 400 million citizens to exercise their freedom of movement within the Schengen area.

Though Schengen is a European success, one might argue that it has failed to ensure the protection of the external borders of the Schengen area. Indeed, after the entry into force of the Schengen Acquis, controls at the internal borders of the Member States were replaced by controls at the external borders, exercised by the states concerned on behalf of all the Parties.<sup>15</sup> Though external borders of the Schengen area have faced a considerable flow of international refugees coming mainly from the Middle-East and Africa over the last decades, we are currently witnessing a gigantic increase in the number of migrants and refugees entering into the Schengen area.<sup>16</sup> 31 years after that the Schengen Agreement was signed, the Schengen area faces considerable pressure to cope this Refugee Crisis with divided Parties' reactions.

This poses several questions as to whether this ambitious Agreement signed back in the 1980s is still relevant with the migration challenge of the 21<sup>st</sup> century. As a consequence, the fundamental question is whether the Refugee Crisis could undermine this process of European integration or whether it can be a great opportunity for the Parties to adapt the system in order to cope with the current crisis. Consequently, what is the impact of the

---

<sup>8</sup> For a comprehensive list of the long-term measures proposed by the Schengen Agreement, see O'Keefe, 'The Schengen Convention: A Suitable Model for European Integration?', *11 Yearbook of European Law* (1991), 185.

<sup>9</sup> Avramopoulos, Commissioner for Migration, Home Affairs and Citizenship, in: the European Commission, *'Europe without borders: the Schengen area'* (2015).

<sup>10</sup> Mahmood, 'The Schengen Information System: An Inequitable Data Protection Regime', *Vol. 7, No. 2, International Journal of Refugee Law, Oxford University Press* (1995), 180.

<sup>11</sup> Schutte, 'Schengen: Its Meaning for the Free Movement of Persons in Europe', *28 CMLR 549* (1991), 551.

<sup>12</sup> In March 1995, the Convention entered into force and the border controls were abolished between Belgium, Germany, Spain, France, Luxembourg, the Netherlands and Portugal.

<sup>13</sup> Kabera Karanja, *Transparency and Proportionality in the Schengen Information System and Border Control Co-operation* (Martinus Nijhoff Publishers, 2008), 26; Vermeulen, 'Mutual Legal Assistance in Schengen', in den Boer, *Schengen Still Going Strong: Evaluation and Update* (European Institute of Public Administration, 2000), 53.

<sup>14</sup> Avramopoulos, Commissioner for Migration, Home Affairs and Citizenship, in: the European Commission, *'Europe without borders: the Schengen area'* (2015).

<sup>15</sup> Hailbronner, *Immigration and Asylum Law and Policy of the European Union* (Kluwer, The Hague, 2000), 130.

<sup>16</sup> Schneider, *Migration, Integration and Citizenship: A challenge for Europe's future – Volume II*, (Forum Maastricht, 2005), 8.

Refugee Crisis on the process of European integration in the specific case of the Schengen Acquis? This article intends to search for an answer.

To answer to these questionings, this article will focus on the decisive role of the Member States in the integration process, but also the influence of the European Commission which defends the process of European integration. Though the analyse is based on migration law, a multidisciplinary approach with political sciences and history is needed to fully understand the current state of play examined in this paper. To that end, I proceed as follows. I start by outlining the biggest achievements of Schengen to remove the internal border and its biggest danger: the protection of the external borders, which maps out the ensuing discussion. In the second section, I present and analyse the impact of the Refugee Crisis and the Parties' reactions on Schengen. In the last section, I summarize the different solutions suggested by scholars and the commission to avoid the inefficient end of Schengen and to rather contribute to the reconfiguration of the Schengen area.

## 1. The Schengen Acquis: the European integration through the removal of internal borders with the Achilles heel of the external borders

As pointed out by *Bruno de Witte* and *Anne Thies*,<sup>17</sup> the European scale is more and more favoured than a national one thanks a better achievement. For example, the environmental protection is a transnational matter which justifies that actions are taken at the European level.<sup>18</sup> Though the legal cultures within the different EU Member States may differ,<sup>19</sup> this pluralism is not a barrier anymore, but rather a solution to increasing Europeanization and globalization situations.<sup>20</sup> Although the European integration may be a dilemma for the states involved,<sup>21</sup> the Member States have concluded an increasing number of treaties in specific areas which are not immediately of the interest of the European Union, such as tax law, defence, culture and migration.<sup>22</sup>

---

<sup>17</sup> De Witte and Thies, 'Why Choose Europe? The Place of the European Union in the Architecture of International Legal Cooperation', in Kapteyn, *et al* (eds.), *The Law of the European Union and the European Communities*, (Kluwer Law International, 2008), 25.

<sup>18</sup> Krämer, 'Community Environmental Law—Towards a Systematic Approach', *11 Yearbook of European Law* (1991), 151.

<sup>19</sup> Smits, 'Legal Culture as Mental Software: How to Overcome National Legal Culture?', *2007/2, Maastricht Working Papers Faculty of Law* (2007), 6.

<sup>20</sup> Friedman, *The World is Flat* (Farrar, 2005). It has also to not be forget in European history that thinking in terms of nation-states is a relatively new phenomenon, in Smits, 'Legal Culture as Mental Software: How to Overcome National Legal Culture?', *2007/2, Maastricht Working Papers Faculty of Law* (2007), 6.

<sup>21</sup> Kapteyn, 'Civilization under Negotiation: national civilizations and European integration: the Treaty of Schengen', *Vol 32, Issue 02, European Journal of Sociologie* (1991), 363.

<sup>22</sup> De Witte and Thies, 'Why Choose Europe? The Place of the European Union in the Architecture of International Legal Cooperation', in Kapteyn, *et al* (eds.), *The Law of the European Union and the European Communities*, (Kluwer Law International, 2008), 25.

The founding fathers of the European Union have supported the idea of the establishment of common spaces<sup>23</sup> between the Member States,<sup>24</sup> where persons and goods can circulate freely.<sup>25</sup> Based on the idea that the abolishment of control of borders of the different Member States is a pre-condition to the establishment of the four freedoms, the free movement of persons, goods, services and capital, in a functioning internal market,<sup>26</sup> the Schengen project enshrines the abolition of internal borders.<sup>27</sup> The general Community-wide consensus on gradually abolishing the controls on persons, has been reached in the Schengen Acquis, and legally based on the 1985 Schengen Agreement.<sup>28</sup> The later enshrined the gradual abolition of checks and controls at the internal borders of the Parties and transferred them to the external borders.<sup>29</sup> Indeed, one may highlight that the Parties to the Schengen Agreement are of the opinion that the internal freedom of movement and external border control are structurally interdependent.<sup>30</sup> As a consequence, the adoption and implementation of the Schengen Acquis is the cornerstone of the freedom of movement of persons in the European Union,<sup>31</sup> by allowing European citizens to exercise their freedom and by allowing the internal market to prosper.<sup>32</sup> The related ideas in the White Paper 1985 of the Commission on the completion of the internal market equally reflect this crucial point of departure.<sup>33</sup> Through the history of the Schengen

<sup>23</sup> This exercise in ‘political myth-making’ is part of a larger EU project involving the construction of a single European space, or what Jensen and Richardson call a ‘*monotopia*’: Jensen and Richardson, *Making European Space: Mobility, Power and Territorial Identity* (Routledge, 2004). The EU monotopia is supposed to be a single, common space within which all constraints to the movement of goods, peoples, services, and money have been removed. In: Zaiotti, ‘Performing Schengen: myths, rituals and the making of European territoriality beyond Europe’, *Vol. 37, Issue 02, Review of International Studies* (2011), 546.

<sup>24</sup> Kostadinova, ‘The European Commission and the Configuration of Internal European Union Borders: Direct and Indirect Contribution’, *Vol. 51, N° 2, Journal of Common Market Studies* (2013), 275.

<sup>25</sup> COM(2016) 120 final, ‘Back to Schengen – A Roadmap’ (2016), 1.

<sup>26</sup> Fijnaut, ‘The Refugee Crisis: the End of Schengen?’ *Vol. 23, European Journal of Crime, Criminal Law and Criminal Justice* (2015), 314.

<sup>27</sup> Huybrechts, *The Schengen Convention and the Schengen acquis: 25 years of evolution*, (Springer online, 2015), 380.

<sup>28</sup> Mahmood, ‘The Schengen Information System: An Inequitable Data Protection Regime’, *Vol. 7, No.2, International Journal of Refugee Law, Oxford University Press* (1995), 179.

<sup>29</sup> Georgiev, ‘Towards a common European border security policy’, *Vol. 19, No. 2, European Security, Routledge* (2010), 266.

<sup>30</sup> Pastore, ‘Visas, Borders, Immigration: Formation, Structure, and Current Evolution of the EU Entry Control System’, in Walker (ed.), *Europe’s Area of Freedom, Security and Justice* (Oxford University Press, 2004), 94-98.

<sup>31</sup> Guild, ‘The legal framework: who is entitled to move?’, in Bigo and Guild (eds.), *Controlling frontiers: free movement into and within Europe* (Aldershot: Ashgate, 2005), 14-48; Carrera, ‘What does free movement mean in theory and practice in an enlarged EU?’, *11, 6 European law journal* (2005), 699-721; Connor, ‘Goods, persons, services and capital in the European Union: jurisprudential routes to free movement’, *11 (2), German law journal*, (2010), 159-209; Georgiev, ‘Towards a common European border security policy’, *Vol. 19, No 2, European Security, Routledge* (2010), 266.

<sup>32</sup> COM(2016) 120 final, ‘Back to Schengen – A Roadmap’, 1.

<sup>33</sup> COM(85) 310 final, ‘Completing the Internal Market’.

Acquis,<sup>34</sup> two reasons may explain the Member States' consensus on this specific topic. On the one hand, it can be argued that this objective would not have been efficiently reached at the national level and required thus European actions; On the other hand, the Schengen Acquis can be interpreted as a proof of the Member States' voluntary engagement in a new step of the integration process.<sup>35</sup> From this vision, it might be concluded that the spillover is more political than legal,<sup>36</sup> in this integration process.

Since the Treaty of Lisbon, which provides legal instruments for the development of a common border security policy,<sup>37</sup> the Schengen Acquis have further been developed in essential fields for a functioning Schengen area.<sup>38</sup> The Schengen Acquis have thus been expanded in border policy, data protection, the Schengen Information System, police cooperation, judicial cooperation and visa policy.<sup>39</sup> Consequently, the Schengen area appears to become a common agency for border control with common rules for identification documents, visa regulations, etc.<sup>40</sup>

However, the process is still incomplete,<sup>41</sup> and divisions have appeared between the Parties.<sup>42</sup> Not only the successive integration of associated states has made cooperation under

<sup>34</sup> Anderson, *et al.*, *Policing the European Union* (Oxford: Clarendon Press, 1995); Noll, *Negotiating asylum: the EU acquis, extraterritorial protection, and the common market of deflection* (The Hague: Martinus Nijhoff, 2000); Walters, 'Mapping Schengenland: denaturalizing the border', 20 (5) *Environment and planning D: society and space* (2002), 561-580; Occhipinti, *The politics of EU police cooperation: toward a European FBI?* (London and Boulder, 2003); Aden, 'Administrative governance in the fields of EU police and judicial co-operation', in: Hofmann, *et al.*, *EU administrative governance* (Cheltenham: Edward Elgar, 2006), 341-360; Peers, 'From black market to constitution: the development of the institutional framework for EC immigration and asylum law', in: Peers and Rogers (eds), *EU immigration and asylum law: text and commentary* (Leiden: Martinus Nijhoff, 2006), 19-46; Zaiotti, 'Revisiting Schengen: Europe and the emergence of a new culture of border control', 8 (1), *Perspectives on European politics & society* (2007), 31-54; Neal, 'Securitization and risk at the EU border: the origins of FRONTEX', 47(2), *Journal of common market studies*, (2009), 333-356.

<sup>35</sup> De Witte and Thies, 'Why Choose Europe? The Place of the European Union in the Architecture of International Legal Cooperation', in Kapteyn, *et al.* (eds), *The Law of the European Union and the European Communities*, (Kluwer Law International, 2008), 29-30.

<sup>36</sup> Kostadinova, 'The European Commission and the Configuration of Internal European Union Borders: Direct and Indirect Contribution', Vol. 51, N° 2, *Journal of Common Market Studies* (2013), 266.

<sup>37</sup> Ladenburger, 'Police and criminal law in the treaty of Lisbon', 4 *European constitutional law review* (2008) 20-40; Georgiev, 'Towards a common European border security policy', Vol. 19, No. 2, *European Security*, Routledge (2010), 266.

<sup>38</sup> Huybrechts, *The Schengen Convention and the Schengen acquis: 25 years of evolution*, (Springer online, 2015), 383.

<sup>39</sup> *Ibid.*, 381.

<sup>40</sup> Tholen, 'The Changing Border: developments and risks in border control management of Western countries', Vol. 26, Nbr. 2, *Internal Review of Administrative Sciences* (2010), 264.

<sup>41</sup> Zaiotti, 'Performing Schengen: myths, rituals and the making of European territoriality beyond Europe', Vol. 37, Issue 02, *Review of International studies* (2011), 555.

<sup>42</sup> Kostadinova, 'The European Commission and the Configuration of Internal European Union Borders: Direct and Indirect Contribution', Vol. 51, N° 2, *Journal of Common Market Studies* (2013), 265.

Schengen difficult to understand,<sup>43</sup> but it seems that it has failed to restrict the flow of asylum seekers and migrants both at domestic and intergovernmental levels.<sup>44</sup> Since the beginning of the negotiations, the main cause of division between the Parties has been to agree upon an effective and fair system of control and an equally workable system of cross-border co-operation at the external borders of the Schengen area.<sup>45</sup> Indeed, by deciding to share a common internal area of free movement,<sup>46</sup> it consequently leads to a security deficit for the combined territory of the Member States,<sup>47</sup> which needs to be compensated by a reinforcement of consistent standards of border management and security at the external barriers.<sup>48</sup> Indeed, the efficiency of Schengen depends on an adequate protection and security at the external borders,<sup>49</sup> in order to deal with possible pressures due to a large numbers of migrants and refugees.<sup>50</sup> Numerous scholars and politicians have questioned at the time of the drafting of the Schengen Acquis whether the system of control at the external borders, in particular in the southern Member States, could be able to maintain an effective system of control and to solve the practical problems that still existed.<sup>51</sup> Among the questioners, a senior member of the Royal Marechaussee in the Netherlands wrote in 1993 that the idealist architects of the Schengen area had not learned the lessons of the past with huge streams of migrants from Central and Eastern Europe after the fall of the Berlin Wall and the collapse of the Soviet Union.<sup>52</sup> However, the European Parliament has not paid attention at that time to the fragility of the system that was put into place, even when the rapporteurs of the most important reports published on the Schengen system in 1991 and 1992 denounced the lack of involvement of the European Commission and the European Parliament in the discussions related to the Schengen Convention.<sup>53</sup> In practice, there has been a lack of control on cross-border operations by the police force.

<sup>43</sup> Huybrechts, *The Schengen Convention and the Schengen acquis: 25 years of evolution*, (Springer online, 2015), 380.

<sup>44</sup> Bazo, 'The Role of Spain as a Gateway to the Schengen Area: Changes in the Asylum Law and their Implications for Human Rights', *Vol. 10, No. 1/2, International Journal of Refugee Law, Oxford University Press* (1998), 215.

<sup>45</sup> Wiesbrock, *Legal Migration to the European Union* (Martinus Nijhoff Publishers, 2010), 315.

<sup>46</sup> COM(2015) 673 final, 'A European Border and Coast Guard and effective management of Europe's external borders', 2.

<sup>47</sup> Georgiev, 'Towards a common European border security policy', *Vol. 19, No. 2, European Security, Routledge* (2010), 255; Walters, 'Secure borders, safe haven, domestic politics', *8 (3), Citizenship studies* (2004), 252.

<sup>48</sup> Kölliker, *Flexibility and European Unification: the Logic of Differentiated Integration* (Rowman & Littlefield publishers, 2006), 211; Articles 3 and 7 of the agreement fix common standards for the crossing of the external borders of the Schengen area.

<sup>49</sup> COM(2015) 673 final, 'A European Border and Coast Guard and effective management of Europe's external borders'.

<sup>50</sup> Fijnaut, 'The Refugee Crisis : the End of Schengen?' *Vol. 23, European Journal of Crime, Criminal Law and Criminal Justice* (2015), 31.

<sup>51</sup> *Ibid.*, 316.

<sup>52</sup> Nijssingh, 'Grenzeloos Optimisme', 40 *Ons Wapen* (1993) 5–10 in Fijnaut, 'The Refugee Crisis: the End of Schengen?' *Vol. 23, European Journal of Crime, Criminal Law and Criminal Justice* (2015), 316.

<sup>53</sup> European Parliament, 1990–1991, *Rapport de la Commission Juridique et Des Droits des Citoyens sur la Liberté de Circulation et la Sécurité dans la Communauté Européenne* (rapporteur: Malangré), A3-0199/91, pe 143.354/def.,



Though the problems appeared since the beginning of Schengen have remained at the centre of the attention and the debates in the European Union,<sup>54</sup> the critics against the whole system have increased with the challenge of coping with the Refugee Crisis.

## 2. The Schengen Acquis: the challenge of the Refugee Crisis for the European Integration process

To understand the challenge that represents the Refugee Crisis for the Schengen system, it is first needed to explain the origins of this migration flow and the diverse Member States' reactions.

Multiple factors can explain a migration flow. Nowadays, the flow of migrants and refugees in Europe finds its numerous origins in the systemic poverty and corruption, failed states, dictatorship, terrorism, war and civil war in numerous parts of the world.<sup>55</sup> For example, the conflict and crisis in Syria and other states in the same region have pushed a considerable number of migrants to take the road to Europe. Indeed, the European Union appears for those people as an attractive territory of peace, democracy, prosperity for those fleeing persecution, human rights violations, armed conflicts or natural and human-made disasters.<sup>56</sup>

From all the foregoing reasons, Europe has always been attractive for migrants and refugees,<sup>57</sup> however, a increasing flow of people has tried to recently reach the 'fortress Europe'.<sup>58</sup> Over the last months, the flow of migrants and refugees coming to Europe represents the largest refugee crisis since the Second World War.<sup>59</sup> Until 2014, it was estimates that every year approximately 200 000 illegal migrants cross Schengen border to EU and seek for asylum.<sup>60</sup> In 2015 and 2016, this phenomenon has rocketed unprecedented numbers of asylum seekers and economic migrants crossing the external borders to enter into the Schengen area. Between January and November 2015, more than 1.5 million illegal border

---

Brussels, 3 July 1991; 1992–1993, *Second Report on the Entry into Force of the Schengen Agreements* (rapporteur: van Ouirve), A3-0336/92, pe 202.504/fin., Brussels, 5 November 1992. In: Fijnaut, 'The Refugee Crisis: the End of Schengen?' *Vol. 23, European Journal of Crime, Criminal Law and Criminal Justice* (2015), 316.

<sup>54</sup> Georgiev, 'Towards a common European border security policy', *Vol. 19, No. 2, European Security*, Routledge (2010), 255.

<sup>55</sup> Fijnaut, 'The Refugee Crisis: the End of Schengen?' *Vol. 23, European Journal of Crime, Criminal Law and Criminal Justice* (2015), 314.

<sup>56</sup> Crépeau, *et al*, *International Migration: security concerns and human rights standards* (SAGE publications, McGill University, 2007), 312.

<sup>57</sup> It is not the first time that the Schengen agreement is in danger with migrating waves, such as the influx of North African refugees in 2011 which had pushed Italy and France to review the agreement.

<sup>58</sup> Lezard, 'Fortress Europe by Matthew Carr review – a call for a more humane approach to immigration', *The Guardian* (10 November 2015).

<sup>59</sup> COM(2016) 120 final, 'Back to Schengen – A Roadmap', 1-2.

<sup>60</sup> Krcmery, 'Infectious diseases in asylum seekers crossing Schengen borders coming to European Union', *16<sup>th</sup> ICID Abstracts, Vol. 2 International Journal of Infectious Diseases* (2014), 27.

crossings were detected,<sup>61</sup> which represents the highest number of arrivals ever reached in the European Union.<sup>62</sup> These high migratory pressures have highlighted serious deficiencies in external border controls, which put the functioning of the whole system at risk.<sup>63</sup>

In practice, this unprecedented migratory and refugee crisis has led to serious difficulties for some Member States to ensure effective checking and controlling of irregular migrants,<sup>64</sup> which is one of the main goals of the Schengen Acquis.<sup>65</sup> Indeed, due to geographical factors, it is needed to keep in mind that the situations are considerably different among the Parties. In 2009, an EUROPOL report on illegal immigration has pointed out that the main migration pressure points in the European Union are located in the islands of Lampedusa, Sicily and Sardinia in Italy, Malta, Mainland Spain and the Canary Islands, as well as the coasts and islands of Greece.<sup>66</sup> As a consequence, irregular migration exploded last few years in Parties, especially in those located in the South of the European Union,<sup>67</sup> and along the route across the Western Balkans.<sup>68</sup> By cause of its geographical location, a collapse of the control system at the external borders has happened in Greece,<sup>69</sup> due to the huge flow of migrants and refugees.<sup>70</sup>

As a result of these multi-faceted challenges, the Parties have reacted by different solutions, including the wave-through approach chosen by some Member States.<sup>71</sup> Indeed, some of them fear that the Refugee crisis will cause a damage to the European values, institutions and policies. Consequently, the reactions are violent in these states, such as the behaviour of the police against refugees at the iron curtain that Hungary has built.<sup>72</sup> In other states, the

<sup>61</sup> The exact figure for the period January-October is 1 284 549 illegal border crossings. The data is available from Frontex Risk Analysis Network (FRAN) and covers the Schengen area including the Schengen candidate states. It includes the third state nationals detected at external borders (except temporary external borders) when entering or attempting to enter illegally between the border crossing points (BCPs). For November, the data originates from the Joint Operations Reporting Application (JORA) and from the Croatian Ministry of Interior (<http://www.mup.hr/219696.aspx>); estimates have been used for routes where no data was yet available.

<sup>62</sup> For the period 2009-2014, the total number of detected illegal border crossings was 813 044.

<sup>63</sup> COM(2016) 120 final, 'Back to Schengen – A Roadmap', 11.

<sup>64</sup> *Ibid.*, 4.

<sup>65</sup> See the Resolution of the European Parliament on the Schengen agreement and political asylum (6 April 1995), *No C 109, Official Journal of the European Communities* (1995), 169; Georgiev, 'Towards a common European border security policy', *Vol. 19, No. 2, European Security, Routledge* (2010), 259.

<sup>66</sup> Facilitated illegal immigration into the EU. Europol, September 2009, in Georgiev, 'Towards a common European border security policy', *Vol. 19, No. 2, European Security, Routledge* (2010), 260.

<sup>67</sup> Mainwaring, 'Constructing a Crisis : the Role of Immigration Detention in Malta', *Population Space Place 18, Wiley online library* (2012), 687.

<sup>68</sup> COM(2016) 120 final, 'Back to Schengen – A Roadmap'.

<sup>69</sup> *Ibid.*, 4.

<sup>70</sup> Fijnaut, 'The Refugee Crisis: the End of Schengen?' *Vol. 23, European Journal of Crime, Criminal Law and Criminal Justice* (2015), 314.

<sup>71</sup> COM(2016) 120 final, 'Back to Schengen – A Roadmap', 11.

<sup>72</sup> Squires, 'Hungary accused of treating refugees inhumanely as migration crisis worsens', *The Telegraph* (28 August 2015).

question of welcoming the refugees and migrants divides the society, as in Germany, in the Netherlands, in France and other Member States.<sup>73</sup> In reaction to the fears of uncontrolled and considerable movement of migrants and refugees and the phenomenon of foreign terrorist fighters crossing the borders without being checked,<sup>74</sup> there is a decreasing confidence from the citizens in the Schengen system to control this unprecedented rise in flows of migrants and refugees.<sup>75</sup> Consequently, eight states of the Schengen area,<sup>76</sup> Belgium, Denmark, Germany, Hungary, Austria,<sup>77</sup> Slovenia, Sweden and Norway,<sup>78</sup> have chosen to reintroduce temporary the traditional control measures at their internal borders.<sup>79</sup>

This unilateral reintroduction of internal border controls for a temporary period is based on Article 25 of the Schengen Borders Code,<sup>80</sup> which provides the possibility to reintroduce controls at the internal borders for a period up to two months.<sup>81</sup> Without improvements, the controls at the borders have been prolonged, based on Articles 23 and 24 of the Schengen Borders Code<sup>82</sup> for a period up to 6 months.<sup>83</sup> However, the combined implementation of articles 23, 24, 25 of the Schengen Borders Code<sup>84</sup> points out that the border control can only be maintained for a total period of up to eight months,<sup>85</sup> which shows that it is an exceptional measure.<sup>86</sup> The provisions of the Schengen Borders Code can only be

<sup>73</sup> Culik, 'Fencing off the east: how the refugee crisis is dividing the European Union', *The Conversation* (16 September 2015).

<sup>74</sup> Wang, 'Brussels attacks: Can Europe keep its open borders?', *CNBC* (22 March 2016).

<sup>75</sup> COM(2015) 673 final, 'A European Border and Coast Guard and effective management of Europe's external borders'.

<sup>76</sup> Since September 2015, overall eight states of the Schengen area have reintroduced border controls at their internal borders: Belgium, Denmark, Germany, Hungary, Austria, Slovenia, Sweden and Norway. In: COM(2016) 120 final, 'Back to Schengen – A Roadmap', 9.

<sup>77</sup> The Austrian chancellor Werner said on the 17<sup>th</sup> of January that the Schengen agreement has been 'temporarily suspended' in Austria. 'Austria 'temporarily' suspends Schengen', *EurActiv* (18 January 2016).

<sup>78</sup> Traynor, 'Is the Schengen dream of Europe without borders becoming a thing of the past?', *The Guardian* (5 January 2016).

<sup>79</sup> Fijnaut, 'The Refugee Crisis: the End of Schengen?' *Vol. 23, European Journal of Crime, Criminal Law and Criminal Justice* (2015), 314; COM(2015) 673 final, 'A European Border and Coast Guard and effective management of Europe's external borders', 2.

<sup>80</sup> Regulation n° 562/2006 of 15 March 2006 establishing a Community Code on the rules governing the movement of persons across borders (Schengen Borders Code), Article 25, paragraph 1: 'Procedure for cases requiring urgent action 1. Where considerations of public policy or internal security in a Member State demand urgent action to be taken, the Member State concerned may exceptionally and immediately reintroduce border control at internal borders'.

<sup>81</sup> COM(2016) 120 final, 'Back to Schengen – A Roadmap', 10.

<sup>82</sup> Article 23 concerns 'Temporary reintroduction of border control at internal borders'; Article 24 concerns: 'Procedure for foreseeable events'.

<sup>83</sup> COM(2016) 120 final, 'Back to Schengen – A Roadmap', 10.

<sup>84</sup> Article 25 concerns: 'Procedure for cases requiring urgent action'.

<sup>85</sup> Accordingly, if continued, the internal border controls that Member States reintroduced unilaterally under the Schengen Borders Code would have to expire at the latest by 13 May for Germany, 15 May for Austria, 9 July for Sweden and 15 July for Norway.

<sup>86</sup> COM(2016) 120 final, 'Back to Schengen – A Roadmap', 10.

used in exceptional circumstances<sup>87</sup> which could affect the whole functioning of the Schengen area and which constitute a serious threat to public policy or internal security within the Schengen area have to be proved.<sup>88</sup> Indeed, the eight Parties which have reintroduced the borders in this exceptional situation have based on the argument that the influx of high numbers of undocumented or inadequately documented persons, pose a serious threat to public policy or internal security.<sup>89</sup>

The temporary and exceptional characters of this measure avoids that the Member States place in danger the proper functioning of the Schengen area.<sup>90</sup> If the Parties would close the borders as much as they would like to, the spirit of an open-borders system would disappear. Consequently, it would become a ‘*Europe à la carte*’ in which Parties can decide unilaterally to put in danger the whole system of Schengen and the European integration project.<sup>91</sup>

As a consequence, the idea of solving this crisis by closing the borders and ending Schengen has been spread among the public discussions in many Parties.<sup>92</sup> These questionings embody the idea that the Schengen system has to be adapted to the current crisis.

### 3. The Schengen agreement: the urgent need of redrawing it to safeguard this European integration process

From the previous considerations may appear that Schengen is the foundation of many problems. Consequently, some might argue that the solution is the end of the Schengen system. Many think that a common EU border security system is not necessary. This argument is based on the variations existing in culture of border control, law enforcement, intelligence and diplomacy.<sup>93</sup> In addition, this reasoning is also based in the fact that two EU Member States have chosen to not participate to this system and keep sovereignty on their border controls.<sup>94</sup>

The suggestion that Schengen may disappear would not only inefficient, but it would also be a dangerous back step for the European integration. First, the reintroduction of

---

<sup>87</sup> For example, France had reintroduced internal border controls in November 2015, not for the irregular migration, but for the COP21 Conference and the Paris terrorist attacks of 13 November 2015.

<sup>88</sup> COM(2016) 120 final, ‘Back to Schengen – A Roadmap’, 11.

<sup>89</sup> COM(2016) 120 final, ‘Back to Schengen – A Roadmap’, 10.

<sup>90</sup> *Ibid.*, 10.

<sup>91</sup> Jönsson, *et al*, *Organizing European Space* (SAGE Publications, 2000), 133.

<sup>92</sup> Fijnaut, ‘The Refugee Crisis: the End of Schengen?’ *Vol. 23, European Journal of Crime, Criminal Law and Criminal Justice* (2015), 314.

<sup>93</sup> Jorry, ‘Construction of a European institutional model for managing operational cooperation at the EU’s external borders: is the FRONTEX agency a decisive step forward?’, *6 CEPS Challenge Research paper* (2007), 25; Georgiev, ‘Towards a common European border security policy’, *Vol. 19, No. 2, European Security*, Routledge (2010), 266.

<sup>94</sup> The two European Member States are the United Kingdom and Ireland. Wiener, ‘Forging flexibility the British ‘No’ to Schengen’, *1, European journal of migration and law* (1999), 441-463; Georgiev, ‘Towards a common European border security policy’, *Vol. 19, No. 2, European Security*, Routledge (2010), 266.

internal border on a regularly basis would not solve the challenges of the Refugee Crisis,<sup>95</sup> by jeopardizing the judicial and police cooperation, but would also create economic, political and social costs<sup>96</sup> for the European Union,<sup>97</sup> the Member States<sup>98</sup> and the people.<sup>99</sup> Then, the advanced process of integration via Schengen is not only one of the basis of the European integration process by maintaining peaceful relationships between the Parties, but it is also a massive codification which highlights the importance of the cooperation in the European Union. As pointed out by *Georges Dassis*, the President of the European Economic and Social Committee, Europe used to be not a long time ago a ‘*champion of walls*’, which have been brought down by the civil society.<sup>100</sup> One might ask if it is a nostalgic feeling which inspires so much the defenders of the construction of new barriers all along the internal borders of the Schengen area. Nevertheless, destroying Schengen will damage but not end the process of European integration enshrined in the Schengen area. A member of the Legal Service of the European Council has stated that even if ‘*the Schengen Convention is dead its provisions are still with us*’.<sup>101</sup>

On closer investigation on the reintroduction of the border controls, one might conclude that there is an urgent need to reform the Schengen Acquis in order to enforce a new and adapted system to overcome the Refugee crisis.<sup>102</sup> Indeed, by being among the most visible manifestations of the European integration process, Schengen’s erosion would send a powerful signal of a step back regarding the European integration.

---

<sup>95</sup> *Georges Dassis*, president of the European Economic and Social Committee (EESC), in ‘Hands off Schengen ! Georges Dassis urges European citizens not to surrender the benefits of Schengen’, *Euractiv* (5 February 2016).

<sup>96</sup> COM(2016) 120 final, ‘Back to Schengen – A Roadmap’, 4.

<sup>97</sup> According to France Stratégie, trade between states in the Schengen zone could be reduced by at least 10% through the permanent reintroduction of internal border controls. Another study (Bertelsmann Stiftung Study on Departure from the Schengen Agreement. Macroeconomic impacts on Germany and the states of the European Union, February 2016) has shown that, in the case of a reintroduction of border controls, over a period of 10 years, the economic performance of the EU as a whole would be between €500 billion and €1.4 trillion lower than without such controls.

<sup>98</sup> The long waits at the border would discourage people from looking for cross-border opportunities in the labour market, reducing the pool of potential workers. This would in the medium term reduce the economic efficiency of some regions. The share of cross-border commuters is particularly high in Slovakia (5.7%), Estonia (3.5%), Hungary (2.4%) and Belgium (2.3%).

<sup>99</sup> Maintaining the border controls would deprive people of the huge benefits of free movement across borders. Indeed, 1.7 million workers in the EU crossing a border every day to go to their jobs and border controls would cost commuters and other travellers between €1.3 and €5.2 billion in terms of time lost.

<sup>100</sup> *Dassis*, president of the European Economic and Social Committee (EESC), in ‘Hands off Schengen ! Georges Dassis urges European citizens not to surrender the benefits of Schengen’, *Euractiv* (5 February 2016).

<sup>101</sup> Huybrechts, *The Schengen Convention and the Schengen acquis: 25 years of evolution*, (Springer online, 2015), 380.

<sup>102</sup> Fijnaut, ‘The Refugee Crisis: the End of Schengen ?’ *Vol. 23, European Journal of Crime, Criminal Law and Criminal Justice* (2015), 314.

The development of a common European Union border security policy based on the weaknesses and the challenge of the European Union has been deeply analysed in the academic field. Not only the debate focuses on the current effectiveness of the Schengen institutional framework,<sup>103</sup> but it also analyses new solutions to globally improve the Schengen system and the implementation of the Schengen Acquis by Member States.<sup>104</sup> Consequently, the scholars try to understand the future challenges of the border security in the Schengen area in order to improve the practical implications of these challenges and threats by assessing different methods,<sup>105</sup> and by assessing different elements.<sup>106</sup> Some scholars suggest that some elements, which are normally used at national scale, would be used at the European level for the future common European border security policy.<sup>107</sup> The reason why these elements should be used at a larger scale is that they are related to the overall border management effectiveness on a more considerable scale.<sup>108</sup> In other words, the two main elements for an efficient border security framework are: immigration inspections, with a control of movement of human beings, and customs inspections, with the control of movement of goods and information.<sup>109</sup>

By taking into account these scholars' proposals and the current situation, the European Commission is of the opinion that the Schengen Acquis must be changed to meet the new challenges and political realities faced by the European Union, in terms of migration and internal security.<sup>110</sup> In a global view, the Commission has the ambitious goal to improve the external borders by creating the 'smart border' programme.<sup>111</sup> The later consists on an entry/exit system by improving on the one hand border controls and combat irregular migration while making on the other hand border crossing easier

---

<sup>103</sup> Jorry, 'Construction of a European institutional model for managing operational cooperation at the EU's external borders: is the FRONTEX agency a decisive step forward?', *6 CEPS Challenge Research paper* (2007), 25; Jeandesboz, 'Reinforcing the surveillance of EU borders: the future development of FRONTEX and EUROSUR', *no. 11, CEPS Challenge Research paper* (2008).

<sup>104</sup> Jordan, 'The implementation of EU environmental policy: a policy problem without a political solution?' *17(1), Environment and planning C: government and policy* (1999), 69-90.

<sup>105</sup> Leiter, 'The perils of a half-built bridge: risk perception, shifting majorities, and the nuclear power debate', *35 (1), Ecology law quarterly* (2008), 31-72.

<sup>106</sup> Georgiev, 'Towards a common European border security policy', *Vol. 19, No. 2, European Security, Routledge* (2010), 266.

<sup>107</sup> Wermuth, 'The strategic challenge of border security. Testimony presented before the House Homeland Security Committee, Subcommittee on Border, Maritime and Global Counterterrorism of the US Congress on March 8, 2007', *Santa Monica, CA: Rand Corporation* (2007), 2.

<sup>108</sup> Georgiev, 'Towards a common European border security policy', *Vol. 19, No. 2, European Security, Routledge* (2010), 266.

<sup>109</sup> Fijnaut, 'The Refugee Crisis: the End of Schengen?' *Vol. 23, European Journal of Crime, Criminal Law and Criminal Justice* (2015), 257.

<sup>110</sup> COM(2015) 673 final, 'A European Border and Coast Guard and effective management of Europe's external borders', 3.

<sup>111</sup> 'Smart Borders Pilot Project – Report on the technical conclusions of the Pilot, Volume 1', European Agency for the operational management of large-scale IT systems (2015).

for frequent and pre-vetted travellers.<sup>112</sup> The main aim consists to improve the citizens and the Member States' confidence to restore a fully functioning Schengen area.<sup>113</sup>

In addition, the Commission has presented in December 2015 a major proposal to establish a European Border and Coast Guard in order to not only address the structural deficiencies of the Union's external borders,<sup>114</sup> but also to make a more integrated system of border management work.<sup>115</sup> This rapid reserve pool would be called only for a limited timeframe in exceptional migratory pressure.<sup>116</sup> Two elements are fundamental for the Commission. First, the Commission proposes an increased and mandatory cooperation between the European Board and Coast Guard and national authorities.<sup>117</sup> Second, the Commission suggests to create systematic checks for all people entering or exiting the Schengen area,<sup>118</sup> in order to verify that the persons entering in the Schengen area are not a danger to public order or internal security.<sup>119</sup>

Though numerous are the solutions to improve Schengen, scholars, politicians and the European Union institutions agree that the key end of the crisis lies in the solidarity and the shared responsibility of the Parties.<sup>120</sup> Closing a border and the eyes on the Refugee Crisis is certainly not a viable solution. Indeed, the local difficulties faced in the states located at the external border have a transnational impact on the whole Schengen area.<sup>121</sup> First, it would not help Southern European states to deal with the refugee flows if the states located in the North of Europe would definitely leave Schengen. The performance of the border management tasks requires indeed an uniform implementation of the Schengen rules.<sup>122</sup> Moreover, the burden placed on the Parties located in the South of Europe is considerable.<sup>123</sup> However, a quicker and more efficient end of the

<sup>112</sup> The European Commission, 'Europe without borders: the Schengen area' (2015).

<sup>113</sup> As set out in the Commission's Communication of 10 February 2016: the Commission Recommendation on the State of Play of Implementation of the Priority Actions under the European Agenda on Migration (COM(2016) 85 final).

<sup>114</sup> COM(2016) 120 final, 'Back to Schengen – A Roadmap', 5.

<sup>115</sup> COM(2015) 673 final, 'A European Border and Coast Guard and effective management of Europe's external borders', 3.

<sup>116</sup> COM(2015) 673 final, 'A European Border and Coast Guard and effective management of Europe's external borders', 5.

<sup>117</sup> *Ibid.*, 4.

<sup>118</sup> European Commission – Press release, A European Border and Coast Guard to protect Europe's External Borders (15 December 2015).

<sup>119</sup> COM(2015) 673 final, 'A European Border and Coast Guard and effective management of Europe's external borders', 9.

<sup>120</sup> Fijnaut, 'The Refugee Crisis: the End of Schengen?' *Vol. 23, European Journal of Crime, Criminal Law and Criminal Justice* (2015), 314; COM(2016) 120 final, 'Back to Schengen – A Roadmap', 2.

<sup>121</sup> COM(2016) 120 final, 'Back to Schengen – A Roadmap', 4.

<sup>122</sup> COM(2015) 673 final, 'A European Border and Coast Guard and effective management of Europe's external borders', 8.

<sup>123</sup> Baldwin-Edwards, 'Navigating between Scylla and Charybdis: migration policies for a Romania within the European Union', 7, *Journal of southeast European & Black Sea studies* (2007) 35.

crisis is possible with cooperation between the Parties,<sup>124</sup> the European Union agencies<sup>125</sup> and the European Union institutions.<sup>126</sup> Instead of considering that the responsibility to not protect the external borders is a burden only on Parties located in the South of Europe, it would rather be more efficient to restore a strong external border<sup>127</sup> in these states to stabilise the asylum migration.<sup>128</sup> For example, to fight against the increasing transnational and illegal trafficking of human beings in numerous Parties, common actions must be operated at the European level,<sup>129</sup> instead of uncoordinated actions operated by individual Parties.<sup>130</sup> Second, the European Union Member States which have chosen the wave-through approach should re-open their borders,<sup>131</sup> in order to attain two obligations. Not only to comply with their obligations under European Union law to granting access to asylum procedure for asylum seekers,<sup>132</sup> But also to provide human resources and technical equipment to the Parties under migration pressure.<sup>133</sup>

---

<sup>124</sup> The European Council of 18/19 February gave a clear mandate to restore, in a concerted manner, the normal functioning of the Schengen area while giving full support to Member States in the most difficult circumstances in the paragraph 8 e): "*The Council adopted a Recommendation on 12 February 2016. It is important to restore, in a concerted manner, the normal functioning of the Schengen area, with full support for Member States which face difficult circumstances. We need to get back to a situation where all Members of the Schengen area apply fully the Schengen Borders Code and refuse entry at external borders to third-country nationals who do not satisfy the entry conditions or who have not made an asylum application despite having had the opportunity to do so, while taking into account the specificities of maritime borders, including by implementing the EU-Turkey agenda*".

<sup>125</sup> EU Agencies and the Commission should also assist Greece. More precisely, Member States, EU Agencies and the Commission should support Greece in implementing the Recommendations made to Greece by the Council and the Commission with regard to the following steps. As stated in: COM(2016) 120 final, 'Back to Schengen – A Roadmap', 7.

<sup>126</sup> *Ibid.*, 2.

<sup>127</sup> As a result, the Council adopted on 12 February 2016 a set of 50 recommendations to Greece to remedy serious deficiencies in external border management.

<sup>128</sup> Steps should be taken as a matter of urgency to address the growing humanitarian crisis in Greece and to relieve the migratory pressure it faces. See Report from the Commission to the European Parliament and the Council: Progress report on the implementation of the hotspots in Greece: COM(2016)141; 4 March 2016.

<sup>129</sup> Monzini, 'Sea-border crossings: the organization of irregular migration to Italy', *12 (2), Mediterranean politics* (2007), 181; Georgiev, 'Towards a common European border security policy', *Vol. 19, No. 2, European Security, Routledge* (2010), 260.

<sup>130</sup> COM(2015) 673 final, 'A European Border and Coast Guard and effective management of Europe's external borders'.

<sup>131</sup> A wave-through approach is neither politically nor legally acceptable. Politically, the conclusions adopted by the European Council at its meeting on 18 and 19 February call for "an end to the wave-through approach".

<sup>132</sup> COM(2016) 120 final, 'Back to Schengen – A Roadmap', 2.

<sup>133</sup> *Ibid.*, 7.



Taken together and co-ordinately, these measures proposed by scholars, politicians and the Commission aim to return to a normally functioning Schengen area<sup>134</sup> at the latest by the end of 2016,<sup>135</sup> in order to preserve the European integration.

## Conclusion

*Luc Frieden*, former President of the EU Justice and Home Affairs Council, proudly proclaimed that Schengen had come to epitomise '*freedom, security, and European success*'.<sup>136</sup> It is certain that Schengen is an excellent example of European integration by bringing Europeans closer. However, the security deficit created by the abolition of internal borders in the EU has not been fully compensated for,<sup>137</sup> as it has been highlighted by the Refugee Crisis. The latter appears to be a challenge for the European states in the twenty-first century. However, this is not the first crisis that Europe has to face, and it will thus not be the end of Schengen. Europe remains to be an united continent with common values, among those the freedom of movement, which has for objective a successful '*Europe without frontiers*'. In order to preserve the latter, there is an urgent need for the Parties of the Schengen Area to reform this European project.

Consequently, the debate is not focused on *whether* the Schengen system will survive this crisis but rather *how* this system can be improved to still integrate the European peoples while being better prepared to transnational challenges. The scholars and the Commission have presented interesting proposals to reverse the problems in new proposals, such as a truly functioning European border security policy, to mitigate the growing threats.<sup>138</sup> Indeed, the future will present more pressure on the border security of the European states. There is thus a need to redraw Schengen not only to cope with the current Refugee crisis but also to deal with the multiplication of hazards and threats:<sup>139</sup> regional conflicts, the threats of international terrorism<sup>140</sup> and climate change.<sup>141</sup> If nothing is done, the current

<sup>134</sup> "In the end, our objective is to put Schengen back in order, which will happen through coordination, solidarity and reinforcement of our mutual resources" has stated the French President Francois Hollande at the beginning of March during a joint news conference with German Chancellor Angela Merkel in Paris ahead of an EU-Turkey summit on the crisis in Brussels on Monday (7 March). 'EU unveils plan to restore Schengen by the end of 2016', *EurActiv* (4 March 2016).

<sup>135</sup> COM(2016) 120 final, 'Back to Schengen – A Roadmap', 3.

<sup>136</sup> Luxembourg Presidency, 'Twentieth anniversary of the signing of the Schengen Agreements', Press Release (2 June 2005), in Zaiotti, 'Performing Schengen: myths, rituals and the making of European territoriality beyond Europe', *Vol. 37, Issue 02, Review of International Studies* (2011), 546.

<sup>137</sup> Georgiev, 'Towards a common European border security policy', *Vol. 19, No. 2, European Security, Routledge* (2010), 267-8.

<sup>138</sup> Georgiev, 'Towards a common European border security policy', *Vol. 19, No. 2, European Security, Routledge* (2010), 267-8.

<sup>139</sup> This research is provided by the report Global Risks 2010 by the World Economic Forum; 'Global risks 2010. A global risk network report', *World Economic Forum* (2010).

<sup>140</sup> Georgiev, 'Towards a common European border security policy', *Vol. 19, No. 2, European Security, Routledge* (2010), 267-8.

<sup>141</sup> Stern, *The economics of climate change: the stern review* (Cambridge University Press, 2007).

implementation deficit would become a growing issue to face the future climate refugees<sup>142</sup> or the demographic trends,<sup>143</sup> and Europe would stay a vulnerable target<sup>144</sup> to threats and uncontrolled phenomenon.<sup>145</sup>

Nevertheless, the solution lies elsewhere: we can decide to think about Europe and Schengen as a whole and chose to find common answers to common problems. After all, in the diversity,<sup>146</sup> ‘*the European Union is not the problem – indeed, it is the solution*’.<sup>147</sup>

## S u m m a r y

By promoting closer links between peoples, the Schengen Acquis are based on free movement of persons within the parties to the Schengen area. The removal of internal borders with the Schengen Acquis is thus one of the main achievements of the European integration process. However, this situation has Achilles heels: the external borders of the Schengen area. The Refugee Crisis, starting in 2015, has pointed out the limits of the Schengen Acquis when dealing with considerable flows of population. This article aims at asking the question whether the Refugee Crisis is a new departure or the end of the European integration process. Though there is an urgent need of redrawing the Schengen Acquis to safeguard the European integration process, the author argues that the refugee crisis should be seen as a new departure for more European integration between the Member States parties to the Schengen Acquis.

---

<sup>142</sup> Climate change may undermine human security by reducing access to essential natural resources (Parry, et al, *Climate change 2007: impacts, adaptation and vulnerability. Contribution of working group II to the fourth assessment report of the Intergovernmental Panel on Climate Change* (Cambridge University Press, 2007), 81-82. This may in turn result in violent conflict (Barnett, ‘Accommodating migration to promote adaptation to climate change. Policy brief prepared for the Secretariat of the Swedish Commission on Climate Change’, 26(6) *Political geography* (2009), 627-638) and migration (Clark, *Environmentally induced migration and conflict. Externe expertise für das WBGU-Hauptgutachten. Welt im Wandel: Sicherheitsrisiko Klimawandel [World in the change: security risk climate change]*, (Berlin, Heidelberg: Springer-Verlag, 2008) Climate change is likely to be a significant factor leading to mass exodus from increasingly uninhabitable areas, and population shifts stemming from environmental pressures can place significant burdens on migrant-receiving areas (Gleditsch, ‘Climate change and conflict: the migration link. Coping with crisis’, *Working Paper Series - New York: International Peace Academy* (2007), 1).

<sup>143</sup> Lee, ‘The demographic transition: three centuries of fundamental change’, 17 (4) *The journal of economic perspectives* (2003), 167-190; Georgiev, ‘Towards a common European border security policy’, *Vol. 19, No. 2, European Security, Routledge* (2010), 255.

<sup>144</sup> “If you close down the borders, Islamic State has won”, said Rainer Maring in Traynor, ‘Is the Schengen dream of Europe without borders becoming a thing of the past?’, *The Guardian* (5 January 2016).

<sup>145</sup> Wermuth, ‘The strategic challenge of border security. Testimony presented before the House Homeland Security Committee, Subcommittee on Border, Maritime and Global Counterterrorism of the US Congress on March 8, 2007’, *Santa Monica, CA: Rand Corporation* (2007), 2; Georgiev, ‘Towards a common European border security policy’, *Vol. 19, No. 2, European Security, Routledge* (2010), 262.

<sup>146</sup> ‘United in diversity’ is the official motto of the European Union.

<sup>147</sup> Dassis, president of the European Economic and Social Committee (EESC), in ‘Hands off Schengen ! Georges Dassis urges European citizens not to surrender the benefits of Schengen’, *Euractiv* (5 February 2016).

**TRANSFORMATION OF THE STATE SOVEREIGNTY AND THE LEGAL PLURALISM IN EUROPE****1. Sovereignty of 21<sup>st</sup> century**

Throughout ages, different definitions of sovereignty were established.<sup>1</sup> Some researchers associated sovereignty with the figure of a king with “absolute and perpetual power of a commonwealth”,<sup>2</sup> others with a god-like lawmaker<sup>3</sup> or the one who gives commands and is obeyed.<sup>4</sup> Sometimes these ideas were challenged or simply negated – i.e. the sovereignty was attributed to law.<sup>5</sup> Although the absolute sovereignty, understood as the affirmation of absolutism, is “incompatible with the rule of law and with constitutional law itself”<sup>6</sup> and has little in common with contemporary world, notions of ‘popular sovereignty’, ‘parliamentary sovereignty’ and ‘national sovereignty’ have appeared and became widely accepted.<sup>7</sup>

Nowadays, the idea of sovereignty remains an ambiguous concept, understood differently in sociology, history, international public law, politics. These diversified fields are beyond the scope of this discussion which remains limited to the chosen challenges of law and politics in the 21<sup>st</sup> century and the possibility of reappearance of Carl Schmitt’s theory in a legal perspective. However, limiting the scope of the research in this manner does not suffice to commence the analysis.

Due to the broadness of the matter and its multidimensional nature, it is pointless to immerse oneself into an interminable dialogue with the existing theories on sovereignty in terms of international terrorism, the global economic crisis, the European integration and globalisation.<sup>8</sup> The objective of the paper is to anticipate whether the notion of sovereignty can be equally applied to characterize entities – of both public and private character – acting within the international community. Should the sovereignty be seen only as the characteristic

\* PhD candidate at the Department of Civil Law, Jagiellonian University.

<sup>1</sup> J. Czaputowicz, *Suverenność*, Warszawa 2013, p. 15.

<sup>2</sup> J. Bodin, *Sześć ksiąg o Rzeczypospolitej*, Warszawa 1958, p. 88: “absolute and perpetual power of a commonwealth” (trans. by the author).

<sup>3</sup> The link of sovereignty with the determinacy of law is explicit in the classic theories.

<sup>4</sup> J. Austin, *Province of Jurisprudence Determined*, ed. W. E. Rumble, Cambridge: Cambridge University Press 1995, *passim*.

<sup>5</sup> H. Kelsen, *Das Problem der Souveränität*, 1960.

<sup>6</sup> P. Eleftheriadis, *Law and sovereignty*, <http://www.trinitinture.com/documents/eleftheriadis2.pdf>, p. 4.

<sup>7</sup> The evolution of the idea of sovereignty is especially visible when it comes to the concept of social contract (J. Bodin, H. Grotius, T. Hobbes, J. Lock, J.J. Rousseau).

<sup>8</sup> Current political issues including Brexit and the proceedings of the European Commission against Poland are therefore beyond the scope of analysis. In this context, N. McCormick’s paper is worth revisiting. See N. McCormick, *Questioning Sovereignty: Law, State, and Nation in the European Commonwealth*, Oxford University Press, 1999.

of the state entities or should be also attributed to other structures?<sup>9</sup> The cases of a non-governmental organisation, an entity of the Internet sphere and a multinational corporation are to be examined in the context of Carl Schmitt's understanding of sovereignty.

The analysis requires the rejection of assumptions about the reality of a sovereign entity and its singularity as only then this category becomes applicable to various social and political regimes<sup>10</sup> and allows the further investigation. The theory assuming that sovereignty is non-gradable is also to be refuted if the term is to be used in the context of a contemporary geo-political situation. Due to the elimination of the mentioned assumptions, the category obtained can be applied to entities in a variety of social and political conditions.<sup>11</sup>

Furthermore, the study is conducted from the European point of view. The processes described can be perceived differently from the American or Asian perspective for within these continents integration processes are not intensified.

The study is based on the comparative analysis of national legal frames and the existing Internet societies and environments as well as the global tendencies to focus on an issue, not geography. The notion of sovereignty is to be understood in accordance with C. Schmitt's theory.

## 2. Emergence of doubts

Previously, the link between a state and sovereignty appeared to remain unbreakable.<sup>12</sup> As underlined in literature: “[n]ot only have states been asserted to be the principal actors in the international arena, but they are also considered to be the only legitimate actors in international relations.”<sup>13</sup> Accordingly, in the international community *sensu stricto* the only entities whose subjectivity in international public law raises no disputes are sovereign states.<sup>14</sup>

---

<sup>9</sup> What is to be underlined, the analysis is being carried out from the European point of view, as the matter in question differs substantially if the United States, where the Westphalian system stays vivid, were considered. D. Bethlehem, *The End of Geography: The Changing Nature of the International System and the Challenge to International Law*, EJIL 2014, vol. 25, no 1, p. 11.

<sup>10</sup> R. Rosicki, *O suverenności*, PNM 2010, no 4, pp. 63–72.

<sup>11</sup> If sovereignty is to be considered non-gradable value that can be attributed to an entity or cannot, limiting or fission of it is impossible. One is sovereign or is not. This assumption would lead to a simple conclusion that sovereignty nowadays does not exist, at least in Europe, as sovereignty understood in this manner excludes integration. Basing on this distinction and applying this method – the states that have delegated some of their power are no longer to be considered to be sovereign. On the other hand the entities to which a particular competence would be delegated could not be considered sovereign, as it would be able to decide on the example only in the cases connected to the delegated matter.

<sup>12</sup> J. Czaputowicz, *op. cit.*, p. 15.

<sup>13</sup> R. B. Hall, T. J. Biersteker, *The Emergence of Private Authority in Global Governance*, Cambridge University Press 2002, p. 3.

<sup>14</sup> The international community *sensu largo* includes other entities as well, i.e. governmental international organizations, non-governmental international organizations, multinational corporations, churches, unions of political parties. However, nowadays widely recognised as legitimised to undertake an action as full-fledged actors in the international public law are: states, governmental international organizations, states *in statu*

However, currently, due to ongoing globalisation and legal pluralism, the notion of sovereignty of public legal entities in the international law seems to evolve. Some claim that we have entered modern Middle Ages marked with the erosion of state sovereignty in the globalized world.<sup>15</sup> Contemporary world changes. Power is nowadays attributed not only to states but also to other entities – from international governmental and non-governmental organisations to religious institutions, private enterprises and specialized agencies. As in the Middle Ages, we should search in vain for the one and only sovereign entity governing its territory. The notion of sovereignty is no longer applicable when we are describing the modern world – either none of international actors or all of them should be attributed this characteristic.

Although it may be doubted whether such a firm statement is fully founded, it is visible that the political structure of the world has changed. The competences of state were delegated to other entities and also new and powerful political organisms have appeared.

Likewise, international legal order has evolved from a strongly hierarchic pyramid to a network with many delocalized centres – strongly bounded but not hierarchically organized<sup>16</sup>. The clear hierarchy of *fontes iuris oriundi*<sup>17</sup> prevails on the intra-state level<sup>18</sup> but having adopted an international perspective it is to be observed that the legal order of Europe consists of a set of normative networks, in theory hierarchic but practically formed by numerous coexisting and equally binding legal systems of EU and national origin. These are strongly connected by the conflict of law rules for their jurisdictions often overlap. What is more, both types of systems – of national and European origin – claim priority over the other.

How did these factors influence the sovereignty of a state? Are we facing the emergence of non-state world bodies that should be considered as full-fledged actors of the international public law? Does the legal pluralism lead us to the transformation of the international public order? These questions, although strongly related to the problem of subjectivity in the international public law, are also essential to determine whether states are still the only sovereign bodies or the other entities should be considered sovereign as well? Furthermore, maybe the state sovereignty in the modern world is given up for the sake of economic prosperity, political correctness and risk reduction?

---

*nascendi*, The Holy See and the Order of Malta. P. Filipek, B. Kuźniak, *Prawo międzynarodowe publiczne*, ed. 3., Warszawa 2006, p. 169.

<sup>15</sup> H. Bull, *The Anarchical Society: A Study of Order in World Politics*, Columbia University Press 1977, p. 254.

<sup>16</sup> See. E. Łętowska, „Multicentryczność” współczesnego systemu prawa i jej konsekwencje, „Państwo i Prawo” 2005, no 4, p.5-6, E. Łętowska, „Multicentryczność” systemu prawa i wykładnia jej przyjazna, in: *Rozprawy prawnicze. Księga pamiątkowa Profesora Maksymiliana Pazdana*, Kraków 2001, *passim*.

<sup>17</sup> Acts of legislator containing norms of law.

<sup>18</sup> I.e. the hierarchy of norms is set usually by the constitution of a country in continental Europe legal systems.

## 2.1. Focusing on the issue - non-governmental organisation

The role of states has diminished as international and supranational organisations have been created, equipped with numerous state competences. Subsequently, the importance and popularity of international and global organizations and agencies has grown significantly. State competences are being delegated to newly-emerging agencies. These entities are not bound to the territory but to certain issues.<sup>19</sup>

Currently a significant number of problems turns out to be unsolvable at the local level – especially those concerning environment, health, migration, economy, trade, terrorism or balanced development. The Westphalian order<sup>20</sup> is falling into pieces as countries, previously enclosed within their strict borders, become more and more open.<sup>21</sup> Time and territorial barriers are disappearing, the flow of people, money, services, information surpasses frontiers virtually and physically, in mass.<sup>22</sup> What is more, separating the international matters and the intra-state issues becomes hindered. Cooperation between international entities and the state as well as the joint projects of the public and private investors impede making disjoint divisions between the private and the public, the domestic and the international.

Often relying on state-provided mechanisms turns out to be insufficient and, therefore, a regional or global coordination is necessary. Furthermore, technical knowledge and skills are required as well as highly specialized personnel. The mentioned phenomena triggered the creation of several international agencies acting in favour of not a particular country but rather of the humanity as a whole. They operate on different levels, some beyond states, others within them, frequently not state-based. They impose standards and legal rules. Their authority is not questioned by the international society, their legitimacy to impose rules, norms or shape policies is not levered. *De facto*, they exercise the power of a state, doing things associated exclusively with a state.<sup>23</sup>

What is more, non-market non-governmental organisations,<sup>24</sup> unified by the task or issue such as environmental policy, claim themselves as legitimised to represent interest of the mankind. They intercept tasks of states and governmental organisations or influence

---

<sup>19</sup> D. Bethlehem, *The End of Geography: The Changing Nature of the International System and the Challenge to International Law*, EJIL 2014, vol. 25, no. 1, p. 12, i.e.: The Universal Postal Union, Interpol, the World Trade Organization, the World Customs Organization, World Nature Organization.

<sup>20</sup> The interstate law system characterised by granting countries the right to determine internal elements of the state – the term comes from the Peace of Westphalia, signed in 1648. The Treaty re-established borders of the states in conflict and granted sovereignty to the signatories, giving rise to a system where sovereign entities compete and cooperate on the basis of inter-state law, not entitled to intervene in other state's internal affairs. Therefore, the two focal points of the created system are clearly visible – the sovereignty and the territory. Recently, both of those elements are changing their character.

<sup>21</sup> The relativity of the openness of the states becomes especially visible when the immigration issues are taken into account and, therefore, it must be underlined that the tendency to abolish the frontiers and facilitate the flow of people exists mainly within the European Union.

<sup>22</sup> A. Rother, *Państwo postsuverenne*, St.Pol. 2010, vol. 17, pp. 213–214.

<sup>23</sup> R. B. Hall, T. J. Biersteker, *The Emergence of Private Authority in Global Governance*, Cambridge University Press 2002, p. 4.

<sup>24</sup> I.e. Médecins Sans Frontières, PATH, World Wide Fund for Nature International.

their policies. This leads to the dispersion of the competence to enact standards connected to a certain issue. As it is underlined in literature,<sup>25</sup> this situation is caused by the responsibility attributed to the regulation of some particular matters. States and governmental organisations tend to avoid assuming responsibility for regulating certain spheres even if that leads to the waiver of a competence to enact standards in a specific area. This allows non-market non-governmental organisations to attain more and more power as well as rights to decide and determine internal elements previously enclosed within states' frontiers, directly intervening in states sovereignty in that field.<sup>26</sup>

This brings to the conclusion that states forgo part of their sovereignty to be freed from the responsibility of regulation of some spheres, previously governed by them but nowadays controversial, problematic or carrying a significant risk. Such a practice is justified in fields where regulation requires in-depth, extensive research and considerable human and technological resources that a particular state cannot afford. Therefore, in these areas delegating state competences is reasonable and is functionally similar to contracting a specialist to solve a problem instead of solving it by oneself. Such an action cannot be treated as limiting the sovereignty of a state. On the contrary, sovereignty is the right to decide about the internal affairs and it is exactly within the scope of this right to confer selected competences to a specialized body. What is to be underlined, entrusting a chosen entity with one of state's tasks does not annihilate the state's right to regulate that particular area but only obliges a state not to exercise it.

On the other hand, shifting responsibility in order to avoid making unpopular decisions should not be accepted. Similarly, the permanent waiver of the right to shape a certain sphere is controversial – although such a practise is adopted by some countries.

Summarising, the legal status of international organisations has been already discussed in the doctrine.<sup>27</sup> Governmental international organisations have been accepted as full-fledged actors of the international community. In contrast, non-governmental non-market organisations are treated by the modern international community as specialists. They are not attributed subjectivity in the international law but, nevertheless, they are highly influential.

## 2.2. Differentiated legal systems - new fields emerging

Law is no longer seen as a collection of national systems and a pyramid but rather as a set of normative networks, spanning over individual countries, overlapping and affiliated. Some of it is created by existing governmental and non-governmental organisations and other emerges in the growing, unregulated sphere of the Internet. The first tend to be connected and coherent with the existing legal systems, modifying them or enriching, while the second are rather parallel and functionally independent.

---

<sup>25</sup> A. Rother, *op.cit.*, p. 216.

<sup>26</sup> The other source of power for non-market non-governmental organisations are their soft competences, basing mainly in influence they have over individual citizens' opinion about the state and the governing. A. Rother, *op. cit.*, p. 217.

<sup>27</sup> A. Rother, *op.cit.*; R. B. Hall, T. J. Biersteker, *The Emergence of Private Authority in Global Governance*, Cambridge University Press 2002.

As it is stated in the legal doctrine, the functionality of coexisting legal systems depends on the effective and clear conflict of law rules. This is why the international law and the conflict of law rules are so meticulously developed nowadays. However, the new regulations tend to focus on one task or issue so the scope of their application can differ substantially. Norms issued by one entity frequently can be considered autonomous and independent as i.e. the matter is not a subject of regulation of state any more<sup>28</sup> or the state is bound by an international agreement.

These situations are commonly considered self-evident. But yet these are not the only cases when a new centre of normative network appears.

With the beginning of the 21<sup>st</sup> century the process of internet expansion accelerated. Web, at first not regulated and considered a sphere of unlimited freedom, quickly evolved. Appearing Internet societies started to be governed by a set of rules, guaranteeing basic level of safety for their members. Certain mechanisms emerged, mainly based on reputation but also on technological tools, enabling internet societies to control their members and to force obedience of the rules. With the reduction of risk that followed, the online sphere became an important arena for various activities – trade, social relationship, communication, politics, etc. The evolving environments, growing not concurrently with legal frames but independently, formed their autonomous state-like systems.

However, as the Internet became so important, also state actors grew strongly interested in controlling the new virtual territory. It was indicated that the notion of sovereignty of a state should be broaden, so it would cover new emerging structures. The doctrine points out that currently the vertical fragmentation of the Internet sphere is taking place as states are constructing the appropriate conflict of law rules to successfully divide among themselves this sphere.<sup>29</sup> Simultaneously, the European Union undertakes legal initiatives to regulate numerous actions that take place online and to organise them in an appropriate manner.<sup>30</sup>

As it is clearly visible, two tendencies are to be observed: the first goes for commercial transnationalism and the other opts for protection of local values and return to the Westphalian system.<sup>31</sup> Eventually, internet societies formed online on different platforms are formally dependent and governed by domestic laws. Despite that they are factually reaping it for they have seized the unregulated sphere and created state-like organisms not having claimed the sovereignty yet.

Therefore, should the notion of sovereignty of states be broaden, so it would cover new emerging structures (especially on the Internet)? Or rather the notion of sovereignty itself should be revised as it is no longer corresponding with the modern international arena? Currently widely accepted international arena actors are not able to control the new

---

<sup>28</sup> The case of delegating the competence to regulate certain spheres by states affiliated in a one international organisation to the organisation itself (i.e. European Union).

<sup>29</sup> A double standard of jurisdiction for the regulation of Internet is proposed: based on the principle of targeting, used to sanction undesirable behaviour and the effects doctrine, to prevent unlawful actions.

<sup>30</sup> Recently the directive and regulation on ADR and ODR appeared in the legal order of EU.

<sup>31</sup> Th. Schultz, *Carving up the Internet: Jurisdiction, Legal Orders, and the Private/Public International Law Interface*, EJIL 2008, vol. 19, no. 4, p. 801, <http://www.ejil.org/pdfs/19/4/1662.pdf>.



structures or to impose binding standards within them. Nevertheless, they do not accept the sovereignty of the new-comers of the modern era but intend to take them into possession and merge them with their structures. At the time being it is impossible to anticipate the result of this process, however legislative tendencies<sup>32</sup> in European Union may suggest that the online sphere will at least partially enter into the states' regulatory domain.

### 2.3. International giants - private enterprises

What remains problematic is the character of non-state private entities of market origin, especially those imposing their will over states not having been legitimated by the delegation of a particular competence and those conquering newly emerging domains. Not only have they the power to influence the international politics but also make a claim for legitimacy and therefore – authority.<sup>33</sup> What is their status within international community?

Despite the fact that private enterprises are bodies of private law and cannot be attributed subjectivity in terms of the international public law, they are gradually becoming more and more influential. The phenomenon is not new for even in the 80-ies in the states of the socialist bloc the legal doctrine saw clearly the importance of transnational corporations<sup>34</sup> on the international arena.

Undoubtedly, international corporations contribute to the internal growth of countries of origin and the states in which they localize their agencies, but on the other hand they use their economic power to intervene in political and economic policies of these states.<sup>35</sup> However, the analysis would remain misleading if the historical background was neglected. This model of enterprise appeared at the times of the beginnings of integration processes (political, economic and military) and was triggered by the disappearance of colonialism. Making direct investments in developing countries whose sovereignty was being formed granted the metropolises of the previous era an access to the recourses of the ex-colonies. The immense growth of economic power of private multi-national enterprises has cemented their supreme position in the newcomers. The disproportion between transnational private investors and state is being deepened – firstly by avoiding paying taxes, transferring

---

<sup>32</sup> Directive 2013/11/EU of the European Parliament and of the Council of 21 May 2013 on alternative dispute resolution for consumer disputes and amending Regulation (EC) No 2006/2004 and Directive 2009/22/EC (Directive on consumer ADR) (OJ L 165/63, 18.6.2013), Regulation (EU) No 524/2013 of the European Parliament and of the Council of 21 May 2013 on online dispute resolution for consumer disputes and amending Regulation (EC) No 2006/2004 and Directive 2009/22/EC (Regulation on consumer ODR) (OJ L 165/1, 18.6.2013), Proposal for a directive of the European Parliament and of the Council on certain aspects concerning contracts for the supply of digital content.

<sup>33</sup> It is claimed that authority can be attributed to non-state actors. A. Claire Cutler, *Locating 'Authority' in the Global Political Economy*, ISQ 1999, vol. 43, no 1, p. 64.

<sup>34</sup> This would be used as the most popular term, although it is to be noticed that it does not fully reflect the nature of an entity. Other names are also used – such as: multinational corporation, international corporation, multinational enterprise. What is the most characteristic for these is: the nature of factors forming these companies, the scale and area of operation, the degree of availability of the centre for agencies. Z. Grzelak, *Suverenność a działanie kapitałistycznych przedsiębiorstw międzynarodowych*, Warszawa 1982, pp. 9–10.

<sup>35</sup> *Ibidem*, p. 5.

their profits to the country of origin, passing on the cost of doing business on employees, buying local companies for their liquidation and destroying the environment. This is allowed partly due to the fact that corporations are considered to be a basic medium for the dispersion of innovation. In addition they have the *know-how* and are the ones of main sources of capital, lacking in developing countries.

As a result, states cannot impose any decision over those private investors as they are economically dependent on their activity. Therefore, their sovereignty turns out to be fictitious as their economic sovereignty is only a mirage.<sup>36</sup>

Corporations bear the internal costs related to the conducted business activities, flipping the external costs<sup>37</sup> on a hosting state. Herein, the state's right to enact safety and environment protection standards is limited. In conclusion, during the periods of prosperity corporations are demanding free market principles of *laissez-faire*. In contrast, risks connected with conducting business activities tend to be shifted on states – corporations are demanding state guarantees, financial aids (preferably non-refundable) and the protection of the state in which they invest.<sup>38</sup>

Even in much more powerful states transnational corporations have strong position, what became obvious during the financial crisis of 2007-2009 in United States of America.

To conclude, despite the fact that transnational corporations are not public actors according to the international public law, their economic potential and influence deprives developing states of the possibility to regulate certain spheres. Even though the corporations do not have the competence to regulate states' labour, economy or environment protection policies, they often actually determine them.

### 3. Definition of sovereignty - crucial elements

Why should the method used by C. Schmitt be adopted nowadays to verify the sovereignty of international actors?

First and foremost, despite the inglorious role it played during the Nazi period, this theory still allows to localise the entity (natural or legal person, body or institution) actually making decisions.

“Sovereign is the one who decides on the exception”.<sup>39</sup> By “the exception” is meant a political or economic disturbance allowing to step outside the rule of law in public interest and undertake extraordinary measures. In the core of this conception lies the conviction that the rule and the routine cannot be considered reliable when it comes to determining sovereignty. Firstly, the routine tends to be regulated by law and no decision needs to be taken in normal circumstances as a mere subsumption of a legal norm is sufficient (and

---

<sup>36</sup> *Idibem*, p. 76.

<sup>37</sup> By these the cost borne by the third party, not involved in transactions, are understood – the cost of impoverishment of environment, contamination of air, soil and water, the consequences for national budgets.

<sup>38</sup> S. Sala, *Wpływ procesów globalizacji na suwerenność państwa*, [http://geopolityka.net/wpływ-procesow-globalizacji-na-suwerennosc-panstwa/#\\_ftnref10](http://geopolityka.net/wpływ-procesow-globalizacji-na-suwerennosc-panstwa/#_ftnref10).

<sup>39</sup> C. Schmitt trans. by G. Schwab, *Political Theology Four Chapters on the Concept of Sovereignty*, p. 5, <https://idepolitik.files.wordpress.com/2010/10/schmitt-political-theology.pdf>.

provides the “is” and “ought”). Therefore, the only situation where the decision is to be taken is the one that has not been foreseen by the legislator.

On the other hand, the sovereign entity is the one entitled to decide whether the particular event fits into anticipated patterns or it is an example that needs to be solved independently. By this, indirectly, the sovereign determines what the routine is. Apart from that, the sovereign dispose of unlimited power to shape both spheres: the normal and the unexpected.

This theory proved itself to be powerful and politically useful during the Nazi period in Germany, putting ideological foundations for the dictatorship. Even nowadays, the simple link between the sovereignty and the power to decide on the exception remains alluring, especially as it allows to stand over the established norms.

Using the legal reasoning proposed by C. Schmitt in his theory one can verify whether the entity claiming itself sovereign really has the possibility<sup>40</sup> to determine its internal situation. The sovereignty of the mentioned entities remains dubious from the theoretical point of view. On the other hand, adopting more practical approach can lead to clearer results. By applying the method proposed by C. Schmitt it can be verified whether the previously mentioned entities should be considered sovereign. Adopting this thesis might be beneficial for it may open the possibility to attribute them the subjectivity in the international law and, as a consequence, facilitate binding them with international standards.<sup>41</sup>

#### 4. Currently, who is sovereign?

Previously, authority as well as power itself rested on a state, so it was simple to conclude, that states were the sovereign. There were tendencies to associate sovereignty with a state and exclude the application of the notion in case of other entities.

Having said that, appears the question whether the fact that states nowadays delegate numerous competences to other entities influences their legal status. This query is not a new one. It also has been arisen shortly after Polish accession to European Union.<sup>42</sup>

The Constitutional Court<sup>43</sup> stated that “[d]elegation of powers “in certain cases” must be understood as both a general prohibition of the transfer of all competence of the body, the devolution of competence in all the cases connected with a particular sphere(...). It is therefore necessary so precisely identify the areas and the scope of the transferred competences”.<sup>44</sup> Furthermore, no international agreement is granted priority before the Constitution. It can be deduced, that in the case of exception – extreme situation or risk that was not foreseen or that can put into danger the well-being of the state – the state has the right to decide despite the existing international agreements and obligations.

---

<sup>40</sup> Both – the right to determine and the sufficient power to exercise the right are needed.

<sup>41</sup> The matter requires further investigation and in-depth analysis.

<sup>42</sup> Award of the Constitutional Court, issued on 11<sup>th</sup> May 2005, K 18/04, [http://trybunal.gov.pl/uploads/media/SiM\\_L\\_PL\\_calosc.pdf](http://trybunal.gov.pl/uploads/media/SiM_L_PL_calosc.pdf).

<sup>43</sup> Award of the Constitutional Court, issued on 11<sup>th</sup> May 2005 r., K 18/04.

<sup>44</sup> *Ibidem*, pct. 4.1. (trans. by the author).

Therefore delegation of competences, that takes place during the process of European integration, does deprive a state of sovereignty.

Herein, the conclusion turns out to be obvious. Despite delegating numerous functions and leaving some areas of internal affairs to be governed by others, a state shall maintain the right to decide about elements vital for its existence and wellbeing.

And still, some of the internal affairs are no longer determined by a state, despite the fact that no competence has been delegated. Simply another entity appeared, powerful enough to appropriate a certain sphere and impose new rules within it. This is the case of transnational corporations. The state waiver of the right is not, therefore, based on an agreement but forced.

Otherwise, in the case of internet societies, states undertake positive actions to regulate an emerging sphere but till now the proposed mechanisms are inefficient, inadequate, especially in e-commerce. As a consequence, the online sphere regulates itself and remains highly independent.

Therefore, it can be concluded that the sovereignty of states underwent several changes, as it detached from territory and focused on issue. From the hierarchical pyramid the legal system evolved to the set of networks, with delocalized centres, concentrated around a task or matter. The sovereignty understood as the absolute power is no longer applicable in this circumstances. However, the modern world is governed by neither luck nor chance – simply the distribution of decision-making centres has dispersed. And then, a question emerges – if the state sovereignty disintegrated and its elements are to be found in hands of different entities should any of the carrier of the partial-sovereignty be called sovereign? Should they all be considered sovereign or none of them?

## **5. Subsumption - what if we use Schmitt's definition?**

In the age of globalisation and integration previously acceptable concepts of sovereignty are no longer adequate. Focusing on the issue and decreasing importance of territorial element induce a search for a theory of sovereignty that would stay in accordance with the characteristic of modern world. As demonstrated, nowadays decision processes are executed by several entities of different origin, shaping the states policies in different issues. What is their status within international community? How should we localise the entities truly governing the contemporary world – the sovereigns of our era?

The sovereign is the one deciding on the exception. Maybe that is the answer. Application of Schmitt's definition empowers one to successfully localise the entities shaping the contemporary world.

Accepting this manner of reasoning is to conclude that, despite the change in structure of law and power, it is possible to indicate that on the international arena the categories of entities which enjoy the attribute of sovereignty are: states, governmental organisations, nongovernmental organisations, transnational corporations and internet societies, but their sovereignty remains strictly limited to the areas in scope of which they can execute functions previously reserved for states. In conclusion, the sovereignty of the era of globalisation is not an absolute anymore but limited by the issue in question.

## S u m m a r y

Due to globalization and ongoing discussions on legal pluralism, traditional understanding of the concept of sovereignty is to be challenged. The role of the state in the international community is gradually decreasing, while governmental and non-governmental international organizations are gaining importance. These entities are not bound to a specific territory—they are created to accomplish a particular purpose. On the other hand, multinational companies are using their economic power to intervene into the spheres previously regulated exclusively by state. The vision of law as a hierarchical structure evolves. Normative systems are now seen as a network with many delocalized centres – strongly bounded but not hierarchically organized, frequently due to the different scope of regulations. The development of the Internet triggered the emergence of independent social structures, equipped with autonomous normative regulations. Then, how should the sovereignty be understood? Should the changes lead to the recognition of the sovereignty of these new institutions?

## ZAGADNIENIE REGULACJI ELEKTRONICZNEJ INICJATYWY OBYWATELSKIEJ W POLSCE

### 1. Wprowadzenie

Jedną z fundamentalnych zasad ustroju Rzeczypospolitej Polskiej jest zasada zwierzchnictwa Narodu. Zgodnie z Konstytucją RP, władzę zwierzchnią sprawuje suweren poprzez swoich przedstawicieli lub bezpośrednio (art. 4 ust. 2). Demokracja bezpośrednia to sposób sprawowania władzy, w którym decyzje podejmowane są bezpośrednio przez ogół wyborców, bez pośrednictwa jakichkolwiek organów państwowych<sup>1</sup>. Do podstawowych form demokracji bezpośredniej zalicza się ogólne zgromadzenie wyborców oraz referendum, niekiedy również inicjatywę ludową oraz weto ludowe<sup>2</sup>.

Przedmiot analizy w niniejszym artykule stanowią niektóre aspekty dotyczące realizacji inicjatywy ludowej, określanej także jako obywatelska inicjatywa ustawodawcza. Instytucja ta wyraża się w przyznaniu określonej grupie obywateli prawa inicjatywy ustawodawczej, a więc możliwości wszczęcia postępowania ustawodawczego w obrębie parlamentu zmierzającego do uchwalenia ustawy o określonej treści. W odróżnieniu od pozostałych wymienionych wyżej instrumentów demokracji bezpośredniej, inicjatywa ludowa wywołuje jedynie skutki w aspekcie proceduralnym. W następstwie jej wykonania parlament staje się zobligowany do wszczęcia postępowania ustawodawczego, natomiast ustawa proponowana przez grupę obywateli nie musi być uchwalona (skutek materialny). Zarazem, w razie uchwalenia takiej ustawy, jej ostateczna treść może odbiegać od pierwotnego, oczekiwanego przez grupę obywateli, projektu.

Inicjatywa obywatelska jest najczęściej wykorzystywaną instytucją demokracji bezpośredniej w polskiej praktyce ustrojowej, stąd szczególne znaczenie należy przypisać regulacji określającej sposób jej realizacji przez obywateli. Zgodnie z aktualnym stanem prawnym wyłączną formą poparcia jest forma pisemna, w której obywatel wyraża swoje poparcie dla inicjatywy ustawodawczej poprzez złożenie własnoręcznego podpisu na papierowym wykazie osób popierających dany projekt, wraz z podaniem swojego imienia (imion) i nazwiska, adresu zamieszkania i numeru PESEL. Przyjęta regulacja skłania do refleksji nad zasadnością wprowadzenia przez ustawodawcę alternatywnego sposobu wyrażenia poparcia inicjatywy ustawodawczej przez obywateli. Zważywszy na rozwój technik informatycznych oraz powszechność dostępu do Internetu, niejako naturalnym wydaje się umożliwienie wyrażania takiego poparcia w formie elektronicznej. Wprowadzenie takiej zmiany wydaje się

---

\* Autorka jest studentką na Wydziale Prawa i Administracji Uniwersytetu Warszawskiego.

<sup>1</sup> Por. szerzej: M. Jabłoński, *Rola i znaczenie instytucji demokracji bezpośredniej we współczesnym państwie*, [w:] O. Halub, M. Jabłoński, M. Radziejewski (red.), *Instytucje demokracji bezpośredniej w praktyce*, Warszawa 2016, s. 13 i n.

<sup>2</sup> L. Garlicki, *Polskie prawo konstytucyjne. Zarys wykładu*, Warszawa 2011, s. 53–54.

nie wywoływać zastrzeżeń zarówno w aspekcie prawnym, jak i celowościowym. W dalszej kolejności warto rozważyć konsekwencje takiego rozwiązania dla rozwoju społeczeństwa obywatelskiego. Trzeba przy tym mieć na względzie, że umożliwienie wyrażenia poparcia pod obywatelskim projektem ustawy w drodze elektronicznej mogłoby stanowić inspirację dla wprowadzenia takich rozwiązań również w innych, pokrewnych, obszarach (np. *e-voting* w prawie wyborczym<sup>3</sup>).

## 2. Konstytucyjne prawo obywatelskiej inicjatywy ustawodawczej

Inicjatywa obywatelska, znana od dawna m.in. konstytucjom: włoskiej, hiszpańskiej, austriackiej, litewskiej, rumuńskiej i macedońskiej<sup>4</sup>, uznawana jest za jeden z zasadniczych elementów państwa demokratycznego. Została ona również przyjęta w polskiej Konstytucji (art. 118 ust. 2)<sup>5</sup>, zaś szczegółową regulację inicjatywy ludowej zawiera ustawa z dnia 24 czerwca 1999 r. o wykonywaniu inicjatywy ustawodawczej przez obywateli<sup>6</sup>, której celem jest zagwarantowanie właściwego funkcjonowania tej instytucji<sup>7</sup>. Warto przy tym podkreślić, że inicjatywa obywatelska była obecna w polskim porządku ustrojowym także przed 1997 r. – taki tryb wnoszenia projektów przyszłej Konstytucji przewidywała ustawa konstytucyjna z dnia 23 kwietnia 1992 r. o trybie przygotowania i uchwalenia Konstytucji Rzeczypospolitej Polskiej<sup>8</sup>. Wprawdzie w pierwotnym brzmieniu powyższej ustawy konstytucyjnej grupa obywateli nie była wyposażona w prawo do wniesienia projektu Konstytucji, uprawnienie takie zostało natomiast przyznane w następstwie nowelizacji z 1994 r.<sup>9</sup>

Zgodnie z art. 118 ust. 2 Konstytucji RP, inicjatywę ustawodawczą mogą wykonywać – obok posłów, Senatu, Prezydenta i Rady Ministrów – także grupa co najmniej 100 000 obywateli mających czynne prawo wyborcze do Sejmu. Kwestię czynnego prawa wyborczego precyzuje art. 62 ust. 1 Konstytucji RP, w myśl którego prawo wybierania przysługuje obywatelowi polskiemu, jeżeli najpóźniej w dniu głosowania kończy 18 lat. Przesłanki negatywne czynnego prawa wyborczego określa art. 62 ust. 2 Konstytucji RP – nie posiadają

<sup>3</sup> Por. szerzej: K. W. Czaplicki, *Głosowanie elektroniczne (e-voting) – wybrane zagadnienia*, [w:] F. Rymarz (red.), *Demokratyczne standardy prawa wyborczego Rzeczypospolitej Polskiej. Teoria i praktyka*, Warszawa 2005, s. 35 i n.; R. Balicki, A. Preisner, *E-voting – szanse, możliwości, zagrożenia*, [w:] S. Grabowska, R. Grabowski (red.), *Alternatywne sposoby głosowania a aktywizacja elektoratu*, Rzeszów 2007.

<sup>4</sup> Por. szerzej: A. Szymt, *Obywatelska inicjatywa ustawodawcza*, GSP 1998, t. 3, s. 143 i n.

<sup>5</sup> Por. szerzej: M. Zieliński, *Obywatelskie prawo inicjatywy ustawodawczej*, [w:] M. Jabłoński (red.), *Realizacja i ochrona konstytucyjnych wolności i praw jednostki w polskim porządku prawnym*, Wrocław 2014, s. 485 i n.

<sup>6</sup> Dz.U. Nr 62, poz. 688 ze zm.

<sup>7</sup> P. Uziębło, *Ustawa z 1999 o wykonywaniu inicjatywy ustawodawczej przez obywateli*, Prz. Sejm. 2000, nr 4, s. 47 i n.

<sup>8</sup> Dz.U. Nr 67, poz. 336 ze zm.

<sup>9</sup> Artykuł 1 pkt 1 ustawy konstytucyjnej z dnia 22 kwietnia 1994 r. o zmianie ustawy konstytucyjnej o trybie przygotowania i uchwalenia Konstytucji Rzeczypospolitej Polskiej (Dz.U. Nr 61, poz. 251); por. L. Garlicki, *Komentarz do art. 118 Konstytucji*, [w:] L. Garlicki (red.), *Konstytucja Rzeczypospolitej Polskiej. Komentarz*, t. 2, Warszawa 2001, s. 19.

go osoby, które prawomocnym orzeczeniem sądowym zostały ubezwłasnowolnione lub pozbawione praw publicznych albo wyborczych<sup>10</sup>.

Ustawa o wykonywaniu inicjatywy ustawodawczej przez obywateli, stosownie do dyspozycji zawartej w art. 118 ust. 2 zdanie 2 Konstytucji RP, określa szczegółowy tryb postępowania w sprawie wykonywania inicjatywy ludowej. Tym samym ustawą tą objęte jest unormowanie całokształtu czynności związanych z wykonywaniem inicjatywy ustawodawczej na etapie postępowania „przedparlamentarnego”<sup>11</sup>, na które składa się przede wszystkim zawiązanie komitetu inicjatywy ustawodawczej oraz dalsze działania podejmowane przez ten komitet poprzedzające wniesienie projektu do Sejmu. Komitet inicjatywy ustawodawczej może zostać utworzony przez grupę co najmniej 15 obywateli polskich, którzy mają prawo wybierania do Sejmu i złożyli pisemne oświadczenie o przystąpieniu do komitetu (art. 5 ust. 2). Komitet jest odpowiedzialny za czynności związane z przygotowaniem projektu ustawy, jego rozpowszechnianiem, kampanią promocyjną, a także organizacją zbierania podpisów obywateli popierających projekt (art. 5 ust. 2). Kluczowe znaczenie w kontekście materii stanowiącej przedmiot niniejszego artykułu odgrywa art. 2 u.w.i.u., zgodnie z którym obywatele występują z inicjatywą ustawodawczą przez złożenie podpisów pod projektem ustawy. Oznacza to, że warunkiem wniesienia projektu w trybie inicjatywy obywatelskiej jest zgromadzenie odpowiedniej liczby podpisów, które stanowią wyraz woli złożenia do Marszałka Sejmu projektu ustawy o określonej treści i zarazem stanowią formalny warunek zainicjowania prac parlamentarnych nad projektem. Uzupełnieniem powyższego przepisu jest art. 9 ust. 2 u.w.i.u., który określa wymogi dotyczące procedury zbierania podpisów – obywatel udziela poparcia projektowi ustawy, składając na papierowym wykazie, obok swojego imienia (imion) i nazwiska, adresu zamieszkania oraz numeru ewidencyjnego PESEL, własnoręczny podpis. Przepis ten stwarza podstawy do podjęcia debaty, w której wskazane byłoby rozważenie zasadności wprowadzenia do polskiego porządku prawnego możliwości składania podpisów drogą elektroniczną, z racji tego, że funkcjonujący w obrocie prawnym podpis kwalifikowany jest równoważny podpisowi własnoręcznemu.

Nie ulega wątpliwości, że na obecnym etapie rozwoju technologicznego ustawodawca powinien zapewnić obywatelom możliwość udzielenia poparcia projektowi ustawy nie tylko poprzez złożenie podpisu odręcznego, ale także równoważnemu z nim co do skutków prawnych podpisowi elektronicznemu. Umożliwiłoby to obywatelom w prosty sposób wyrażanie swojej woli bez konieczności składania podpisu na papierowym wykazie, którego dostępność ma zawsze – w większym bądź mniejszym stopniu – wymiar ograniczony. Wprowadzenie alternatywnej wobec podpisu tradycyjnego formy podpisu elektronicznego bez wątpienia służyłoby zwiększeniu partycypacji obywateli w życiu publicznym oraz ułatwiłoby im aktywny udział w bezpośrednim kształtowaniu polityki państwa.

---

<sup>10</sup> Przesłanka pozbawienia praw publicznych albo pozbawienia praw wyborczych została doprecyzowana w art. 10 § 2 ustawy z dnia 5 stycznia 2011 r. – Kodeks wyborczy (t.j. Dz.U. z 2017 r. poz. 15), zgodnie z którym nie ma prawa wybierania osoba: pozbawiona praw publicznych prawomocnym orzeczeniem sądu, pozbawiona praw wyborczych prawomocnym orzeczeniem Trybunału Stanu oraz ubezwłasnowolniona prawomocnym orzeczeniem sądu.

<sup>11</sup> L. Garlicki, *Komentarz...*, s. 19.



Przyznanie uprawnienia do składania podpisów drogą elektroniczną pod obywatelskim projektem ustawy nie powinno budzić wątpliwości natury konstytucyjnej. Wymaga podkreślenia, że proponowanych zmian w przepisach ustawy o wykonywaniu inicjatywy obywatelskiej związanych z elektronicznym poparciem projektu ustawy nie można bezpośrednio odnosić do postulatów dotyczących dopuszczenia głosowania w wyborach powszechnych za pośrednictwem Internetu (*e-voting*). W tym ostatnim przypadku na przeszkodzie mogą stać przede wszystkim zasady (przymiotniki) prawa wyborczego – zasada tajności głosowania oraz zasada bezpośredniości<sup>12</sup>, które w ocenie Trybunału Konstytucyjnego mogłyby prowadzić do orzeczenia o niekonstytucyjności takiego rozwiązania. Jednakże zasady prawa wyborczego nie mają zastosowania do u.w.i.u., natomiast pozostałe regulacje zawarte w Konstytucji nie ustanawiają ani w sposób bezpośredni, ani pośredni zakazu wprowadzenia rozwiązań pozwalających na złożenie poparcia dla obywatelskiego projektu ustawy w sposób inny niż własnoręczny podpis. Tak więc wprowadzenie takiego rozwiązania do porządku prawnego nie stoi w kolizji z żadną z zasad ustrojowych wyrażonych w ustawie zasadniczej ani z konstytucyjnymi prawami i wolnościami człowieka i obywatela.

### 3. „E-inicjatywa obywatelska”

Jak powyżej wskazano, w obecnym stanie prawnym przepisy u.w.i.u. przewidują jedynie możliwość złożenia podpisu obywatela na papierowym wykazie, stanowiącym spis osób popierających obywatelski projekt ustawy. Taki projekt, zgodnie z warunkami określonymi w ustawie, musi być wyłożony do wglądu w miejscu zbierania podpisów. Nie ma przeszkód, aby projekt został udostępniony także w formie elektronicznej, np. w Biuletynie Informacji Publicznej Państwowej Komisji Wyborczej albo w systemie teleinformatycznym Sejmu RP, który pełni analogiczną funkcję co BIP (urzędowy publikator teleinformatyczny)<sup>13</sup>. Wówczas spełniony zostałby wymóg powszechnej, a zarazem urzędowej dostępności tekstu projektu dla osób, którzy poprzez złożenie podpisu popierają wniesienie tego projektu w ramach inicjatywy obywatelskiej.

Odmianą propozycją jest możliwość utworzenia przez Państwową Komisję Wyborczą elektronicznej platformy (serwisu internetowego) dedykowanego obywatelskim projektom ustaw lub też uruchomienie wyspecjalizowanej usługi w ramach serwisu Elektronicznej Platformy Usług Administracji Publicznej (dalej: ePUAP). Po spełnieniu określonych wymogów technicznych określonych dla systemów teleinformatycznych, każdy z zainteresowanych komitetów mógłby samodzielnie tworzyć środowisko teleinformatyczne (system teleinformatyczny), za pomocą którego realizowałby kampanię mającą na celu uzyskanie

<sup>12</sup> Zasada tajności głosowania oraz zasada bezpośredniości w prawie wyborczym były przedmiotem rozważań Trybunału Konstytucyjnego w kontekście wprowadzenia do polskiego porządku prawnego alternatywnych procedur głosowania, tj. głosowania korespondencyjnego oraz głosowania przez pełnomocnika; zob. wyrok TK z dnia 20 lipca 2011 r., K 9/11 (OTK-A 2011, nr 8, poz. 85).

<sup>13</sup> P. Wąglowski, *Elektroniczne poparcie inicjatyw obywatelskich*, Ekspertyza Instytutu Spraw Obywatelskich, 2015, s. 15.

poparcia<sup>14</sup>. Należałoby w tym miejscu podkreślić, że podobne rozwiązania wprowadziła Unia Europejska w ramach realizacji europejskiej inicjatywy ustawodawczej.

Proponowane rozwiązania z pewnością mogą budzić wątpliwości związane z wiarygodnością i bezpieczeństwem gromadzonych informacji oraz późniejszą identyfikacją obywateli udzielających poparcia. Jednak przywołane wyżej wymogi z art. 9 ust. 2 u.w.i.u. są bardzo zbliżone do tych, które trzeba spełnić, aby uzyskać możliwość posługiwania się kwalifikowanym podpisem elektronicznym. Definicja legalna podpisu elektronicznego została zawarta w art. 3 pkt 1 ustawy z dnia 18 września 2001 r. o podpisie elektronicznym<sup>15</sup>. Obejmuje on dane w postaci elektronicznej, które wraz z innymi danymi, do których zostały dołączone lub z którymi są logicznie powiązane, służą do identyfikacji osoby składającej podpis elektroniczny<sup>16</sup>. Aby zapewnić najwyższy poziom bezpieczeństwa, osoba zainteresowana usługą certyfikacyjną musi podpisać umowę w formie pisemnej pod rygorem nieważności. W umowie o wydanie kwalifikowanego certyfikatu należy zawrzeć co najmniej imię i nazwisko, datę i miejsce urodzenia, numer PESEL, serię i rodzaj dokumentu tożsamości oraz oznaczenie organu wydającego dowód osobisty lub paszport, na którego podstawie potwierdzono tożsamość wnioskodawcy. Z tego wynika, że zakres informacji, które musi uzyskać podmiot świadczący usługi certyfikujące, jest znacznie szerszy niż zakres informacji wymaganych przez komitety zbierające podpisy pod projektem ustawy<sup>17</sup>. Podobny zakres danych wymagany jest dla weryfikacji przy zakładaniu profilu zaufanego w ePUAP. Skoro zatem wymagania stawiane kwalifikowanemu podpisowi oraz profilowi zaufanemu ePUAP są wysokie i oba instrumenty pełnią podobną rolę w zakresie obrotu publicznoprawnego, można rozważyć ich zastosowanie dla potrzeb obywatelskiej inicjatywy ustawodawczej<sup>18</sup>.

#### 4. Europejska inicjatywa ustawodawcza – dobra praktyka

Warte omówienia i naśladowania są rozwiązania wprowadzone przez Unię Europejską w TUE, który przyznaje obywatelom państw członkowskich prawo do wykonywania europejskiej inicjatywy ustawodawczej<sup>19</sup>. Artykuł 11 ust. 4 TUE stanowi, że co najmniej milion obywateli Unii, mających obywatelstwo znacznej liczby państw członkowskich, może 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. Procedury i warunki wymagane w przypadku inicjatywy obywatelskiej zostały określone w drodze rozporządzenia Parlamentu Europejskiego i Rady (UE) nr 211/2011 z dnia 16 lutego 2011 r. w sprawie inicjatywy obywatelskiej<sup>20</sup>. W trybie europejskiej inicjatywy obywatelskiej milion obywateli Unii Europejskiej,

<sup>14</sup> *Ibidem*.

<sup>15</sup> Dz.U. z 2013 r. poz. 262 ze zm.

<sup>16</sup> Por. szerzej: J. Jankowski, *Podpis elektroniczny w obrocie prawnym*, Warszawa 2007, s. 162 i n.

<sup>17</sup> J. Rzucidło, *Elektroniczny rząd. Aspekty konstytucyjnoprawne*, Warszawa 2015, s. 282-283.

<sup>18</sup> *Ibidem*, s. 284.

<sup>19</sup> Por. szerzej: A. B. Capik, A. Gniewek, *Wprowadzenie do prawa europejskiej inicjatywy obywatelskiej*, Luksemburg 2012, s. 65 i n.

<sup>20</sup> Dz.Urz. UE L 65 z dnia 11 marca 2011 r., s. 1, ze zm.

zamieszkałych w co najmniej siedmiu jej państwach, może zwrócić się z prośbą do Komisji Europejskiej o wystąpienie z wnioskiem legislacyjnym w zakresie, w jakim jest do tego kompetentna.

Prawo europejskiej inicjatywy ustawodawczej realizowane jest w formie papierowej, poprzez udzielanie poparcia na tradycyjnym formularzu, który należy podpisać i przekazać organizatorom inicjatywy (odpowiednikowi polskiego komitetu inicjatywy ustawodawczej), bądź też w formie elektronicznej z użyciem podpisu elektronicznego. Unia Europejska w swoich regulacjach przewidziała zatem także proces udzielania poparcia *online*. Udzielając poparcia *online* w pierwszej kolejności należy sprawdzić, czy system internetowy, który jest odpowiedzialny za gromadzenie danych obywatela, uzyskał certyfikat właściwego organu krajowego – mechanizm ten pozwala na zapewnienie należytej ochrony danych osobowych obywateli państw członkowskich Unii Europejskiej. Następnie obywatel wprowadza jedynie żądane przez system informacje, bez konieczności złożenia na deklaracji podpisu elektronicznego<sup>21</sup>. Europejska inicjatywa obywatelska prowadzi w konsekwencji do tego, że Europa jest bliższa obywatelom państw członkowskich; jednocześnie sprzyja budowie społeczeństwa europejskiego. Ponadto, stała się bezpośrednim sposobem na przekazanie swoich opinii instytucjom unijnym, a także umożliwia międzynarodową debatę o sprawach ważnych dla obywateli Unii Europejskiej.

W krajowym porządku prawnym niektóre kwestie dotyczące realizacji europejskiej inicjatywy ustawodawczej zostały doprecyzowane w ustawie z dnia 4 kwietnia 2014 r. o europejskiej inicjatywie obywatelskiej<sup>22</sup>, która weszła w życie 21 maja 2014 r. Podczas prac nad transpozycją regulacji unijnych pojawiły się postulaty równoległego wprowadzenia zmian w u.w.i.u., jednakże ustawodawca nie skorzystał wówczas z możliwości unowocześnienia procedury dotyczącej realizacji inicjatywy ustawodawczej na szczeblu krajowym. W charakterze uzupełnienia warto dodać, że podczas prac legislacyjnych pojawiły się wątpliwości „co do ocen, w jaki sposób do systemu prawnego powinny być wprowadzone rozwiązania będące konsekwencją rozporządzenia unijnego: czy poprzez nowelizację ustawy o wykonywaniu inicjatywy ustawodawczej przez obywateli, czy w drodze nowej ustawy, ustawy materialnej”<sup>23</sup>. Biuro Legislacyjne Kancelarii Sejmu rekomendowało rozwiązanie polegające na przyjęciu nowej ustawy, choć zarazem dopuszczano rozwiązanie polegające na dodaniu przepisów związanych z procedurą europejską do ustawy krajowej. Ostatecznie podczas prac legislacyjnych zdecydowano, że zostanie uchwalony odrębny akt normatywny, w którym Polska wywiązała się ze zobowiązań wobec Unii Europejskiej<sup>24</sup>.

<sup>21</sup> *Europejska inicjatywa obywatelska. Przewodnik*, Luksemburg 2014, s. 4 i 9.

<sup>22</sup> Dz.U. z 2016 r. poz. 861.

<sup>23</sup> Biuletyn nr 2924/VII Komisji Spraw Wewnętrznych nr 128, <http://orka.sejm.gov.pl/Zapisy7.nsf/wgskrnrr/ASW-128>.

<sup>24</sup> P. Wąglowski, *op. cit.*, s. 20.

## 5. Dotychczasowe prace legislacyjne związane z wprowadzeniem procedury podpisu elektronicznego w zakresie obywatelskiej inicjatywy ustawodawczej

W 2002 roku pojawiły się pierwsze postulaty wprowadzenia alternatywnej możliwości złożenia podpisu w przypadku obywatelskiej inicjatywy. Propozycja zmian związana była z wejściem w życie ustawy o podpisie elektronicznym. Postulowano, aby ustawa ta znajdowała zastosowanie także w sferze wykonywania inicjatywy ustawodawczej przez obywateli. Autorem pomysłu było Bankowe Przedsiębiorstwo Telekomunikacyjne, które zwróciło się do Sejmu o udostępnienie serwera sejmowego. Autorzy pomysłu proponowali stworzenie bezpłatnej aplikacji, która umożliwiłaby zastosowanie podpisu elektronicznego przy wykonywaniu obywatelskiej inicjatywy ustawodawczej.

Realizacja propozycji przewidującej stosowanie ustawy o podpisie elektronicznym wprost przy wykonywaniu inicjatywy ustawodawczej była jednak, w opinii ekspertów, niemożliwa w obowiązującym wówczas stanie prawnym. Wskazywano, że u.w.i.u. opiera się na zasadzie pisemności, a dokumenty mają za zadanie uwiarygodnić poparcie dla obywatelskiego projektu. W świetle tak sformułowanych przepisów wszelkie przejawy wprowadzenia elektronicznych elementów do procedury musiałyby zostać zamienione na formę pisemną<sup>25</sup>.

Działania w kierunku wprowadzenia omawianej zmiany do obowiązującej ustawy podejmowane były również przez Ministerstwo Administracji i Cyfryzacji w 2013 r.; zamysł taki pojawił się też w toku prac sejmowej Komisji Administracji i Cyfryzacji. Z pewnością ponownie tej koncepcji było wynikiem przyjętej przez Radę Ministrów uchwały z dnia 22 stycznia 2013 r. „Lepsze regulacje 2015”, która miała wspierać proces doskonalenia obowiązujących przepisów i tworzenia wysokiej jakości nowych regulacji<sup>26</sup>. Organizacje społeczne zwróciły się do Ministerstwa Administracji i Cyfryzacji o zainicjowanie dyskusji nt. wprowadzenia rozwiązań alternatywnych wobec wymogu podpisu własnoręcznego pod projektem obywatelskim, w szczególności poprzez wdrożenie elektronicznego systemu potwierdzenia poparcia dla obywatelskich projektów ustaw. Podczas posiedzenia sejmowej Komisji Administracji i Cyfryzacji w dniu 22 maja 2013 r. Podsekretarz Stanu w Ministerstwie Administracji i Cyfryzacji zwrócił się do Sejmu z prośbą o rozważenie wprowadzenia postulowanych zmian, podkreślając przy tym chęć współpracy ze strony ministerstwa. Mimo że Ministerstwo Administracji i Cyfryzacji uznało za konieczne podjęcie prac legislacyjnych, członkowie komisji sejmowej wskazali jedynie na problematykę ewentualnego obciążenia administracji nowymi rozwiązaniami dotyczącymi systemu internetowego, jego obsługi i monitorowania.

Swoistym podsumowaniem ówczesnego stanowiska ustawodawcy jest pogląd wyrażony przez przewodniczącą Komisji Administracji i Cyfryzacji, zdaniem której proponowane przez Ministerstwo Administracji i Cyfryzacji działania są zadaniem przeznaczonym

<sup>25</sup> J. Mordwilko, *W sprawie możliwości zastosowania podpisu elektronicznego w procesie wykonywania inicjatywy ustawodawczej przez obywateli*, Ekspertyzy i Opinie Prawne. Biuletyn 2002, nr 1, s. 104.

<sup>26</sup> <https://www.premier.gov.pl/wydarzenia/decyzje-rzadu/uchwala-w-sprawie-przyjecia-programu-lepsze-regulacje-2015-predloziona.html>.

dla organizacji pozarządowych, a nie administracji państwowej<sup>27</sup>. Skłania to do konkluzji, że ustawodawca ponownie nie skorzystał z szansy wprowadzenia innowacyjnych zmian w krajowej procedurze dotyczącej realizowania przez obywateli inicjatywy ustawodawczej, choć obecnie w obrocie prawnym funkcjonuje wiele tego typu rozwiązań (np. elektroniczne postępowanie upominawcze, zaufany profil w e-PUAP), składających się na tworzoną przez państwo elektroniczną administrację.

## 6. Uwagi końcowe

O ile samo prawo inicjatywy obywatelskiej w wielu krajach europejskich nie jest już *novum*, to odmiennie ma się rzecz w kwestii możliwości udzielenia poparcia obywatelskiemu projektowi ustawy w drodze elektronicznej. Dotychczas żaden z krajów europejskich nie wprowadził do swojego ustawodawstwa takiego rozwiązania. Wydaje się jednak, że nie powinno być to powodem bierności legislacyjnej ani przekonania, że obecne polskie rozwiązania również nie potrzebują żadnych modyfikacji<sup>28</sup>.

Oczywiście, należy zgodzić się, że możliwość zastosowania podpisu elektronicznego w sferze życia publicznego (prawa wyborczego, obywatelskiej inicjatywy ustawodawczej) może z jednej strony ułatwić udział obywateli w sprawowaniu władzy państwowej, z drugiej jednak – prowadzić do osłabienia namysłu, refleksji oraz odpowiedzialności, niezbędnych w podejmowaniu ważnych decyzji polityczno-państwowych<sup>29</sup>. Zrozumiałe są również obawy dotyczące nieuprawnionego wykorzystania nowoczesnych technik, zagrożenia wynikające z niewłaściwej identyfikacji (uwierzytelniania) obywateli, brak odpowiedniego mechanizmu ochrony danych osobowych czy wszelkie manipulacje, do jakich może dojść w procesie zbierania podpisów.

Jednakże w mojej ocenie, na obecnym etapie rozwoju innowacyjności w zakresie rozwiązań teleinformatycznych, wydaje się zasadne wprowadzenie możliwości składania podpisów drogą elektroniczną w ramach obywatelskiej inicjatywy legislacyjnej, ponieważ postulowana zmiana niesie ze sobą wiele korzyści. Informatyzacja społeczeństwa przyczyniła się już do powstania m.in. możliwości składania petycji przez obywateli za pomocą środków komunikacji elektronicznej.

Niewykluczone, że wprowadzenie do polskiego porządku prawnego możliwości składania podpisów drogą elektroniczną pod inicjatywą obywatelską doprowadzi w przyszłości do przyjęcia analogicznych regulacji także w obszarze wyborów powszechnych. Postęp technologii pozwala bez wątpienia na stworzenie alternatywnej formy głosowania, która mogłaby przelożyć się na znaczne zwiększenie frekwencji w wyborach, jak i zmniejszenie kosztów przeprowadzania głosowań w wyborach powszechnych.

---

<sup>27</sup> Por. zapis przebiegu posiedzenia Komisji Administracji i Cyfryzacji z dnia 22 maja 2013 r., <http://www.sejm.gov.pl/sejm7.nsf/biuletyn.xsp?sknr=ACF-21>.

<sup>28</sup> Zob. np. wystąpienie Rzecznika Praw Obywatelskich z dnia 31 maja 2016 r. do Prezesa Rady Ministrów ws. umożliwienia składania podpisów drogą elektroniczną w ramach obywatelskiej inicjatywy (sygn. VII.600.9.2015. JZ).

<sup>29</sup> J. Mordwilko, *op. cit.*, s. 104.

Obok wspomnianego referendum i głosowania, możliwość złożenia podpisu w formie elektronicznej pod obywatelskimi projektami ustaw mogłaby wywierać istotne znaczenie dla rozwoju i właściwego funkcjonowania społeczeństwa obywatelskiego. Przede wszystkim omawiane rozwiązanie sprzyjałoby zwiększeniu partycypacji obywateli w życiu publicznym oraz zwiększeniu ich świadomości obywatelskiej. Elektroniczna inicjatywa obywatelska pozwoliłaby w efektywniejszy sposób zgłaszać swoje potrzeby oraz zwracać uwagę rządzących na aktualne problemy obywateli. W przyszłości mogłoby to przelożyć się na realne prawo obywateli do kształtowania treści obowiązującego prawa.

Możliwość udzielenia poparcia projektowi obywatelskiemu bez wychodzenia z domu mogłaby także spowodować podniesienie poziomu legislacyjnego ustaw prezentowanych przez komitety. Ponadto, warto podkreślić, że rozwój technologii mógłby nieść za sobą większe poparcie projektów obywatelskich niż tylko wymagane 100.000 podpisów. Jest to istotny argument, przemawiający za dalszą informatyzacją form partycypacji obywateli. Co więcej, w trakcie VI kadencji Sejmu, spośród 19 projektów obywatelskich aż 12 nie zostało rozpatrzonych do końca kadencji – oznacza to, że większość projektów obywatelskich nigdy nie wchodzi w życie<sup>30</sup>. Ułatwienie dostępu i zwiększenie zainteresowania jednostek inicjatywą obywatelską mogłoby wpłynąć na zmianę postawy parlamentarzystów względem omawianych projektów, a w konsekwencji skutkować rozpoczęciem prac legislacyjnych nad zgłaszanymi projektami oraz ich pomyślnym zakończeniem.

Nie ulega wątpliwości, że wprowadzenie regulacji pozwalającej na składanie podpisów drogą elektroniczną pod obywatelskim projektem ustawy mogłoby w przyszłości doprowadzić do rozwoju jednej z najważniejszych form demokracji oraz do powielenia sukcesu szwajcarskiej inicjatywy ludowej, która jest głęboko zakorzeniona w świadomości prawnej obywateli, a ponadto uznawana za „perłę” ich konstytucji<sup>31</sup>.

## **Assessment of the validity of the implementation of the citizen's electronic initiative to the Polish legal system**

### S u m m a r y

Public debate dedicated to the possibility of using technology to implement changes in the process of acquiring support for the civil bills as part of the notification procedure for civic legislative initiative encourages an attempt to assess the validity of the proposed changes. The European legislative initiative, which could be a model for the Polish legislator for the modification of the current legal system, has already regulated the aforementioned issue.

Analyzing current regulations and existing legislative works, it is worth considering how the postulated solution would affect the development of the civil society and statutory forms of participatory democracy, or whether it would force the legislature to initiate the process of introducing further innovative solutions relating to political rights and voting law.

<sup>30</sup> O. Kazalska, J. Maśnicki, M. Żuralska, *Analiza działalności ustawodawczej Sejmu VI kadencji*, Warszawa 2012, s. 48.

<sup>31</sup> Z. Czeszejko-Sochacki, *Referendum i inicjatywa ludowa w systemie politycznym Konfederacji Szwajcarskiej*, SP 1989, nr 2–3, s. 31.

## UWAGI NA TEMAT PROBLEMATYKI SAMPLINGU W SYSTEMIE COMMON LAW NA PRZYKŁADZIE STANÓW ZJEDNOCZONYCH AMERYKI

### 1. Uwagi wprowadzające

Przekonanie o nierozzerwalnym związku prawa autorskiego i innowacji technologicznych jest dziś powszechne<sup>1</sup>. Jak wskazuje się w literaturze zagranicznej, nieustannie rosnąca dostępność do Internetu stanowi jedną z najważniejszych przyczyn odradzającej się debaty dotyczącej *samplingu*<sup>2</sup>. Komentatorzy dostrzegali zresztą wpływ nowych technologii na rozwój rynku muzycznego już przeszło kilkadziesiąt lat temu<sup>3</sup>. System *common law*, reprezentowany w niniejszej pracy (głównie) przez system prawa Stanów Zjednoczonych Ameryki, od dawna stara się zagwarantować równowagę pomiędzy ochroną interesów posiadaczy praw autorskich a kreowaniem środowiska odpowiedniego dla tworzenia nowoczesnej i innowacyjnej muzyki<sup>4</sup>.

Rozwój sieciowych platform muzycznych (YouTube, Soundcloud) sprawia, że muzyka, dostępna dotychczas głównie na fizycznych nośnikach danych (plyty CD, płyty winylowe, kasyety), zaczyna funkcjonować w środowisku gwarantującym nowe, oczekiwane przez wielu twórców możliwości. Zwraca na to uwagę m.in. David Byrne, wokalista zespołu *Talking Heads*, w swojej wydanej w 2012 roku książce *How Music Works*. Artysta słusznie wskazuje, że proces dygitalizacji muzyki oraz przenoszenia jej do Internetu ma podwójny skutek. Poza zmianą miejsca publikacji utworów, modyfikacjom ulega także sama muzyka oraz sposób jej tworzenia. Wnioski Byrne'a aprobuje literatura zagraniczna poświęcona problematyce *samplingu*<sup>5</sup>.

Biorąc pod uwagę doniosłość *samplingu*, uznawanego za jedną z kluczowych metod służących tworzeniu współczesnej muzyki, warto poświęcić uwagę prawnym aspektom jego funkcjonowania. W niniejszym artykule postaram się przedstawić problematykę *samplingu* na tle systemu prawnego Stanów Zjednoczonych Ameryki (czyniąc co jakiś czas uwagi do innych krajów reprezentujących tradycję prawną *common law*). Celem artykułu jest przybliżenie Czytelnikowi konstrukcji prawnych regulujących *sampling* w USA, tak aby po zapoznaniu się z tekstem był

\* Autor jest studentem Wydziału Prawa Uniwersytetu Warszawskiego.

<sup>1</sup> Por. T. D. Arn, *Digital Sampling and Signature Sound: Protection Under Copyright and Non-Copyright Law*, University of Miami Entertainment & Sports Law Review 61 1989, HEINONLINE, s. 62.

<sup>2</sup> Por. R. Lloyd, *Unauthorized digital sampling in the changing music landscape*, Journal of Intellectual Property Law 143 2014-2015, HEINONLINE, s. 144.

<sup>3</sup> Por. H. Townley, *Sampling: Weapon of the Copyright Pirate?*, University of Tasmania Law Review 102 1993, HEINONLINE, s. 102.

<sup>4</sup> Por. J. W. Gregory, *A necessary global discussion for improvements to U.S. Copyright Law on music sampling*, Gonzaga Journal of International Law 72 2011, HEINONLINE, s. 107.

<sup>5</sup> Por. R. Lloyd, *op. cit.*, s. 145.

w stanie dokonać samodzielnej oceny sytuacji *de lege lata* oraz propozycji zmian, które zgłaszane są w doktrynie. Deskryptywne uwagi składające się na pierwszą część pracy, uzupełnione zostaną na dalszym etapie komentarzem odnoszącym się do postulatów *de lege ferenda*.

Kolejne części artykułu zostaną poświęcone następującym zagadnieniom: historii oraz samej czynności samplowania<sup>6</sup> (część nr II); przypadkom naruszenia praw autorskich za sprawą samplowania (*infringement*) oraz warunkom jego wystąpienia (część nr III); analizie reprezentatywnego *case law*, na bazie którego sądy amerykańskie starały się wykreować regulę mającą rządzić problematyką samplowania (część nr IV); metodom służącym obronie przed zarzutem nieuprawnionego wykorzystania fragmentu cudzej twórczości (część nr V); sformułowanym przez komentatorów postulatem *de lege ferenda* związanym z problematyką *samplingu* (część VI); podsumowaniu rozważań (część VII).

## 2. Samplowanie

Pytanie dotyczące źródeł *samplingu* nie należy do najprostszych. Jedni upatrują jego początków w tzw. muzyce konkretnej (*field recording*), łączonej najczęściej z postacią Pierre'a Schaeffera, który zapoczątkował gatunek, wydając w 1948 roku utwór *Cinq études de bruits*<sup>7</sup>. Inni uważają, że próbkowanie wiązać należy z późnymi latami siedemdziesiątymi dwudziestego wieku i rozwojem kultury hip-hopowej w Stanach Zjednoczonych<sup>8</sup>. Spotkać można także opinie, utożsamiające początki *samplingu* z postacią Petera Christophersona, klawiszowca zespołu Coil, który zaczął posługiwać się samplami na przełomie lat 70-tych i 80-tych ubiegłego stulecia<sup>9</sup>.

Od strony technicznej *sampling* polega na inkorporacji fragmentu wcześniej dokonanego nagrania muzycznego (utwór pierwotny) w strukturę tworzonego utworu przy użyciu komputera lub specjalnego instrumentu zwanego samplerem<sup>10</sup>. Sample uzyskuje się w sposób naturalny bądź sztuczny. Najczęściej stanowią one pojedyncze dźwięki instrumentów naturalnych (np. sample perkusyjne) lub odpowiednio wycięte części innych utworów. Innymi słowy, *sampling* służy podpieraniu własnej twórczości dokonaniem innych twórców.

Dla potrzeb niniejszej pracy dalsze przedstawianie technicznych aspektów próbkowania wydaje się zbędne. Więcej uwag dotyczących tej problematyki można odnaleźć w literaturze przedmiotu<sup>11</sup>.

<sup>6</sup> W opracowaniu zamiennie posłużono się pojęciami „*sampling*” oraz „próbkowanie”.

<sup>7</sup> Por. D. Mazurowski, *Próbkuj to sam, czyli sampling kreatywny*, <http://www.eis.com.pl/pl/modules.php?name=Sections&sop=viewarticle&artid=266>.

<sup>8</sup> Por. R. Carnachan, *Sampling and the Music Industry: A Discussion of the Implications of Copyright Law*, *Auckland University Law Review* 1033 1996-1999, HEINONLINE, s. 1033.

<sup>9</sup> *Coil – The Darker Side of Sampling* [autor nieznany], *Keyboard Magazine* 7/1987, <http://www.brainwashed.com/common/htdocs/publications/coil-1987-keyboard.php?site=coil08>.

<sup>10</sup> Do próbkowania na przestrzeni lat służyły różne urządzenia, które współcześnie zastępuje komputer. Przyjmuje się, że pierwszym tego typu sprzętem był Mellotron (pierwszy model z 1963 r.), który zastąpiony został przez syntezator (najsłynniejsze projektował Robert Moog). Syntezatory ustąpiły miejsca samplerom na przełomie lat 70-tych i 80-tych dwudziestego wieku.

<sup>11</sup> Por. R. S. Hernandez Jr., *I'm Talking About S-S-Sampling Records: A Glimpse Into Digital Sampling, Copyright Law, And The Grand Upright Case*, *Florida Entertainment, Art & Sport Law Journal* 21 1993, HEINONLINE, s. 21 oraz R. Carnachan, *op. cit.*, s. 1034-1035.



Współcześnie przyjmuje się, że z *samplingu* korzystają najczęściej dwa gatunki muzyczne. Po pierwsze, cudzymi samplami posługują się twórcy rapu. Powszechną praktyką w przypadku tego rodzaju muzyki jest wycinanie dłuższych fragmentów cudzych utworów (najczęściej melodii, choć za sampel może zostać uznana chociażby sama linia basu) i zapętlanie ich (*looping*), tak aby w rezultacie uzyskać kilkuminutowy podkład pod własny tekst. Niekiedy towarzyszy temu rozkładanie pobranego fragmentu na części pierwsze i zamienianie kolejności poszczególnych elementów w taki sposób, aby nadać zmodyfikowanemu samplowi unikalny charakter (*chopping*)<sup>12</sup>. Poza rapem z *samplingu* najczęściej korzysta muzyka elektroniczna (np. techno, industrial, noise). W tym przypadku samplujący wykorzystują zdecydowanie krótsze fragmenty utworów pierwotnych, jednak podobnie jak raperzy, skupiają się na zapętleniu sampli oraz modyfikacji ich struktury.

### 3. Warunki skutecznego powołania się na naruszenie praw autorskich (infringement) za sprawą samplowania

Artykuł 1, sekcja 8, klauzula 8 Konstytucji Stanów Zjednoczonych Ameryki głosi, iż: „*The Congress shall have Power To...promote the Progress of Science and useful Arts, by securing for limited Times to Authors and Inventors the exclusive Right to their respective Writings and Discoveries*”<sup>13</sup>. Tak zwana *copyright clause*<sup>14</sup> stanowi punkt wyjścia dla amerykańskiego ustawodawstwa z zakresu prawa autorskiego, którego początki datuje się na rok 1790<sup>15</sup>.

Ustawy obecne w systemie *common law* nie definiują *samplingu*<sup>16</sup>. Strona Oxford Dictionaries określa go jako: „...*small part or quantity intended to show what the whole is like*”<sup>17</sup>. Słowo wywodzi się z francuskiego *essample*, co na współczesny angielski tłumaczyć należy jako *example*. *Sampling* oznacza więc zapożyczenie reprezentatywnej części utworu pierwotnego. Sampel z kolei postrzegać należy jako przykład, wrywek mający świadczyć o całości dzieła. Są to jednak wszystko ustalenia semantyczne, pozbawione znaczenia prawnego. Wobec

<sup>12</sup> *Chopping and slicing samples* [autor nieznany], <http://www.samplecraze.com/tutorials/chopping-and-slicing-samples>.

<sup>13</sup> Por. R. Thibadeau, *Thomas Jefferson and Intellectual Property including Copyrights and Patents*, <http://rack1.ul.cs.cmu.edu/jefferson/>. Tłumaczenie fragmentu Konstytucji Stanów Zjednoczonych Ameryki na język polski: „Kongres będzie miał prawo popierać postęp nauk i sztuk użytecznych przez zabezpieczenie przez pewien okres praw autorskich i praw do wynalazków”, <http://www.kolousa.wssm.edu.pl/res/konstytucja.pdf>.

<sup>14</sup> Por. T. B. Nachbar, *Patent and copyright clause*, <http://www.heritage.org/constitution/#!/articles/1/essays/46/patent-and-copyright-clause>.

<sup>15</sup> Por. T. M. Evans, *Sampling, Looping, and Mashing...Oh My!: My!: How Hip Hop Music is Scratching More Than the Surface of Copyright Law*, *Fordham Intellectual Property, Media & Entertainment Law Journal*, Vol.21:843/2011, HEINONLINE, s. 871.

<sup>16</sup> Por. UK — Copyright, Designs and Patents Act 1988, US — Copyright Act of 1976, Australia — Copyright Act 1968.

<sup>17</sup> Hasło „sample” w słowniku Oxford Dictionaries, <http://www.oxforddictionaries.com/definition/english/sample>. Tłumaczenie przytoczonego fragmentu na język polski: „...niewielka część lub ilość przeznaczona do ukazaniu obrazu całości [utworu – przyp. aut.]”.

braku definicji legalnych, na orzecznictwie spoczął obowiązek wypracowania reguł dotyczących próbkowania<sup>18</sup>. Najważniejsze z nich zostaną omówione poniżej.

Powtórzmy, iż *sampling* wiąże się z inkorporowaniem fragmentu cudzego utworu w strukturę własnego dzieła. Przykładem tego typu praktyki jest piosenka *Ice Ice Baby*, w przypadku której raper Vanilla Ice posłużył się samplem z utworu *Under Pressure* autorstwa Davida Bowiego oraz zespołu Queen<sup>19</sup>. Każdorazowo sądy stają więc przed obowiązkiem porównania dwóch utworów i ustalenia, w jakiej proporcji do utworu pierwotnego znajduje się samplowany fragment. Nie bez znaczenia pozostaje także stosunek objętościowy inkorporowanego fragmentu do nowo powstałego dzieła<sup>20</sup>.

Jak wynika z 17 U.S. Code § 501, w obecnie obowiązującym w USA stanie prawnym z naruszeniem praw autorskich (*copyright infringement*) mamy do czynienia, gdy dana osoba (i) bezprawnie, (ii) bez zgody uprawnionego lub (iii) pozbawiona tytułu prawnego, który usprawiedliwiałby podejmowane działania, eksploatuje jedno lub więcej uprawnień przynależnych właścicielowi praw autorskich<sup>21</sup>. Aby skutecznie powołać się na naruszenie tych praw, spełnione muszą zostać trzy przesłanki.

Po pierwsze, dowiedzione musi zostać wystarczające oraz obiektywne (dostrzegalne dla przeciętnego słuchacza) podobieństwo pomiędzy utworem pierwotnym a nowo powstałym (*sufficient objective similarity*). Jak wskazał sąd w sprawie *Newton v Diamond* [2003]: „*even where the fact of copying is conceded, no legal consequences will follow from that fact unless the copying is substantial*”<sup>22</sup>. Orzecznictwo zdążyło wypracować szereg testów służących badaniu spełnienia przez sampel przesłanki wystarczającego i obiektywnego podobieństwa (*abstractions test, pattern test, total concept and feel test*). Przyjmuje się jednak, że żaden z nich nie okazał się na tyle niezawodny, aby można było korzystać z niego w każdym przypadku<sup>23</sup>. Dodajmy, iż ciekawą propozycją rozwiązania problemu jest test autorstwa Profesorów Melville’a i Davida Nimmerów – tzw. „*fragmented literal similarity test*”. Naukowcy przyjęli, iż z fragmentarycznym literalnym podobieństwem mamy do czynienia, gdy sampel pobrany z utworu powoda jest inkorporowany do piosenki pozwanego bez naruszenia treści ani struktury pobranej części<sup>24</sup>. Wydaje się więc, że naukowcy stanęli tym samym na stanowisku przemawiającym za tym, iż modyfikacja sampla niweczy możliwość powołania się na naruszenie praw autorskich.

Po drugie, udowodnić należy, że zawarty w nowym utworze fragment pochodzi z dzieła powoda. W tym przypadku aktualne pozostaje orzeczenie w sprawie *Corelli v Gray*

<sup>18</sup> Por. R. Lloyd, *op. cit.*, s. 154.

<sup>19</sup> Innym z rozpoznawalnych przykładów tej praktyki jest utwór *U can't touch this* autorstwa rapera MC Hammera. Muzyk skorzystał, za zezwoleniem i po uiszczeniu umówionej kwoty, z fragmentu piosenki *Super Freak* Rick’a Jamesa.

<sup>20</sup> P. Cuomo, *Claiming Infringement over three Notes is not preaching to the “Choir”*: *Newton V. Diamond and a Potential New Standard in Copyright Law*, HEINONLINE, s. 1.

<sup>21</sup> Por. T. M. Evans, *op. cit.*, s. 874.

<sup>22</sup> *Newton v. Diamond*, 349 F.3d 591 (9th Cir. 2003). Tłumaczenie przytoczonego fragmentu na język polski: „...nawet w sytuacji przyznania, że doszło do skopiowania, żadne konsekwencje prawne nie wynikną z tego faktu, chyba że kopiowanie było znaczne”.

<sup>23</sup> Por. J. W. Gregory, *op. cit.*, s. 81.

<sup>24</sup> *Ibidem*.

[1913], w którym stwierdzono, iż niezależnie prowadzone prace, skutkujące identycznymi efektami, nie są podstawą do wniesienia powództwa przez którąkolwiek ze stron. Także w przypadku oceny tej przesłanki sądy odnoszą się do zagadnienia „podobieństwa”, choć w nieco odmiennym, od prezentowanego uprzednio, rozumieniu. Odmiennie niż w przypadku „podobieństwa” omawianego powyżej, w przypadku którego centralnym punktem odniesienia był utwór pierwotny i jego strukturalne podobieństwo do utworu inkorporującego, w kontekście „podobieństwa” omawianego w niniejszym akapicie kluczowe znaczenie ma nie tyle rzeczywiste podobieństwo pomiędzy piosenkami, ale subiektywne przeświadczenie odbiorców o związku treściowym pomiędzy porównywanymi dziełami. Orzecznictwo dostarcza także odpowiedzi na pytanie dotyczące znaczenia wymaganego przez sądy „podobieństwa” porównywanych utworów. W sprawie *Francis Day & Hunter v Bron* [1963] orzeczono, iż podobieństwo takie występuje wówczas, gdy: „...przeciętny rozsądnie myślący słuchacz może pomyśleć, że jeden z utworów pochodzi z drugiego”<sup>25</sup>. Pomimo iż w przywołanym fragmencie sąd posłużył się określeniem „rozsądnie myślącego słuchacza”, sądzę, że sformułowanie takie utożsamiać należy z przyjmowaniem możliwie najbardziej globalnej perspektywy podczas oceniania, czy doszło do naruszenia. „Rozsądnie myślący słuchacz” jest, w moim przekonaniu, emanacją społeczeństwa, przez co rozumieć należy, że im większa liczba osób, w ramach subiektywnej percepcji, dostrzeże podobieństwo pomiędzy dwoma utworami, tym większa jest szansa na to, że sąd przychyli się do żądań zgłaszanych z pozwie. Pragmatyczne podejście sądów amerykańskich stanowi z jednej strony poważne ryzyko, gdyż ostatecznie od dyskrejonalnej decyzji sądu zależeć będzie to, czy wystarczająca ilość osób (wedle wyobrażeń sędziego) jest skłonna połączyć ze sobą oba utwory, z drugiej zaś takie ilościowe podejście zdaje się najskuteczniej odzwierciedlać istotę problemu, skupiając się na perspektywie najważniejszego z elementów rynku muzycznego – słuchaczy. Na marginesie dodać można, że aktualnie pozostaje w tym kontekście orzeczenie w sprawie *Corelli v Gray* [1913], w którym stwierdzono, iż niezależnie prowadzone prace, skutkujące identycznymi efektami, nie są podstawą do wniesienia powództwa przez którąkolwiek ze stron.

Po trzecie wreszcie, gdy dwie pierwsze przesłanki zostaną spełnione, ustalić należy, czy naruszenie dotyczy znacznej części (*substantial part*) utworu pierwotnego<sup>26</sup>. Należy więc dokonać przede wszystkim oceny tego, czy zainkorporowany fragment stanowi istotną (z punktu widzenia „przeciętego słuchacza”) część utworu pierwotnego. Bez znaczenia pozostaje natomiast przy dokonywaniu oceny to, czy analizowany fragment stanowi mniej lub bardziej kluczową część utworu inkorporującego. Ponadto, co wynika z orzecznictwa sądów brytyjskich, kluczowe znaczenie przypisać należy temu, czy samplujący dokonał w ocenianym fragmencie zmian<sup>27</sup>. Jak przyjmuje się w literaturze przedmiotu, ocenę istotności danego fragmentu dla całości dzieła należy zawsze przeprowadzać *ad casum*, biorąc pod uwagę okoliczności danej sprawy. Sądy wypracowały pewne reguły mające służyć rozstrzygnięciu tego typu zagadnień.

<sup>25</sup> Por. H. Townley, *op. cit.*, s. 105.

<sup>26</sup> *Ibidem*, s. 106.

<sup>27</sup> Por. *Ludlow Music v. Williams* [2001] FSR 19 ([www.swarb.co.uk](http://www.swarb.co.uk)).

Obecnie przyjmuje się, że istotniejsze od rozmiaru zapożyczenia (*quantity*) jest znaczenie samplowanego fragmentu dla dzieła pierwotnego (*quality*)<sup>28</sup>. Stanowisko takie prezentowane jest nie tylko w amerykańskim systemie prawnym. Podobne zapatrywanie przyświeca *inter alia* sądowi brytyjskiemu<sup>29</sup>. Przeciwnie wnioski były domeną dawniejszych orzeczeń, datowanych głównie na pierwszą połowę dwudziestego wieku<sup>30</sup>. Ilościowe podejście najsilniej zaakcentowane zostało w sprawie *Mark v. Leo Feist Inc.* [1923]<sup>31</sup>, w której sąd ustanowił tzw. „*six-bar rule*”. Zasada ta oznaczała, iż naruszeniem praw autorskich będzie każde zapożyczenie obejmujące więcej niż 6 taktów pochodzących z cudzego utworu.

Sądy stopniowo odchodziły jednak od optyki ilościowej<sup>32</sup>, słusznie zauważając, że nie gwarantuje ona skutecznej ochrony, jako że samplujący wykorzystują przeważnie krótkie fragmenty cudzych utworów. Co więcej, przyjmuje się, że sąd odmówi samplowi cechy istotności (*substantial part*), jeśli samplujący przed inkorporacją fragmentu do własnego dzieła, przeprowadził w nim znaczące zmiany (np. zmiana tempa, kolejności taktów, dodanie linii perkusji *etc.*)<sup>33</sup>.

#### 4. Reguła prawna rządząca samplowaniem? - wybrane case law oraz krytyczne stanowisko doktryny

Należy postawić pytanie, czy w przypadku samplowania prawo powinno działać na zasadzie automatyzmu, opierać się na domniemaniach naruszenia praw autorskich i w każdym przypadku wychodzić z założenia, że próbkowanie oznacza pogwałcenie cudzych uprawnień. Rozwój rynku muzycznego wymaga, aby pewne konkretne zachowania względem utworów spotykały się zawsze z określoną reakcją prawa. Pewność idzie w parze z kreatywnością, gdyż wydawcy nie są zmuszeni do przewidywania reakcji sądu na stosowane przez nich zabiegi (np. *sampling*). Prawo jest w tym wypadku sztuką kompromisów, a niektóre z nich muszą stać się na tyle trwałe, aby zagwarantować pewność obrotu.

W systemie prawa amerykańskiego sądy podjęły się próby wykreowania uniwersalnej reguły, który miałaby decydować o tym, czy doszło do naruszenia. Od tak zakreślonej reguły powstały wyjątki, jednak ich istnienie nie powstrzymało fali krytyki, która spadła na sądy amerykańskie. Poniższe akapity prezentują zwięzły okoliczności faktycznych, które zainicjowały powstanie wspomnianej reguły. W dalszej części przedstawione zostały wspomniane „wyjątki” łagodzące jej ścisłe stosowanie.

W 1972 roku irlandzki muzyk Gilbert O'Sullivan wyprodukował utwór *Alone Again (Naturally)*. Piosenka szybko osiągnęła sukces komercyjny, zajmując 5-tą pozycję na liście przebojów Casey Kasem Top 40 for 1970's (zestawienie 40 najwybitniejszych utworów

<sup>28</sup> *Hirsch v. Paramount Pictures*, <http://law.justia.com/cases/federal/district-courts/FSupp/17/816/1555876/>.

<sup>29</sup> *Interlego v. Tjco* [1989] AC 217 ([www.swarb.co.uk](http://www.swarb.co.uk)).

<sup>30</sup> *Blackie & Sons v. Lothian* [1921], <https://jade.io/article/62939>.

<sup>31</sup> *Mark v. Leo Feist Inc.* [1923], <http://law.justia.com/cases/federal/appellate-courts/F2/8/460/1508882/>.

<sup>32</sup> *Northern Music Corp. v. King Record Distrib. Co.* [1952], <http://mcir.usc.edu/cases/1950-1959/Pages/northernking.html>.

<sup>33</sup> Por. H. Townley, *op. cit.*, s. 107.

dekady)<sup>34</sup>. Z kolei w roku 1991 raper Biz Markie nagrał album *I Need A Haircut*, na którym znalazła się piosenka *Alone Again*. W przywołanym utworze amerykański muzyk samplował zarówno podkład muzyczny utworu O'Sullivanana, jak i głos piosenkarza.

W tym samym roku spółka Grand Upright Music, Ltd. pozwała Warner Bros. Records Inc. (wydawcę płyty Amerykanina), powołując się na nieuprawnione posługiwanie się fragmentem piosenki Irlandczyka.

W czasie procesu podnoszono, iż raper zabiegał o uzyskanie zezwolenia na posłużenie się fragmentem utworu O'Sullivanana (spotykając się jednak z odpowiedzią negatywną). Reprezentujący Amerykanina prawnicy argumentowali także, iż *sampling* jest niepodważalnym standardem w przypadku tworzonej przez Biz Marki'ego muzyki. Przywoływali się nadto na zasadę *de minimis* (o której więcej poniżej).

Sędzia Kevin Thomas Duffy, przewodniczący składu orzekającego, rozstrzygając w pełni na korzyść Grand Upright Music, Ltd., rozpoczął odczytywanie werdyktu od znamienych dla tematyki *samplingu* słów: „*Thou shalt not steal*”<sup>35</sup>. Już na wstępie zdecydowanie odrzucone zostały przez sąd tłumaczenia dotyczące praktyk znajdujących zastosowanie w przypadku komponowanej przez Biz Marki'ego muzyki. Na rzecz powoda zasądzone zostały tantiemy oraz odszkodowanie, sąd nakazał także wycofanie z rynku wszystkich egzemplarzy albumu rapera. Po przegranej sprawie Warner Bros. Records Inc. rozpoczęło proces gruntownego badania wydawanych przez siebie materiałów, które w jakimkolwiek choćby zakresie korzystały z cudzych sampli.

Wyrok w sprawie *Grand Upright Music, Ltd. v Warner Bros. Records Inc.* należy do jednego z najważniejszych orzeczeń wydanych w odniesieniu do problematyki *samplingu*. Wraz z orzeczeniem *Bridgeport Music, Inc. v Dimension Films* [2005] nadał znaczenie doktrynie uznającej nieautoryzowane posługiwanie się cudzymi samplami za przestępstwo *per se*<sup>36</sup>.

Wyraźnie wskazuje się w doktrynie amerykańskiego prawa autorskiego, iż wyrokiem w sprawie *Grand Upright Music, Ltd. v Warner Bros. Records Inc.* sąd wyraził kategorię sprzeciw wobec posługiwania się cudzymi samplami bez pytania (ściślej rzecz ujmując – posługiwania się nimi pomimo sprzeciwu właściciela praw autorskich)<sup>37</sup>.

Jeszcze dalej w tym duchu wnioskowania poszedł Sixth Circuit of the U.S. Court of Appeals. We wspomnianej powyżej sprawie *Bridgeport Music, Inc. v Dimension Films*, sąd ten orzekł, iż gdy przedmiotem nieuprawnionego naruszenia jest sampel, Copyright Act 1976<sup>38</sup> nakazuje traktować każdorazowo zachowanie takie jako pogwałcenie uprawnień przysługujących posiadaczowi praw autorskich, niezależnie od rozmiaru i znaczenia inkorporowanego fragmentu<sup>39</sup>. Tym samym sąd odmówił powagi prawnej doktrynie *de minimis* (nie podważył

<sup>34</sup> [https://en.wikipedia.org/wiki/Alone\\_Again\\_\(Naturally\)](https://en.wikipedia.org/wiki/Alone_Again_(Naturally)).

<sup>35</sup> Por. R. S. Hernandez Jr., *op. cit.*, s. 21.

<sup>36</sup> Por. R. Lloyd, *op. cit.*, s. 155.

<sup>37</sup> *Ibidem*.

<sup>38</sup> Por. 17 U.S.C. § 114(b).

<sup>39</sup> Por. J. W. Gregory, *op. cit.*, s. 84.

jednak znaczenia doktryny *fair use*). Orzeczenie to spotkało się ze zdecydowaną krytyką w doktrynie<sup>40</sup>.

Jak zostało to już odnotowane, zainicjowana orzeczeniami *Grand Upright Music, Ltd. v Warner Bros. Records Inc.* oraz *Bridgeport Music, Inc. v Dimension Films* linia orzecznicza nie znalazła uznania w literaturze przedmiotu. Dala jednak powód do podjęcia debaty nad znaczeniem doktryn *de minimis* i *fair use*, których rola w przypadku *samplingu* nie powinna budzić najmniejszych wątpliwości. Doktryny te służą samplującym do tego, by w przypadku sporu sądowego móc skutecznie bronić się przed zarzutem nieuprawnionego posłużenia się cudzą twórczością. Wobec powyższego, każdej z nich poświęconych zostanie stosowny komentarz.

## 5. Doktryny *de minimis* oraz *fair use* jako sposoby usprawiedliwienia nieuprawnionego posłużenia się cudzym samplem

Obie doktryny (*de minimis*, *fair use*) mogą zostać przywołane przed sądem przez stronę sporu w przypadku nieautoryzowanego posłużenia się cudzym samplem. Chodzi więc o sytuacje, w których artysta A wykorzystuje w swoim utworze fragment piosenki (np. znany riff gitarowy) artysty B, nie informując go o tym w żaden sposób. Artysta B dowiaduje się o tym, po czym sprawa trafia z jego inicjatywy do sądu<sup>41</sup>. Artysta A zarzuca się naruszenie (*infringement*), wskazując, że wykorzystał bezprawnie przedmiot cudzych praw autorskich<sup>42</sup>.

Zanim przejdę do opisu obu doktryn, zaznaczę, że w literaturze dość jednoznacznie przyjmuje się, iż w przypadku próbkowania nie należy powoływać się na usprawiedliwienia takie jak: (i) krytyka, (ii) poszukiwania naukowe, (iii) parodia czy (iv) recenzja (*statutory defences*)<sup>43</sup>. Takie wnioski oparte są na przekonaniu, iż w przypadku rynku muzycznego *sampling* służy celom komercyjnym, będąc metodą zwielokrotnienia uzyskiwanych przez artystę korzyści majątkowych<sup>44</sup>.

Obrona przed zarzutem bezprawnego naruszenia zwana *fair use*, znajduje swoje uregulowanie w 17 U.S.C. § 107<sup>45</sup>. Badanie przez sąd tego, czy doktryna *fair use* powinna zna-

<sup>40</sup> Por. m.in. T. Hart, *Blurred Lines: Digital Sampling, Bridgeport, and Substantial Similarity*, <http://www.copyright.com/2013/08/blurred-lines-digital-sampling-bridgeport-and-substantial-similarity/>, R. Lloyd, *op. cit.*, s. 159 oraz J. W. Gregory, *op. cit.*, s. 84. Przykładem odejścia od tak kategorycznego wnioskowania jest m.in. wyrok w sprawie *Saregama India, Ltd. v Mosley*, w której sąd powrócił do klasycznego testu *substantial similarity* oraz wyrok w sprawie *TufAmerica, Inc. v Diamond* (sprawa dotyczyła posłużenia się samplem pochodzącym z repertuaru grupy Trouble Funk przez zespół The Beastie Boys), w którym District Court for the Southern District of New York jednoznacznie odrzucił możliwość posłużenia się doktryną *per se infringement*.

<sup>41</sup> Najczęściej nie trafia, tak jak w przypadku sprawy dotyczącej piosenki *Ice Ice Baby*. Orzecznictwo zna jednak bardzo wiele przypadków spraw z udziałem powszechnie znanych artystów. Jednym z nich jest sprawa *Williams v Broadus*, w której o nieuprawnionym *samplingu* oskarżony został raper Snoop Dogg (sprawę wygrał). Więcej informacji na temat procesów z udziałem muzyków por. <http://www.fairwagelawyers.com/most-famous-music-copyright-infringement.html>.

<sup>42</sup> Przesłanki, których spełnienie uzasadnia wniesienie powództwa o naruszenie praw autorskich za sprawą *samplingu*, opisuje w części III artykułu.

<sup>43</sup> Por. ss 40-43 of Copyright Act 1968.

<sup>44</sup> Por. H. Townley, *op. cit.*, s. 110.

<sup>45</sup> Copyright Act 1976, <https://www.law.cornell.edu/uscode/text/17>.

leżąc zastosowanie, wymaga rozważenia kilku zagadnień – natury zarówno prawnej, jak i faktycznej<sup>46</sup>. Sąd zobligowany jest zbadać spełnienie czterech przesłanek niezbędnych do powołania się przez pozwanego na komentowany sposób obrony.

Po pierwsze, istotny jest cel posłużenia się samplem oraz charakter podejmowanej wobec niego eksploatacji (charakter komercyjny lub służący celom niekomercyjnym/edukacyjnym). Celem ustawodawcy amerykańskiego nie było jednak wyraźne przyznanie, że którykolwiek z dwóch wymienionych sposobów determinuje konkretne rozstrzygnięcie sądu. Wynika to z komentarzy dotyczących omawianego fragmentu ustawy<sup>47</sup>. Ponadto takie rozwiązanie wydaje się jak najsluszniejsze, ponieważ ciężko wyobrazić sobie powody, dla których uprawnienie do skorzystania z omawianej doktryny miało być zostać ograniczone wyłącznie do jednej z dwu kategorii przypadków. Stając więc przed konkretną sprawą, Sąd bada ponadto, czy nowo powstały utwór „zastępuje” (*supersede[s]*) utwór pierwotny, oraz czy pobrany fragment ulega modyfikacji. Sąd poszukuje odpowiedzi na pytanie, ile własnego wkładu twórczego zawarł samplujący w swoim utworze. Rozumowanie sądu zasadza się na przekonaniu, że im większy jest wkład autorski samplującego, tym mniejsze prawdopodobieństwo, że osoba uprawniona z tytułu posiadania praw autorskich do utworu pierwotnego odczuje negatywne skutki majątkowe pojawienia się na rynku utworu czerpiącego ze struktury jego dzieła (m.in. z uwagi na to, że prawdopodobnie utwór o znacznej części wkładu własnego nie zostanie przez „rozsądnego słuchacza” połączony z utworem pierwotnym). Co więcej, w bezpośredniej odwrotnej proporcji do wkładu autorskiego samplującego znajduje się znaczenie kolejnych przesłanek powołania się na doktrynę *fair use*. Innymi słowy – im bardziej odróżniający się od utworu pierwotnego (*transformative*) jest utwór samplującego, tym mniejszą wagę przykładać będzie sąd do trzech pozostałych warunków. W mojej opinii takie stanowisko jest kolejnym przejawem pragmatycznego podejścia sądów amerykańskich do zagadnienia konkurencji na rynku muzycznym. Odmienne od tradycji kontynentalnej, w systemie *common law*, w tym w USA, optyka sądu skupia się w zasadnicznym stopniu na wymiarze majątkowym ochrony praw własności intelektualnej. Widać to zarówno na przykładzie USA, jak i chociażby Wielkiej Brytanii. Stąd też sąd amerykański badając to, czy strona ma prawo skutecznie powołać się na doktrynę *fair use* pochyla się przede wszystkim nad tym, czy porównywane utwory stanowią dla siebie konkurencję w ramach jednego rynku. Nie jest przecież tajemnicą, że w ramach generalnie pojmowanego rynku muzycznego funkcjonują jego podkategorie, które nierzadko nie są w żaden sposób połączone. Obecność fragmentu (dodajmy dla przykładu – znacznie przekształconego) utworu amerykańskiego kompozytora acid jazzu w strukturze hip-hopowego utworu wykonawcy pochodzącego z Senegalu nie stanowi co do zasady ryzyka strat finansowych po stronie tego pierwszego. Podobnie zresztą ciężko przypuszczać, żeby większa liczba osób w USA, czy Senegalu była w stanie dostrzec związek pomiędzy utworami. Wobec tak zarysowanych warunków należy ponownie podkreślić, że charakter posłużenia się samplem nie ma rozstrzygającego z góry znaczenia w przypadku oceny tego, czy stronie przysługuje prawo do powołania się na doktrynę *fair use*.

<sup>46</sup> Por. J. W. Gregory, *op. cit.*, s. 85.

<sup>47</sup> Por. [https://www.law.cornell.edu/uscode/pdf/uscode17/lii\\_usc\\_T1\\_17\\_CH\\_1\\_SE\\_107.pdf](https://www.law.cornell.edu/uscode/pdf/uscode17/lii_usc_T1_17_CH_1_SE_107.pdf).

Ostatecznie to na sądzie spoczywa zadanie dokonania oceny tego, czy *in concreto* doszło do naruszenia, a także, czy takie naruszenie może zostać usprawiedliwione.

Po drugie, zgodnie z treścią 17 U.S.C. § 107 (2), analizie poddany powinien zostać charakter samplewanego utworu (*nature of the copyrighted work*). Podziw budzi komplementarne podejście amerykańskiego ustawodawcy, gdyż łatwo spostrzec, że wedle omawianych przepisów przedmiotem refleksji sądu są na równi oba utwory. Ponadto analiza ta przyjmuje różne postaci, gdyż jak wynika z wcześniejszych uwag, sąd ocenia zarówno każdy utwór oddzielnie, po czym i tak przedmiotem jego rozumowania staje się zestawienie obu dzieł i ponowna ich ocena. Zapis o naturze kopiowanego utworu uważam za kolejny wyraz tego, że tworzenie ustaw z zakresu prawa autorskiego nie odbywa się w USA w oderwaniu od rzeczywistości rynku (w tym przypadku – muzycznego). Jak wynika z literatury przedmiotu, a także wskazywanych powyżej wyroków, sądy zdecydowanie częściej przyznają ochronę utworom, które cechują się znacznym wkładem autorkim, są rozpoznawalne, wyróżniają się treścią lub strukturą kompozycji. Zręcznie ilustruje to przykład pochodzący z literatury amerykańskiej, w której podnosi się, że sąd chętniej udzieli ochrony fikcyjnej noweli, niż książce zawierającej faktyczne informacje (np. książce telefonicznej)<sup>48</sup>.

Po trzecie, zgodnie z 17 U.S.C. § 107 (3) ocenić należy rozmiar i znacznie pobranego fragmentu dla całości dzieła pierwotnego. W tym przypadku sąd decyduje, czy zakres samplewanego materiału oraz jego wartość względem całości dzieła pierwotnego znajdują się w odpowiedniej proporcji do celów, które przyświecały samplującemu. Rozstrzygnięciu podlega to, czy samplujący inkorporował fragment utworu w celu wyręczenia się przy pomocy cudzego dorobku artystycznego, czy też może zabieg ten był uzasadniony charakterem nowo powstającego dzieła, które bez niego nie przedstawiałoby spodziewanej przez twórcę wartości artystycznej<sup>49</sup>. Co oczywiste, sądy przychylniej patrzeć będą na niewielkich rozmiarów zapożyczenia<sup>50</sup>, podczas gdy większe objętościowo przejęcie spotka się prawdopodobnie z dezaprobatą<sup>51</sup>. Nie budzi zdziwienia wybrzmiewający w literaturze postulat, aby przesłankę tę oceniały sądy *ad casum*<sup>52</sup>.

Po czwarte, co wynika z treści 17 U.S.C. § 107 (4), rozważyć należy potencjalny wpływ dokonanego zapożyczenia na rynek muzyczny oraz wartość samplewanego utworu. Taka treść przepisu potwierdza niejako wcześniejsze uwagi dotyczące pragmatycznego charakteru analizy podejmowanej przez sąd. Warto zwrócić uwagę na to, że przesłanka ta dotyczy

---

<sup>48</sup> *Ibidem*.

<sup>49</sup> Dla polskiego Czytelnika, wyrosłego w kontynentalnej tradycji prawnej, przydatne w kontekście zrozumienia znaczenia tej przesłanki mogą okazać się uwagi czynione przez prof. Bartę i Markiewicza w kontekście prawa cytatu. Por. J. Barta, R. Markiewicz, *Prawo autorskie*, Warszawa 2013, s. 193.

<sup>50</sup> *Newton v Diamond*, 349 F.3d 591 (9th Cir. 2003), [https://www.law.berkeley.edu/files/Newton\\_v\\_Diamond.pdf](https://www.law.berkeley.edu/files/Newton_v_Diamond.pdf).

<sup>51</sup> *Grand Upright Music, Ltd. v Warner Bros. Records Inc*, [https://www.law.berkeley.edu/files/Grand\\_Upright\\_Music.pdf](https://www.law.berkeley.edu/files/Grand_Upright_Music.pdf).

<sup>52</sup> Por. J. W. Gregory, *op. cit.*, s. 87.



zarówno pozycji rynkowej utworu samplewanego, kondycji rynku muzycznego jako całości, jak i pozycji utworów pochodnych opartych na utworze pierwotnym (*derivative works*)<sup>53</sup>.

W świetle powyższego nie powinno dziwić, że to właśnie ostatniej z przesłanek przyznaje się w literaturze najbardziej istotne znaczenie<sup>54</sup>. Na podobnym stanowisku stanął U.S. Supreme Court<sup>55</sup>. Podkreśla się zresztą niekiedy, że skutki samplewania mogą być dla autorów utworów pierwotnych zdumiewająco owocne. Wielu nieznanymi twórców czerpie znaczne korzyści majątkowe z tego, że bardziej rozpoznawalny wykonawca wykorzystuje fragment ich utworu w swoim dziele<sup>56</sup>. Ponownie więc, tak jak przy poprzednich, także w przypadku tej przesłanki sądy zmuszone są rozstrzygać w oparciu o stan faktyczny konkretnej sprawy metodą *ad casum*.

Wynikająca z charakteru testu władza dyskrejonalna po stronie sądu jest bardzo wyraźna. W literaturze zastrzega się, iż metoda ta nie konstytuuje jednoznacznej i przejrzystej reguły<sup>57</sup>. Postuluje się obowiązek oceniania przez sądy każdej sprawy suwerennie, co sprawia, że muzycy nie mają dostępu do choćby orientacyjnych proporcji, na posłuszenie którymi mogliby sobie pozwolić, bez narażenia się na naruszenie praw autorskich innych twórców.

Drugim ze sposobów uzasadnienia posłuszenia się cudzymi samplami jest tzw. doktryna *de minimis*. Dużo starsza od omawianej powyżej, doktryna *de minimis* opiera się na założeniu, iż pewne naruszenia prawa, szczególnie te powodowane rozwojem nowoczesnych technologii, są tak trywialne i pozbawione znaczących konsekwencji, że według opinii społecznej sądy powinny pozostawać wobec nich obojętne. W pełni aktualna pozostaje w tym kontekście rzymska paremia: *de minimis non curat lex*. *Ratio*, które przyświeca komentowanej doktrynie, wyraża się w przekonaniu, że sądy powinny zajmować się sprawami istotnymi, o przełomowym charakterze, pozostawiając tym samym na uboczu sytuacje, które nie wymagają szerszej debaty<sup>58</sup>.

Nie ulega wątpliwości, że doktryna *de minimis* pozostaje w bezpośrednim związku z testem *substantial similarity*. Jeśli uzna sąd, że nie może być mowy o naruszeniu z uwagi na brak pozytywnego wyniku testu znaczącego podobieństwa, pozwany z dużym prawdopodobieństwem odniesienia sukcesu będzie mógł powołać się na obronę *de minimis*. Pewien wyłom w komentowanej materii uczynił wyrok w sprawie *Bridgeport Music, Inc. v Dimension*

<sup>53</sup> Przykładem ilustrującym to zagadnienie jest sprawa *Campbell v Acuff-Rose Music, Inc.*, w której producent Acuff-Rose pozwał członków rapowego składu 2 Live Crew o nieuprawnione posłuszenie się fragmentem utworu Roy'a Orbison'a *Oh, Pretty Women*. Choć sąd uznał posłuszenie się samplem za uzasadnione, jak że spełniało ono przesłanki parodii, zaznaczył jednak, że Rose, jako osoba uprawniona z tytułu posiadania praw autorskich, posiada wyłączne praw do reprodukcji i licencjonowania nowo powstałej parodii, <https://www.law.cornell.edu/supct/html/92-1292.ZS.html>.

<sup>54</sup> Por. J. W. Gregory, *op. cit.*, s. 88.

<sup>55</sup> *Ibidem*, cytat za Campbellem.

<sup>56</sup> Powszechnie uznaje się, że zespół Cypress Hill zawdzięcza swoją popularność na wschodnim wybrzeżu Stanów Zjednoczonych temu, iż raper Erick Sermon (członek składu EPMD) wykorzystał sampel grupy z Los Angeles we własnym utworze, sprawiając, że nieznaną wówczas w tamtych okolicach grupa stała się momentalnie bardzo rozpoznawalna.

<sup>57</sup> J. W. Gregory, *op. cit.*, s. 89.

<sup>58</sup> *Ibidem*.

*Films*, niemniej jednak, należy ponownie powtórzyć, że rozstrzygnięcie to spotkało się z jednoznaczoną krytyką doktryny, a sądy amerykańskie nie zdecydowały się na kontynuację tak wyraźnie krzywdzącej dla samplujących linii orzeczniczej<sup>59</sup>.

Druga z omawianych doktryn stanowi, moim zdaniem, pierwszy etap obrony przed zarzutem naruszenia praw autorskich. Jej skuteczne zastosowanie nie wymaga tak wielu starań po stronie samplującego, dlatego przypuszczać należy, że w przypadku procesu strona pozwana będzie wprawdzie sięgać po doktrynę *de minimis* i dopiero gdy taka taktyka zawiedzie, skieruje swą argumentację w stronę doktryny *fair use*.

## 6. Postulaty *de lege ferenda* prezentowane w doktrynie

W obliczu szeregu problemów związanych z *samplingiem* komentatorzy starają się przedstawić propozycje rozwiązań, mających udoskonalić prawo autorskie w zakresie dotyczącym próbkowania. Najważniejsze z nich zostaną przedstawione poniżej.

Najczęściej pojawiającym się w literaturze przedmiotu pomysłem jest zawarcie w ustawie schematu dotyczącego cen poszczególnych sampli (sampli o konkretnych cechach). Idea ta opiera się na założeniu, że w sytuacji takiej zarówno twórcy utworów pierwotnych, jak i samplujący będą wiedzieć, jakie koszty zmuszeni będą powiązać z posłużeniem się fragmentem cudzej twórczości. Sugeruje się, że przy ocenie wartości sampla brane powinny pod uwagę cztery czynniki: (i) popularność samplowanego utworu, (ii) istotność pobieranego fragmentu w stosunku do całości dzieła pierwotnego, (iii) długość sampla, (iv) istotność inkorporowanego utworu w stosunku do nowo powstającego dzieła<sup>60</sup>.

Rozwiązanie takie, na pierwszy rzut oka rewolucyjne (w pozytywnym tego słowa znaczeniu), budzi jednak pewne wątpliwości. Co do pierwszego punktu, czyli wspomnianej popularności utworu, zastanawiać się można, wedle jakiego schematu należałoby ją oceniać. Jakie narzędzia miałyby służyć do oceny popularności utworu? Jaki punkt czasowy miałyby być istotny przy ocenie wartości sampli (wszak utwory, w przeważającej większości, po jakimś czasie tracą na popularności)? Łatwo sobie wyobrazić sytuację faktyczną, gdy proces będzie miał miejsce na wiele lat po okresie największej popularności utworu, którego fragment wykorzystano. Strona powodowa będzie skłonna brać pod uwagę ceny z chwili inkorporacji, zaś strona przeciwna stanie na stanowisku, że relewantny jest cenik z chwili wytoczenia powództwa. Nadto wizja autorytarnej oceny wartości fragmentów danych utworów przez ustawodawcę, a nie przez rynek (słuchaczy) wydaje się poważnym wynaturzeniem postaw rynku muzycznego. Pozostałe ze wskazanych przesłanek stanowią w istocie rozwiązania mniej lub bardziej zbliżone do tych, które sąd stosuje podczas procesu o naruszeniu praw autorskich przy okazji samplowania. Rozwiązanie takie byłoby zaledwie wprowadzeniem do ustawy tego, z czego sąd doskonale zdaje sobie sprawę dzięki wcześniejszemu orzecznictwu. Odnośnie do przesłanki długości sampla można wyrazić obawę, że taka optyka stanowi *de facto* powrót do porzuconego już dawno sposobu oceny na podstawie ilości a nie jakości fragmentu.

<sup>59</sup> Por. M. Heins, *Trashing the Copyright Balance*, <http://www.fepproject.org/commentaries/bridgeport.html>.

<sup>60</sup> Por. H. Townley, *op. cit.*, s. 115.

To zaledwie kilka spośród wątpliwości, przed którymi stanąć musiałby ustawodawca amerykański decydując się na wprowadzenie przedstawionego rozwiązania. Unikając ostatecznej oceny, wypada spostrzec, że kwestią czasu jest odpowiedź na pytanie, czy doktryna amerykańska wypracuje rozwiązania na tyle kompletne, aby mogły one zostać przekształcone w konkretne przepisy i uchwalone przez ustawodawcę.

Drugą z najsilniej akcentowanych propozycji jest koncepcja autorstwa Whitney C. Broussard'a. Także tutaj chodzi o pomysł wprowadzenia do ustawy schematu, przy pomocy którego sąd miałby oceniać wartość inkorporowanego do utworu sample. W tym przypadku jednak pod uwagę powinny być brane następujące przesłanki: (i) charakter samplowanego fragmentu, jego popularność, stopień powiązania z autorem utworu pierwotnego, (ii) sposób użycia sample w nowym utworze, ilość powtórzeń (*loops*), poziom sukcesu komercyjnego nowego utworu, (iii) działania podjęte przez samplującego (np. czy zabiegał o zezwolenie na posłużenie się samplem)<sup>61</sup>. Także i w tym przypadku wiele spośród wcześniejszych uwag zachowuje aktualność. Echem powraca problem oceny popularności, zagadnienie ilości powtórzeń (*loops*) jest, w moim przekonaniu, czymś wybitnie zbliżonym do przesłanki długości sample (a w dalszej kolejności elementem oceny proporcji inkorporowanego fragmentu oraz utworu inkorporującego). Co się zaś tyczy ostatniej przesłanki, to przypuszczać można, że stanowi ona pewnego rodzaju wentyl bezpieczeństwa i odpowiedź na problem, przed którym stanął sąd m.in. w przywoływanej sprawie dotyczącej posłużenia się fragmentem utworu *Alone Again (Naturally)*.

Autorem trzeciej propozycji jest Lionel Bentley. Koncepcja Profesora Bentleya opiera się na dwóch elementach. Po pierwsze, naukowiec postuluje wprowadzenie do ustawy wyraźnej definicji istotnej części utworu pierwotnego (*substantial part*). W tym przypadku w trakcie rozstrzygania sądy powinny kłaść główny nacisk na wysokość strat majątkowych po stronie powoda. Ponadto, w opinii Bentleya, w ustawie angielskiej i australijskiej, podobnie jak w przypadku amerykańskiej, powinien znaleźć się wyraźny zapis dotyczący doktryny *de minimis*. Obecny stan prawny skutkuje, zdaniem komentatora, wyraźnymi dysproporcjami orzeczniczymi pomiędzy poszczególnymi krajami, a przede wszystkim brakiem pewności co do treści prawa po stronie twórców<sup>62</sup>. Tak przedstawione rozwiązanie stanowi, moim zdaniem, najbardziej wartościową wskazówkę dla ustawodawcy amerykańskiego. Profesor Bentley słusznie skupia się na zagadnieniu braku definicji ustawowej *substantial part*, a nadto konsekwentnie stawia nacisk na wymiar finansowy omawianego zagadnienia. Wydaje się, że o ile stworzenie skutecznej, uniwersalnej definicji ustawowej jest samo w sobie rozwiązaniem utopijnym, o tyle przypuszczać można, że zbudowane na jej podstawie orzecznictwo będzie w przyszłości reprezentować bogatą i prawdziwie usłużną dla artystów bazę wiedzy na temat tego, z jakimi muszą mierzyć się wydatkami, gdy podejmą decyzję o posłużeniu się cudzym sample. Sądzę także, że zarówno stronom sporu, jak i samym słuchaczom łatwiej przyjdzie zaakceptować rozwiązanie, wedle którego wartość sample oceniana będzie przed sądem *ad casum* w oparciu o klarowną definicję ustawową *substantial part*, a nie, jak wynika z prezentowanych wcześniej propozycji, przez ustawodawcę.

---

<sup>61</sup> *Ibidem*.

<sup>62</sup> *Ibidem*.

W ramach podsumowania uwag poświęconych pojawiającym się w doktrynie *common law* koncepcjom ustawodawczym należy zwrócić uwagę, że wśród propozycji *de lege ferenda* wyraźnie dominują idee związane z wprowadzeniem do obowiązującego ustawodawstwa schematów zawierających informacje dotyczące wartości poszczególnych sampli. Jak zostało jednak odnotowane, przesłanki mające stać za decyzją o cenie konkretnego sampla mogą w praktyce przysporzyć więcej problemów niż korzyści. Z lektury komentarzy dotyczących omawianej materii wynika, że naczelnym problemem wymagającym rozwiązania są straty finansowe ponoszone przez właścicieli praw do utworów pierwotnych. Nie jest to jednak jedyna determinanta przyświecająca projektowaniu nowych przepisów. Pamiętać należy, że niezmiennie aktualny jest postulat dotyczący prawa autorskiego, które, jak się przyjmuje, powinno umiejętnie balansować pomiędzy ochroną praw autorskich a swobodą w rozwoju kultury, w tym innowacyjnej muzyki<sup>63</sup>.

W doktrynie prawa autorskiego obecne są również inne propozycje legislacyjne, na omówienie których brak tu miejsca. Zaznaczę jedynie, że większość z nich należy do jednego z czterech modeli: (i) ustawowego systemu licencyjnego, (ii) podwyższenia znaczenia doktryn *fair use/de minimis*, (iii) stworzenia pozaustawowego systemu licencyjnego, (iv) systemu będącego połączeniem elementów poprzednich. Znacząca ich część została gruntownie przeanalizowana w literaturze przedmiotu<sup>64</sup>.

## 7. Zakończenie

Stoję na stanowisku, że nie będzie przesady w stwierdzeniu, iż problem *samplingu* wykracza poza granice poszczególnych krajów. System *common law* z zagadnieniem próbowania mierzy się od dłuższego czasu. Literatura przedmiotu, niezależnie od kraju, z którego pochodzi dany autor, formuluje spójne i konsekwentnie powtarzane od lat wnioski. Większość z nich pozostaje jednak w sferze dywagacji akademickich.

Ponadto, zważywszy za treść rozstrzygnięć w sprawach *Grand Upright Music, Ltd. v Warner Bros. Records Inc.* oraz *Bridgeport Music, Inc. v Dimension Films*, należy przyznać, że brak jednoznacznych reguł obecny jest także na poziomie krajowym<sup>65</sup>. Generuje to wiele problemów, znacząco ograniczając twórców, którzy w obawie przed naruszeniem praw autorskich nie decydują się na produkowanie samplujących cudze utwory piosenek.

Brak definicji ustawowych, mnogość sprzecznych rozstrzygnięć, a przede wszystkim dynamicznie zmieniający się rynek muzyczny sprawiają, że tematyka *samplingu* od dana budzi szereg kontrowersji w krajach objętych systemem *common law*. Mniejszy stopień ich nasilenia w krajach kontynentalnych wynika zapewne z faktu, iż europejski rynek muzyczny jest zdecydowanie mniejszy od amerykańskiego. Także większość nowości technologicznych swój początek ma za oceanem (przykład samplera).

Nie ulega jednak wątpliwości, że – m.in. za sprawą rozwoju Internetu – skala zjawiska oraz związanych z nim problemów prawnych stanie się z czasem przedmiotem bogatego

<sup>63</sup> J. W. Gregory, *op. cit.*, s. 91.

<sup>64</sup> *Ibidem*.

<sup>65</sup> *Ibidem*.

orzecznictwa Trybunały Sprawiedliwości Unii Europejskiej<sup>66</sup>. Takie przekonanie wzmacnia okoliczność, że wyroki sądów krajowych prezentują nierzadko skrajnie odmienne podejścia do omawianego zagadnienia<sup>67</sup>. Wobec powyższego, szczególnie istotne jest poznanie ustaleń dotyczących *samplingu* wypracowanych przez doktrynę i orzecznictwo amerykańskiego systemu prawnego, w czym, jak mam nadzieję, pomocy okazał się niniejszy artykuł.

## Remarks on sampling in common law systems on the example of the United States of America

### S u m m a r y

Sampling is a phenomenon that goes beyond the individual states. American legislation and doctrine have been struggling for many years to deal with legal issues related to sampling. The Copyright Clause is the starting point for these considerations. The years of experience in the American music market have enabled the musicians to work out the conditions for successful pleading of copyright infringement by sampling. On the opposite side are the *de minimis* doctrine and fair use doctrine, which are the means of justifying the unauthorized use of someone else's sample. The current legal solutions, however, raise doubts. The scientific community is promoting solutions to address this problem. Successively developing Polish music market can benefit from American experience. Also, Polish lawmakers and courts should not remain indifferent.

---

<sup>66</sup> Warto w tym miejscu odnotować, że Trybunał Sprawiedliwości Unii Europejskiej miał już okazję zajmować się wybranymi zagadnieniami związanymi z problematyką *samplingu*. Trybunał w wydanym na podstawie Dyrektywy 2001/29/WE wyroku ws. *Infopaq International A/S przeciwko Danske Dagblades Forening* odniósł się m.in. do pojęcia „częściowego zwielokrotnienia” oraz „wyras własnej twórczości intelektualnej autora”. Jednym z najważniejszych spostrzeżeń sądu w tej sprawie było stwierdzenie, że w Dyrektywie 2001/29/WE brak jest zapisów wskazujących na to, że części utworu podlegają innemu reżimowi prawnemu niż ten, któremu podlega cały utwór. Por. Wyrok TS z dnia 16 lipca 2009 r., C-5/08 *Infopaq International A/S przeciwko Danske Dagblades Forening* ([www.curia.europa.eu](http://www.curia.europa.eu)).

<sup>67</sup> Por. *Sampling bez zgody autora jednak dozwolony? Niezwykły wyrok w Niemczech*, <http://muzykaiprawo.pl/sampling-bez-zgody-autora-jednak-dozwolony-niezwykly-wyrok-niemczech/> oraz „*Ascetoholix przegrał sprawę o piosenkę „Suczki”*”, *Niezwykle ważny wyrok dla rynku*, <http://muzykaiprawo.pl/ascetoholix-przegral-sprawe-piosenke-suczki-niezwykle-wazny-wyrok-dla-rynku/>.

**ODLICZENIE OD DOCHODU DAROWIZN  
PRZEKAZANYCH NA DZIAŁALNOŚĆ CHARYTATYWNO-OPIEKUŃCZĄ  
PROWADZONĄ PRZEZ KOŚCIOŁ W ŚWIETLE ORZECZNICTWA  
TRYBUNAŁU KONSTITUCYJNEGO I AKTUALNEGO ORZECZNICTWA  
SĄDÓW ADMINISTRACYJNYCH**

## 1. Uwagi wprowadzające

Dokonywanie odliczeń od podstawy opodatkowania jest odstępstwem od głównego celu prawa podatkowego, jakim jest fiskalny aspekt poboru podatku<sup>1</sup>. Ich istotą jest bowiem nie zwiększenie wpływów budżetowych i gromadzenie uzyskanych w ten sposób środków w puli publicznej, lecz rezygnacja z nich na rzecz pewnych ważnych społecznie celów publicznych<sup>2</sup>. Odliczenia, jako ulgi specyficznie nazwane na gruncie podatku dochodowego od osób fizycznych<sup>3</sup>, są niesamoistnymi, związanymi z podstawowymi, elementami podatku<sup>4</sup>. Ponadto, kreują wysokość podstawy opodatkowania, gdyż w momencie podjęcia przez podatnika decyzji o skorzystaniu z możliwości zastosowania odliczenia, należy go dokonać<sup>5</sup>. W szczególności może mieć to znaczenie dla kwalifikacji podstawy obliczenia podatku w odpowiedniej skali<sup>6</sup>. Z tego względu, jak wskazuje R. Mastalski, wykładnia przepisów zmierzająca do oceny zasadności odliczeń powinna uwzględniać przede wszystkim ich funkcjonalny wymiar<sup>7</sup>. Celowość ta znajduje wyraz m.in. w wyodrębnieniu rodzajów ulg i zwolnień ze względu na ich charakter, przykładowo gospodarczy czy też społeczny<sup>8</sup>.

Możliwość przekazania przez podatnika darowizny na rzecz Kościoła przewidziana została ustawą z dnia 26 lipca 1991 r. o podatku dochodowym od osób fizycznych (Dz.U. z 1991 r. Nr 80, poz. 350 ze zm.) oraz ustawą z dnia 17 maja 1989 r. o stosunku Państwa do Kościoła Katolickiego w Rzeczypospolitej Polskiej (Dz.U. z 1989 r. Nr 29, poz. 154 ze zm.). Ulgi podatkowe w tym zakresie obejmują darowizny o dwojakim przeznaczeniu – podatnik

---

<sup>1</sup> R. Mastalski, *Ekonomiczne i prawne granice opodatkowania*, [w:] E. Fojcik-Mastalska, R. Mastalski (red.), *Prawo finansowe*, Warszawa 2013, s. 158.

<sup>2</sup> R. Mastalski, *Prawo podatkowe*, Warszawa 2014, s. 472.

<sup>3</sup> T. Milek, *Komentarz do art. 26*, [w:] A. Mariański, W. Nykiel (red.), *Komentarz do ustawy o podatku dochodowym od osób fizycznych*, Gdańsk 2014, s. 854.

<sup>4</sup> W. Nykiel, *Pojęcie i elementy konstrukcji podatku*, [w:] W. Nykiel, M. Wilk (red.), *Zagadnienia ogólne prawa podatkowego*, Łódź 2014, s. 15.

<sup>5</sup> T. Milek, *op. cit.*, s. 855.

<sup>6</sup> J. Marciniuk (red.), *Podatek dochodowy od osób fizycznych. Komentarz*, Warszawa 2015, <https://sip.legalis.pl>, cz. A, akap. 1.

<sup>7</sup> R. Mastalski, *Prawo...*, s. 472.

<sup>8</sup> W. Nykiel, *op. cit.*, s. 15.

może przekazać określone środki na cele kultu religijnego oraz na cele charytatywno-opiekuńczej działalności Kościoła Katolickiego. Pomimo tożsamości beneficjenta, oba rodzaje darowizn zasadniczo różnią się od siebie. Odmienne jest nie tylko ich przeznaczenie, ale również wysokość, w jakich można zrealizować przedmiotowe rozliczenia, a także podstawa prawna umożliwiająca ich dokonanie<sup>9</sup>.

Wskazane możliwości dokonania darowizn stanowiły przedmiot rozważań orzecznictwa konstytucyjnego oraz sądów administracyjnych. Celem niniejszego opracowania jest dokonanie analizy, w jaki sposób kształtowały się orzeczenia Trybunału Konstytucyjnego oraz sądów administracyjnych w zakresie dokonywania odliczeń od dochodu darowizn przekazanych przez podatników na działalność charytatywno-opiekuńczą prowadzoną przez Kościół.

## 2. Normatywne przesłanki odliczenia od dochodu darowizny na działalność charytatywno-opiekuńczą prowadzoną przez Kościół

Zgodnie z brzmieniem art. 888 k.c. przez umowę darowizny darczyńca zobowiązuje się do bezpłatnego świadczenia na rzecz obdarowanego kosztem swego majątku. Zatem na pierwszy plan jako główna cecha darowizny, wysuwa się nieodpłatność, którą należy rozumieć jako „brak ekwiwalentu ekonomicznego jako odpowiednika świadczenia darczyńcy”<sup>10</sup>. Ponadto, darowizna, chociaż stanowi wyraz dobrowolnego przysporzenia na rzecz osoby trzeciej kosztem majątku darczyńcy, jest umową i dla swojej skuteczności wymaga akceptacji obdarowanego w formie oświadczenia<sup>11</sup>.

Jak zostało wcześniej wspomniane, darowizny przekazywane na rzecz Kościoła mogą mieć dwojaki cel. Pierwszym z nich jest kult religijny, o czym stanowi art. 26 ust. 1 pkt 9 lit. c u.p.d.o.f. Zgodnie z powołanym przepisem, podstawę obliczenia podatku stanowi dochód po odliczeniu kwot darowizn przekazanych na cele kultu religijnego. Wobec braku ograniczeń przewidzianych przez ustawodawcę należy uznać, że chodzi o każdą darowiznę w jakikolwiek sposób wspierającą kult, również utrzymanie miejsc praktyki religijnej, czy praktyki obrzędowe<sup>12</sup>. Stosownie do literalnego brzmienia omawianego przepisu odliczenie jest możliwe w wysokości dokonanej darowizny, ale w kwocie nie większej niż stanowiącej 6% dochodu.

Przeznaczenia darowizny na drugi z wcześniej wskazanych celów – działalność charytatywno-opiekuńczą można dokonać na podstawie art. 55 ust. 7 u.s.p.k.k., według którego darowizny na kościelną działalność charytatywno-opiekuńczą są wyłączone z podstawy opodatkowania darczyńców podatkiem dochodowym i podatkiem wyrównawczym. Na gruncie u.p.d.o.f. należy wskazać na art. 26 ust. 6b, z którego wynika możliwość dokonywania odliczeń darowizn przekazywanych na mocy odrębnych ustaw (oraz obowiązków związanych z nim, dotyczących również m.in. odliczeń na cele kultu religijnego). Mając

<sup>9</sup> Por. art. 26 ust. 1 pkt 9 lit. c, ust. 6b u.p.d.o.f. oraz art. 55 ust. 7 u.s.p.k.k.

<sup>10</sup> J. Jezioro, *Komentarz do art. 888 k.c.*, [w:] E. Gniewek, P. Machnikowski (red.), *Kodeks cywilny. Komentarz*, Warszawa 2011, s. 1427.

<sup>11</sup> *Ibidem*, s. 1426.

<sup>12</sup> T. Milek, *op. cit.*, s. 866.

powyższe na uwadze należy stwierdzić, że uregulowana odrębnie ulga podatkowa stanowi *lex specialis* w stosunku do przepisów ustaw podatkowych<sup>13</sup>. Ponadto, przysługuje ona bez ograniczeń kwotowych, które przewidziane zostały w przypadku odliczeń przewidzianych w u.p.d.o.f.<sup>14</sup>

Z art. 39 u.s.p.k.k. wynika, że działalność charytatywno-opiekuńcza Kościoła w szczególności może polegać m.in. na prowadzeniu zakładów dla sierot, starców, osób upośledzonych fizycznie lub umysłowo oraz innych kategorii osób potrzebujących opieki, prowadzenie szpitali i innych zakładów leczniczych oraz aptek, czy prowadzeniu żłobków, ochronek, burs i schronisk. Wymienione w u.s.p.k.k. pola aktywności są przykładowym, otwartym katalogiem, wskazującym na pewne cechy obszarów działań podejmowanych zwykle przez Kościół. Artykuł 40 u.s.p.k.k. jest zaś potwierdzeniem, że środki na realizację tej działalności mogą pochodzić w szczególności m.in. ze spadków, zapisów i darowizn krajowych i zagranicznych.

Wskazany powyżej przepis art. 55 ust. 7 u.s.p.k.k. upoważnia do odliczenia dokonanej darowizny pod warunkiem przedstawienia przez obdarowaną kościelną osobę prawną pokwitowania odbioru darowizny oraz w okresie dwóch lat od jej przekazania, sprawozdania z przeznaczenia uzyskanych środków na prowadzoną przez siebie działalność. Zgodnie zaś z art. 26 ust. 6b u.p.d.o.f. podatnicy korzystający z odliczenia darowizn są obowiązani wykazać w zeznaniu o wysokości osiągniętego dochodu kwotę przekazanej darowizny, kwotę dokonanego odliczenia oraz dane pozwalające na identyfikację obdarowanego, w szczególności jego nazwę i adres. Konieczne jest również przytoczenie ust. 7 omawianego artykułu, który wskazuje na jakiej podstawie ustala się wysokość poniesionego przez podatnika wydatku na darowiznę podlegającego możliwości odliczenia: dowodu wpłaty na rachunek płatniczy obdarowanego lub jego rachunek w banku, inny niż rachunek płatniczy – w przypadku darowizny pieniężnej; dowodu, z którego wynikają dane identyfikujące darczyńcę oraz wartość przekazanej darowizny wraz z oświadczeniem obdarowanego o jej przyjęciu – w przypadku darowizny innej niż pieniężna. Szczególną uwagę należy zwrócić na wymóg udokumentowania darowizny pieniężnej poprzez potwierdzenie dokonania wpłaty na rachunek bankowy obdarowanego – faktyczne przekazanie darowizny w inny sposób aniżeli na konto bankowe beneficjenta skutkuje brakiem możliwości dokonania odliczenia o jej wysokości<sup>15</sup>.

Niezbędnym wydaje się również podkreślenie stawianego przez u.p.d.o.f. wymogu, aby wydatki, które mają podlegać odliczeniu, nie były zaliczone do kosztów uzyskania przychodów, ani nie pomniejszały przychodu w przypadku rozliczania na podstawie ustawy o zryczałtowanym podatku dochodowym oraz nie zostały zwrócone podatnikowi<sup>16</sup>.

<sup>13</sup> Por. wyjaśnienia Ministra Finansów z dnia 22.04.2004 r., sygn. PB3-2420-8214-137-AS-04 („Lexis” nr 366809) oraz postanowienie Naczelnika I Urzędu Skarbowego Warszawa-Śródmieście w sprawie interpretacji prawa podatkowego z 29.06.2006 r., sygn. 1435/FD1/415-34/06/SS, <http://sip.mf.gov.pl/>.

<sup>14</sup> Wyrok WSA w Szczecinie z dnia 9 kwietnia 2014 r., I SA/SZ 212/14 (Legalis nr 980187).

<sup>15</sup> T. Milek, *op. cit.*, s. 867.

<sup>16</sup> J. Marciniuk (red.), *Podatek...*, cz. A akap. 1.



### 3. Orzecznictwo Trybunału Konstytucyjnego dotyczące regulacji art. 55 ust. 7 ustawy o stosunku Państwa do Kościoła Katolickiego w Rzeczypospolitej Polskiej

Problematyka dotycząca zasadności odliczania od dochodu kwot darowizn przekazywanych na rzecz działalności charytatywno-opiekuńczej prowadzonej przez Kościół w ich kształcie uregulowanym przez omówione powyżej ustawy była przedmiotem rozważań Trybunału Konstytucyjnego. Analiza orzecznictwa konstytucyjnego w tym zakresie może pozwolić na zdiagnozowanie nie tylko problemów z jakimi zazwyczaj borykają się poddani, ale również wskazać kierunek praktyki orzeczniczej sądów administracyjnych.

W pierwszej kolejności należy zauważyć, że orzeczenia podejmowane przez Trybunał Konstytucyjny sprowadzają się do umarzenia postępowań ze względu na niedopuszczalność wydania wyroku. W postanowieniu z dnia 16 marca 2010 r.<sup>17</sup> Trybunał zważył, że przedmiotem skargi jest praktyka stosowania art. 55 ust. 7 u.s.p.k.k., nie zaś jego normatywna treść i z tego powodu pozostaje poza zakresem kontroli zgodności z Konstytucją RP. Skarżący wskazywali, że w związku z brakiem definicji legalnej sprawozdania oraz brakiem określenia szczególnych jego warunków, należy przyjąć rozumienie tego terminu w znaczeniu potocznym. W szczególności, warunki korzystania z ulg i zwolnień podatkowych powinny być interpretowane ściśle. Na bazie przedstawionych przez podatników racji, Marszałek Sejmu stanął na stanowisku, że przeznaczenie środków na działalność charytatywno-opiekuńczą należałoby rozumieć jako równoznaczne z wykorzystaniem przekazanych środków na ten cel, co stanowi *ratio legis* wprowadzenia przez ustawodawcę takiej regulacji. Trybunał Konstytucyjny zwrócił się do Prezesa Naczelnego Sądu Administracyjnego o udzielenie informacji dotyczących wykładni i stosowania art. 55 ust. 7 u.s.p.k.k. oraz ukształtowania w tym zakresie praktyki orzeczniczej. W wyjaśnieniach tych Prezes Naczelnego Sądu Administracyjnego wyodrębnił dwa okresy, w których można badać kierunki orzecznictwa dotyczące omawianego zagadnienia. Przed 1 stycznia 2004 r. linia orzecznicza ukształtowana była dwutorowo: z jednej strony twierdzono, że sprawozdanie jest dokumentem prywatnym i powinno zawierać informacje dokładne na tyle, aby możliwa była ich weryfikacja, z drugiej zaś utrzymywano stanowisko bardziej liberalne oparte na językowej wykładni przepisów, zgodnie z którą sprawozdanie ma wykazywać przeznaczenie darowizny, a nie jej wydatkowanie. Po 1 stycznia 2004 r. linia orzecznicza nie uległa utrwaleniu. W kwestii wymagań stawianych sprawozdaniom sądy podkreślały, że powinny one zawierać informacje dokładne i sprawdzalne. Słusznie zatem zauważył Trybunał Konstytucyjny w omawianym postanowieniu, że „dokładne wymagania co do treści sprawozdania są jednak precyzowane *ad hoc* w zależności od okoliczności rozpoznawanej przez sąd sprawy, zaś wymóg szczególowości nadal jest różnie uzasadniany. Nie sposób więc uznać, że treść art. 55 ust. 7 u.s.p.k. nie budzi już żadnych wątpliwości”.

Podobne zastrzeżenia zostały przedstawione w kolejnym postanowieniu Trybunału Konstytucyjnego z dnia 24 września 2013 r.<sup>18</sup>, zakończonego taką samą decyzją procesową. Skarżący, oprócz tożsamości argumentów w porównaniu do omawianego wcześniej

<sup>17</sup> Postanowienie TK z dnia 16 marca 2010 r., SK 57/08 („Legalis” nr 254648).

<sup>18</sup> Postanowienie TK z dnia 24 września 2013 r., SK 39/12 („Legalis” nr 740166).

orzeczenia, podkreślili, że przepisy stanowiące podstawę odliczenia darowizny od dochodu nie czynią zadość wymogom określoności stanowiących przepisów. Podnieśli również, że przekazanie darowizny i obowiązek zapłaty podatku dochodowego przy uznaniu możliwości jej odliczenia za niezasadną i braku możliwości uzyskania darowanej kwoty powoduje dwukrotne uszczuplenie majątku darczyńcy. Szczególną uwagę należy zaś zwrócić na stanowisko wyrażone przez Prokuratora Generalnego w omawianej sprawie. Odniósł się on bowiem do poprawności legislacji zaskarżonego przepisu stwierdzając, że nie jest on zredagowany wadliwie. Wskazał również, że wszelkie powstające wątpliwości związane są jedynie z prawidłową interpretacją przepisu oraz prawidłowym odkodowaniem z nich normy. Trybunał Konstytucyjny zważył, powołując się na ustalenia poczynione we wcześniej wspomnianym postanowieniu z dnia 16 marca 2010 r., że przedmiotem skargi znów jest kwestionowanie prawidłowości interpretacji przepisów prawa, a zatem ich stosowanie, co nie podlega kontroli ze względu na zgodność z Konstytucją RP. Trybunał podkreślił również, że nadal „nie można mówić o istnieniu trwałej, powszechnej i ustabilizowanej interpretacji art. 55 ust. 7 ustawy o stosunku Państwa do Kościoła Katolickiego”.

#### **4. Aktualne orzecznictwo sądów administracyjnych dotyczące możliwości odliczenia od dochodu darowizn na działalność charytatywno-opiekuńczą prowadzoną przez Kościół**

W obliczu dokonanej analizy orzecznictwa konstytucyjnego, konieczne jest rozważenie, jakie podejście do przesłanek warunkujących możliwość odliczenia darowizny od dochodu prezentuje aktualna praktyka sądów administracyjnych, w szczególności w zakresie wymogów stawianych sprawozdaniom kościelnych osób prawnych z wykorzystania darowizny. Równie istotną kwestią jest próba zbadania, czy na przestrzeni ostatnich lat stanowiska wyrażane w judykaturze są jednolite, czy może nadal ukierunkowane są dwutorowo, jak zostało to wskazane w orzeczeniach Trybunału Konstytucyjnego. W realizacji celu postawionego niniejszemu opracowaniu, analizie zostaną poddane wybrane orzeczenia sądów administracyjnych zapadłe na przestrzeni lat 2014–2015.

Wobec braku szczegółowych ustawowych wymagań odnośnie elementów, z jakich powinno składać się sprawozdanie z przeznaczenia darowizny, należałoby skorzystać ze słownikowego rozumienia tego pojęcia, które to stanowisko wynika m.in. z wyroku Wojewódzkiego Sądu Administracyjnego w Szczecinie z dnia 9 kwietnia 2014 r.<sup>19</sup> Sprawozdanie powinno oddawać przebieg prowadzonej działalności, zatem konieczne wydaje się rozumienie go jako opisu pewnego procesu, o określonym przedmiotowym, jak i podmiotowym charakterze. Jeżeli będzie on ograniczony jedynie do aspektu przedmiotowego, to nie będzie można uznać jego zupełności, szczegółowości. Podobne podejście należy odnieść do ustalenia znaczenia terminu „przeznaczenie”, które powinno być rozumiane jako spożytkowanie,

---

<sup>19</sup> Wyrok WSA w Szczecinie z dnia 9 kwietnia 2014 r., I Sa/Sz 212/14 („Legalis” nr 980187). Podobnie: wyrok NSA z dnia 25 marca 2015 r., II FSK 899/13 („Legalis” nr 1217785); wyrok WSA w Szczecinie z dnia 6 sierpnia 2015 r., I SA/Sz 539/15 („Legalis” nr 1342891).

wykorzystanie i nie powinno się sprowadzać do próby wskazania różnic pomiędzy tym pojęciem, użytym wprost w przepisie, a zwrotem „wydatkowanie”<sup>20</sup>.

Orzecznictwo dostarcza przykładów wadliwych zapisów w sprawozdaniach, które nie potwierdzają wykorzystania darowanych środków na cele charytatywno-opiekuńcze. Jako przykład, Wojewódzki Sąd Administracyjny w Szczecinie wskazał brak konkretnej wartości wydatków poprzez określenia „kilka złotych”, „ok. x złotych”<sup>21</sup>. Wymogu określoności nie spełnia również stwierdzenie pokrycia przez kogoś całości kosztów, bez wskazania ich wartości. W ocenie Sądu opisane w ten sposób dane w sprawozdaniu są orientacyjne i szacunkowe, nie dowodzą jednoznacznie faktycznie poniesionych wydatków na dany cel. Ponadto, sprawozdanie należy uznać za nierzetelne, jeżeli pomimo zawarcia w nim opisu celów, na jakie zostały wydane środki z darowizny, są one omówione jedynie ogólnikowo, bez informacji dotyczących dat oraz miejsc ich realizacji, uniemożliwiając jednocześnie ich weryfikację<sup>22</sup>.

W kwestii szczegółowości sprawozdań wymaganych na podstawie art. 55 ust. 7 u.s.p.k.k. można spotkać się z poglądem, zgodnie z którym sprawozdanie może przybrać formę bardziej lub mniej dowolną ze względu na brak ustawowej regulacji co do jego formy i treści<sup>23</sup>. Inna interpretacja posiadałaby cechy dowolności i tym samym byłaby zwrócona przeciwko podatnikowi. Wystarczające powinno być, że ze sprawozdania jednoznacznie wynika, iż darowizna została przeznaczona na działalność charytatywno-opiekuńczą w nim opisaną. Jednakże, w orzecznictwie reprezentowane jest również inne stanowisko, wskazujące na konieczność wykazania przedmiotu świadczenia i jego bezpośredniego odbiorcy tak, aby w toku postępowania podatkowego była możliwość dokładnej weryfikacji spełnienia celu będącego podstawą dokonania darowizny<sup>24</sup>. Warto wskazać, że weryfikowalność danych w judykaturze określana jest w różny sposób, mniej lub bardziej rygorystyczny. Przede wszystkim powinna wskazywać na faktyczne wykorzystanie darowizny na cel ustawowo preferowany<sup>25</sup>. Ogólnikowy jedynie opis celu przeznaczenia darowizny wraz z przypisaniem do niego kwoty nie są wystarczające, aby uznać, że sprawozdanie spełnia stawiane przed nim wymogi – w szczególności, nie wskazuje na przebieg poszczególnych zdarzeń oraz dowodów indywidualizujących obdarowane podmioty, czy wskazujących na zakup konkretnych towarów (jak przykładowo rachunki, potwierdzenia ilości, zestawienia towarów<sup>26</sup>) lub miejsca ich zakupu<sup>27</sup>. Ponadto, kościelna osoba prawna powinna nie tylko powołać się,

<sup>20</sup> Por. wyrok WSA w Szczecinie z dnia 9 kwietnia 2014 r., I SA/Sz 212/14 („Legalis” nr 980187).

<sup>21</sup> *Ibidem*.

<sup>22</sup> Por. wyrok WSA w Warszawie z dnia 24 lipca 2014 r., III SA/Wa 506/14 („Legalis” nr 1155926).

<sup>23</sup> Por. wyrok WSA w Warszawie z dnia 9 stycznia 2014 r., III SA/Wa 1389/13 („Legalis” nr 1063953).

<sup>24</sup> Por. wyrok NSA z dnia 14 lutego 2014 r., II FSK 396/12 („Legalis” nr 909340). Podobnie: wyrok WSA w Gliwicach z dnia 20 maja 2014 r., I SA/Gl 987/13 („Legalis” nr 962194); wyrok WSA w Warszawie z dnia 24 lipca 2014 r., III SA/Wa 506/14 („Legalis” nr 1155926).

<sup>25</sup> Por. wyrok NSA z dnia 25 marca 2015 r., II FSK 899/13 („Legalis” nr 1217785).

<sup>26</sup> Por. wyrok WSA w Łodzi z dnia 29 kwietnia 2015 r., I SA/Łd 1398/14 (Legalis nr 1272061).

<sup>27</sup> Por. wyrok WSA w Łodzi z dnia 17 marca 2015 r., I SA/Łd 11/15 („Legalis” nr 1271634); wyrok WSA w Szczecinie z dnia 6 sierpnia 2015 r., I SA/Sz 539/15 („Legalis” nr 1342891); wyrok WSA w Warszawie z dnia 28 maja 2015 r., III SA/Wa 3047/14 („Legalis” nr 1363926).

ale również udokumentować fakt prowadzenia działalności charytatywno-opiekuńczej na rzecz określonej grupy społecznej, ze szczególnym rozliczeniem środków poniesionych na ten cel<sup>28</sup>. Z drugiej strony, jak wskazał Wojewódzki Sąd Administracyjny w Warszawie, sprawozdanie nie musi zawierać szczegółowej treści dotyczącej konkretnego przeznaczenia kwoty darowizny na poszczególne wydatki skonkretyzowane co do przedmiotu, wartości i przeznaczenia dla konkretnych osób – wystarczające jest określenie: kto był organizatorem działalności charytatywnej, okres wydatkowania kwot, cel wykorzystania darowizny, miejsce dokonywania zakupów, wysokość przeznaczony na to kwoty i te dane dostatecznie umożliwiają weryfikację prawdziwości sprawozdania<sup>29</sup>.

Należy zatem ogólnie przyjąć, że wskazane w sprawozdaniach dane powinny być na tyle dokładne, aby podatnik mógł samodzielnie obliczyć podatek<sup>30</sup>. Szczególny nacisk podatnicy powinni również położyć na charakter dowodu, jakim jest sprawozdanie kościelnej osoby prawnej. W orzecznictwie podkreśla się bowiem, że przedmiotowe sprawozdanie jest dokumentem prywatnym i jako takie może stanowić dowód w postępowaniu podatkowym, jednakże nie korzysta z domniemania zgodności z prawdą złożonych w nim oświadczeń<sup>31</sup>. Zatem sprawozdanie podlega jak każdy dowód swobodnej ocenie dokonywanej przez organ. W tym miejscu warto podkreślić, że sprawozdanie spełniające powyżej opisane wymogi, jest warunkiem *sine qua non* skorzystania przez podatnika z omawianego odliczenia. Sprawozdanie ma decydujące znaczenie w kwestii kontroli, weryfikowania i wykorzystania darowanej kwoty na cele opisane w sprawozdaniu<sup>32</sup>. Dlatego, najważniejszym warunkiem uprawniającym podatnika do skorzystania z omawianej ulgi jest przedstawienie sprawozdania, przy jednoczesnym braku możliwości zastąpienia tego sprawozdania innymi dowodami – inne podejście przeczyłoby w istocie treści art. 55 ust. 7 u.s.p.k.k.<sup>33</sup> Problem ten

<sup>28</sup> Por. wyrok WSA w Łodzi z dnia 17 marca 2015 r., I SA/Łd 11/15 („Legalis” nr 1271634).

<sup>29</sup> Por. wyrok WSA w Warszawie z dnia 22 kwietnia 2015 r., VIII SA/Wa 1031/14 („Legalis” nr 1242398).

<sup>30</sup> Por. wyrok WSA w Gdańsku z dnia 19 lutego 2014 r., I SA/Gd 1672/13 („Legalis” nr 953625).

<sup>31</sup> *Ibidem*. Por. wyrok NSA z dnia 25 marca 2015 r., II FSK 899/13 („Legalis” nr 1217785) oraz art. 194 o.p., który stanowi, że dokumenty urzędowe sporządzone w formie określonej przepisami prawa przez powołane do tego organy władzy publicznej stanowią dowód tego, co zostało w nich urzędowo stwierdzone.

<sup>32</sup> Por. wyrok WSA w Łodzi z dnia 29 kwietnia 2015 r., I SA/Łd 1398/14 („Legalis” nr 1272061).

<sup>33</sup> Por. wyrok NSA z dnia 25 marca 2015 r., II FSK 899/13 („Legalis” nr 1217785). Podobnie ocenił sytuację WSA w Warszawie w wyroku z dnia 26 czerwca 2015 r., VIII SA/Wa 1146/14 („Legalis” nr 1321931) wskazując, że zeznania proboszcza mogą zostać uznane za niewystarczające do zweryfikowania prawdziwości sprawozdania (powinny być zatem w sprawie traktowane jedynie jako środek umożliwiający weryfikację sprawozdania, nie zaś jako środek je zastępujący – przyp. aut.). Zaś obowiązek proboszcza do skrupulatnego rozliczania i ewidencjonowania otrzymanych darowizn wynika również z prawa kanonicznego, które stanowi, że wszyscy zarządcy (w tym proboszcz parafii) mają wypełniać swoje zadanie ze starannością dobrego gospodarza (kanon 1284 § 1), zarządcy mają obowiązek pobierać skrupulatnie i we właściwym czasie dochody z dóbr i należności, pobrane zaś przechowywać bezpiecznie i używać ich zgodnie z wolą fundatora albo z normami prawnymi (kanon 1284 § 4 ust. 4), zarządcy mają obowiązek mieć należycie prowadzone księgi przychodów oraz rozchodów (kanon 1284 § 4 ust. 4); stanowisko wyrażone we wskazanym powyżej wyroku jest zgodne ze stanowiskiem NSA wyrażonym w wyroku z dnia 25 marca 2015 r., II FSK 899/13 („Legalis” nr 1217785), wskazującym, że sporządzenie stosownego sprawozdania opisującego wykorzystanie przekazanej darowizny jest ustawowym obowiązkiem obdarowanego wobec darczyńcy.

jest obecny w orzecznictwie z uwagi na zarzuty, jakie podnoszą podatnicy odnośnie innych przeprowadzanych dowodów w postępowaniu lub ich braku, w szczególności zaś dowodu z przesłuchania świadków lub proboszcza odpowiadającego za działalność charytatywno-opiekuńczą danej kościelnej osoby prawnej. Zgodnie z art. 55 ust. 7 u.s.p.k.k., rozdysonowanie darowizn na konkretne cele charytatywno-opiekuńcze nie może być wykazane zeznaniami świadków, ponieważ wskazany artykuł precyzuje, jakim środkiem dowodowym takie okoliczności powinny być udowodnione<sup>34</sup>. Sprawozdanie ma znaczenie podstawowe, elementarne, jak zostało już wcześniej wskazane, jest warunkiem *sine qua non* możliwości skorzystania z odliczenia i tym samym jego treść nie może być zastępowana innymi dowodami, w tym zeznaniami świadków. Zeznania nie mogą bowiem wpłynąć ani na poprawność wydanego sprawozdania ani na jego ocenę – zmniejszenie formalizmu w zakresie wymogów stawianych sprawozdaniu nie marginalizuje jego znaczenia i nie zrównuje z innymi dowodami, jakie można przeprowadzić w postępowaniu podatkowym, z uwagi na fakt, iż zwolnienie z opodatkowania przekazanej darowizny jest wylomem od konstytucyjnej zasady równości i powszechności opodatkowania<sup>35</sup>.

Zatem sprawozdanie ma jednoznacznie wskazywać spożytkowanie, wykorzystanie, finalne wydanie darowizny na cel, na jaki została przekazana. Nie jest wystarczające otrzymanie przez podatnika sprawozdania niezależnie od jego treści – w takim bowiem wypadku uprawnienie do odliczenia darowizny byłoby w praktyce uniezależnione od faktycznego przeznaczenia środków na działalność charytatywno-opiekuńczą<sup>36</sup>. Dlatego, dokonanie darowizny na rzecz kościelnej osoby prawnej nie jest tożsame ze zrealizowaniem się prawa do ulgi podatkowej na podstawie art. 55 ust. 7 u.s.p.k.k.<sup>37</sup> Decydujące znaczenie dla możliwości skorzystania z odliczenia ma bowiem nie tyle intencja darczyńcy, ile faktyczna realizacja celu, na jaki darowizna została przekazana przez kościelną osobę prawną<sup>38</sup>. Konieczne jest zatem poczynienie rozróżnienia pomiędzy udokumentowaniem przekazania darowizny, a udowodnieniem jej finalnego wydatkowania – sprawozdania z przeznaczenia darowizny, którego nie można zastąpić innymi dowodami<sup>39</sup>, przy czym nie każde oświadczenie potwierdzające przeznaczenie darowizny na cele charytatywno-opiekuńcze można uznać za sprawozdanie-dowód uprawniający do skorzystania z ulgi<sup>40</sup>.

Należy również odnieść się do okresu, w jakim sprawozdanie powinno powstać i do jakiego okresu powinno się w swojej treści odnosić. Art. 55 ust. 7 u.s.p.k.k. nakłada na obdarowanego obowiązek przedstawienia sprawozdania w formie pisemnej z wydatkowania darowanych środków, w okresie dwóch lat od przekazania darowizny. Po upływie

<sup>34</sup> Por. wyrok WSA w Łodzi z dnia 29 kwietnia 2015 r., I SA/Łd 1398/14 („Legalis” nr 1272061).

<sup>35</sup> *Ibidem*.

<sup>36</sup> Por. wyrok NSA z dnia 14 lutego 2014 r., II FSK 396/12 („Legalis” nr 909340). Podobnie: wyrok WSA w Gliwicach z dnia 22 września 2015 r., I SA/Gl 267/15 („Legalis” nr 1371566), wyrok WSA w Szczecinie z dnia 6 sierpnia 2015 r., I SA/Sz 539/15 („Legalis” nr 1342891).

<sup>37</sup> Por. wyrok WSA w Szczecinie z dnia 9 kwietnia 2014 r., I SA/Sz 212/14 („Legalis” nr 980187).

<sup>38</sup> Por. wyrok WSA w Szczecinie z dnia 6 sierpnia 2015 r., I SA/Sz 539/15 („Legalis” nr 1342891).

<sup>39</sup> Por. wyrok WSA w Łodzi z dnia 17 marca 2015 r., I SA/Łd 11/15 („Legalis” nr 1271634).

<sup>40</sup> Por. wyrok WSA w Łodzi z dnia 10 kwietnia 2015 r., I SA/Łd 88/15 („Legalis” nr 1271943).

dwuletniego okresu nie jest możliwe konwalidowanie treści wadliwego sprawozdania, a przyjęcie istnienia możliwości uzupełnienia go nie eliminuje jego wadliwości<sup>41</sup>.

Biorąc pod uwagę powyższe, należy poddać pod rozwagę pojawiający się w judykaturze wymóg wskazania ostatecznego beneficjenta darowizny. W tym zakresie można uznać, że w przypadku pomocy adresowanej do nieokreślonej imiennie grupy osób, w sprawozdaniu nie jest konieczne, aby wskazać wszystkich jej odbiorców<sup>42</sup>. Jednakże, Wojewódzki Sąd Administracyjny w Łodzi, dokonując oceny zasadności odliczenia darowizny od dochodu w ramach ulgi przewidzianej w u.s.p.k.k. stwierdził, że z art. 55 ust. 7 u.s.p.k.k. wynika, iż w sprawozdaniu muszą być określone przynajmniej cel i grupa beneficjentów pomocy charytatywnej<sup>43</sup>. Kościół powinien również udokumentować prowadzenie działalności charytatywno-opiekuńczej na rzecz określonej grupy społecznej. Słusznym wydaje się zatem wniosek, że adresaci organizowanej przez Kościół pomocy powinni być w sprawozdaniu wskazani, choć przepisy u.s.p.k.k. wprost tego nie regulują. Jednakże, wskazanie grupy beneficjentów musi mieć na względzie specyficzny charakter pomocy charytatywno-opiekuńczej, kierowanej do osób funkcjonujących na marginesie społeczeństwa, pozostających w niedostatku, chorobie, samotności oraz innych sytuacjach trudnych życiowo – delikatność tych spraw nakłada konieczność wzięcia pod uwagę chęci pozostawiania takich osób w anonimowości<sup>44</sup>.

Brak szczegółowego określenia w u.s.p.k.k. wymogów, które powinno spełniać sprawozdanie rodzi problemy nie tylko w zakresie konieczności wskazania bądź nie beneficjentów pomocy ofiarowanej przez Kościół. Równie istotna jest kwestia prowadzenia w ogóle dokumentacji z prowadzonej przez niego działalności charytatywno-opiekuńczej. Jak wskazuje się w judykaturze, pomimo że na kościelnych osobach prawnych nie spoczywa obowiązek prowadzenia dokumentacji podatkowej, nie oznacza to, że nie mogą one dokumentować wydatków ponoszonych na działalność charytatywno-opiekuńczą w innych celach, w tym przykładowo dla sporządzenia sprawozdania potwierdzającego prawo darczyńcy do skorzystania z ulgi podatkowej<sup>45</sup>. Zgodnie ze stanowiskiem Wojewódzkiego Sądu Administracyjnego w Warszawie, po stronie organów podatkowych leży zaś kompetencja do weryfikowania w toku postępowania podatkowego danych zawartych w sprawozdaniu, w tym uściślenia danych co do celu charytatywno-opiekuńczego, jednakże nie wykraczając poza ochronę gwarantowaną ustawą z dnia 29 sierpnia 1997 r. o ochronie danych osobowych<sup>46</sup>. Mimo to, w ocenie Sądu, organy podatkowe nie mogą wymagać od podatnika tych danych, których ustawy nie wymagają dla zastosowania danej ulgi. W szczególności, wystarczający dla skorzystania z niej powinien być fakt, iż darowizna została przekazana na rachunek ban-

<sup>41</sup> *Ibidem*. Podobnie: wyrok WSA w Gliwicach z dnia 22 września 2015 r., I SA/Gl 267/15 („Legalis” nr 1371566).

<sup>42</sup> Por. wyrok WSA w Warszawie z dnia 24 lipca 2014 r., III SA/Wa 506/14 („Legalis” nr 1155926) oraz wyrok NSA z dnia 14 lutego 2014 r., II FSK 396/12 („Legalis” nr 909340).

<sup>43</sup> Por. wyrok WSA w Łodzi z dnia 10 grudnia 2014 r., I SA/Łd 914/14 („Legalis” nr 1193993).

<sup>44</sup> Por. wyrok WSA w Warszawie z dnia 28 maja 2015 r., III SA/Wa 3047/14 („Legalis” nr 1363926).

<sup>45</sup> Por. wyrok WSA w Warszawie z dnia 24 lipca 2014 r., III SA/Wa 506/14 („Legalis” nr 1155926). Podobnie wyrok WSA w Łodzi z dnia 17 marca 2015 r., I SA/Łd 11/15 („Legalis” nr 1271634).

<sup>46</sup> Por. wyrok WSA w Warszawie z dnia 9 stycznia 2014 r., III SA/Wa 1389/13 („Legalis” nr 1063953).

kowy (co zostało odpowiednio udokumentowane), przyjęcie darowizny zostało poświadczane, a obdarowana kościelna osoba prawna w wymaganym dwuletnim terminie od otrzymania przysporzenia przedstawiła sprawozdanie z jego przeznaczenia. W przypadku zaś darowizny innej niż pieniężna, pojęcie dokumentu wskazującego na wartość darowizny powinno być rozumiane możliwie szeroko – nie tylko rachunki czy faktury wystawione przy zakupie rzeczy lub też paragony fiskalne mogą przedstawiać wartość dowodową w ramach oceny dokonywanej przez organy podatkowe<sup>47</sup>.

Rozważanie kwestii dotyczących weryfikacji danych zawartych w sprawozdaniu prowadzi do jeszcze jednego ważnego problemu – obowiązek prowadzenia postępowania podatkowego, w tym postępowania dowodowego, spoczywa na organach podatkowych. Jednakże, nie oznacza to zwolnienia z inicjatywy dowodowej podatnika, który powinien wykazać korzystne dla niego okoliczności pozwalające na weryfikację prawdziwości sprawozdania kościelnej osoby prawnej – na podatniku ciąży bowiem obowiązek wykazania przesłanek umożliwiających mu skorzystanie z ulgi podatkowej<sup>48</sup>. Zatem, posiadanie odpowiedniego sprawozdania obdarowanego jest obowiązkiem prawnym podatnika, zamierzającego skorzystać z prawa do odliczenia<sup>49</sup>. Na organach ciąży jedynie podstawowy ciężar dowodu, który sprowadza się do zweryfikowania dostarczonego sprawozdania za pomocą dostępnych środków dowodowych, w tym również pozyskania zeznań<sup>50</sup>.

Ciążący na podatniku obowiązek posiadania sprawozdania z wykorzystania przekazanej przezeń darowizny, warunkujący skorzystanie przez niego z ulgi podatkowej, wiąże się z istnieniem instrumentów prawnych umożliwiających jego pozyskanie. Potwierdza to praktyka orzecznicza, wskazując na możliwość zabezpieczenia się przez podatnika poprzez zawarcie w umowie darowizny polecenia. Ma to szczególne znaczenie z uwagi na twierdzenia podatkików, iż *de facto* nie mają oni wpływu na jego treść sprawozdania, w pełni uzależnioną od prowadzonej przez obdarowanych dokumentacji<sup>51</sup>. Powaga tego problemu wyraża się przede wszystkim w tym, że choć bezpośrednie konsekwencje nierzetelnego sprawozdania dotyczą darczyńcę, to jednak w swej istocie skutki odnoszą się do sytuacji majątkowej Kościoła<sup>52</sup>. Polecenie, jako instytucja uregulowana w art. 893 k.c., daje w takiej sytuacji podatnikowi możliwość zastrzeżenia w umowie darowizny obowiązku sporządzenia szczegółowego sprawozdania przez kościelną osobę prawną z przeznaczenia darowanej kwoty<sup>53</sup>. Ponadto, daje podatnikowi możliwość żądania wypełnienia polecenia, a w razie jego braku uznania zachowania obdarowanego za rażąco niewdzięczne i odwołania darowizny, zgodnie

<sup>47</sup> Por. wyrok WSA w Warszawie z dnia 11 kwietnia 2014 r., III SA/Wa 3125/13 („Legalis” nr 950662).

<sup>48</sup> Por. wyrok WSA w Warszawie z dnia 26 czerwca 2015 r., VIII SA/Wa 1146/14 („Legalis” nr 1321931).

<sup>49</sup> Por. wyrok WSA w Łodzi z dnia 29 kwietnia 2015 r., I SA/Łd 1398/14 („Legalis” nr 1272061).

<sup>50</sup> Por. wyrok WSA w Warszawie z dnia 22 kwietnia 2015 r., VIII SA/Wa 1031/14 („Legalis” nr 1242398).

<sup>51</sup> Por. wyrok WSA w Warszawie z dnia 9 stycznia 2014 r., III SA/Wa 1389/13 („Legalis” nr 1063953).

<sup>52</sup> Por. wyrok WSA w Warszawie z dnia 17 kwietnia 2014 r., III SA/Wa 2797/13 („Legalis” nr 803296).

<sup>53</sup> Zgodnie z art. 893 k.c., darczyńca może włożyć na obdarowanego obowiązek oznaczonego działania lub zaniechania, nie czyniąc nikogo wierzycielem (polecenie). Por. wyrok WSA w Szczecinie z dnia 9 kwietnia 2014 r., I SA/Sz 212/14 („Legalis” nr 980187); wyrok WSA w Gliwicach z dnia 22 września 2015 r., I SA/GI 267/15 („Legalis” nr 1371566).

z brzmieniem art. 898 k.c.<sup>54</sup> Jednakże, należy uznać, że mimo braku zawarcia określonego polecenia w umowie darowizny, podatnikowi również przysługiwałoby prawo wynikające z art. 893 k.c. w przypadku, gdyby kościelna osoba prawna jako obdarowany nie wywiązała się ze swojego sprawozdawczego obowiązku.

Uwagi dotyczące samej interpretacji przepisów wobec zarzutów o niestosowaniu do art. 55 ust. 7 u.s.p.k.k. wykładni systemowej muszą prowadzić do jeszcze jednej konstatacji – dotyczącej zasad jego wykładni. Wojewódzki Sąd Administracyjny w Warszawie w wyroku z dnia 17 kwietnia 2014 r. stanął na stanowisku, że można byłoby ją zastosować (jak i również wykładnię celowościową) tylko w przypadku niejednoznacznych ustaleń na poziomie literalnym – wprowadzanie ulg i zwolnień stanowi bowiem odstępstwo od zasady sprawiedliwości podatkowej, rozumianej jako powszechność i równość opodatkowania<sup>55</sup>.

## 5. Uwagi końcowe

Biorąc pod uwagę poczynioną powyżej analizę przepisów oraz orzecznictwa uzasadnione wydaje się twierdzenie pochodzące z postanowienia Trybunału z dnia 24 września 2013 r.<sup>56</sup>, świadczące o tym, że interpretacja art. 55 ust. 7 u.s.p.k.k. nie jest powszechnie jednolita i trwała. W szczególności, problematyczne wydają się wymogi stawiane sprawozdaniu wydawanemu przez kościelną osobę prawną darczyńcy – wątpliwości budzi kwestia jego szczegółowości, zakresu wykazania spożytkowania przekazanej darowizny. Zwłaszcza, że jak się wydaje, charakter sprawozdania oraz waga jego dostarczenia są rozumiane w sposób ugruntowany – uzyskanie sprawozdania nie jest równoznaczne z realizacją prawa do ulgi, lecz musi potwierdzać jednoznacznie realizację celu, który był powodem przekazania darowizny.

Stanowiska wyrażone w judykaturze stale ewoluują i rozwijają się, bazując na wcześniejszych rozstrzygnięciach. W tym zakresie pojawia się niezwykle istotna kwestia roli organów podatkowych w weryfikowaniu danych wskazanych w sprawozdaniach, możliwości żądania przez nie uściślenia tych danych, przeprowadzania dowodów na wskazywane przez podatników okoliczności w toku postępowania podatkowego. Problem ten sprowadza się ponownie do rozważań dotyczących szczegółowości sprawozdania oraz ustalenia obowiązków podatnika oraz organów podatkowych w tych sprawach. Nie bez znaczenia pozostaje też przyjmowany przez organy podatkowe i potwierdzany przez sądy administracyjne prymat wykładni językowej w interpretacji przepisów u.s.p.k.k., pomimo akcentowanej w doktrynie konieczności uwzględnienia względów celowych i funkcjonalnych będących podstawą do wprowadzenia przez ustawodawcę możliwości odliczeń niektórych wydatków od dochodów.

Wydaje się zatem, że niezależnie od stanowisk organów państwowych, wskazanych w omówionych wcześniej postanowieniach Trybunału Konstytucyjnego, o tym, że art. 55 ust. 7 u.s.p.k.k. spełnia wymogi prawidłowej legislacji, należałoby rozpatrzyć możliwość jego

<sup>54</sup> Zgodnie z art. 898 § 1 k.c., darczyńca może odwołać darowiznę nawet już wykonaną, jeżeli obdarowany dopuścił się względem niego rażącej niewdzięczności; wyrok WSA w Szczecinie z dnia 9 kwietnia 2014 r., I SA/Sz 212/14 („Legalis” nr 980187).

<sup>55</sup> Por. wyrok WSA w Warszawie z dnia 17 kwietnia 2014 r., III SA/Wa 2797/13 („Legalis” nr 803296).

<sup>56</sup> Por. postanowienie TK z dnia 24 września 2013 r., SK 39/12 („Legalis” nr 740166).



zmiany, a ściślej konkretyzacji. Postulat taki zdaje się być uzasadniony zwłaszcza wobec tak szeroko zakrojonych wątpliwości co do stosowania tego przepisu, skutkujących w efekcie złożeniem skarg konstytucyjnych. Praktyka w tym względzie wydaje się bowiem nadal ryzykowna dla podatnika<sup>57</sup> i dla niego niepewna. Prawo podmiotowe do odliczenia wydatków z tytułu darowizny na działalność charytatywno-opiekuńczą kościelnych osób prawnych<sup>58</sup> musi być możliwe do jego realizacji zwłaszcza dzięki jasnemu i zrozumiałemu prawu pod względem wymogów stawianych podmiotowi uprawnionemu. W obecnej sytuacji, pozornie odformalizowany pod kątem przesłanek przepis, stawia podatnika w niejasnej i niepewnej sytuacji, w jaki sposób dokonać konkretyzacji własnego prawa, w szczególności w obliczu wymogów będących efektem analizy orzeczniczej.

### **Deduction from income of donations to charity and care activity of Church in the light of the Constitutional Court and administrative courts judgments**

#### **S u m m a r y**

The article touches upon the problem of possibility of obtaining tax relief from donation to charity and care activity of Church. Based on the judgments issued by Constitutional Court of the Republic of Poland and judgments of administrative courts in 2014, the article presents issues related to tax consequences of making donations for activity of Church, in particular statutory requirements and cases questioned by tax authorities as authorized to grant tax relief. The analysis of the administrative courts judgments indicates that the problem at hand is an issue comprehended in a different way by courts and polish tax authorities. The reason of different assessment is caused by incorrect interpretation of regulations, which according to taxpayers are too general. Taxpayers state that law does not regulate this issue in a comprehensive way and it is sufficient to provide only a confirmation of making a donation and general confirmation stating that it was spent for charity and care activity.

---

<sup>57</sup> D. Ryterska, M. Szałucki, *Uchwała NSA w sprawie darowizn kościelnych – początek nadziei czy koniec złudzeń?*, MP 2005, nr 4, s. 19–24.

<sup>58</sup> Por. wyrok WSA w Szczecinie z dnia 6 sierpnia 2015 r., I SA/Sz 539/15 („Legalis” nr 1342891).

## NA SKRZYŻOWANIU POSTĘPOWAŃ – ZBIEG POSTĘPOWAŃ EGZEKUCYJNYCH Z POSTĘPOWANIEM UPADŁOŚCIOWYM

### 1. Wprowadzenie

Jedno z żydowskich powiedzeń mówi, że „żona i weksel zawsze wracają”<sup>1</sup>. Skupiając się na jego drugiej części można dostrzec, że wskazuje ono pewną prawdę: żaden dłużnik nie może uciec od swojego długu, nawet jeśli nie chce wykonać swojego zobowiązania. Prawo zna bowiem odpowiednie mechanizmy, by wyegzekwować od niego jego powinność, jeżeli tylko jest to możliwe.

Wśród nich, pierwsze miejsce zajmuje oczywiście postępowanie egzekucyjne (zarówno sądowe, jak i administracyjne), ale nie mniej istotne jest także postępowanie upadłościowe. Może zdarzyć się, że w określonej sprawie oba postępowania znajdą zastosowanie. W takiej sytuacji powstaje pytanie: na jakich zasadach będzie toczyło się dalsze postępowanie? Chociaż regulacje prawne wydają się w tej kwestii jasne i precyzyjne, to praktyka dowodzi, że ich stosowanie nie zawsze jest bezproblemowe.

Do zwrócenia uwagi na tę materię skłania aktualnie czas przemian w regulacjach prawnych dotyczących omawianego zagadnienia, bowiem z początkiem 2016 roku, wraz z wejściem w życie ustawy z dnia 15 maja 2015 r. – Prawo restrukturyzacyjne (Dz.U. z 2016 r. poz. 1574 ze zm.), zaszły istotne zmiany w postępowaniu upadłościowym.

### 2. Egzekucja

Jeżeli dłużnik nie chce spełnić swojego zobowiązania, celem jego uzyskania należy przeprowadzić egzekucję. Polega ona na przewidzianym ustawą zastosowaniu przymusu<sup>2</sup>, którego przedmiotem może być bądź to osoba dłużnika (egzekucja personalna – może polegać np. na zastosowaniu wobec dłużnika aresztu), bądź jego majątek (egzekucja realna)<sup>3</sup>. W drugim przypadku egzekucja może być skierowana albo do całego majątku dłużnika i na rzecz wszystkich wierzycieli (egzekucja uniwersalna; można spotkać też określenie egzekucja generalna), albo do części majątku i na rzecz poszczególnych wierzycieli (egzekucja singularna; określana też mianem indywidualnej)<sup>4</sup>.

---

\* Autor jest studentem Wydziału Prawa i Administracji Uniwersytetu Warszawskiego oraz Università degli Studi di Padova (Uniwersytetu Padewskiego) w ramach programu Erasmus+.

<sup>1</sup> H. Safrin, *Przy szabasonych świecach. Wieczór drugi*, Łódź 1981, s. 189.

<sup>2</sup> E. Wengerek, *Sądowe postępowanie egzekucyjne w sprawach cywilnych*, Warszawa 1978, s. 9.

<sup>3</sup> H. Dolecki, *Postępowanie cywilne. Zarys wykładu*, Warszawa 2015, s. 363.

<sup>4</sup> Por. wyrok SN z dnia 12 maja 2011 r., II UK 308/10 ([www.sn.pl](http://www.sn.pl)); wyrok SN z dnia 9 grudnia 2010 r., III CSK 46/10 ([www.sn.pl](http://www.sn.pl)); wyrok SN z dnia 15 maja 2014 r., III UK 156/13 ([www.sn.pl](http://www.sn.pl)); wyrok SN z dnia

Prawu polskiemu znane są dwa typy postępowania egzekucyjnego: sądowe oraz administracyjne. W świetle przedstawionego podziału są to egzekucje syngularne. Nasz system prawny zna także egzekucję uniwersalną – w postaci postępowania upadłościowego. Ponadto w Polsce spotkać można także formę pośrednią – egzekucję generalną poprzez zarząd przymusowy, która skierowana jest do całego majątku dłużnika, lecz na rzecz poszczególnych wierzycieli<sup>5</sup>. Natomiast w przypadku nieuiszczenia przez dłużnika wymierzonej mu kary grzywny można zastosować wobec niego karę aresztu, co wskazuje się czasem jako rzadki w dzisiejszych czasach przykład egzekucji personalnej<sup>6</sup>.

### 3. Postępowania egzekucyjne

#### 3.1. Regulacje prawne

Sądowe postępowanie egzekucyjne uregulowane jest przepisami k.p.c. Zastosowanie pomocnicze znajduje tutaj także ustawa z dnia 29 sierpnia 1997 r. o komornikach sądowych i egzekucji (Dz.U. z 2016 r. poz. 1138 ze zm.).

Natomiast postępowanie egzekucyjne w administracji uregulowane jest ustawą z dnia 17 czerwca 1966 r. o postępowaniu egzekucyjnym w administracji (Dz.U. z 2016 r. poz. 599 ze zm.). Ta ustawa zawiera generalne odesłanie do k.p.a. (art. 18 u.p.e.a.). Zastosowanie znajdują tutaj także poszczególne przepisy k.p.c. – między innymi w kwestii powództwa przeciwegzekucyjnego o zwolnienie zajętej rzeczy od egzekucji administracyjnej (art. 842 k.p.c.).

Regulacje k.p.c. weszły w życie 1 stycznia 1965 r. Zastąpiły one wcześniejszy Kodeks postępowania cywilnego, który powstał z połączenia rozporządzeń Prezydenta Rzeczypospolitej z dnia 29 listopada 1930 r. – Kodeks postępowania cywilnego oraz 27 października 1932 r. – Prawo o sądowym postępowaniu egzekucyjnym (pisownia oryginalna). Określone w tych przepisach regulacje sądowego postępowania egzekucyjnego weszły w życie 1 stycznia 1933 r. – wcześniej obowiązywały regulacje częściowe, a także regulacje byłych państw zaborczych<sup>7</sup>. Warto zwrócić uwagę na fakt, że mimo upływu lat i licznych nowelizacji obecne regulacje sądowego postępowania egzekucyjnego stanowią wyraźną kontynuację regulacji z lat 30. ubiegłego wieku.

Natomiast przepisy u.p.e.a weszły w życie 1 stycznia 1967 r. Zastąpiły one dotychczasowe regulacje, tj. rozporządzenie Prezydenta Rzeczypospolitej z dnia 22 marca 1928 r. o postępowaniu przymusowym w administracji (pisownia oryginalna), które obowiązywało od 24 kwietnia 1928 r., a także dekret z dnia 28 stycznia 1947 r. o egzekucji administracyjnej świadczeń pieniężnych, który wszedł w życie 1 marca 1947 r. zastępując ustawę z dnia 10 marca 1932 r. o przejęciu egzekucji administracyjnej przez władze skarbowe oraz o postępowaniu egzekucyjnym władz skarbowych (weszła w życie 18 kwietnia 1932 r.). Również

19 stycznia 2011 r., V CSK 204/10 (www.sn.pl).

<sup>5</sup> *Vide* art. 1064<sup>1</sup>–1064<sup>13</sup> k.p.c.

<sup>6</sup> *Vide* art. 1053 k.p.c.

<sup>7</sup> Dz.U. z 1930 r. Nr 83, poz. 651; Dz.U. z 1932 r. Nr 93, poz. 803; Dz.U. z 1932 r. Nr 112, poz. 934 ze zm.

w tym przypadku wcześniej obowiązywały regulacje częściowe, a w głównej mierze regulacje byłych państw zaborczych<sup>8</sup>.

### 3.2. Zarys procedur

Sądowe postępowanie egzekucyjne znajduje zastosowanie przede wszystkim do spraw z zakresu prawa prywatnego. Zgodnie z aktualną regulacją, w postępowaniu tym wierzyciel egzekwujący dochodzi należnego świadczenia od dłużnika egzekwowanego na podstawie tytułu wykonawczego. Podobnie w postępowaniu egzekucyjnym w administracji wierzyciel dochodzi od zobowiązanego (zwanego dawniej także egzekutem) określonego obowiązku na podstawie tytułu wykonawczego. Postępowanie to ma zastosowanie do spraw o charakterze publicznoprawnym.

Należy zwrócić uwagę na fakt, że w przeciwieństwie do egzekucji sądowej, w postępowaniu egzekucyjnym w administracji wierzyciel ma nie tylko prawo, ale i obowiązek podjąć czynności zmierzające do zastosowania egzekucji (art. 6 u.p.e.a.). Ponadto przed wszczęciem egzekucji administracyjnej, wierzyciel musi upomnieć zobowiązanego na jego koszt i zagrozić mu przeprowadzeniem egzekucji (art. 15 u.p.e.a.).

W obu wypadkach dochodzone może być świadczenie zarówno pieniężne, jak i niepieniężne. Charakter świadczenia determinuje jednak możliwe sposoby egzekucji. Warto wskazać, że katalog dostępnych metod przeprowadzenia egzekucji jest szerszy w przypadku postępowania egzekucyjnego – np. o możliwość zastosowania przymusu bezpośredniego w przypadku świadczeń o charakterze niepieniężnym<sup>9</sup>.

Istotną różnicą pomiędzy obydwooma postępowaniami jest powstanie ich podstawy – tytułu wykonawczego. W postępowaniu egzekucyjnym w administracji to wierzyciel, będący często również organem egzekucyjnym, jest wystawcą tego tytułu. W przypadku postępowania sądowego tytuł wykonawczy powstaje w drodze nadania tytułowi egzekucyjnemu klauzuli wykonalności przez sąd (w określonych przypadkach referendarza sądowego) w tzw. postępowaniu klauzulowym. Kodeks postępowania cywilnego wyraźnie wskazuje, jakie dokumenty mogą stanowić tytuł egzekucyjny oraz na jakich zasadach nadaje im się klauzulę wykonalności<sup>10</sup>. Judykatura doprecyzowała, że tytuł egzekucyjny musi nadawać się do przymusowego wykonania w egzekucji, tj. zawierać wyraźne sformułowanie obowiązku świadczenia, określać jego rodzaj, wierzyciela, dłużnika oraz ewentualnie czas wykonalności świadczenia<sup>11</sup>.

Zasadność oraz wymagalność świadczenia wskazanego w tytule wykonawczym nie podlega weryfikacji ani w sądowym postępowaniu egzekucyjnym, ani w postępowaniu egzekucyjnym w administracji. Jednakże w przypadku egzekucji administracyjnej organ

<sup>8</sup> Dz.U. z 1928 r. Nr 36, poz. 342; Dz.U. z 1932 r. Nr 32, poz. 328; Dz.U. z 1947 r. Nr 21, poz. 84 ze zm.

<sup>9</sup> Por. przepisy części trzeciej, tytułu II i III k.p.c. oraz przepisy działu II i III u.p.e.a. Możliwość zastosowania przymusu bezpośredniego w ramach administracyjnej egzekucji świadczenia o charakterze niepieniężnym – art. 148 i n. u.p.e.a.

<sup>10</sup> *Vide* art. 777, 782 oraz 1082 k.p.c.

<sup>11</sup> Uchwały SN: z dnia 26 czerwca 2002 r., III CZP 38/02 ([www.sn.pl](http://www.sn.pl)), z dnia 10 lutego 2006 r., III CZP 127/05 ([www.sn.pl](http://www.sn.pl)).

egzekucyjny bada z urzędu dopuszczalność postępowania egzekucyjnego i może do niego nie przystąpić<sup>12</sup>.

Egzekucję przeprowadzają organy egzekucyjne: w przypadku sądowego postępowania egzekucyjnego są to sąd i komornik sądowy, w przypadku postępowania egzekucyjnego w administracji – wskazany w ustawie organ<sup>13</sup>. W obu postępowaniach podejmują one działanie na podstawie wniosku wierzyciela, ponadto egzekucja sądowa może być wszczęta także wskutek żądania określonych podmiotów, a egzekucja administracyjna – z urzędu<sup>14</sup>. W przypadku sądowego postępowania egzekucyjnego wniosek powinien zawierać m.in. wskazanie sposobu egzekucji, natomiast w egzekucji administracyjnej, co do zasady, wniosek może zawierać takie wskazanie<sup>15</sup>.

Egzekucja świadczeń niepieniężnych przebiega w zależności od danego świadczenia. Natomiast egzekucja świadczeń pieniężnych, co do zasady, polega na zajęciu określonych składników majątkowych dłużnika i, jeśli nie są one pieniędzmi, sprzedaż ich celem uzyskania ekwiwalentu, którym zostanie spełnione świadczenie. Istotne znaczenie ma tutaj pojęcie sprzedaży egzekucyjnej – rzeczy nabyte w ramach egzekucji sądowej są wolne od wszelkich obciążeń, jednakże nabywcy nie przysługują roszczenia z tytułu rękojmi za wady rzeczy<sup>16</sup>.

W sądowym postępowaniu egzekucyjnym ten etap, dla odróżnienia od postępowania klauzulowego, określa się mianem właściwego postępowania egzekucyjnego. W dalszym toku postępowanie podziałowe, czyli podział uzyskanej sumy między zaspokajane wierzycielności (w tym także opłacenie podatków oraz kosztów egzekucji)<sup>17</sup>.

Oba postępowania mogą zostać zawieszony lub umorzone w przypadkach określonych prawem. W przypadku postępowania sądowego umorzenie może nastąpić z urzędu lub na wniosek, w przypadku postępowania administracyjnego tylko z urzędu. Umorzenie postępowania egzekucyjnego wymaga wydania postanowienia i co do zasady skutkuje uchyleciem dokonanych czynności egzekucyjnych, jednak bez uszczerbku dla praw osób trzecich. O ile umorzenie sądowego postępowania egzekucyjnego nie pozbawia wierzyciela prawa do powtórnego wszczęcia egzekucji, o tyle w przypadku postępowania egzekucyjnego w administracji ponowne wszczęcie egzekucji dopuszczalne jest jedynie w drodze wyjątku<sup>18</sup>.

Ukończenie sądowego postępowania egzekucyjnego w sposób inny niż umorzenie stwierdza komornik postanowieniem. Wynik egzekucji w takim wypadku należy odnotować na tytule wykonawczym, który należy zatrzymać w aktach lub zwrócić wierzycielowi, jeśli świadczenie nie zostało zaspokojone w całości. Natomiast zakończenie postępowania egzekucyjnego w administracji w sposób inny niż umorzenie nie wymaga wydania żadnego rozstrzygnięcia<sup>19</sup>.

<sup>12</sup> Por. art. 804 k.p.c. oraz art. 29 u.p.e.a.

<sup>13</sup> Por. art. 759 k.p.c. oraz art. 19 i 20 u.p.e.a.

<sup>14</sup> *Vide* art. 796 k.p.c. oraz 26 u.p.e.a.

<sup>15</sup> Por. art. 797 k.p.c. oraz art. 28 i 30 u.p.e.a.

<sup>16</sup> *Vide* art. 879 k.p.c.

<sup>17</sup> *Vide* przepisy działu VIII tytułu II części III k.p.c. oraz rozdział 9 działu II u.p.e.a.

<sup>18</sup> Por. art. 824–826 k.p.c. oraz 59 i 60 u.p.e.a.

<sup>19</sup> Por. art. 816 k.p.c. oraz wyrok NSA z dnia 19 maja 1992 r., III SA 38/92 ([www.nsa.gov.pl](http://www.nsa.gov.pl)).

## 4. Postępowanie upadłościowe

### 4.1. Regulacje prawne

Od początku bieżącego roku polskie prawo przewiduje już wyłącznie jedno postępowanie upadłościowe. Reguluje je ustawa z dnia 28 lutego 2003 r. – Prawo upadłościowe (Dz.U. z 2015 r. poz. 233 ze zm.). Jednakże do końca 2015 roku ustawa ta nosiła nazwę „Prawo upadłościowe i naprawcze” i obejmowała dwa postępowania upadłościowe (obejmujące likwidację majątku dłużnika oraz z możliwością zawarcia układu), a także postępowanie naprawcze. Regulacje te będą miały praktyczne znaczenie jeszcze przez jakiś czas<sup>20</sup>. W miejsce zlikwidowanych postępowań wprowadzono postępowania restrukturyzacyjne: o zatwierdzenie układu, przyspieszone układowe, układowe, sanacyjne. Nie stanowią one egzekucji, lecz są funkcjonalnie powiązane z postępowaniem upadłościowym – teoretycznie powinny mu zapobiec.

Wspomniana wyżej ustawa weszła w życie 1 października 2003 r. zastępując przepisy rozporządzeń Prezydenta Rzeczypospolitej: z dnia 24 października 1934 r. – Prawo upadłościowe oraz z dnia 24 października 1934 r. – Prawo o postępowaniu układowym. Zawarte w nich regulacje weszły w życie 1 stycznia 1935 r. Wcześniej obowiązywały regulacje byłych państw zaborczych<sup>21</sup>. Podobnie jak w przypadku sądowego postępowania egzekucyjnego, przepisy prawa upadłościowego stanowią wyraźną kontynuację regulacji z lat 30. ubiegłego wieku.

### 4.2. Zarys postępowania

Jak już wspomniano, postępowanie upadłościowe klasyfikuje się jako egzekucję uniwersalną, tj. prowadzoną na rzecz wszystkich wierzycieli z całego majątku upadłego. Postępowanie to może zostać zainicjowane wyłącznie przez wniosek o ogłoszenie upadłości dłużnika. Może, a w określonych sytuacjach musi, on zostać złożony przez samego dłużnika (w przeważającej mierze będącego przedsiębiorcą). Może też być złożony przez wierzycieli. Podstawą takiego wniosku jest niewypłacalność dłużnika, tj. utrata wykonywania przezeń swoich wymagalnych zobowiązań pieniężnych.

Do końca ubiegłego roku wniosek musiał określać wnioskowany sposób przeprowadzenia postępowania: likwidacyjny lub układowy. Przy czym sąd powinien był ogłosić upadłość układową, jeśli dawałaby szanse większego zaspokojenia wierzycieli, a dotychczasowe zachowanie dłużnika nie poddawało w wątpliwość wykonania układu. W pozostałych przypadkach należało ogłosić upadłość likwidacyjną, chyba że propozycje układowe przewidywały układ likwidacyjny. Sąd miał też kompetencję do zmiany sposobu przeprowadzenia upadłości.

Natomiast nowością są przepisy przewidujące możliwość dołączenia do wniosku także wniosku o zatwierdzenie warunków sprzedaży przedsiębiorstwa dłużnika lub jego części.

<sup>20</sup> Por. przepisy przejściowe ustawy z dnia 15 maja 2015 r. – Prawo restrukturyzacyjne (Dz.U. z 2016 r. poz. 1574 ze zm.).

<sup>21</sup> Dz.U. z 1934 r. Nr 93, poz. 834 i 836 ze zm.

Powinien on wskazywać cenę sprzedaży oraz nabywcę. Uwzględnienie wniosku przez sąd jest uwarunkowane możliwością uzyskania w ten sposób większej (albo przynajmniej zbliżonej) kwoty od sumy uzyskanej przy likwidacji na zasadach ogólnych.

W postępowaniu układowym sąd mógł zwołać wstępne zgromadzenie wierzycieli celem podjęcia uchwały określającej sposób prowadzenia postępowania upadłościowego, wyboru rady wierzycieli oraz przyjęcia układu – jeśli został on zawarty, sąd wydawał postanowienie o ogłoszeniu upadłości układowej i zatwierdzał układ.

Tak więc kolejnym etapem po złożeniu wniosku o ogłoszenie upadłości jest wydanie przez sąd postanowienia o ogłoszeniu upadłości, które jest skuteczne i wykonalne z dniem jego wydania. W postanowieniu tym wskazuje się syndyka – upadły bowiem traci możliwość zarządzania swoim majątkiem, który staje się masą upadłości, właśnie na rzecz syndyka. Także w przypadku tej formy egzekucji ustawa wskazuje wyłączenia przedmiotowe – przede wszystkim odsyłając do wyłączeń zawartych w k.p.c. (w odniesieniu do sądowego postępowania egzekucyjnego), a także wskazując inne wyłączenia. Czynności syndyka są nadzorowane przez sędziego-komisarza, który kieruje tokiem postępowania.

W przypadku upadłości układowej sąd wyznaczał natomiast zarządcę (jeśli upadły tracił możliwość zarządzania swoim majątkiem) lub nadzorcę sądowego (jeśli upadły zachował prawo do zarządu swoim majątkiem).

Postanowienie określa też termin w jakim wierzyciele mogą zgłaszać sędziemu-komisarzowi swoje wierzytelności celem uczestnictwa w postępowaniu. Niektóre wierzytelności uwzględniane są na liście z urzędu. Należy przy tym zaznaczyć, że jeszcze niewymagalne zobowiązania upadłego stają się wymagalne z dniem ogłoszenia upadłości. Wierzytelności zgłoszone po tym terminie, nie wpływają na dokonane już czynności, lecz są jedynie uwzględniane w dalszej części postępowania (chyba że zgłoszono wierzytelność już po zatwierdzeniu ostatecznego planu podziału).

Następnie syndyk sporządza listę wierzytelności na podstawie przekazanych mu przez sędziego-komisarza odpisów zgłoszenia wierzytelności. Lista jest uzupełniana systematycznie o wierzytelności niezgłoszone w terminie. Lista jest następnie zatwierdzana (ewentualnie prostowana lub uzupełniana) przez sędziego-komisarza. Ponadto syndyk ustala skład masy upadłościowej poprzez dokonanie spisu inwentarza, a od początku bieżącego roku także spisu należności.

Syndyk sporządza także plan likwidacyjny, który określa proponowane sposoby sprzedaży składników masy upadłości. Następnie przeprowadza likwidację, w wyniku której uzyskuje środki pieniężne – fundusze masy upadłości, które w dalszej kolejności podlegają podziałowi między wierzycieli na zasadach określonych w ustawie. Są oni zaspokajani zgodnie z kolejnością wynikającą z kategorii, do których należą ich wierzytelności. Dzieje się to w ramach wykonania planu podziału, jaki syndyk przedstawia sędziemu-komisarzowi, a następnie zatwierdza sąd. Po wykonaniu planu podziału sąd stwierdza zakończenie postępowania upadłościowego, a upadły odzyskuje prawo zarządu własnym majątkiem.

W toku postępowania sędzia-komisarz może zwołać zgromadzenie wierzycieli – w sytuacjach określonych w ustawie. W szczególności w sprawach wymagających uchwały. Ponadto sędzia-komisarz powołuje, z urzędu lub na wniosek, radę wierzycieli, która służy pomocą syndykowi, jak również kontroluje jego czynności, a także udziela zezwolenia na wskazane w ustawie czynności.

W upadłości układowej zgromadzenie wierzycieli miało m.in. kompetencję do przyjęcia układu – w razie jego nieprzyjęcia sąd zmieniał postępowanie upadłościowe na likwidacyjne. Podobnie działo się w razie uprawomocnienia się postanowienia sądu o odmowie zatwierdzenia układu (ze względu na jego niezgodność z prawem lub pewność co do jego niewykonania). Po uprawomocnieniu się postanowienia zatwierdzającego układ sąd wydawał postanowienie o zakończeniu postępowania upadłościowego. Ostatnim etapem było zaś wydanie postanowienia o wykonaniu układu wydawane, jeśli układ został wykonany.

To uprawnienie zgromadzenia wierzycieli przetrwało likwidację upadłości układowej – obecnie w każdym postępowaniu upadłościowym istnieje możliwość zawarcia układu. Propozycje układowe może składać upadły, wierzyciel lub syndyk.

W sytuacjach określonych ustawą istnieje także możliwość umorzenia postępowania upadłościowego.

## 5. Wpływ postępowania upadłościowego na postępowania egzekucyjne

### 5.1. Postępowanie upadłościowe (dawniej: obejmujące likwidację majątku dłużnika)

#### 5.1.1. Regulacja

Kwestię zbiegu postępowania egzekucyjnego – zarówno sądowego, jak i administracyjnego – z postępowaniem upadłościowym, które do końca ubiegłego roku nosiło nazwę postępowania upadłościowego obejmującego likwidację majątku dłużnika, reguluje obecnie art. 146 pr. up. Przed wejściem w życie obecnej ustawy kwestię tę regulował artykuł 62 pr. up. z 1934 r., który od ogłoszenia tekstu jednolitego rozporządzenia<sup>22</sup>, tj. od 24 października 1991 r., nosił numer 63.

Dynamika zmian tej regulacji nie jest duża. W czasie obowiązywania pr. up. z 1934 r. przepis znowelizowano tylko raz – w 1997 r. Zmiana ta dotyczyła rozszerzenia zakresu zastosowania tego przepisu. Natomiast przepis pr. up. znowelizowano dwukrotnie – w 2009 r. i 2015 r. Zmiany te jednak nie dotyczyły istoty postępowania w razie zbiegu egzekucji – sam mechanizm eliminacji zbiegu jest taki sam od początku obowiązywania polskich regulacji dotyczących postępowania upadłościowego.

Ustęp 1 artykułu 146 reguluje kwestie postępowań egzekucyjnych wszczętych przed dniem ogłoszenia upadłości, jednakże już w literaturze pod rządem pr. up. z 1934 r. uznano rozumując *a fortiori*, że wyrażony w tym przepisie zakaz kontynuowania postępowania egzekucyjnego dotyczy także egzekucji syngularnych także po ogłoszeniu upadłości<sup>23</sup>. Z drugiej jednak strony przyjmuje się także, że dotyczy on tylko postępowań egzekucyjnych skierowanych do składników masy upadłości<sup>24</sup>.

<sup>22</sup> Dz.U. z 1991 r. Nr 118, poz. 512 ze zm.

<sup>23</sup> A. Jakubecki, *Pravo upadłościowe i naprawcze. Komentarz*, LEX 2011, pkt 1 komentarza do art. 146.

<sup>24</sup> *Ibidem*, pkt 2 komentarza do art. 146.



W obecnym brzmieniu stanowi on, że takie postępowanie skierowane do majątku wchodzącego w skład masy upadłościowej ulega zawieszeniu z mocy prawa z dniem ogłoszenia upadłości. Natomiast po uprawomocnieniu się tego postanowienia – umarza się je także z mocy prawa. Nie jest zatem prawnie dopuszczalne prowadzenie żadnej egzekucji singularnej w trakcie egzekucji uniwersalnej – byłoby to sprzeczne z jej istotą<sup>25</sup>. Należy jednak podkreślić, że sprzeczność taka nie zachodzi, jeżeli egzekucja singularna skierowana jest do składników majątkowych nieobjętych postępowaniem upadłościowym<sup>26</sup>.

Warto podkreślić, że zawieszenie postępowania egzekucyjnego uniemożliwia jedynie podejmowanie dalszych czynności – dokonane pozostają jednak w mocy. Dopiero umorzenie postępowania egzekucyjnego powoduje uchylenie dokonanych czynności zgodnie z właściwymi przepisami. Artykuł 146. ust. 1 zdanie 3 wskazuje tutaj jednak pewien wyjątek – po ogłoszeniu upadłości można dokonać przysądzenia nieruchomości, jeśli przybicia prawomocnie udzielono przed ogłoszeniem upadłości, a nabywca egzekucyjny wpłaci w terminie cenę nabycia<sup>27</sup>. Choć sformułowanie to *prima facie* zdaje się odnosić do sądowego postępowania egzekucyjnego, to należy pamiętać, że art. 146 odnosi się *lege non distinguente* zarówno do egzekucji cywilnej, jak i administracyjnej.

Poprzednia redakcja tego przepisu zawierała ten sam mechanizm, lecz dotyczący postępowania egzekucyjnego wierzytelności podlegającej zgłoszeniu do masy upadłości<sup>28</sup>. Celem zmiany treści tego przepisu jest „wyeliminowanie możliwości kontynuowania jakichkolwiek postępowań egzekucyjnych w toku postępowania upadłościowego”<sup>29</sup>. Niemniej zdaniem autorów tej zmiany syndyk powinien wykonać zobowiązanie dochodzone w postępowaniu egzekucyjnym dotyczącym wierzytelności niepodlegającej zgłoszeniu do masy upadłości<sup>30</sup>.

Warto zwrócić uwagę na pogląd, zgodnie z którym z poprzedniej redakcji tego przepisu można było wywnioskować, iż postępowania dotyczące wierzytelności uwzględnianych z urzędu na liście wierzytelności toczyły się dalej. Pod tym względem za bardziej poprawną uznaje się wcześniejszą redakcję tego artykułu (z 2003 r.), która obejmowała postępowania egzekucyjne wszczęte przeciwko upadłemu<sup>31</sup>.

Nowelizacją z 2009 r. wprowadzono także zdanie 3 ustępu 1, które wskazuje, że „zawieszenie postępowania egzekucyjnego nie stoi na przeszkodzie przysądzeniu własności

<sup>25</sup> Wyrok WSA we Wrocławiu z dnia 3 kwietnia 2006 r., I SA/Wr 1078/05 ([www.nsa.gov.pl](http://www.nsa.gov.pl)).

<sup>26</sup> Podobnie P. Nazarewicz, *Charakter postępowania upadłościowego oraz wpływ upadłości na procesowe postępowanie cywilne*, PPH 1992, nr 1, s. 14.

<sup>27</sup> P. Feliga, *Część II. Prawo upadłościowe. Rozdział 25. Wpływ ogłoszenia upadłości na cywilne postępowania sądowe, przed sądem polubownym, administracyjne i sądownoadministracyjne (procesowe skutki ogłoszenia upadłości)*, [w:] *Prawo restrukturyzacyjne i upadłościowe. System prawa handlowego*, t. 6, A. Hrycaj, A. Jakubecki, A. Witosz (red.), Warszawa 2016, s. 878.

<sup>28</sup> Art. 1 ustawy 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).

<sup>29</sup> Uzasadnienie, druk sejmowy VII kadencji nr 2824, s. 74.

<sup>30</sup> *Ibidem*.

<sup>31</sup> F. Zoll, *Opinia w sprawie projektu ustawy o zmianie ustawy – Prawo upadłościowe i naprawcze, ustawy o Krajowym Rejestrze Sądowym oraz ustawy o Bankowym Funduszu Gwarancyjnym (druk nr 654)*, Warszawa 2008, uwagi do art. 1 pkt. 48 projektu ustawy.

nieruchomości, jeżeli przybicia udzielono przed ogłoszeniem upadłości, a nabywca egzekucyjny wpłaci w terminie cenę nabycia”. Pozostało ono obecnie bez zmian.

Ustęp 2 przedmiotowego artykułu brzmi dokładnie (z uwzględnieniem ewolucji form językowych) tak, jak brzmiał w treści rozporządzenia z 1934 r. Normuje on kwestię sum uzyskanych w zawieszonym postępowaniu egzekucyjnym a jeszcze niewydanych – zgodnie z jego regulacją zostają one przelane do masy upadłości. Warto wskazać, że do końca obowiązywania pr. up. z 1934 r. ustęp ten był ostatnim w tym artykule.

Najnowsza nowelizacja wprowadziła także art. 146 ust. 2a, który reguluje kwestię sum uzyskanych ze sprzedaży w postępowaniu egzekucyjnym składników majątkowych obciążonych rzeczowo – zdaniem autorów nowelizacji, utrzymanie realnego znaczenia zabezpieczeń rzeczowych wymaga, aby sumy te były traktowane w postępowaniu upadłościowym tak samo, jak sumy uzyskane z likwidacji obciążonych rzeczowo składników masy upadłości<sup>32</sup>.

Ustęp 3 w brzmieniu uzyskanym w drodze ostatniej nowelizacji, reguluje kwestię kierowania do składników masy upadłości postępowań egzekucyjnych oraz zabezpieczających po dniu ogłoszenia upadłości – co do zasady jest ono niedopuszczalne, aczkolwiek ustawa przewiduje pewne wyjątki w zakresie zabezpieczeń. W zakresie postępowań egzekucyjnych wcześniej kwestię tę regulował ustęp 4 – również uznając wszczynanie ich po dniu ogłoszenia upadłości za niedopuszczalne, gdy kierowane są do składników masy upadłości. Do zmian, które weszły w życie 1 stycznia b.r., uznawano wnioskując *a contrario*, że regulacja ta nie dotyczy wierzytelności niepieniężnych – obecnie zakaz dotyczy wszelkich wierzytelności<sup>33</sup>. Warto podkreślić, że regulacja ta wyszła naprzeciw sporom, jakie uwidoczniły się w doktrynie i judykaturze pod rządami pr. up. z 1934 r.<sup>34</sup>

W doktrynie oraz judykaturze podnosi się, że regulacja art. 146 pr. up. przesądza o prymacie postępowania upadłościowego nad egzekucyjnym<sup>35</sup>.

### 5.1.2. Praktyka

Orzecznictwo ujawnia szereg trudności z praktycznym zastosowaniem wyżej opisanej regulacji. Pierwsza kwestia wymagająca wyjaśnienia dotyczy kwestii natury formalnej – czy zawieszenie bądź umorzenie postępowania z mocy prawa wymaga wydania postanowienia. Uznaje się, że wydanie w tym przedmiocie postanowienia jest zbędne<sup>36</sup>. Natomiast jeśli takie postanowienie zostanie wydane, to ma ono moc deklaratoryjną, a nie konstytutywną<sup>37</sup>

<sup>32</sup> Uzasadnienie, druk sejmowy VII kadencji nr 2824, s. 75.

<sup>33</sup> Por. A. Jakubecki, *Pravo upadłościowe i naprawcze. Komentarz*, LEX 2011, pkt 15 komentarza do art. 146; S. Gurgul, *Pravo upadłościowe. Pravo restrukturyzacyjne. Komentarz*, Warszawa 2016, pkt 2 komentarza do art. 146.

<sup>34</sup> Szerzej P. Nazarewicz, *op. cit.*, s. 15 i n.

<sup>35</sup> P. Dragon, [w:] A. Witosz, A.J. Witosz (red.), *Pravo upadłościowe i naprawcze. Komentarz*, Warszawa 2014, s. 413, także orzecznictwo: np. wyrok WSA w Krakowie z dnia 27 listopada 2008 r., III SA/Kr 394/08 ([www.nsa.gov.pl](http://www.nsa.gov.pl)).

<sup>36</sup> Wyrok SA w Warszawie z dnia 29 listopada 2013 r., VI ACa 1354/12 ([www.ms.gov.pl](http://www.ms.gov.pl)), także P. Zimmermann, *Pravo upadłościowe. Pravo restrukturyzacyjne*, Warszawa 2016, s. 293 oraz P. Feliga, *op. cit.*, s. 879.

<sup>37</sup> Uchwała SN z dnia 16 maja 1996 r., III CZP 44/96 ([www.sn.pl](http://www.sn.pl)), także P. Dragon, *op. cit.*, s. 407.

–umorzenie następuje bowiem z mocy samego prawa (tj. decyzji ustawodawcy), a zatem nie jest czynnością organu egzekucyjnego<sup>38</sup>.

Pojawia się jednak postulat *de lege ferenda*, aby w drodze postanowienia sędziego-komisarza następowało stwierdzenie zawieszenia postępowania egzekucyjnego, tak aby zachować spójność z przepisami prawa restrukturyzacyjnego, które takie rozwiązanie przewiduje (choćby postanowienie takie jest bez znaczenia dla samego zawieszenia postępowania egzekucyjnego)<sup>39</sup>. Należy przy tym dodać, że organy egzekucyjne są upoważnione do wydania zaświadczenia o zawieszeniu albo umorzeniu egzekucji na wniosek wierzyciela i syndyka masy upadłości<sup>40</sup>.

Należy jednak podkreślić, że konsekwencje opisane w pr. up. wywołuje dopiero postanowienie o ogłoszeniu upadłości dłużnika – samo złożenie wniosku w tym przedmiocie nie ma wpływu na możliwość kontynuowania, czy wszczynania przeciw dłużnikowi postępowań egzekucyjnych<sup>41</sup>. Jednakże zgodnie z art. 36 pr. up. po złożeniu wniosku o ogłoszenie upadłości sąd niezwłocznie orzeka w przedmiocie zabezpieczenia – z urzędu lub na wniosek. Zabezpieczenie takie może obejmować zawieszenie postępowania egzekucyjnego – art. 39 pr. up. W związku z tą regulacją powstała sporna kwestia, czy sąd zawieszając postępowanie egzekucyjne może jednocześnie uchylić dokonane zajęcie<sup>42</sup>.

Co ciekawe, w praktyce polskich sądów miał powstać pogląd, że postanowienia o zawieszeniu postępowania egzekucyjnego nie dostarcza się organowi egzekucyjnemu<sup>43</sup>. Obecnie kwestię tę rozstrzyga jednak ust. 3 rzeczonego artykułu – postanowienie takie dostarcza się zarówno wierzycielowi, jak i organowi egzekucyjnemu.

W orzecznictwie uwidocznił się problem braku regulacji przepływu informacji dotyczących wydania postanowienia o ogłoszeniu upadłości, jak i jego uprawomocnienia<sup>44</sup>. Najnowsza zmiana przepisów pr. up. zdaje się wychodzić naprzeciw tym problemom – znowelizowany art. 53 ust. 5 pr. up., nakłada obowiązek poinformowania o wydaniu postanowienia o ogłoszeniu upadłości znane sądowi organy egzekucyjne prowadzące egzekucję przeciw upadłemu. W uzasadnieniu do projektu ustawy podnosi się, że taka regulacja służy umożliwieniu organom egzekucyjnym zastosowanie się do regulacji art. 146 pr. up.<sup>45</sup>

Następną kwestią budzącą wątpliwości jest problem, czy opisane wyżej przepisy stoją na przeszkodzie kontynuowaniu wszczętego postępowania klauzulowego, które formalnie stanowi część sądowego postępowania egzekucyjnego. Judykatura stoi na stanowisku, że nie. Uzasadnieniem takiego stanowiska jest fakt, że postępowanie klauzulowe służy jedynie przygotowaniu przyszłego postępowania nie stanowiąc postępowania egzekucyjnego *sensu*

<sup>38</sup> Wyrok SN z dnia 31 marca 2000 r., III CKN 872/00 (LEX nr 51878).

<sup>39</sup> P. Feliga, *op. cit.*, s. 880.

<sup>40</sup> S. Gurgul, *op. cit.*, pkt 1 komentarza do art. 146 *in fine*.

<sup>41</sup> Wyrok NSA z dnia 10 stycznia 2012 r., II FSK 1182/10 (LEX nr 1113567).

<sup>42</sup> A. Hrycaj, *Wpływ postępowania w przedmiocie ogłoszenia upadłości na postępowanie egzekucyjne*, PPE 2006, nr 7–8, s. 61–62.

<sup>43</sup> A. Malmuk-Cieplak, *Wpływ postępowania upadłościowego na postępowanie egzekucyjne*, PPC 2015, nr 3, s. 387.

<sup>44</sup> Wyrok SO w Krakowie z dnia 28 stycznia 2014 r., II Ca 1667/13 ([www.orzeczenia.krakow.so.gov.pl](http://www.orzeczenia.krakow.so.gov.pl)).

<sup>45</sup> Uzasadnienie, druk sejmowy VII kadencji nr 2824, s. 70.

*stricto*<sup>46</sup>. Wydana w ten sposób klauzula przeciw upadlemu umożliwi wierzycielowi wszczęcie postępowania egzekucyjnego wyłącznie przeciw upadlemu, czyli skierowanego do mienia niewchodzącego w skład masy upadłości.

Wiąże się to z następnym problemem – jeśli wierzytelność została zgłoszona do listy wierzytelności, to po zakończonym postępowaniu upadłościowym nie można dochodzić jej na drodze sądowej. Nie oznacza to jednak, że w ogóle nie można jej dochodzić<sup>47</sup>. Podstawą takiego stanowiska jest fakt, że wyciąg z listy wierzytelności (wraz z adnotacją, w jakim stopniu wierzytelność została zaspokojona) stanowi tytuł egzekucyjny – zatem prawa wierzyciela są już zabezpieczone i wydanie kolejnego merytorycznego orzeczenia w przedmiocie tej wierzytelności doprowadziłoby do stworzenia dwóch tytułów egzekucyjnych dotyczących tej samej wierzytelności<sup>48</sup>.

Inną kwestią, która zawiła przed sądami, była możliwość wykonania kary grzywny nałożonej na dłużnika celem wymuszenia wykonania obowiązku określonego w tytule wykonawczym. Stwierdzono, że umorzenie postępowania egzekucyjnego pociąga za sobą także uchylene czynności egzekucyjnych – w tym nałożonej kary grzywny<sup>49</sup>.

Czasami przepisy przewidują odpowiedzialność osób trzecich za zobowiązania dłużnika, których egzekucja okazała się bezskuteczna<sup>50</sup>. Problemem jest, jak ocenić skuteczność egzekucji, jeśli postępowanie egzekucyjne zostało umorzone z mocy prawa z powodu uprąpomocnienia się postanowienia o ogłoszeniu upadłości.

Dominuje stanowisko, że dla ostatecznej oceny, czy egzekucja wierzytelności była bezskuteczna należy zbadać, czy i w jakim stopniu wierzytelność została zaspokojona z funduszy masy upadłości (jeśli wierzytelność podlegała zgłoszeniu do masy upadłości)<sup>51</sup>. Sam fakt, że toczy się postępowanie upadłościowe nie znaczy, że wierzyciel ma faktyczną szansę zaspokojenia swojej wierzytelności<sup>52</sup>. Niemniej jego umorzenie ze względu na brak w masie upadłości środków pozwalających na pokrycie kosztów postępowania świadczy o bezskuteczności egzekucji<sup>53</sup>. Jednakże w orzecznictwie można także spotkać stanowisko, że o bezskuteczności egzekucji wobec upadłego należy mówić już w momencie ogłoszenia upadłości<sup>54</sup>. Warto

---

<sup>46</sup> Postanowienie SA w Poznaniu z dnia 22 lutego 2013 r., I ACz 127/13 ([www.ms.gov.pl](http://www.ms.gov.pl)), postanowienie SA w Łodzi z dnia 7 marca 1993 r., I ACz 138/93 ([www.ms.gov.pl](http://www.ms.gov.pl)), a także postanowienie SA w Poznaniu z dnia 5 września 2013 r., I ACz 1466/13 ([www.ms.gov.pl](http://www.ms.gov.pl)).

<sup>47</sup> Por. wyrok WSA w Rzeszowie z dnia 6 maja 2009 r., II SA/Rz 470/08 ([www.nsa.gov.pl](http://www.nsa.gov.pl)).

<sup>48</sup> Wyrok SA w Krakowie z dnia 6 marca 2014 r., I ACa 1343/12 ([www.ms.gov.pl](http://www.ms.gov.pl)).

<sup>49</sup> Postanowienie WSA w Kielcach z dnia 21 kwietnia 2006 r., II SA/Ke 87/05 ([www.nsa.gov.pl](http://www.nsa.gov.pl)), podobnie wyrok WSA w Warszawie z dnia 27 marca 2008 r., III SA/Wa 381/08 ([www.nsa.gov.pl](http://www.nsa.gov.pl)).

<sup>50</sup> Por. art. 116 ustawy z dnia 29 sierpnia 1997 r. – Ordynacja podatkowa (Dz.U. z 2015 r. poz. 613 ze zm.) oraz art. 299 ustawy z dnia 15 września 2000 r. – Kodeks spółek handlowych (Dz.U. z 2016 r. poz. 1578 ze zm.).

<sup>51</sup> Wyrok SA w Szczecinie z dnia 7 października 2014 r., III AUa 58/14 ([www.ms.gov.pl](http://www.ms.gov.pl)), a także wyrok NSA z dnia 26 lutego 2015 r., II FSK 27/13 ([www.nsa.gov.pl](http://www.nsa.gov.pl)).

<sup>52</sup> Wyrok SA w Białymstoku z dnia 4 kwietnia 2014 r., I ACa 852/13 ([www.ms.gov.pl](http://www.ms.gov.pl)).

<sup>53</sup> Wyrok SA w Katowicach z dnia 7 sierpnia 2012 r., III AUa 2679/11 ([www.ms.gov.pl](http://www.ms.gov.pl)), a także wyrok SA w Szczecinie z dnia 23 maja 2013 r., III AUa 440/12 ([www.ms.gov.pl](http://www.ms.gov.pl)).

<sup>54</sup> Wyrok SA w Łodzi z dnia 27 marca 2013 r., III AUa 1082/12 ([www.ms.gov.pl](http://www.ms.gov.pl)).

zaznaczyć, że problem ten jest źródłem licznego, lecz monotonnego orzecznictwa sądów administracyjnych<sup>55</sup>.

Problem ten ma znaczenie także w kwestii kosztów egzekucyjnych powstałych w związku z postępowaniami egzekucyjnymi w administracji. Artykuł 64c ust. 4 u.p.e.a. wskazuje, że w razie niemożności ściągnięcia kosztów egzekucyjnych od zobowiązanego pokrywa je wierzyciel. Czy ogłoszenie upadłości dłużnika świadczy o niemożności ściągnięcia tych długów, a zatem stanowi wystarczającą przesłankę do obciążenia wierzyciela tymi kosztami? Utrwalone orzecznictwo wskazuje, że tak<sup>56</sup>.

W związku z tym problemem powstała też kwestia, kto jest wierzycielem dłużnika z tytułu kosztów egzekucyjnych, a zatem kto jest uprawniony do zgłoszenia tych kosztów do masy upadłościowej. Organ egzekucyjny, czy wierzyciel? Ugruntowane, sięgające jeszcze czasów poprzedniej regulacji<sup>57</sup>, orzecznictwo w tej kwestii wskazuje, że organ egzekucyjny prowadzi egzekucję na rzecz i ryzyko wierzyciela i to wierzyciel jest uprawniony względem dłużnika także z tytułu kosztów egzekucyjnych<sup>58</sup>.

Ma to bardzo istotne znaczenie. Mianowicie art. 64e ust. 4 pkt 1 u.p.e.a. stwarza możliwość umorzenia kosztów egzekucyjnych m.in. w razie ich nieściągalności od zobowiązanego. Paradoksalnie omówione wcześniej obciążenie wierzyciela przez organ egzekucyjny kosztami egzekucyjnymi ze względu na niemożność ich ściągnięcia nie jest równoznaczne z ich nieściągalnością. Dlaczego? Ogłoszenie upadłości dłużnika uniemożliwia dalsze prowadzenie postępowania egzekucyjnego, a zatem ściągnięcie kosztów egzekucyjnych przez organ egzekucyjny, jednakże nie stoi na przeszkodzie, aby kwoty te były dochodzone przez wierzyciela w ramach postępowania upadłościowego<sup>59</sup>.

Kolejną grupę problemów stanowią problemy związane z przekazaniem do masy upadłości sum uzyskanych w zawieszonym postępowaniu egzekucyjnym, a niewydanych. Przeważające stanowisko wskazuje, że wydaniu podlegają kwoty wyegzekwowane przed zawieszeniem postępowania egzekucyjnego, jeśli nie zostały do tego czasu wydane<sup>60</sup>. Należy odnotować stanowisko judykatury, w myśl którego nie można powoływać się na wydanie kwot, które wyegzekwowano (a nie tylko uzyskano) po zawieszeniu postępowania egzekucyjnego<sup>61</sup>.

Rozważyć w tym kontekście należy kwestię ewentualnej szkody, jaka może powstać na skutek przekazania niewypłaconych sum uzyskanych w zawieszonym postępowaniu egzekucyjnym do masy upadłości. Szkodę taką może ponieść np. komornik, któremu z tej przyczyny nie zostaną wypłacone należne mu koszty postępowania egzekucyjnego.

<sup>55</sup> Wyroki NSA: z dnia 10 marca 2015 r., I FSK 123/14 ([www.nsa.gov.pl](http://www.nsa.gov.pl)); z dnia 26 lutego 2015 r., II FSK 146/14 ([www.nsa.gov.pl](http://www.nsa.gov.pl)); z dnia 26 listopada 2014 r., I GSK 532/13 ([www.nsa.gov.pl](http://www.nsa.gov.pl)).

<sup>56</sup> Wyrok WSA w Gdańsku z dnia 17 maja 2005 r., I SA/Gd 196/05 ([www.nsa.gov.pl](http://www.nsa.gov.pl)); wyrok WSA w Łodzi z dnia 25 października 2012 r., III SA/Łd 742/12 (LEX nr 1234738).

<sup>57</sup> Wyrok NSA – Ośrodka Zamiejscowego w Gdańsku z dnia 27 kwietnia 2001 r., I SA/IISA/Gd 996/2000 [za:] wyrok WSA w Gdańsku z dnia 17 maja 2005 r., I SA/Gd 196/05 ([www.nsa.gov.pl](http://www.nsa.gov.pl)).

<sup>58</sup> Wyrok WSA w Gdańsku z dnia 17 maja 2005 r., I SA/Gd 196/05 ([www.nsa.gov.pl](http://www.nsa.gov.pl)).

<sup>59</sup> Wyrok WSA w Olsztynie z dnia 30 listopada 2005 r., I SA/Ol 385/05 ([www.nsa.gov.pl](http://www.nsa.gov.pl)).

<sup>60</sup> S. Gurgul, *op. cit.*, pkt 4 komentarza do art. 146.

<sup>61</sup> Wyrok NSA z dnia 10 stycznia 2012 r., II FSK 1182/10 ([www.nsa.gov.pl](http://www.nsa.gov.pl)).

Orzecznictwo stoi w tym wypadku na stanowisku, że postępowanie podziałowe stanowi część postępowania egzekucyjnego i podlega zawieszeniu i umorzeniu na takich samych zasadach<sup>62</sup>. Zatem osoba, której nie wyplacono należnych jej sum, gdyż zostały one przekazane do masy upadłości, może ich dochodzić na zasadach określonych prawem upadłościowym. Ponadto, gdyby niewydanie tych kwot nastąpiło wskutek naruszenia przez organ egzekucyjny przepisów dotyczących toku postępowania, osoba taka mogłaby także dochodzić odszkodowania od organu w wysokości różnicy między sumą, jaką uzyskałaby w postępowaniu egzekucyjnym, a sumą, jaką prawdopodobnie otrzymałaby w postępowaniu upadłościowym<sup>63</sup>. Warto zwrócić uwagę, że postępowanie podziałowe jest traktowane inaczej niż postępowanie klauzulowe.

Z drugiej strony należy wskazać, że jeżeli organ egzekucyjny wyda wierzycielom wyegzekwowane kwoty mimo obowiązku przelania ich do masy upadłości, to może to być źródłem jego odpowiedzialności odszkodowawczej<sup>64</sup>. Syndyk ma bowiem w takiej sytuacji dwa roszczenia: jedno przeciwko wierzycielom, którzy otrzymali wyegzekwowane kwoty z naruszeniem prawa (na podstawie art. 405 k.c.); drugie, odszkodowawcze, wobec organu egzekucyjnego (na podstawie art. 417 § 1 k.c.)<sup>65</sup>. Naganna, zdaniem niektórych, w tym względzie jest także praktyka komorników, którzy potrącają własne wynagrodzenie z kwoty przekazywanej do masy upadłości<sup>66</sup>. Należy podkreślić, że prawo nie przewiduje możliwości tego typu potrącenia<sup>67</sup>.

Podobnie rzecz ma się z kwestią zapłaty podatku od towarów i usług należnego za czynności dokonane w toku egzekucji poprzedzającej ogłoszenie upadłości. Po ogłoszeniu upadłości zapłata należnego podatku przez komornika stanowi świadczenie nienależne zubażające masę upadłości, gdyż do zapłaty dochodzi *de facto* składnikami masy upadłości. Należności podatkowe powstałe przed dniem ogłoszenia upadłości stanowią wierzytelności zaliczane do kategorii III i powinny być zaspokojone z masy upadłościowej zgodnie z ustawowo określoną kolejnością zaspokajania wierzytelności, tj. po spłaceniu wierzytelności należących do kategorii I i II. Działanie odwrotne można zakwalifikować jako delikt. Zatem zapłacony podatek podlega zwrotowi do masy upadłości<sup>68</sup>.

Odmienne do kwestii kosztów egzekucyjnych próbowano podejść w orzecznictwie sądów administracyjnych<sup>69</sup>. Przepis mówi o przelaniu do masy upadłości sum wyegzekwowanych, lecz niewydanych. Gdyby zaś organ egzekucyjny był jednocześnie wierzycielem z tytułu kosztów egzekucyjnych, to wyegzekwowanie przezeń tych kosztów byłoby równoznaczne z ich wydaniem – innymi słowy: sumy te nie podlegałyby zwrotowi do masy

<sup>62</sup> Wyrok SA w Gdańsku z dnia 16 lipca 2013 r., I ACa 219/13 (www.ms.gov.pl).

<sup>63</sup> S. Gurgul, *op. cit.*, pkt 5 komentarza do art. 146.

<sup>64</sup> Wyrok SA w Warszawie z dnia 20 kwietnia 2010 r., I ACa 39/10 (LEX nr 1642957).

<sup>65</sup> *Ibidem*, a także R. Adamus, *Prawo upadłościowe. Komentarz*, Warszawa 2016, pkt 5 komentarza do art. 146.

<sup>66</sup> P. Zimmerman, *op. cit.*, s. 294.

<sup>67</sup> P. Feliga, *op. cit.*, s. 879.

<sup>68</sup> Wyrok SA w Łodzi z dnia 25 czerwca 2015 r., I ACa 1836/14 (www.ms.gov.pl).

<sup>69</sup> Wyrok WSA w Gdańsku z dnia 4 lutego 2010 r., I SA/Gd 921/09 (www.nsa.gov.pl).

upadłości. Pogląd ten nie wytrzymał jednak próby przed Naczelnym Sądem Administracyjnym<sup>70</sup>. Niemniej należy odnotować, że problem nieuprawnionego egzekwowania (lub pobierania) kosztów egzekucyjnych pojawia się często także w przypadku postępowania egzekucyjnego w administracji<sup>71</sup>.

Warto odnotować także, dzisiaj już tylko historyczny spór o dopuszczalność egzekucji wierzytelności pieniężnych, które powstały po ogłoszeniu upadłości w związku z, co do zasady, działaniami syndyka<sup>72</sup>. Kwestię tę normuje obecnie art. 146 ust. 3 – zakazując wszczynania postępowań egzekucyjnych świadczeń pieniężnych z masy upadłości. Zatem wierzytelności takie podlegają zaspokojeniu w ramach postępowania upadłościowego zgodnie z art. 343 pr. up.

## 5.2. Postępowanie upadłościowe z możliwością zawarcia układu

### 5.2.1. Regulacja

Problem zbiegu postępowania egzekucyjnego z postępowaniem upadłościowym z możliwością zawarcia układu regulowały artykuły 140 i 141 pr. up. Ze względu na fakt, że instytucja upadłości układowej funkcjonowała wyłącznie pod rządami obecnej ustawy, były to jedyne przepisy regulujące tę kwestię. Treść tego przepisu została zmieniona tylko raz – zmiana weszła w życie 2 maja 2009 r.<sup>73</sup> – w uzasadnieniu projektu ustawy wskazano, że celem tej nowelizacji była nie tyle zmiana dotychczasowych relacji między postępowaniami, lecz wprowadzenie jaśniejszej i konsekwentnej terminologicznie regulacji<sup>74</sup>.

Przepisy te odmiennie regulowały wpływ ogłoszenia upadłości układowej na postępowania egzekucyjne dotyczące wierzytelności objętych z mocy prawa układem oraz nieobjętych. Problem, które wierzytelności są z mocy prawa objęte układem, a które nie rozstrzygają artykuły 272 i 273 pr. up. Objęte układem są wierzytelności powstałe przed ogłoszeniem upadłości dłużnika jednak z pewnymi wyjątkami – dla przykładu warto wskazać należności alimentacyjne, należności ze stosunku pracy.

Postępowanie egzekucyjne dotyczące wierzytelności z mocy prawa objętych układem ulegało zawieszeniu z mocy prawa z dniem ogłoszenia upadłości. Po ogłoszeniu upadłości nie wolno było wykonać wydanego przed ogłoszeniem upadłości postanowienia

<sup>70</sup> Wyrok NSA z dnia 10 stycznia 2012 r., II FSK 1182/10 (LEX nr 1113567); por. także S. Gurgul, *op. cit.*, pkt 6 komentarza do art. 146.

<sup>71</sup> Oprócz cytowanych wcześniej orzeczeń, por. także wyrok WSA w Gdańsku z dnia 3 kwietnia 2012 r., I SA/Gd 168/12 (LEX nr 1136907).

<sup>72</sup> A. Jakubecki, *Prawo upadłościowe i naprawcze. Komentarz*, LEX 2011, pkt 14 komentarza do art. 146 oraz cytowane tam orzecznictwo: uchwała SN z dnia 18 kwietnia 2000 r., III CZP 3/00 (OSN 2000, nr 11, poz. 196); wyrok SN z dnia 21 maja 2002 r., III RN67/01 (OSNP 2003, nr 6, poz. 139). Szerzej na temat sporu także: T. Kohorewicz, *Zasada wyłączności postępowania upadłościowego*, Pr. Spółek 2001, nr 11, s. 43–46.

<sup>73</sup> Por. art. 1. ustawy 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).

<sup>74</sup> Uzasadnienie, druk sejmowy VI kadencji nr 654, s. 9.

o zabezpieczeniu dotyczącego tych wierzytelności. Ponadto sędzia-komisarz mógł na wniosek upadłego lub zarządcy uchylić zajęcia dokonane przed ogłoszeniem upadłości w postępowaniu egzekucyjnym lub zabezpieczającym dotyczącym takiej wierzytelności, jeśli jest to konieczne dla dalszego prowadzenia przedsiębiorstwa. Sumy uzyskane w postępowaniu egzekucyjnym, a jeszcze niewydane przelewane były do masy upadłości po uprawomocnieniu się postanowienia o ogłoszeniu upadłości. W doktrynie podnosi się, że regulacja art. 140 pr. up. dotyczy zarówno postępowań egzekucyjnych przed, jak i po ogłoszeniu upadłości<sup>75</sup>.

Natomiast w przypadku wierzytelności nieobjętych z mocy prawa układem na wniosek upadłego bądź zarządcy sędzia-komisarz mógł zawiesić do trzech miesięcy postępowania egzekucyjne takich wierzytelności, jeśli egzekucję skierowano do rzeczy niezbędnej do prowadzenia przedsiębiorstwa. Niemniej nie mogło to dotyczyć egzekucji każdej wierzytelności – dla przykładu nie mogła być zawieszona egzekucja świadczeń alimentacyjnych. W doktrynie podnosi się, że takie postępowania można zawiesić więcej niż raz – tak długo, jak długo nie pozostanie przekroczony maksymalny trzymiesięczny czas zawieszenia<sup>76</sup>. Istnieją jednak zdania odrębne w tej kwestii<sup>77</sup>. Warto podkreślić, że jest to jedyny przykład sytuacji, w której wydanie postanowienia o zawieszeniu postępowania egzekucyjnego jest niezbędne.

### 5.2.2. Praktyka

W orzecznictwie spotykane są sformułowania, że kwestia zbiegu postępowań egzekucyjnych z postępowaniem upadłościowym z możliwością zawarcia układu została wyczerpująco uregulowana w ustawie<sup>78</sup>. Niemniej i w tym przypadku można wskazać pewne kwestie sporne.

Jedną z nich jest wątpliwość, czy ogłoszenie upadłości układowej stoi na przeszkodzie orzekaniu o kosztach pełnomocnika w postępowaniu zabezpieczającym. Jak wyżej wskazano, po ogłoszeniu upadłości nie można wykonać zapadłego wcześniej postanowienia o zabezpieczeniu wierzytelności z mocy prawa objętej układem. Niemniej, w orzecznictwie wskazano, że ogłoszenie upadłości nie tamuje orzekania o kosztach poniesionych przez dłużnika przed ogłoszeniem upadłości<sup>79</sup>.

Inną kwestią jest określenie, czy w przypadku umorzenia postępowania egzekucyjnego na skutek uprawomocnienia się postanowienia o ogłoszeniu upadłości z możliwością zawarcia układu można mówić o bezskuteczności egzekucji. Ze względu na treść art. 14 ust. 1 pr. up., który ogłoszenie upadłości układowej uzależnia od większego prawdopodobieństwa zaspokojenia wierzycieli w tym postępowaniu niż w upadłości likwidacyjnej, co do zasady ogłoszenie upadłości układowej wskazuje na posiadanie majątku przez dłużnika<sup>80</sup>. Zatem w takim wypadku nie można stwierdzić bezskuteczności egzekucji<sup>81</sup>.

<sup>75</sup> Postanowienie SA w Poznaniu z dnia 11 czerwca 2013 r., I ACz 951/13 ([www.ms.gov.pl](http://www.ms.gov.pl)).

<sup>76</sup> P. Dragon, *op. cit.*, s. 409; por. także A. Malmuk-Cieplak, *op. cit.*, s. 396 i cytowana tam literatura.

<sup>77</sup> G. Sikorski, *Wpływ ogłoszenia wobec dłużnika upadłości z możliwością zawarcia układu na dopuszczalność prowadzenia postępowania egzekucyjnego dotyczącego wierzytelności zabezpieczonej rzeczowo*, PPE 2015, nr 1, s. 45.

<sup>78</sup> Postanowienie SA w Poznaniu z dnia 11 czerwca 2013 r., I ACz 951/13 ([www.ms.gov.pl](http://www.ms.gov.pl)).

<sup>79</sup> Postanowienie SA w Poznaniu z dnia 8 lipca 2013 r., I ACz 958/13 ([www.ms.gov.pl](http://www.ms.gov.pl)).

<sup>80</sup> Postanowienie SA we Wrocławiu z dnia 11 stycznia 2013 r., I ACz 67/13 ([www.ms.gov.pl](http://www.ms.gov.pl)).

<sup>81</sup> Wyrok SA w Szczecinie z dnia 20 listopada 2014 r., I ACa 387/14 ([www.ms.gov.pl](http://www.ms.gov.pl)).



Ponadto w doktrynie pojawił się także spór co do tego, czy zawieszenie na skutek ogłoszenia upadłości układowej dotyczy także postępowań egzekucyjnych dotyczących wierzytelności zabezpieczonych zgodnie z art. 273 ust. 2 i 3 pr. up. – w głównej mierze wierzytelności zabezpieczonych rzeczowo. Wskazany artykuł reguluje kwestię wierzytelności nieobjętych układem, wymieniając między nimi właśnie tego typu wierzytelności. Wydaje się jednak, że wierzytelności zabezpieczone rzeczowo nie są objęte układem tylko do wartości zabezpieczenia, chyba że inaczej wynika z ich charakteru<sup>82</sup>. Innymi słowy – po ogłoszeniu upadłości układowej postępowanie egzekucyjne wierzytelności zabezpieczonych rzeczowo może być skierowane wyłącznie do przedmiotu zabezpieczenia<sup>83</sup>. Można jednak spotkać także zdanie odrębne – sam fakt zabezpieczenia rzeczowego wyklucza w całości daną wierzytelność z układu, zatem w takiej sytuacji możliwa jest jej egzekucja także z innych składników majątkowych<sup>84</sup>.

Warto podkreślić, że zawieszenie postępowania egzekucyjnego w trybie art. 141 pr. up. to jedyny przykład sytuacji, w której wydanie postanowienia o zawieszeniu postępowania egzekucyjnego na skutek ogłoszenia upadłości dłużnika jest niezbędne. Związana z tym jest jednak kwestia sporna, jaka uwidoczniła się w doktrynie – czy konieczne jest wydanie postanowienia o wznowieniu postępowania po upływie czasu, na jaki je zawieszono? Zdaniem jednych jest to konieczne – prawo nie przewiduje bowiem możliwości podjęcia z mocy prawa zawieszono postępowania<sup>85</sup>. Zdaniem innych – takie postanowienie jest zbędne ze względu na jasność prawa w tej kwestii<sup>86</sup>.

## 6. Podsumowanie

Opisane wyżej sposoby egzekucji pozwalają wierzyć, że żaden dłużnik nie ucieknie przed swoim długiem, zatem każdemu oddane zostanie jego prawo. Jednak przy opisanej wielości procedur, nierzadko skomplikowanych, istnieje realne ryzyko kolizji postępowań egzekucyjnych. Polski system prawny posiada skromne, lecz efektywne normy prawne rozstrzygające dalsze postępowanie w takim wypadku. Podkreślenia wymaga stabilność regulacji prawnej w tym zakresie – zjawisko niestety nietypowe. Niemniej, każda regulacja prawna jest źródłem problemów, jakie rozwiązać musi judykatura.

Analiza orzecznictwa prowadzi do ciekawego wniosku, że prawdopodobnie najistotniejszą kwestią wpływu postępowania upadłościowego na egzekucyjne jest możliwość wszczęcia postępowania wobec osób trzecich odpowiadających za zobowiązania dłużnika. Kluczowa jest tutaj ocena, kiedy można mówić o bezskuteczności egzekucji – co stanowi jedną z przesłanek tej odpowiedzialności. W tej kwestii orzecznictwo, proporcjonalne do regulacji prawnych, wykazuje dużą stabilność (szczególnie w przypadku orzecznictwa sądów administracyjnych).

---

<sup>82</sup> A. Malmuk-Cieplak, *op. cit.*, s. 393.

<sup>83</sup> G. Sikorski, *op. cit.*, s. 47.

<sup>84</sup> *Ibidem*.

<sup>85</sup> A. Malmuk-Cieplak, *op. cit.*, s. 396.

<sup>86</sup> G. Sikorski, *op. cit.*, s. 45.

Po wtóre, do rangi równie istotnych problemów urastają koszty egzekucyjne – wiele orzeczeń dotyczy sytuacji, w których organy egzekucyjne (zarówno w egzekucji cywilnej, jak i administracyjnej) próbowały uzyskać te kwoty mimo prawomocnego postanowienia o ogłoszeniu upadłości dłużnika.

Wreszcie, analiza orzecznictwa dowodzi, jak istotnym problemem w razie zbiegu postępowań jest prawidłowy obieg informacji między organami upadłościowymi a egzekucyjnymi – warunkujący wykonanie normy prawnej regulującej wpływ postępowania upadłościowego na postępowanie egzekucyjne. Na tym polu należy ocenić pozytywnie najnowsze zmiany w prawie upadłościowym – czas pokaże, na ile rzeczywiście rozwiążą one ten problem.

### **At the crossroads of proceedings – concurrence of enforcement and insolvency procedures**

#### **S u m m a r y**

Every debtor has to pay his debts – if he does not, then there are proper legal procedures to enforce him to fulfil his obligations. In Polish law the most important of them are enforcement procedures – both judicial and administrative. Nevertheless, insolvency proceeding is also regarded as such a mechanism. Since there are many of such proceedings, it is possible that in one case two or more of them might be used. What is the result of such concurrence? Answer to that question may be provided only after a proper analysis of law regulation on such situations and corresponding judicial decisions. This analysis leads to surprising conclusions. In fact these regulations seem to be in the group of the most stable regulations in Polish law – they seem to be a direct continuation of regulations on that issue enforced in early 30s. However, the judicial decisions show that there are still some practical questions that are left unanswered by the legislator.

## ZAKRES CZASOWY LICENCJI PRAWNOAUTORSKIEJ

### 1. Wprowadzenie

Licencja, czyli zgodnie z art. 41 ust. 2 pr. aut., umowa o korzystaniu z utworu, jest jednym z dwóch instrumentów obrotu majątkowymi prawami autorskimi. W przeciwieństwie do umowy o przeniesienie majątkowych praw autorskich<sup>1</sup> jest samodzielną umową nazwaną<sup>2</sup>.

Podstawowym elementem konstrukcyjnym licencji jest zobowiązanie licencjodawcy do zezwalania na korzystanie, na określonych polach eksploatacji, z oznaczonego utworu (art. 67 ust. 1 pr. aut.)<sup>3</sup>. Stosunek licencyjny budują także zakres, miejsce i czas korzystania, natomiast nie muszą one zostać zapisane w umowie<sup>4</sup>. Odpłatność nie należy do *essentia negotii* licencji, aczkolwiek jest jej cechą typową, a w braku odpowiednich postanowień umownych o nieodpłatności – dorozumianą (art. 43 pr. aut.). Licencja to umowa zobowiązująca i konsensualna<sup>5</sup>. Jeśli licencjobiorca będzie zobowiązany do zapłaty wynagrodzenia, wtedy można będzie uznać ją za dwustronnie zobowiązującą i wzajemną.

Artykuł 67 ust. 2 pr. aut. rozróżnia licencje niewyłączne (uprawniające licencjodawcę do upoważnienia do korzystania z utworu więcej niż jedną osobę) i licencje wyłączne (gdy licencjobiorca otrzymuje wyłączność korzystania z utworu w określony sposób).

Świadczenie licencjodawcy, polegające na znoszeniu (*pacti*) korzystania z jego utworu przez licencjobiorcę, nie jest świadczeniem jednorazowym. Samo wskazanie rodzaju zachowania licencjodawcy nie umożliwi prawidłowej rekonstrukcji stosunku licencyjnego. Konieczne jest jeszcze określenie czasu, przez który ma trwać zachowanie licencjodawcy polegające na zezwalaniu na korzystaniu z utworu. Takie świadczenie, w którym „obowiązek dłużnika polega na pewnym stałym zachowaniu”, gdzie „stałość zachowania oznacza niemożliwość wyodrębnienia powtarzających się czynności dłużnika”<sup>6</sup>, określa się mianem

<sup>1</sup> T. Targosz, K. Włodarska-Dziurzyńska, *Umowy przenoszące autorskie prawa majątkowe*, Warszawa 2010, s. 98, gdzie zauważono: „Przeniesienie praw autorskich nie mieści się w kategoriach umów nazwanych i nienazwanych. Przeniesienie praw autorskich stanowi jedynie pewien »schemat« konstrukcyjny, podobnie jak przeniesienie własności rzeczy, (...) może stanowić element typowych umów nazwanych (...) i wówczas stosowanie przepisów regulujących daną umowę musi uwzględnić szczególne przepisy prawnoautorskie”.

<sup>2</sup> Por. T. Targosz, [w:] D. Flisak (red.), *Prawo autorskie i prawa pokrewne*, Warszawa 2015, s. 628 oraz B. Giesen, *Umowa licencyjna w prawie autorskim. Struktura i charakter prawny*, Warszawa 2013, s. 77.

<sup>3</sup> M. Kępiński, [w:] J. Barta (red.), *System Prawa Prywatnego. Tom 13. Prawo autorskie*, Warszawa 2013, s. 636.

<sup>4</sup> T. Targosz, [w:] D. Flisak (red.), *op. cit.*, s. 900.

<sup>5</sup> Por. J. Barta, R. Markiewicz, *Prawo autorskie*, Warszawa 2013, s. 241. Przeciwnie zdanie, przypisujące licencji charakter zobowiązujący lub „hybrydowy” prezentuje B. Giesen (B. Giesen, *op. cit.*, s. 142).

<sup>6</sup> A. Olejniczak, [w:] A. Kidyba (red.), *Kodeks cywilny. Komentarz. Tom III. Zobowiązania – część ogólna*, Warszawa 2014, s. 130.

świadczenia ciągłego. Czynnikiem czasu wyznacza jego ekonomiczną wartość i treść oraz „oddziela (...) [go] wyraźnie od problemu oznaczenia terminu, w którym świadczenie takie ma być spełnione”<sup>7</sup>. Zobowiązanie, w którym przynajmniej jedna ze stron jest zobligowana do świadczenia ciągłego, jest nazywane zobowiązaniem ciągłym.

Zakres czasowy, chociaż jest kluczowym aspektem licencji jako zobowiązania trwałego, nie musi być wprost wyartykułowany przez strony w ramach postanowień umownych; ani, raz określony, pozostać niezmienny. Prawo autorskie reguluje sytuację, w której nie określono zakresu czasowego licencji przy jej zawieraniu. Normuje także mechanizmy i skutki wpływania na zakres czasowy licencji przez strony już po jej zawarciu.

Niniejsze opracowanie ma na celu charakterystykę przepisów pr. aut. kształtujących zakres czasowy licencji oraz ram, wewnątrz których strony umowy mogą co do niego podejmować ustalenia. Poruszona zostanie kwestia narzędzi umożliwiających modyfikację zakresu czasowego licencji już w trakcie jej obowiązywania; przy czym poza obszarem opracowania pozostaną instrumenty jednostronnej rezygnacji ze stosunku licencyjnego niezwiązane bezpośrednio z aspektem ciągłości świadczenia, wynikające z niewykonania lub nienależytego wykonania zobowiązania (m.in. odstąpienie ustawowe, odstąpienie lub wypowiedzenie na podstawie art. 55–58 pr. aut.) oraz odstąpienie umowne. Zostaną wskazane wady legislacyjne pr. aut. w omawianym obszarze – powodujące istotne problemy teoretyczne i praktyczne – a także postulaty zaradzenia im.

## 2. Zakres czasowy licencji

Należyte zrozumienie regulacji prawnoautorskiej dotyczącej aspektu czasowego licencji wymaga spojrzenia na nią z dwóch stron: samej konstrukcji prawnej oraz efektów różnego ukształtowania postanowień umowy.

Konstrukcyjnie, licencja pod kątem czasowym nie wyróżnia się spośród pozostałych stosunków zobowiązaniowych o charakterze ciągłym. Można ją zawrzeć na czas oznaczony i nieoznaczony.

Licencja na czas oznaczony zostaje zawarta na z góry określony (w momencie zawierania umowy) okres. Wymiar czasowy świadczenia ciągłego jest więc w chwili zawarcia umowy jasny. Pozwala to na ustalenie wymiaru ewentualnego ekwiwalentnego świadczenia drugiej strony. Natomiast w momencie zawierania umowy licencyjnej na czas nieoznaczony, wiadomy jest tylko termin początkowy, z którego dniem jej postanowienia wejdą w życie. Strony natomiast nie określają terminu końcowego, z którego upływem dojdzie do wygaśnięcia licencji. Zatem wartość ekonomiczna świadczenia ciągłego (i często wzajemnego, jeśli występuje) jest nieznana stronom w dniu zawarcia umowy.

Spojrzenie, z perspektywy alternatyw ukształtowania umowy jest konieczne ze względu na art. 66 pr. aut. i art. 68 ust. 2 pr. aut. Pierwszy z nich wprowadza zasadę, że jeśli strony umowy licencyjnej nie postanowiły nic o jej zakresie czasowym, to będzie on obejmował 5 lat (ust. 1), po których upływie licencja wygaśnie (ust. 2). Artykuł 68 ust. 2 pr. aut. przewiduje natomiast, że „Licencję udzieloną na okres dłuższy niż 5 lat uważa się, po upływie tego terminu, za udzieloną na czas nieoznaczony”.

<sup>7</sup> G. Tracz, *Sposoby jednostronnej rezygnacji z zobowiązań umownych*, Warszawa 2007, s. 54.

Zgodnie z powyższym, z perspektywy postanowień umownych dotyczących zakresu czasowego, można wyróżnić cztery rodzaje licencji, gdzie strony:

- określiły termin obowiązywania nie dłuższy niż 5 lat;
- określiły termin obowiązywania dłuższy niż 5 lat (którego dotyczy art. 68 ust. 2 pr. aut.);
- nic nie postanowiły odnośnie do zakresu czasowego – wówczas licencja zostaje zawarta na 5 lat (art. 66 pr. aut.);
- określiły ją jako zawartą na czas nieoznaczony.

## 2.1. Licencja na czas oznaczony

Strony mogą określić zakres czasowy licencji w dowolny, nawet niebezpośredni sposób<sup>8</sup>, tak aby było możliwe jego wyinterpretowanie zgodnie z dyrektywą wykładni umów przewidzianą przez art. 65 § 2 k.c. Dopiero jeśli nie jest możliwe ustalenie na podstawie licencji, na jaki czas strony ją zawarły, znajduje zastosowanie art. 66 pr. aut., będący normą interpretacyjną<sup>9</sup>. Na jego mocy, w razie braku postanowień umownych odnośnie do zakresu czasowego licencji, zostaje ona zawarta na czas oznaczony wynoszący 5 lat. Natomiast art. 66 pr. aut. nie należy traktować jako imperatywnego przepisu, narzucającego trwanie licencji przez 5 lat, po których upływie wygaśnie, niezależnie od woli stron<sup>10</sup>. Warto spoznać, że przepis ten ujawnia jedynie preferencje ustawodawcy, faworyzujące umowy licencyjne na czas oznaczony względem umów na czas nieoznaczony.

Strony mogą postanowić, że ich licencja będzie trwać przez czas oznaczony dłuższy niż 5 lat. W takich sytuacjach znajdzie zastosowanie art. 68 ust. 2 pr. aut. *Prima facie*, jego treść wydaje się uniemożliwiać traktowanie takiej umowy jako umowy na czas oznaczony. Wykładnia literalna skłaniałaby do przekonania, że po upływie 5 lat umowa przeobraża się w umowę na czas nieoznaczony. Jednakże doktryna stanowczo odrzuca takie zapatrywanie i dokonuje wykładni systemowej art. 68 ust. 2 pr. aut. W związku z tym dominujący<sup>11</sup> jest przedstawiony przez Sąd Najwyższy pogląd, że „zawarte w art. 68 ust. 2 stwierdzenie, iż licencję udzieloną na okres dłuższy niż lat pięć uważa się, po upływie tego terminu, za udzieloną na czas nieoznaczony, należy traktować jako odesłanie do przewidzianego w ustępie pierwszym tego przepisu rocznego terminu wypowiedzenia takiej umowy”<sup>12</sup> (o czym szerzej później). Tak przedstawiona interpretacja zasługuje na aprobatę ze względu na jej efekt, nie mniej jednak stoi w opozycji do klarownego brzmienia przepisu. Dodatkowe wątpliwości budzi fakt, że przepisy o identycznej konstrukcji występują w k.c. odnośnie do umów najmu (art. 661) i dzierżawy (art. 695 § 1) i są one wykładane literalnie. Umowy te, po przekroczeniu określonego w wyżej wymienionych przepisach okresu obowiązywania, *ex lege* przekształcają

<sup>8</sup> A. Olejniczak, [w:] A. Kidyba (red.), *op. cit.*, s. 131.

<sup>9</sup> Por. T. Targosz, [w:] D. Flisak (red.), *op. cit.*, s. 896.

<sup>10</sup> Wyrok Sądu Najwyższego z dnia 15 października 2004 r., II CK 51/04 („Legalis” nr 140378).

<sup>11</sup> Tak m.in.: E. Traple, *Umowy o eksploatację utworów w prawie polskim*, Warszawa 2010, s. 129 oraz J. Barta, M. Markiewicz, *op. cit.*, Warszawa 2013, s. 263.

<sup>12</sup> Wyrok Sądu Najwyższego z dnia 15 października 2004 r., II CK 51/04 („Legalis” nr 140378).

się w umowie na czas nieoznaczony<sup>13</sup>. Artykuł 68 ust. 2 pr. aut., dla jasności i utrzymania jednolitości pojęć wewnątrz prawa cywilnego, powinien zostać znowelizowany, aby jego literalne brzmienie odpowiadało aktualnie interpretowanej z niego normie i aby w obrębie jednej gałęzi prawa nie wykładano odmiennie przepisów o identycznej konstrukcji.

## 2.2. Licencja na czas nieoznaczony

Rozważając problematykę umowy licencyjnej na czas nieoznaczony, uwagę należy poświęcić dwóm zagadnieniom: w jaki sposób można ją zawrzeć (tj. sformułować postanowienia dotyczące nieoznaczonego zakresu czasowego) i jak należy rozumieć pojęcie „czas nieoznaczony”.

W wielu innych rodzajach umów trwałych słuszne wydawałoby się, w razie braku uregulowania w nich zakresu czasowego, że strony ustanowiły łączący je stosunek prawny „bezterminowym”. Artykuł 66 pr. aut., jak już wskazano, uniemożliwia przyjęcie takiego założenia dla licencji prawnoautorskich. Licencja nieokreślająca terminów będzie zawarta na okres 5 lat. Wobec tego strony licencji chcąc zawrzeć ją na czas nieoznaczony muszą to ująć w umowie (niekoniecznie wprost, pamiętając o art. 65 § 2 k.c.)<sup>14</sup>.

Umowa na czas nieoznaczony charakteryzuje się brakiem oznaczenia terminu końcowego jej obowiązywania. W klasycznych umowach prawa cywilnego oznacza to, że jest możliwe istnienie stosunku prawnego przez bardzo długi okres, teoretycznie sięgający nieskończoności. Ustawodawca zapobiega temu, wprowadzając normę uprawniającą strony takiej umowy do jej wypowiedzenia w każdym czasie, której zastosowania nie można wykluczyć (art. 365<sup>1</sup> k.c.). Zagadnienie to przedstawia się odmiennie w przypadku licencji.

Za sprawą art. 36 pr. aut., autorskie prawa majątkowe do utworu (powstające, zgodnie z art. 1 ust. 3 pr. aut., z chwilą jego ustalenia) gasną z upływem 70 lat od:

- 1) śmierci twórcy, a do utworów współautorskich – od śmierci współtwórcy, który przeżył pozostałych;
- 2) w odniesieniu do utworu nieznanego twórcy – od daty pierwszego rozpowszechnienia;
- 3) w odniesieniu do utworu, do którego autorskie prawa majątkowe przysługują z mocy ustawy innej osobie niż twórca – od daty rozpowszechnienia utworu, a gdy utwór nie został rozpowszechniony – od daty jego ustalenia;
- 4) w odniesieniu do utworu audiowizualnego – od śmierci najpóźniej zmarłej z wymienionych osób: głównego reżysera, autora scenariusza, autora dialogów, kompozytora muzyki skomponowanej do utworu audiowizualnego;
- 5) w odniesieniu do utworu słowno-muzycznego, jeżeli utwór słowny i utwór muzyczny zostały stworzone specjalnie dla danego utworu słowno-muzycznego – od śmierci później zmarłej z wymienionych osób: autora utworu słownego albo kompozytora utworu muzycznego.

<sup>13</sup> K. Pietrzykowski, [w:] K. Pietrzykowski (red.), *Kodeks cywilny. Komentarz do artykułów 450-1088. Tom 2*, Warszawa 2015, s. 470; J. Górecki, G. Matusik, [w:] K. Osajda (red.), *Kodeks cywilny. Komentarz. Tom II. Zobowiązania*, Warszawa 2013, s. 1378–1379. Odmiennie: K. Zaradkiewicz, [w:] K. Pietrzykowski (red.), *op. cit.*, s. 551.

<sup>14</sup> T. Targosz, [w:] D. Flisak (red.), *op. cit.*, s. 896.

Zaś art. 39 pr. aut. przewiduje, że czas trwania autorskich praw majątkowych liczy się w latach pełnych następujących po roku, w którym nastąpiło jedno z powyższych zdarzeń.

Zatem okres istnienia autorskich praw majątkowych (wynoszący co najmniej nieco ponad 70 lat), z perspektywy przedsięwzięć gospodarczych jest długi, ale nie nieskończony.

Licencja uprawnia do korzystania z utworu w zakresie, w jakim wymaga to zgody podmiotu majątkowych praw autorskich, więc nie może istnieć po ich wygaśnięciu. Po pierwsze, prawo autorskie nie zna wyjątków od zasady *nemo plus iuris ad alium transfere potest*<sup>15</sup>. Po drugie, po wygaśnięciu majątkowych praw autorskich, każdy może swobodnie eksploatować utwór dawniej nimi objęty – zatem istnienie licencji byłoby wtedy irracjonalne.

Powyższe pozwala dostrzec, w stosunku do licencji na czas nieoznaczony, że nigdy nie będą to stosunki wieczyste. Ustawodawca jednak przeciwdziała zawieraniu umów na tak bardzo długi okres, przekraczający długość trwania większości ludzkich przedsięwzięć gospodarczych. Stąd podstawowym instrumentem zakończenia stosunku licencyjnego na czas nieoznaczony jest wypowiedzenie.

### 3. Wypowiedzenie

Wypowiedzenie to uprawnienie kształtujące<sup>16</sup>, które umożliwia zakończenie stosunku umownego przez jedną ze stron, a precyzyjniej, „oświadczenie o wypowiedzeniu zmienia stosunek prawny w taki sposób, aby (...) doprowadzić do jego wygaśnięcia”<sup>17</sup>. Wypowiedzenie odnosi się do umów o charakterze ciągłym. Ma ono skutek prospektywny (tj. nie powoduje uznania wypowiedzianej umowy za niezawartą), co w pr. aut. sankcjonuje art. 59.

O wypowiedzeniu licencji zawartej na czas nieoznaczony traktuje art. 68 ust. 1 pr. aut. Jego niejasne brzmienie implikuje wątpliwości dotyczące charakteru jego obowiązywania (*ius cogens* czy *ius dispositivum*) i zakresu podmiotowego tego przepisu. Wprowadza też pojęcie terminu wypowiedzenia, zasługującego na odrębną refleksję.

W doktrynie prawa cywilnego panuje zgodność, że stosunki zobowiązaniowe o charakterze ciągłym nie mogą obowiązywać wiecznie<sup>18</sup>. Byłoby to sprzeczne z zasadą autonomii woli jednostki. Wyrazem przekonania jest art. 365<sup>1</sup> k.c.<sup>19</sup>. Jak opisano wyżej, licencja nigdy nie może obowiązywać *ad infinitum*, bo jej zakres czasowy jest skończony, z uwagi na naturę autorskich praw majątkowych, do których eksploatacji licencja służy. Jednakże zasada wypowiedalności, w każdym czasie, umowy ciągłej zawartej na czas nieoznaczony, bez konieczności podania powodów, powinna obowiązywać także na gruncie licencji. Mimo

---

<sup>15</sup> Ocenę tę podważył Sąd Najwyższy w wyroku z dnia 18 czerwca 2003 r., II CKN 269/01, „Lex” (stwierdzając, że naruszeniem autorskich praw majątkowych do danego utworu jest zawarcie przez nieuprawniony podmiot umowy przeniesienia praw do rzeczzonego utworu). Stanowisko to słusznie skrytykowała w głosie E. Traple, podkreślając że „prawo autorskie nie zna żadnego przypadku przelamania zasady *nemo plus iuris*” (E. Traple, *Glosa do wyroku SN z dnia 18 czerwca 2003 r., II CKN 269/01. Utwór jako przedmiot umowy o dzieło*, „Glosa” 2/2005, s. 87).

<sup>16</sup> A. Olejniczak, [w:] A. Kidyba (red.), *op. cit.*, s. 132.

<sup>17</sup> G. Tracz, *op. cit.*, s. 124.

<sup>18</sup> *Ibidem.*, s. 118.

<sup>19</sup> A. Olejniczak, [w:] A. Kidyba (red.), *op. cit.*, s. 132.

faktycznego ograniczenia czasowego takiej umowy, zakres ten jest trudny do ścisłego określenia dla stron. Np. licencjodawca może nie wiedzieć, kiedy doszło do ustalenia utworu, i z tego powodu nie być zdolnym do określenia terminu wygaśnięcia praw majątkowych. Ponadto okres istnienia majątkowych praw autorskich, w stosunku do czasu trwania typowych przedsięwzięć gospodarczych, jest długi, wykraczający ponad czas trwania aktywności gospodarczej danego podmiotu lub danego przedsięwzięcia.

Przyjęcie powyższych wniosków może jednak poddać w wątpliwość sens istnienia art. 68 ust. 1 pr. aut., który byłby nośnikiem tej samej treści normatywnej, co art. 365<sup>1</sup> k.c. Trzeba jednak pamiętać, po pierwsze, że art. 365<sup>1</sup> k.c. został wprowadzony do Kodeksu cywilnego dopiero w wyniku nowelizacji przyjętej w 2001 roku, natomiast art. 68 ust. 1 pr. aut., w niezmienionej treści, obowiązuje od wejścia w życie prawa autorskiego. Po drugie, art. 68 pr. aut. w jednym z elementów znacząco różni się od art. 365<sup>1</sup> k.c. – w przedmiocie terminów wypowiedzenia. Oba przepisy przewidują, że chwilą wygaśnięcia umowy jest w pierwszej kolejności upływ terminu wypowiedzenia przewidziany w umowie przez strony. W razie jego braku art. 68 ust. 1 pr. aut. przewiduje roczny termin wypowiedzenia, zaś regulacja kodeksowa odsyła do ustawowych, a w dalszej kolejności zwyczajowych terminów. W ich braku wygaśnięcie następuje niezwłocznie po złożeniu oświadczenia o wypowiedzeniu. Art. 68 ust. 1 pr. aut. należy uznać za *lex specialis* względem art. 365<sup>1</sup> k.c., w zakresie w jakim przewiduje odmienne zasady dotyczące okresu wypowiedzenia<sup>20</sup>.

Jednakże art. 68 ust. 1 pr. aut. rozpoczyna się od zwrotu „Jeżeli umowa nie stanowi inaczej”, co wskazywałoby na dyspozytywność tego przepisu. Przyjmując taką wykładnię, strony mogłyby, mocą swojego porozumienia, wyłączyć lub ograniczyć możliwość wypowiedzenia licencji na czas nieoznaczony.

Taki zabieg byłby wbrew zakazowi istnienia wieczystych stosunków prawnych (pamiętając, że w przypadku licencji mówienie o wieczystości jest skrótem myślowym). Gdyby jednak konsekwentnie trzymać się zasady *lex specialis derogat legi generali*, należałoby uznać, że skoro art. 68 ust. 1 pr. aut. wyłącza art. 365<sup>1</sup> k.c. i skoro jest dyspozytywny – to w tym wypadku racjonalny ustawodawca przewidział możliwość wyłomu na gruncie zasady zakazu istnienia wieczystych stosunków prawnych.

Norma zakazująca wieczystego związania umową wynikająca z art. 365<sup>1</sup> k.c. ma charakter imperatywny<sup>21</sup>. Jak słusznie wskazał G. Tracz, istniała ona w polskim prawie nawet kiedy wyżej wymieniony przepis nie obowiązywał jeszcze w k.c. (zresztą, przypisanie mu opisywanego znaczenia wynika z dorobku doktryny i orzecznictwa, nie z literalnego brzmienia przepisu<sup>22</sup>), należy więc uznać jej fundamentalny charakter. Z tej perspektywy nieracjonalne byłoby twierdzenie, że ustawodawca zrezygnował z hołdowania zasadzie zakazu wieczystego związania umową w stosunku do licencji. Zgodnie z powszechnym poglądem doktryny, art. 68 ust. 1 pr. aut. nie jest dyspozytywny w zakresie w jakim przewiduje możliwość wypowiedzenia licencji na czas nieoznaczony (a jedynie co do długości okresu

<sup>20</sup> T. Targosz, [w:] D. Flisak (red.), *op. cit.*, s. 908.

<sup>21</sup> E. Traple, *Umony...*, s. 128; A. Olejniczak, [w:] A. Kidyba (red.), *op. cit.*, s. 132.

<sup>22</sup> G. Tracz, *op. cit.*, s. 121 i 122.



wypowiedzenia, o czym niżej)<sup>23</sup>. Postanowienie umowne przewidujące niewypowiadalność licencji na czas nieoznaczony powinno być uznane za nieważne (art. 58 k.c.).

Zgodnie z tym, co zaznaczono wyżej, regulacja art. 68 ust. 1 pr. aut. ma także znaczenie dla umów zawartych na czas oznaczony, przekraczający 5 lat. Przyjęło się, za przywoływanym już wyrokiem Sądu Najwyższego<sup>24</sup>, że art. 68 ust. 2 pr. aut. nie stanowi autonomicznej normy, ale należy go interpretować łącznie z ust. 1 tego artykułu. W związku z tym miałyby nie dochodzić do przeobrażenia licencji na czas oznaczony, po 5 latach, w licencję na czas nieoznaczony. Art. 68 ust. 2 miałby jedynie umożliwić wypowiedzenie licencji na czas oznaczony, po upływie 5 lat, na takich samych zasadach jak licencji na czas nieoznaczony<sup>25</sup> (nawet gdyby nie przewidziano tego w umowie), natomiast sama umowa i tak wygasłaby z upływem ustalonego czasu.

Autor niniejszego opracowania zgadza się z opisanym wyżej stanowiskiem, pragnie jednak zwrócić uwagę na dwa problemy. Regulacja art. 68 pr. aut. jest, ogólnie mówiąc, wyjątkowo niejednoznaczna. Możliwe są co najmniej dwa rodzaje jej wykładni, które są wystarczająco racjonalne, a prowadzą do odmiennych od siebie wniosków (tj. literalna oraz zaproponowana przez SN). *De lege ferenda* należy postulować nowelizację całego art. 68 pr. aut., tak aby nie budził on wątpliwości w zakresie przemian dokonywanych *ex lege* w stosunku licencyjnym po upływie 5 lat i aby jednoznaczna była kwestia dopuszczalności wyłączenia albo ograniczenia wypowiadalności licencji na czas nieoznaczony oraz na czas oznaczony przekraczający 5 lat.

Ponadto ustawodawca powinien przewidzieć wyjątki od zasady zakazu wyłączania lub ograniczania wypowiadalności licencji na czas nieoznaczony. Z jednej strony, wśród utworów chronionych prawem autorskim coraz liczniejszą grupę stanowią twory „użytkowe”, tj. twory, których przeznaczeniem jest przede wszystkim gospodarcza eksploatacja, a celem przyniesienie dochodu ich twórcy (którego może nie interesować los jego utworu); zaś strony umowy często chcą, aby taka licencja była podobna do umowy sprzedaży (twórca nie chce przenieść praw majątkowych ze względu na wolę zachowania monopolu w udzielaniu licencji i zarabianiu w ten sposób wielokrotnie)<sup>26</sup>. Z drugiej strony, wśród programów komputerowych (będących utworami) coraz większą rolę odgrywa oprogramowanie *open source*, którego celem jest możliwość bardzo szerokiego korzystania z licencjonowanych utworów i tworzenia w ten sposób nowych programów komputerowych, również dalej licencjonowanych na takich samych zasadach<sup>27</sup>. Wobec licencji tego typu (które można ogólnie nazwać wolnymi lub otwartymi), mających charakter niewyłączny, wypowiadalność jest bezcelowa.

Autor niniejszego opracowania postuluje wprowadzenie do Prawa autorskiego nowego przepisu, który pozwalałby stronom w szczególnych okolicznościach, wobec licencji

<sup>23</sup> E. Traple, *Umony...*, s. 128; J. Barta, R. Markiewicz, *op. cit.*, s. 263.

<sup>24</sup> Wyrok Sądu Najwyższego z dnia 15 października 2004 r., II CK 51/04 („Legalis” nr 140378).

<sup>25</sup> M. Kępiński, [w:] J. Barta (red.), *op. cit.*, s. 644, E. Traple, *Umony...*, s. 129.

<sup>26</sup> T. Targosz, [w:] D. Flisak (red.), *op. cit.*, s. 912.

<sup>27</sup> Tzw. wirus *copyleft*. Por. W. Machała, *Licencja mieszana? Prawnoautorskie aspekty obrotu programami komputerowymi stworzonymi z wykorzystaniem oprogramowania o otwartym kodzie*, ZNUJ 2010, nr 1, s. 28–37, <http://www.lex.pl/akt/-/akt/licencja-mieszana-prawnoautorskie-aspekty-obrotu-programami-komputerowymi-stworzonymi-z-wykorzystaniem-oprogramowania-o-otwartym-kodzie>.

niewyłącznych zawartych na czas nieoznaczony, dla utworów użytkowych i programów komputerowych tworzonych na podstawie wolnych licencji, wyłączyć wypowiedalność takiej umowy, przynajmniej na pewien okres czasu.

Pozornie taki postulat wydaje się być sprzeczny z tym, czemu przyznano słusność we wcześniejszej części niniejszego opracowania – czyli stanowiskiem, że na tle art. 68 pr. aut. nie powinno być dopuszczalne wyłączenie wypowiedzenia. Tak jednak nie jest. Potraktowanie normy wynikającej z tego przepisu jako dyspozytywnej spowodowałoby niekontrolowane efekty. Gdyby przyjąć stanowisko reprezentowane przez T. Targosza, zgodnie z którym uważa on „za możliwe do obrony i wysoce pożądane dokonanie takiej interpretacji art. 68 ust. 1, która umożliwi wyłączenie wypowiedalności umowy licencyjnej zawartej na czas nieoznaczony, jeśli nie wykazuje ona w danym przypadku tych cech stosunku ciągłego, które stanowią uzasadnienie normy zawartej w art. 365<sup>1</sup> k.c.”<sup>28</sup>, to powstałoby olbrzymie pole do nadużyć i konfliktów. Bazowałoby ono na niemożliwej do jednoznacznego rozstrzygnięcia, absolutnie kazuistycznej oceny, jaki stosunek ciągle powinien być chroniony przez zasadę wynikającą z art. 365<sup>1</sup> k.c., a jaki nie. Dalej, autor ten pisze: „Z reguły wyłączenie możliwości wypowiedzenia umowy nie będzie możliwe w przypadku umowy licencyjnej wyłącznej, może być natomiast dopuszczone w umowach licencji niewyłącznej, których funkcją jest w istocie umożliwienie korzystania z dobra niematerialnego w sposób podobny jak w umowie sprzedaży”<sup>29</sup>. Nie można się zgodzić z takim poglądem. Na jakiej podstawie, w świetle aktualnej regulacji, mogłaby być niewypowiedalna licencja niewyłączna, a wyłączna już nie? W przepisie mowa o licencji – *lege non distinguente*. Podkreślenia wymaga, że dopuszczenie, na tle art. 68 pr. aut., do wyłączenia wypowiedzenia licencji na czas nieoznaczony oznaczałoby, że taką dopuszczalnością objęte musiałby być licencje w stosunku do wszystkich utworów, nie tylko tych, które faktycznie takiej dopuszczalności potrzebują – bo brak jest instrumentu pozwalającego je wydzielić spośród całości zakresu przedmiotowego Prawa autorskiego. Z tego powodu, możliwość wyłączenia wypowiedzenia w każdym czasie licencji na czas nieoznaczony lub na czas oznaczony przekraczający 5 lat powinna zostać wprowadzona nowym, odrębnym przepisem, który jasno wskazywałby, wobec jakich licencji na jakie utwory, taki zabieg miałby być możliwy. Natomiast art. 68 pr. aut. powinien zostać znowelizowany w celu usunięcia wątpliwości co do tego, w jakiej części jest imperatywny, a w jakiej dyspozytywny oraz usankcjonowania przyjętego w doktrynie znaczenia ust. 2 tego przepisu.

*De lege lata* rozważenia wymaga dopuszczalność umieszczania w licencjach na czas nieoznaczony zobowiązania do niewypowiedzenia umowy, pod rygorem odpowiedzialności odszkodowawczej. Może się ona wydawać wątpliwa na tle art. 58 k.c. – przewidującego nieważność czynności prawnej dokonanej w celu obejścia ustawy albo niezgodnej z zasadami współzycia społecznego (zobowiązanie do niewykonywania nadanego ustawą uprawnienia może być w taki sposób postrzegane). Zdaniem autora niniejszego opracowania, nie można z góry wyłączać dopuszczalności takiego zobowiązania<sup>30</sup>. W przypadkach licencji niewyłącznej dotyczącej utworu, którego głównym przeznaczeniem jest eksploatacja gospodarcza

<sup>28</sup> T. Targosz, [w:] D. Flisak (red.), *op. cit.*, s. 911.

<sup>29</sup> *Ibidem*, s. 911–912.

<sup>30</sup> Zob. na tle art. 365<sup>1</sup> k.c., por. A. Olejniczak, [w:] A. Kidyba (red.), *op. cit.*, s. 132–133.

i z którym nie istnieje realnie osobista więź twórcy – zobowiązanie do niewypowiadania nie powinno być uznane ani za obejście ustawy, ani za naruszenie zasad współżycia społecznego (kwestię tą należałoby oceniać *ad casu*). Bardziej kontrowersyjna jest możliwość zastrzeżenia kary umownej w wypadku naruszenia zobowiązania omówionego wyżej. Zagadnienie to jednak wykracza poza ramy niniejszego artykułu.

Jak już zaznaczono, dominuje pogląd, że dyspozytywność art. 68 ust. 1 pr. aut. ogranicza się do kwestii terminu wypowiedzenia. Termin wypowiedzenia to „czas dzielący chwilę złożenia oświadczenia woli przez wypowiadającego zobowiązanie (...) od jego skutku, w postaci wygaśnięcia zobowiązania”<sup>31</sup>. Funkcją tej instytucji jest przygotowanie stron do wygaśnięcia stosunku prawnego<sup>32</sup>. W trakcie trwania okresu wypowiedzenia strony winny spełniać swoje świadczenia tak jak przed złożeniem oświadczenia o wypowiedzeniu.

Art. 68 ust. 1 pr. aut. przewiduje, że wypowiedzenie na jego podstawie miałoby nastąpić na rok naprzód na koniec roku kalendarzowego, co oznacza, że okres wypowiedzenia mógłby trwać minimalnie rok (jeśli oświadczenie zostałyby złożone 31 grudnia), a maksymalnie 2 lata bez jednego dnia (jeśli oświadczenie zostałyby złożone 1 stycznia). W razie zawarcia umowy licencyjnej na czas nieoznaczony lub po upływie 5 lat obowiązywania licencji na czas oznaczony, po złożeniu oświadczenia o wypowiedzeniu, licencja wygaśnie z upływem wyżej wymienionego terminu, chyba że strony co innego postanowiły w umowie. Zgodnie z zasadą swobody umów i dyspozytywnym charakterem art. 68 ust. 1 pr. aut. w zakresie długości terminu wypowiedzenia, strony mogą skracać lub wydłużać termin wypowiedzenia<sup>33</sup>. Prawo autorskie ani Kodeks cywilny nie przewidują przepisów regulujących zakres tej swobody. Możliwość skrócenia terminu wypowiedzenia nie budzi kontrowersji. Skoro jego istotą jest umożliwienie stronom przygotowania do zakończenia stosunku prawnego i strony stwierdzają, że potrzebują go mniej, niż przewiduje dla nich ustawa – nie powinno być przeszkód dla takiego zachowania. Wydaje się także dopuszczalne zastrzeżenie niezwłocznego lub natychmiastowego skutku wypowiedzenia, bez terminu wypowiedzenia<sup>34</sup>. Kontrowersje budzi zastrzeżenie wieloletnich terminów wypowiedzenia (np. 10 lat). Mogą one prowadzić do obejścia art. 68 pr. aut. i jako takie – podlegać sankcji nieważności i być zastąpione przez ustawowy roczny termin (art. 58 k.c.) Zdaniem autora niniejszego opracowania, ocena dopuszczalności zastrzeżenia długich terminów wypowiedzenia powinna być dokonywana *ad casu*<sup>35</sup>. W sytuacjach, gdy licencjonowany utwór ma istotne znaczenie dla licencjobiorcy lub zastąpienie go wymaga długiego czasu, to nawet wieloletni termin wypowiedzenia powinien być akceptowalny. Jednocześnie, rację należy przyznać K. Włodarskiej-Dziurzyńskiej, że im dłuższy okres wypowiedzenia, tym mniejsze prawdopodobieństwo uznania go za skutecznie zastrzeżony<sup>36</sup>.

<sup>31</sup> *Ibidem*, s. 134.

<sup>32</sup> G. Tracz, *op. cit.*, s. 125.

<sup>33</sup> K. Włodarska-Dziurzyńska, *Problemy przy ustalaniu czasu trwania umowy licencyjnej – poszukiwanie alternatywy?*, [w:] A. Matlak, S. Stanisławska-Kloc (red.) *Spory o własność intelektualną. Księga jubileuszowa dedykowana Profesorowi Januszowi Barcie i Ryszardowi Markiewiczowi*, Warszawa 2013, s. 1424.

<sup>34</sup> E. Traple, *Umowy...*, s. 128.

<sup>35</sup> K. Włodarska-Dziurzyńska, *op. cit.*, s. 1426.

<sup>36</sup> *Ibidem*, s. 1427.

Zastanawiające jest zagadnienie zakresu podmiotowego art. 68 pr. aut. Gdyby wyłożyć go literalnie, jego zastosowanie byłoby stosunkowo wąskie – i dotyczyło jedynie wymienionego w nim twórcy<sup>37</sup>. Brak jest jednak argumentów przemawiających za tym, aby w zakresie wypowiedzienia licencji lepiej traktować twórcę niż nabywcę praw majątkowych. Dlatego „twórca” powinien oznaczać tutaj przynajmniej tyle samo, co „licencjodawca” i do wypowiedzienia przez tego ostatniego powinno stosować się regulację art. 68 pr. aut. (do wypowiedzienia licencjodawcy znalazłby zastosowanie art. 365<sup>1</sup> k.c.<sup>38</sup>). Jednak w opinii autora niniejszego opracowania, taka interpretacja przepisu w sposób nieuzasadniony godzi w równość stron umowy i może krzywdzić obie z nich – w zależności od charakteru licencjonowanego utworu i warunków umowy. Dlatego zdecydowanie słuszniej byłoby stosować normę wynikającą z art. 68 pr. aut. zarówno do licencjodawcy, jak i licencjodawcy<sup>39</sup>. Niestety, byłaby to kolejna norma wyinterpretowana sprzecznie z literalnym brzmieniem omawianego przepisu. Wskazany problem nie ma wyłącznie dogmatycznego wymiaru. Ma ogromne znaczenie praktyczne. Gdyby umowa nie oznaczała okresów wypowiedzienia, to od rozwiązania ww. problemu zależałoby, czy po wypowiedzeniu przez licencjodawcę, umowa wygasłaby niezwłocznie (zgodnie z art. 365<sup>1</sup> k.c.), czy rok naprzód na koniec roku kalendarzowego (zgodnie z art. 68 pr. aut.). Zmianę brzmienia art. 68 pr. aut. odnośnie jego zakresu podmiotowego należy dołączyć do listy postulatów *de lege ferenda*.

Licencja na czas oznaczony, zgodnie z wcześniejszymi ustaleniami, wygasa po upływie terminu końcowego. Jeśli została zawarta na okres dłuższy niż 5 lat, to po upływie tego okresu wolno ją wypowiedzieć na takich samych zasadach jak licencję na czas nieoznaczony. Czy można natomiast wypowiedzieć licencję zawartą na czas oznaczony, nieprzekraczający 5 lat? Dawniej uznawano, że w ramach stosunku ciągłego terminowego, czas na jaki zostały zawarte, należy do ich natury i z tego powodu poddawano w wątpliwość możliwość ich wcześniejszego wypowiedzienia. Aktualnie jednak dominuje przeciwne zapatrywanie. Należy zdecydowanie opowiedzieć się za możliwością wypowiedzienia licencji na czas oznaczony nieprzekraczający 5 lat, jeśli strony przewidziały to w umowie, zwłaszcza jeśli wskazały przesłanki, po spełnieniu których będzie można złożyć oświadczenie o wypowiedzeniu<sup>40</sup>. Od stron zależne będzie także zastrzeżenie okresów wypowiedzienia (gdzie ich pominięcie należałoby poczytać za ich nie zastrzeżenie). W braku postanowień o dopuszczalności wypowiedzienia, wypowiedzenie licencji na czas oznaczony, nieprzekraczający 5 lat, nie powinno być możliwe.

#### 4. Inne przyczyny wygaśnięcia licencji

Jak wyżej wykazano, z chwilą wygaśnięcia autorskich praw majątkowych, wygasa licencja, nawet gdyby jej strony nie miały takiej świadomości. Licencja wygasa także w przypadku kumulacji przez ten sam podmiot autorskich praw majątkowych i licencji udzielonej na

<sup>37</sup> Ustawodawca posługuje się pojęciem twórcy niejednolicie. Por. J. Barta, R. Markiewicz, *op.cit.*, s. 85.

<sup>38</sup> Por. E. Traple, *Umowy...*, s. 128.

<sup>39</sup> M. Kępiński, [w:] J. Barta (red.), *op. cit.* s. 644.

<sup>40</sup> E. Traple, *Umowy...*, s. 135.

tych samych polach eksploatacji (tj. gdy licencjobiorca nabędzie prawa autorskie w zakresie w jakim przysługiwała mu licencja).

Należy także przyjąć, że licencja wygaśnie w razie przeniesienia przez licencjodawcę (na rzecz jakiegokolwiek podmiotu) autorskich praw majątkowych na polach, na których licencji udzielono. Wynika to z czysto zobowiązującej natury tego stosunku prawnego. Stosunki zobowiązaniowe są skuteczne *inter partes*. Przeniesienie prawa, co do którego ustanowiono zobowiązanie, wygasza je (można jedynie dywagować na temat odpowiedzialności odszkodowawczej zbywcy wobec swojego kontrahenta). Gdyby licencję kwalifikować do katalogu czynności rozporządzających, to przeniesienie prawa nie usuwałoby jego obciążenia (jakim byłaby licencja)<sup>41</sup>. Przyjętą w niniejszym opracowaniu tezę wzmacnia stosowana w polskim prawie cywilnym technika legislacyjna, zgodnie z którą, aby stosunek zobowiązaniowy mógł „przeżyć” przeniesienie prawa, którego dotyczy (by nabywca wstąpił w pozycję prawną zbywcy), konieczny jest przepis przewidujący taki skutek. Tak np. co do najmu, który również jest stosunkiem zobowiązaniowym, art. 678 k.c. przewiduje wstąpienie nabywcy rzeczy w miejsce najemcy. Prawo autorskie nie zawiera analogicznego przepisu w stosunku do licencji, stąd wniosek, że przeniesienie praw majątkowych na polach eksploatacji, na których udzielono licencji, powoduje jej wygaśnięcie.

## 5. Podsumowanie

Zakres czasowy licencji wpływa bezpośrednio na ekonomiczną wartość świadczenia licencjodawcy. Stąd kluczowe jest określenie jego ram, kształtowanych wolą stron oraz przez uregulowania prawne.

Licencja, niezależnie od swojego charakteru i ustaleń jej stron, może trwać maksymalnie tak długo, jak długo – zgodnie z art. 36–39 pr. aut. – istnieją autorskie prawa majątkowe do danego utworu. Dodatkowo, z racji zobowiązującej natury licencji, skutecznej wyłącznie pomiędzy jej stronami, wygasa ona każdorazowo w razie przeniesienia na podmiot trzeci praw majątkowych na polach eksploatacji, na których udzielono licencji.

Na zakres czasowy licencji wpływa także bezpośrednio wola stron, doznająca, na podstawie regulacji Prawa autorskiego, pewnych ograniczeń.

Strony mogą zawrzeć licencję na czas oznaczony, wygasającą po upływie określonego terminu. Strony mogą ustalić ten termin wprost lub w inny sposób umożliwiający wyinterpretowanie go z umowy, zgodnie z art. 65 § 2 k.c. Jeżeli na podstawie tego przepisu nie będzie możliwe stwierdzenie, na jaki czas strony zawarły licencję, wówczas, na podstawie art. 66 pr. aut., taką umowę będzie należało poczytywać za zawartą na czas oznaczony wynoszący 5 lat – po którego upływie licencja wygaśnie (wbrew brzmieniu przepisu sugerującemu jego imperatywny charakter, nie jest to norma bezwzględnie ograniczająca zakres czasowy licencji do 5 lat).

Licencja zawarta na czas oznaczony może jednak wygasnąć przed upływem jej terminu końcowego, w przypadku gdy jedna ze stron dokona wypowiedzenia, o ile będzie do niego

---

<sup>41</sup> Co zachodzi, na tle ustawy z dnia 30 czerwca 2000 r. – Prawo własności przemysłowej (Dz.U. 2001 Nr 49, poz. 508), w stosunku do licencji, w razie zbycia prawa wyłącznego – zob. E. Nowińska, U. Promińska, K. Szczepanowska-Kozłowska, *Własność przemysłowa i jej ochrona*, Warszawa 2014, s. 98.

uprawniona. Będzie to możliwe zawsze, ilekroć strony zastrzegą to w umowie. Jeśli tego nie zrobią, to możliwość jej wypowiedzenia będzie zależeć od czasu, na jaki ją zawarto. Licencja zawarta na czas nieprzekraczający 5 lat nie będzie mogła być wówczas wypowiedziana. Natomiast licencja zawarta na czas dłuższy niż 5 lat, na podstawie art. 68 ust. 2 pr. aut., po upływie 5 lat, będzie mogła być wypowiedziana w każdym czasie, bez podania powodów. Podkreślić należy, że powszechnie dokonuje się takiej właśnie wykładni art. 68 ust. 2 pr. aut. (komplementarnej z art. 68 ust. 1 pr. aut.), odbiegającej od jego literalnego brzmienia, które skłania do wniosku, że po upływie 5 lat, licencja zawarta na czas oznaczony przeobraża się w licencję na czas nieoznaczony.

Strony mogą także zawrzeć licencję na czas nieoznaczony, tj. taką, której zakres czasowy nie jest ustalony z góry, w wyniku braku terminu, z którego upływem licencja wygaśnie. Obowiązanie art. 66 pr. aut. wymusza na stronach dokonanie w umowie określenia (jednak niekoniecznie bezpośrednio), że licencja ma przybrać właśnie taki charakter (w braku określenia zakres czasowy będzie wynosił 5 lat). Polskie prawo nie uznaje możliwości zawierania umów ze świadczeniem ciągłym *ad infinitum* (art. 365<sup>1</sup> k.c.). Licencja, choć realnie nigdy nie będzie wieczysta, to może obowiązywać przez bardzo długi czas – i dlatego również powinna podlegać tej zasadzie. Z tej racji, na podstawie art. 68 ust. 1 pr. aut. (będącego przepisem szczególnym wobec art. 365<sup>1</sup> k.c.), który w tym zakresie ma charakter bezwzględnie obowiązujący, licencję na czas nieoznaczony można wypowiedzieć w każdym czasie bez podania przyczyny. Autor niniejszego opracowania dopuszcza możliwość zobowiązania stron do niekorzystania z uprawnienia do wypowiedzenia przez określony czas, pod sankcją odpowiedzialności odszkodowawczej – co nie znajduje jednak powszechnego uznania w doktrynie.

Niejasne jest, na tle art. 68 pr. aut., kształtującego wypowiedzenie licencji na czas nieoznaczony i na czas oznaczony przekraczający 5 lat, kto z tego uprawnienia może skorzystać. Przepis posługuje się mianem twórcy. Doktryna odrzuca tak wąski zakres tej regulacji. Można bronić stanowiska, że z opisywanego uprawnienia może korzystać wyłącznie licencjodawca (wówczas licencjobjorca mógłby licencję wypowiedzieć zgodnie z art. 365<sup>1</sup> k.c.). Autor niniejszego opracowania sądzi jednak, że do wypowiedzenia licencji zgodnie z art. 68 pr. aut. powinny być uprawnione obie jej strony.

Artykuł 68 pr. aut. przewiduje okres wypowiedzenia „na rok naprzód, na koniec roku kalendarzowego” dla licencji na czas nieoznaczony i oznaczony powyżej 5 lat (po upływie tych 5 lat). Strony mogą okres ten wyłączyć, skrócić lub przedłużyć. Jednak przedłużenie okresu wypowiedzenia w pewnych wypadkach może być uznane za nieważne, jako prowadzące do obejścia normy zakazującej wiązania się umową wieczystą. W zakresie licencji na czas oznaczony krótszy niż 5 lat, strony zupełnie swobodnie mogą kształtować okres wypowiedzenia, jeśli wypowiedzenie w ogóle zastrzegą.

Podstawową słabością opisaną charakterystyki zakresu czasowego licencji i mechanizmów jednostronnego oddziaływania nań jest sprzeczność brzmienia kształtującego je przepisów z potrzebami obrotu. Stąd doktryna dokonuje ich wykładni nieraz w zupełnej sprzeczności z literalnym brzmieniem. *De lege ferenda* należy postulować zmianę:

- art. 68 ust. 1 pr. aut. – tak, aby jasne było, w jakim zakresie przepis ten jest dyspozytywny, a w jakim imperatywny oraz poprzez zastąpienie terminu „twórca” pojęciem „strony” – dla zachowania równości kontraktowej;

- art. 68 ust. 2 pr. aut. – tak, aby jego brzmienie nie budziło wątpliwości i sankcjonowało rozwiązania wypracowane przez Sąd Najwyższy i doktrynę.

Należałoby także poddać refleksji możliwość wyłączenia wypowiedalności licencji niewyłącznych na czas nieoznaczony i oznaczony dłuższy niż 5 lat, dotyczących określonych kategorii utworów (tzw. użytkowych i programów komputerowych). W opinii autora niniejszego opracowania, nie jest to możliwe na tle art. 68 pr. aut. w aktualnym brzmieniu.

## **Scope of the time of a license agreement**

### **S u m m a r y**

The scope of the time of a license agreement is always limited to the time of existence of copyrights. Transfer of them on the fields of exploitation on which license was established results in expiration of the license. Parties of a license agreement may determine whether license shall be granted for a definite or an indefinite time. If they remain silent in this area, license agreement binds them for a period of 5 years. License for definite time expires with the stipulated (by provisions or agreement) time. It may be also terminated if an agreement provides that, or when definite time exceeds 5 years – after 5 years, under the law, parties may terminate their contract (with a year notice period, which may be changed). License for indefinite time expires after termination with a year notice period (which may be changed) and parties may not stipulate that they cannot terminate such a license. Provisions of law on the described matters should be amended due to their unclear language, generating many problems with their interpretation.

## MOŻLIWOŚĆ ZALICZENIA STRAT W ŚRODKACH OBROTOWYCH DO KOSZTÓW UZYSKANIA PRZYCHODU

### 1. Wprowadzenie

W związku z prowadzeniem działalności gospodarczej występują przypadki ponoszenia przez przedsiębiorców strat w środkach obrotowych. Środki te, w odróżnieniu od środków trwałych, są składnikami majątku podatnika zmieniającymi swoją postać w krótkim okresie w trakcie przechodzenia przez poszczególne fazy procesu gospodarczego. Powody występowania strat w środkach obrotowych bywają różne. Do strat może dojść np. w wyniku awarii maszyn lub urządzeń zaangażowanych w proces technologiczny, wad lub słabej jakości materiałów, które miały być wykorzystane do produkcji towarów o wysokiej jakości. Straty powstają także na skutek zniszczenia lub uszkodzenia towaru w związku z działaniem sił przyrody, błędami pracowników czy kradzieżą. Na pojawienie się ubytków mogą mieć wpływ także okoliczności jak upływ terminu ważności do spożycia w przypadku artykułów spożywczych lub podatność na uszkodzenia wyrobów szklanych bądź elektronicznych.

Powyższe często implikuje problemy z prawidłowym rozliczeniem strat dla celów podatkowych. Zadania tego nie ułatwia regulacja przepisu statuującego generalną zasadę ustalania kosztów. Kwalifikacja danego kosztu do kategorii kosztów uzyskania przychodów jest źródłem licznych sporów pomiędzy organami podatkowymi i podatnikami.

Zgodnie z definicją słownikową pojęcie „strata” oznacza „to, co się przestało posiadać”<sup>1</sup>. Inna definicja „straty” w odniesieniu do przedsiębiorstwa oznacza „wielkość, o którą uległy zmniejszeniu własne fundusze”<sup>2</sup>. Wśród synonimów straty najczęściej przywołuje się określenia takie jak szkoda, uszczerbek, utrata<sup>3</sup>.

W przepisach podatkowych wyróżnia się dwie kategorie strat: „dochodową” (ujemna różnica między przychodem a kosztem) oraz „kosztową” (jako poniesiony nakład). Pierwsza kategoria straty znajduje swoją definicję w art. 7 ust. 2 u.p.d.o.p., tj. jeżeli koszty uzyskania przychodów przekraczają sumę przychodów, różnica jest stratą. Analogiczna regulacja znajduje się w art. 9 ust. 2 zdanie 2 u.p.d.o.f., tj. jeżeli koszty uzyskania przekraczają sumę przychodów, różnica jest stratą ze źródła przychodów. W przepisach podatkowych brak jednak definicji pojęcia straty jako drugiej kategorii, czyli elementu kosztów.

Mając na uwadze powyższe, celem niniejszego artykułu jest ustalenie, czy przedsiębiorca może ująć w kosztach uzyskania przychodów straty w środkach obrotowych

---

\* Autorka jest doktorantem w Katedrze Prawa Finansowego Wydziału Prawa i Administracji Uniwersytetu Śląskiego w Katowicach.

<sup>1</sup> Słownik języka polskiego PWN, <http://sjp.pwn.pl/sjp/strata;2524505>.

<sup>2</sup> *Ibidem*.

<sup>3</sup> *Ibidem*.



i ewentualnie pod jakimi warunkami. Zagadnienie to jest o tyle istotne, że w celu ustalenia wysokości należnego podatku konieczne staje się zarówno ustalenie wysokości osiągniętych przychodów, jak i kosztów ich uzyskania. Im wyższe koszty uzyskania przychodów, tym mniejszy dochód podlegający podatkowaniu.

## 2. Pojęcie kosztów uzyskania przychodów

W odniesieniu do kosztów uzyskania przychodów ustawodawca podaje definicję ogólną (art. 15 ust. 1 u.p.d.o.p. i art. 22 ust. 1 u.p.d.o.f.) oraz wylicza wydatki, które nie stanowią kosztów uzyskania przychodów (art. 16 ust. 1 u.p.d.o.p. i art. 23 ust. 1 u.p.d.o.f.). Zgodnie ze wspomnianą definicją, kosztami uzyskania przychodów są wszelkie wydatki poniesione w celu osiągnięcia przychodów lub zachowania albo zabezpieczenia źródła przychodów. Warto zauważyć, że przytoczona definicja w obecnym brzmieniu obowiązuje od dnia 1 stycznia 2007 r., kiedy dodano do niej zwrot „lub zachowania albo zabezpieczenia źródła przychodów”. Na powyższą zmianę miało wpływ orzecznictwo sądowe, zgodnie, z którym kosztami uzyskania przychodu są wszelkie racjonalne i gospodarczo uzasadnione wydatki związane z prowadzoną działalnością gospodarczą, których celem jest osiągnięcie, zabezpieczenie i zachowanie źródła przychodów<sup>4</sup>. Profesor Ryszard Mastalski wskazuje, że: „Rozszerzenie, od 2007 r. w obu ustawach o podatku dochodowym, normatywnego pojęcia kosztów uzyskania przychodów (...) jest (...) ilustracją tezy, iż prawem jest to, co jako prawo funkcjonuje w rzeczywistości społecznej. W gruncie rzeczy bowiem zmiana stanu prawnego nie wpłynęła w sposób zasadniczy na samą praktykę opodatkowania”<sup>5</sup>. Zmiana ta miała charakter uściślający. Zgodnie z uzasadnieniem do projektu ustawy, nowelizacja ta odpowiadała rozumieniu przepisu obowiązującego do końca 2006 r., jakie zostało mu nadane przez orzecznictwo sądów administracyjnych.

Warto podkreślić, że art. 15 u.p.d.o.p. (art. 22 u.p.d.o.f.) został sformułowany bardzo ogólnie. Stanowi zatem pewną klauzulę generalną (tj. może zostać zastosowany do każdego stanu faktycznego i prawnego), zgodnie z którą kosztami podatkowymi są wszelkie koszty poniesione w celu uzyskania przychodów, z wyłączeniem enumeratywnie wskazanych w ustawie. Niezwykle istotna rola, z punktu widzenia praktyki opodatkowania, przypada sądownictwu administracyjnemu, w związku z zastosowaniem tej klauzuli.

Analiza art. 15 u.p.d.o.p. (art. 22 u.p.d.o.f.) prowadzi do wniosku, że z kosztem uzyskania przychodów będziemy mieli do czynienia w przypadku wystąpienia kosztu, który został faktycznie poniesiony przez podatnika, służy osiągnięciu przychodu, czyli został poniesiony w celu jego osiągnięcia lub zachowania albo zabezpieczenia źródła przychodów, nie został wymieniony w art. 16 ust. 1 u.p.d.o.p. (art. 23 ust. 1 u.p.d.o.f.) jako wyłączony z katalogu kosztów uzyskania przychodów.

Zgodnie z utrwalonym orzecznictwem Naczelnego Sądu Administracyjnego możliwość zaliczenia konkretnego wydatku do kosztów uzyskania przychodów jest uwarunkowana tym,

<sup>4</sup> Wyrok NSA w Lublinie z dnia 13 marca 1998 r., I SA/Lu 230/97 (Legalis nr 89650). Podobnie: wyrok NSA we Wrocławiu z dnia 12 maja 1999 r., I SA/Wr 482/97 (Legalis nr 87597); wyrok NSA z dnia 9 lutego 2006 r., II FSK 338/05 (Legalis nr 74056).

<sup>5</sup> R. Mastalski, *Prawo podatkowe*, Warszawa 2014, s. 445.

aby poniesiony wydatek był powiązany z działalnością podatnika. Dodatkowym warunkiem jest prawidłowe udokumentowanie tego wydatku. Wskazane przesłanki muszą zostać spełnione kumulatywnie<sup>6</sup>.

## 2.1. Faktyczne poniesienie wydatku

Uznanie określonego kosztu za koszt uzyskania przychodów wymaga, aby został on poniesiony faktycznie i definitywnie. Zgodnie z definicją słownikową, pojęcie „ponieść”, oznacza „zostać obciążonym, obciążonym czymś”<sup>7</sup>. Przedstawiciele doktryny wskazują, że: „W celu odkodowania wskazanych pojęć, konieczne staje się odczytanie słowa obciążyć, to ostatnie zaś zdefiniowane zostało, jako «nałożyć na kogoś jakieś zobowiązanie, zlecić komuś wykonanie czegoś». W konsekwencji, koszt poniesiony oznacza istnienie (zaistnienie) zobowiązania do świadczenia czegoś po stronie podatnika”<sup>8</sup>. Przez poniesienie wydatku należy rozumieć obciążenie majątku podatnika. Wydatek musi być poniesiony przez podmiot, który dokonuje odliczenia, pomniejszając podstawę opodatkowania. Koszty podatkowe będą stanowiły jedynie te zobowiązania, które obciążają danego podatnika. Nie będzie można zaliczyć do kosztów uzyskania przychodu zobowiązań podmiotów trzecich. Co do zasady nie ma znaczenia, z jakiego źródła są finansowane poniesione wydatki.

Obciążenie to powinno mieć charakter definitywny, tzn. musi on być dokonany z majątku podatnika i mieć ostateczny charakter. Powyższe oznacza, że wydatki jedynie tymczasowo poniesione przez podatnika nie spełniają warunku definitywnego ich poniesienia<sup>9</sup>. Zgodnie z wyrokiem Wojewódzkiego Sądu Administracyjnego w Poznaniu z dnia 12 lutego 2008 r.: „wydatek musi zostać faktycznie poniesiony w sensie realnym, tzn. musi nastąpić uszczuplenie zasobów finansowych, z których wydatek jest finansowany”<sup>10</sup>.

Koszt podatkowy nie pojawi się także w sytuacji, gdy za fakturę z góry płaci refundator, bowiem wydatek nie został definitywnie poniesiony z majątku podatnika<sup>11</sup>. W przypadku, gdy dany wydatek został zafakturowany, ale podatnik w ramach uzyskanych ulg lub uprawnień nie jest w ogóle zobowiązany do zapłacenia faktury, nie sposób mówić o koszcie definitywnie poniesionym<sup>12</sup>.

<sup>6</sup> Wyrok NSA z dnia 16 czerwca 2005 r., II FSK 279/05 (Legalis nr 87876). Podobnie: wyrok NSA z dnia 20 lipca 2010 r., II FSK 418/09 (Legalis nr 305028); wyrok NSA z dnia 07 czerwca 2011 r., II FSK 462/11 (Legalis nr 382577); wyrok NSA z dnia 29 maja 2012 r., II FSK 2323/10 (LEX nr 1403257); wyrok NSA z dnia 12 czerwca 2013 r., II FSK 1321/12 (Legalis nr 763729); wyrok NSA z dnia 25 lutego 2016 r., II FSK 3980/13 (Legalis nr 1454946); wyrok NSA z dnia 25 lutego 2016 r., II FSK 140/14 (Legalis nr 1454948).

<sup>7</sup> Słownik języka polskiego PWN, <http://sjp.pwn.pl/sjp/poniesic;2504544.html>.

<sup>8</sup> J. Godyń, [w:] A. Obońska, A. Waclawczyk, A. Walter (red.), *Podatek dochodowy od osób prawnych. Komentarz*, Warszawa 2014, s. 339.

<sup>9</sup> M. Wilk, [w:] D. Jaszczak [i in.], *Podatek dochodowy od osób prawnych. Komentarz*, Warszawa 2014, s. 235.

<sup>10</sup> Wyrok WSA w Poznaniu z dnia 12 lutego 2008 r., I SA/Po 1608/07 (Legalis nr 104988).

<sup>11</sup> Wyrok NSA w Katowicach z dnia 12 czerwca 2003 r., I SA/Ka 1197/02 (LEX nr 90090).

<sup>12</sup> P. Małecki, M. Mazurkiewicz, *CIT. Komentarz. Podatki i rachunkowość*, Warszawa 2015, s. 424.

## 2.2. Związek kosztu z przychodem

Użyte przez ustawodawcę sformułowanie „koszty poniesione w celu osiągnięcia przychodu” zostało szeroko skomentowane w literaturze podatkowej oraz doczekało się bogatego orzecznictwa administracyjnego. Naczelny Sąd Administracyjny niejednokrotnie wskazywał, że „(...) termin użyty w art. 15 ustawy o CIT «w celu» oznacza (...) pozostawanie wydatku w takim związku z przychodem lub z zachowaniem albo zabezpieczeniem ich źródła, że poniesienie go ma lub może mieć wpływ na powstanie lub zwiększenie przychodów”<sup>13</sup>.

Orzecznictwo sądowe wyraźnie skłania się ku poszukiwaniu związku przyczynowo-skutkowego pomiędzy wydatkiem a przychodem. W wyroku z dnia 6 stycznia 2010 r. Naczelny Sąd Administracyjny skonkludował, że: „Przedstawione uregulowania wskazują na to, że musi istnieć źródło przychodów oraz związek przyczynowy między wydatkami i przychodem. Zasadniczo, zatem każdy wydatek celowo poniesiony z zamiarem uzyskania przychodu, poza wyraźnie wskazanymi w art. 23 ust. 1 u.p.d.o.f., powinien być uznany za koszt uzyskania przychodu”<sup>14</sup>.

Należy podkreślić, że aby uznać dany wydatek za koszt uzyskania przychodów nie jest konieczne, aby w każdym przypadku zachodził bezpośredni związek przyczynowo-skutkowy pomiędzy nim a przychodem. Dopuszczalność zaliczania do kosztów uzyskania przychodów wydatków wiążących się z przychodami (źródłami przychodów) jedynie w sposób pośredni jest powszechnie akceptowana w doktrynie i orzecznictwie sądów oraz organów podatkowych.

Powyższe potwierdza wyrok Naczelnego Sądu Administracyjnego z dnia 4 lipca 2014 r., w którym wskazano, że „(...) między kosztem podatkowym oraz przychodami podatników musi wystąpić związek przyczynowo-skutkowy. Związek ten może być bezpośredni lub pośredni, tzn. kosztem uzyskania przychodu będą wydatki, które mogą przyczynić się do powstania konkretnego przychodu oraz wydatki związane np. z funkcjonowaniem podatnika i wywiązywaniem się przez niego z obowiązków nałożonych przepisami prawa”<sup>15</sup>.

Orzecznictwo w tym zakresie przeszło pewną ewolucję. Wcześniejsza linia orzecznicza skłaniała się ku twierdzeniu, że związek między wydatkiem a przychodem powinien być ścisły, bezpośredni<sup>16</sup>. Z kolei późniejsza linia wskazywała, że istotny jest zamiar podatnika i całokształt okoliczności istniejących w momencie poniesienia przez niego wydatku. Związek między wydatkiem a przychodem nie musi być bezpośredni<sup>17</sup>.

<sup>13</sup> Wyrok NSA z dnia 19 czerwca 2012 r., II FSK 2486/10 (Legalis nr 779061). Podobnie: wyrok NSA z dnia 29 listopada 1994 r., SA/Wr 1242/94 (Legalis nr 38998); wyrok NSA z dnia 6 listopada 1997 r., SA/Ka 923/97 (Legalis nr 48788); wyrok NSA z dnia 8 sierpnia 2008 r., II FSK 755/07 (Legalis nr 110251); wyrok NSA z dnia 17 stycznia 2012 r., II FSK 1365/10 (Legalis nr 432227).

<sup>14</sup> Wyrok NSA z dnia 6 stycznia 2010 r., II FSK 1271/08 (Legalis nr 279288).

<sup>15</sup> Wyrok NSA z dnia 4 lipca 2014 r., II FSK 1863/12 (Legalis nr 1043439).

<sup>16</sup> Wyrok NSA z dnia 3 listopada 1994 r., SA/Po 2078/94 (Legalis nr 38915). Podobnie: wyrok NSA z dnia 20 lutego 2001 r., III SA 3269/99 (Legalis nr 49976); wyrok NSA z dnia 22 marca 2001 r., SA/Sz 43/00 (Legalis nr 53233).

<sup>17</sup> Wyrok WSA w Krakowie z dnia 23 kwietnia 2009 r., I SA/Kr 296/09 (Legalis nr 160662).

Inną istotną okolicznością, na którą należy zwrócić uwagę, jest fakt, że wydatek może zostać ujęty w kosztach uzyskania przychodu, nawet jeśli nie został poniesiony w celu uzyskania przychodów. Wystarczy, aby został on poniesiony w celu zabezpieczenia lub utrzymania źródła przychodów. W tym zakresie wypowiedział się Wojewódzki Sąd Administracyjny w Warszawie w wyroku z dnia 8 sierpnia 2006 r.: „(...) art. 15 ust. 1 PDOPrU ma zastosowanie również w sytuacji, gdy wydatek poniesiono nie tylko w celu osiągnięcia przychodu, ale także w celu zapobieżenia powstaniu straty”<sup>18</sup>.

W literaturze i orzecznictwie można też spotkać odniesienie do kryterium racjonalności poniesionych przez podatnika wydatków. Powyższe uzasadnia się tym, że skoro koszt ma zostać poniesiony w celu uzyskania przychodów, to wydatek celowy winien być wydatkiem racjonalnym, gospodarczo uzasadnionym. Owa racjonalność powinna mieć charakter zindywidualizowany. Pojawiają się również poglądy, według których decydujące znaczenie dla kwalifikacji wydatku do kosztów uzyskania przychodów ma subiektywny aspekt działania podatnika. Zgodnie z tym stanowiskiem nawet te wydatki, które obiektywnie i racjonalnie nie mogą doprowadzić do osiągnięcia przychodów, mogą tworzyć kategorie kosztów uzyskania przychodu, jeżeli zamiarem podejmującego je podatnika było osiągnięcie przychodów<sup>19</sup>.

Orzecznictwo skłania się jednak ku racjonalności działania podatnika i obiektywnej możliwości osiągnięcia przychodu lub zachowania albo zabezpieczenia źródła przychodu. Powyższe potwierdza wyrok Naczelnego Sądu Administracyjnego z dnia 9 września 1994 r., w którym wskazano, że „Przy ustalaniu kosztów uzyskania przychodów każdy wydatek – poza wyraźnie wskazanymi w ustawie – wymaga indywidualnej oceny pod kątem bezpośredniego związku z tym przychodem i racjonalności działania dla osiągnięcia tego przychodu”<sup>20</sup>.

Dwadzieścia lat później Naczelny Sąd Administracyjny wydał bardzo podobny wyrok, zgodnie z którym „kosztami uzyskania przychodów będą wydatki związane z prowadzoną działalnością gospodarczą, jeżeli są racjonalnie uzasadnione, a każdy wydatek poza wskazanymi w ustawie wymaga indywidualnej oceny pod kątem jego związku z przychodem, racjonalności działania dla osiągnięcia tego przychodu”<sup>21</sup>. Analogiczne stanowisko zaprezentował Naczelny Sąd Administracyjny w wyroku z dnia 16 października 2012 r., w którym wyjaśnił, że: „wydatek należy oceniać mając na uwadze racjonalność określonego działania dla osiągnięcia przychodu. Poniesienie wydatku musi zatem być powiązane z prowadzoną przez podatnika działalnością gospodarczą, ukierunkowaną na uzyskanie przychodów; wydatek powinien, przynajmniej potencjalnie, wpływać na wielkość uzyskiwanych lub spodziewanych przychodów z tej działalności. Kosztowa kwalifikacja konkretnego wydatku

<sup>18</sup> Wyrok WSA w Warszawie z dnia 8 sierpnia 2006 r., III SA/Wa 1447/06 (Legalis nr 359310). Podobnie wyrok NSA z dnia 27 czerwca 2013 r., II FSK 2192/11 (Legalis nr 764228).

<sup>19</sup> K. Gil, *Zasada ponoszenia kosztów w celu uzyskania przychodów w świetle reguł wykładni przepisów prawa podatkowego*, MP 2010, nr 7, s. 24.

<sup>20</sup> Wyrok NSA z dnia 9 września 1994 r., III SA 30/94 (Legalis nr 38779).

<sup>21</sup> Wyrok NSA z dnia 25 lutego 2014 r., II FSK 58/12 (Legalis nr 909167). Podobnie: wyrok NSA z dnia 23 lipca 2004 r., III SA 949/03 (Legalis nr 91996); wyrok NSA z dnia 10 czerwca 2009 r., II FSK 234/08 (Legalis nr 162501); wyrok WSA w Krakowie z dnia 10 września 2013 r., I SA/Kr 936/13 (Legalis nr 865542).

u konkretnego podatnika musi więc uwzględniać charakter i profil prowadzonej działalności gospodarczej oraz ekonomiczną racjonalność poniesionego wydatku<sup>22</sup>.

Nie będą więc stanowić kosztu uzyskania przychodu poniesione przez podatnika wydatki, które obiektywnie, tzn. po poddaniu ich racjonalnej „zdroworozsądkowej” ocenie, nie mogą przyczynić się (po uwzględnieniu ryzyka gospodarczego) do osiągnięcia przychodu z danego źródła. Ten aspekt oceny można określić jako kryterium obiektywne. Dokonując oceny przesłanki poniesienia wydatku w celu osiągnięcia przychodu pod względem kryterium obiektywnego, należy wziąć pod uwagę charakter prowadzonej działalności gospodarczej oraz okoliczności faktyczne i gospodarcze towarzyszące poniesieniu wydatku.

Z powyższego wynika, iż właściwa i zgodna z treścią ustawowej regulacji kwalifikacja kosztów uzyskania przychodów powinna brać przede wszystkim pod uwagę przeznaczenie wydatku (jego celowość, zasadność dla funkcjonowania podmiotu) oraz potencjalną możliwość (analizowaną w dacie poniesienia wydatku na podstawie obiektywnych przesłanek) przyczynienia się danego wydatku do osiągnięcia przychodu. Ustawodawca, używając sformułowania wszelkie koszty poniesione w celu osiągnięcia przychodu, nie posługuje się wyrażeniem „skutek”, co oznacza, że brak skutku w postaci przychodu nie przekreśla wydatku jako kosztu poniesionego w celu osiągnięcia go. Analiza użytego zwrotu „w celu osiągnięcia przychodu” wskazuje, że odnosi się on zarówno do przychodów i źródeł faktycznie osiągniętych, jak i tych, których podatnik mógł racjonalnie (obiektywnie) oczekiwać, że zostaną osiągnięte. Sam fakt nieosiągnięcia oczekiwanego efektu gospodarczego (uzyskania przychodu) nie dyskwalifikuje poniesionego wydatku jako kosztu uzyskania przychodu. Powyższe potwierdza Naczelny Sąd Administracyjny w wyroku z dnia 25 września 2014 r.

### 2.3. Ciężar udowodnienia celowości ponoszenia kosztu

Celowość i efektywność poczynionych nakładów pozostawiana jest ocenie podatnika. To podatnik decyduje o kierunkach prowadzonej działalności gospodarczej oraz ponosi wydatki związane z jej prowadzeniem. Podatnik podejmuje decyzje gospodarcze z uwzględnieniem ryzyka gospodarczego, środków finansowych, którymi dysponuje w celu osiągnięcia przychodów. W tym sensie można mówić o subiektywnym kryterium uznania wydatku za poniesiony w celu osiągnięcia przychodów. O tym, co jest celowe decyduje podmiot gospodarczy, a nie organ podatkowy. Organ podatkowy nie jest uprawniony do oceny prawidłowości prowadzenia działalności gospodarczej przez podatnika, a jedynie do oceny, czy dany wydatek wykazuje normatywny związek z przychodem, czyli potencjalnie można się spodziewać, że jego poniesienie spowoduje powstanie przychodu<sup>23</sup>. Kwalifikacja danych kosztów do kosztów uzyskania przychodu należy do podatnika. Jednakże organy podatkowe w ramach posiadanych uprawnień mogą oceniać, czy czynności podatnika w tym zakresie nie naruszają prawa<sup>24</sup>.

Mając na uwadze powyższe, powstaje pytanie, na kim spoczywa ciężar dowodowy. Można wyróżnić ciężar dowodu w znaczeniu formalnym oraz materialnym. W odniesieniu

<sup>22</sup> Wyrok NSA z dnia 16 października 2012 r., II FSK 430/11 (Legalis nr 551996).

<sup>23</sup> Wyrok WSA w Olsztynie z dnia 21 sierpnia 2008 r., I SA/Ol 273/08 (Legalis nr 994125).

<sup>24</sup> Wyrok NSA z dnia 18 maja 2010 r., II FSK 2/09 (Legalis nr 289784).

do pierwszego należy wskazać, że zgodnie z art. 122 oraz 187 § 1 o.p. to organy podatkowe są zobowiązane do wyjaśnienia stanu faktycznego oraz zebrania i wyczerpującego rozpatrzenia całego materiału dowodowego. Organy podatkowe powinny ustalić, czy dany wydatek został rzeczywiście i definitywnie poniesiony oraz czy został poniesiony w „celu osiągnięcia przychodu lub zachowania albo zabezpieczenia źródła przychodu”. Nie ulega wątpliwości, że w postępowaniu podatkowym niedopuszczalne jest powoływanie się na art. 6 k.c. nakładający ciężar udowodnienia faktu na osobę, która z tego faktu wywodzi skutki prawne, choć w doktrynie i orzecznictwie pojawiają się głosy odmienne (nie przeciwne, bo te zakładałyby wyłączną aktywność podatnika).

Należy podkreślić, że negacja możliwości odwoływania się w postępowaniu podatkowym do treści art. 6 k.c. nie wyklucza dopuszczalności przesunięcia ciężaru dowodu na stronę postępowania podatkowego. Za dominujący w literaturze przedmiotu należy uznać pogląd, że w sprawach podatkowych „ciężar dowodu musi spoczywać na każdym, kto formuluje swoje twierdzenia”<sup>25</sup>. Podkreśla się, że mimo nieobowiązania przepisu art. 6 k.c. w postępowaniu podatkowym, to wynikająca z tego przepisu logiczna zasada ma charakter uniwersalny (podstawowa „idea” dowodowa), pod rygorem zaistnienia (lub niezastnienia) określonych skutków przez twierdzącego<sup>26</sup>. Również w orzecznictwie Naczelnego Sądu Administracyjnego wskazuje się, że podatnik, uznając wydatek za koszt uzyskania przychodu, odnosi ewidentne korzyści, gdyż o ten koszt zmniejsza podstawę opodatkowania. Na nim więc spoczywa ciężar udowodnienia, że określony wydatek jest kosztem uzyskania przychodu<sup>27</sup>.

Jeśli chodzi o ciężar w znaczeniu materialnym, a więc stwierdzenie, kto poniesie negatywne konsekwencje braku dowodu co do pewnego faktu, to należy wskazać, że podmiotem tym będzie podatnik. Konsekwencje wynikające z braku udowodnienia określonej okoliczności, tj. ustalenia celowości ponoszonego wydatku, będą obciążać podatnika. Powyższe potwierdza wyrok Naczelnego Sądu Administracyjnego z dnia 11 czerwca 2008 r.: „ciężar dowodu w zakresie ich poniesienia, sprowadzający się do przedstawienia lub wskazania dowodów zawierających informacje przemawiające za tym, że określone usługi zostały zrealizowane, podobnie jak wykazanie ich związku z przychodami, spoczywa więc na podatniku. Natomiast obowiązek przeprowadzenia dowodu na tę okoliczność leży zawsze po stronie organu podatkowego”<sup>28</sup>.

Warto również zwrócić uwagę na wyrok Naczelnego Sądu Administracyjnego z dnia 22 września 2010 r., w którym Sąd zauważył, że organy podatkowe nie mogą być obciążane poszukiwaniem w imieniu podatnika faktów potwierdzających związek przyczynowy pomiędzy poniesionymi przez niego wydatkami a przychodem. Argumentów w tym zakresie powinien dostarczyć sam podatnik<sup>29</sup>. „Obowiązek nałożony na organy podatkowe przez

<sup>25</sup> A. Hanusz, *Strona postępowania podatkowego a ciężar dowodu*, PP 2004, nr 9, s. 54.

<sup>26</sup> K. Stanik, *Ciężar dowodu w postępowaniu podatkowym*, JP 2007, nr 4, s. 30.

<sup>27</sup> Wyrok NSA z dnia 19 czerwca 2007 r., II FSK 787/06 (Legalis nr 88382). Podobnie: wyrok NSA z dnia 11 lutego 1998 r., I SA/Ka 1173/96 (LEX nr 32730); wyrok NSA z dnia 17 lutego 2000 r., I SA/Ka 1150/99 (LEX nr 47148).

<sup>28</sup> Wyrok NSA z dnia 11 czerwca 2008 r., I FSK 735/07 (Legalis nr 123757).

<sup>29</sup> J. Marciniuk, *Podatek dochodowy od osób fizycznych. Komentarz*, Legalis 2015.

art. 122 w związku z art. 187 § 1 O.p. nie ma bowiem charakteru bezwzględnego, lecz musi uwzględniać konstytucyjną zasadę sprawiedliwości. W myśl tej zasady interpretacja prawa podatkowego, w tym ww. przepisów O.p. regulujących postępowanie podatkowe, powinna być prowadzona w sposób korzystny dla obywateli, a równocześnie tak, aby nie utrudniać realizacji funkcji dochodowej i fiskalnej podatku i tym samym zapewnić właściwą ochronę interesu publicznego<sup>30</sup>.

#### 2.4. Dokumentowanie kosztu

O możliwości zaliczenia wydatku do kosztów uzyskania przychodów oprócz przesłanek faktycznych opisanych wyżej, decyduje spełnienie formalnoprawnego warunku ich udokumentowania. Poniesienie kosztu powinno być właściwie udokumentowane. Wprawdzie przepisy o rachunkowości nie mogą determinować uznania lub nieuznania danego wydatku za koszt podatkowy to jednak *expressis verbis* określają sposób dokumentowania poniesionych wydatków (w przypadku podatników prowadzących podatkową księgę przychodów i rozchodów zasady dokumentowania kosztów uzyskania przychodów regulują przepisy dotyczące prowadzenia tej księgi)<sup>31</sup>.

Zagadnienia dotyczące uznania za koszt uzyskania przychodu wydatków, które nie zostały udokumentowane zgodnie ze wspomnianymi przepisami były przedmiotem licznych sporów sądowych. Orzecznictwo Naczelnego Sądu Administracyjnego na temat dokumentowania przez podatnika poniesionych wydatków jest bogate, a zarazem jednorodne<sup>32</sup>. Zapadło wiele orzeczeń korzystnych dla podatników. Sąd zgadzał się na zaliczenie do kosztów uzyskania przychodów nieprawidłowo udokumentowanych wydatków, których poniesienie nie budziło jednak wątpliwości ze względu na inne przedstawione dowody.

Przesłanką zaliczenia wydatku do kosztów uzyskania przychodu nie jest rzetelność dokumentu tylko poniesienie wydatku i jego związek z przychodem. Sąd w Białymstoku słusznie zauważył, że nie można wyłączać z kosztów uzyskania przychodów wydatków, które zostały nieprawidłowo udokumentowane, gdyż „przepisy ustawy o podatku dochodowym od osób fizycznych nie zawierają generalnej klauzuli, zgodnie z którą w przypadku braku dowodów księgowych na okoliczność poniesionych kosztów uzyskania przychodów lub też ich wadliwości, poniesione wydatki nie stanowią kosztów w rozumieniu art. 22 ust. 1 u.p.d.o.f. (...)”<sup>33</sup>.

W jednym z wyroków Naczelny Sąd Administracyjny stwierdził, że: „wydatki faktycznie poczynione (...), a jedynie wadliwie czy też w sposób niepełny udokumentowane, nie mogą być tylko z tego powodu w całości pominięte przy określaniu podstawy opodatkowania, jeśli mogą być one udowodnione innymi środkami dowodowymi zasługującymi

<sup>30</sup> Wyrok NSA z dnia 22 września 2010 r., II FSK 1581/10 (Legalis nr 293463).

<sup>31</sup> H. Litwińczuk, [w:] H. Litwińczuk (red.), *Prawo podatkowe przedsiębiorców*, Warszawa 2013, s. 117–118.

<sup>32</sup> A. Kaźmierski, [w:] A. Kaźmierski (red.), *Meritum Podatki 2015*, Warszawa 2015, s. 541–542.

<sup>33</sup> Wyrok WSA w Białymstoku z dnia 21 maja 2008 r., I SA/Bk 64/08 (Legalis nr 102969). Podobnie: wyrok WSA w Gorzowie Wielkopolskim z dnia 7 marca 2013 r., I SA/Go 52/13 (Legalis nr 860236); wyrok NSA z dnia 18 lutego 2014 r., II FSK 809/12 (Legalis nr 909279).

na wiarę (...)”<sup>34</sup>. Tym niemniej, nie sposób zaakceptować poglądu, aby dowodem potwierdzającym dokonanie wydatku kosztowego były zeznania świadka<sup>35</sup>. Jednolite orzecznictwo w tej kwestii doznaje wyjątku jedynie w wyroku Wojewódzkiego Sądu Administracyjnego w Gorzowie Wielkopolskim z dnia 9 lutego 2009 r.<sup>36</sup>

### 3. Straty w środkach obrotowych

Oceniając możliwość zaliczenia strat w środkach obrotowych do kosztów uzyskania przychodów, niezbędne jest ustalenie czy przedmiotowe straty spełniają warunki kwalifikacji wydatku do kosztów uzyskania przychodów. Jak wskazano wyżej, analiza czy dany wydatek można ująć w rachunku kosztowym jest kwestią indywidualną, wymagającą uwzględnienia rodzaju i specyfiki prowadzonej działalności, całokształtu okoliczności towarzyszących jej prowadzeniu oraz ekonomicznej racjonalności poniesionego wydatku.

#### 3.1. Przesłanka negatywna

Wydaje się uzasadnione rozpoczęcie omawiania przesłanek zaliczenia strat w środkach obrotowych do kosztów podatkowych od analizy przesłanki negatywnej. Kosztami uzyskania przychodów są koszty poniesione w celu osiągnięcia przychodów lub zachowania albo zabezpieczenia źródła przychodów, z wyjątkiem kosztów wymienionych w 16 ust. 1 u.p.d.o.p. (art. 23 ust. 1 u.p.d.o.f.).

W tym kontekście należy się zastanowić, czy tego rodzaju straty należy wykluczyć z kosztów uzyskania przychodów z uwagi na okoliczność, że mieszczą się w jednej z kategorii wydatków wymienionych w art. 16 ust. 1 u.p.d.o.p. (art. 23 ust. 1 u.p.d.o.f.). W szczególności, warto zwrócić uwagę na przepisy art. 16 ust. 1 pkt 5, 6 i 47 u.p.d.o.p. (art. 23 ust. 1 pkt 5, 6 i 44 u.p.d.o.f.), które wymieniają następujące kategorie wydatków niestanowiących kosztów podatkowych: straty w środkach trwałych oraz wartościach niematerialnych i prawnych w części pokrytej sumą odpisów amortyzacyjnych, straty powstałe w wyniku likwidacji nie w pełni umorzonych środków trwałych, jeżeli środki te utraciły przydatność gospodarczą na skutek zmiany rodzaju działalności, straty powstałe w wyniku nieobjętych zwolnieniem od podatku akcyzowego ubytków wyrobów akcyzowych oraz podatku akcyzowego od tych ubytków<sup>37</sup>.

Mając na uwadze powyższe wyłączenia, należy stwierdzić, że w przypadku, gdy straty nie wynikają ze zmiany prowadzonej przez podatnika działalności, ani nie dotyczą wyrobów akcyzowych to, co do zasady, przy spełnieniu pozostałych przesłanek mogą być zaliczone do kosztów uzyskania przychodów. Z obowiązujących przepisów ustaw podatkowych nie wynika bowiem, aby straty w środkach obrotowych należało *a priori* wykluczyć z kosztów uzyskania przychodów.

<sup>34</sup> Wyrok NSA z dnia 6 kwietnia 2000 r., III SA 672/99 (Legalis nr 49907). Podobnie: wyrok NSA z dnia 4 listopada 2003 r., III SA 2763/02 (Legalis nr 1170995).

<sup>35</sup> Wyrok NSA z dnia 13 lutego 2014 r., II FSK 643/12 (Legalis nr 909359).

<sup>36</sup> Wyrok WSA w Gorzowie Wielkopolskim z dnia 9 lutego 2009 r., I SA/Go 942/08 (Legalis nr 168639).

<sup>37</sup> Por. ustawa z dnia 6 grudnia 2008 r. o podatku akcyzowym (Dz.U. z 2014 r. poz. 752 ze zm.).



Z ustaw podatkowych wynika natomiast, że środkami trwałymi oraz wartościami niematerialnymi i prawnymi podlegającymi amortyzacji są przedmioty, prawa i wartości wymienione w art. 16a–16c u.p.d.o.p. (art. 22a–22c u.p.d.o.f.). Tak więc, *a contrario* stwierdzić należy, że strata środków trwałych niepodlegających amortyzacji stanowi koszt uzyskania przychodów. To samo można odnieść do wszystkich innych rodzajów strat niewymienionych w przytoczonych przepisach. Z uwagi na fakt, że środki obrotowe nie są środkami trwałymi i nie podlegają amortyzacji, ich strata, co do zasady, może stanowić koszt uzyskania przychodów. Jednocześnie w katalogu wydatków, które nie mogą być uznawane za koszty uzyskania przychodów, ustawodawca nie wymienia *expressis verbis* strat w materiałach, surowcach czy produktach.

Mając powyższe na uwadze, straty powstające w toku procesu produkcyjnego czy gospodarczego nie zostały, co do zasady, wyłączone z kosztów stanowiących koszty uzyskania przychodów. Identyczny pogląd, zaprezentowany w odniesieniu do bardziej restrykcyjnego brzmienia art. 15 ust. 1 u.p.d.o.p. sprzed 1 stycznia 2007 r., został przedstawiony w wyroku WSA w Bydgoszczy z dnia 4 maja 2004 r., w którym stwierdzono, że: „(...) ustawa o podatku dochodowym od osób prawnych posługuje się terminem «strata» natomiast nie wspomina o «niedoborze». Art. 16 ust. 1 pkt 5 ustawy stanowi, że nie uważa się za koszty uzyskania przychodów strat w środkach obrotowych i trwałych w części pokrytej odpisami amortyzacyjnymi. Przyjmuje się, że przez wnioskowanie z tego przepisu *a contrario* (skoro wymieniono, które straty nie są kosztem, to są nim pozostałe straty) można wywieść prawo do zaliczania pozostałych strat do kosztów uzyskania przychodów. Ten koszt oceniany jest natomiast zgodnie z zasadą wyrażoną w art. 15 ust. 1 ustawy, a więc koszt musi być powiązany z oczekiwanym przychodem a ponadto charakteryzować się szeroko rozumianą racjonalnością ekonomiczną”<sup>38</sup>.

### 3.2. Przesłanki zaliczenia strat do kosztów uzyskania przychodów

Przepisy prawa podatkowego nie określają wprost, jakie warunki powinny zostać spełnione, aby możliwe było zaliczenie w poczet kosztów podatkowych odnotowanej przez podatnika straty. Katalog takich przesłanek wykształciła jednak praktyka organów podatkowych i sądów administracyjnych. Możliwość zaliczenia poniesionej straty w towarach handlowych do kosztów uzyskania przychodów zależy od łącznego spełnienia następujących warunków: powstanie straty musi być spowodowane działaniem niezawinionym przez podatnika, strata musi być właściwie udokumentowana, podatnik powinien podjąć właściwe działania zabezpieczające przed powstaniem teźże straty oraz strata musi być związana z całokształtem działalności gospodarczej<sup>39</sup>.

Zważywszy na różnorodność rodzajów prowadzonej działalności i zdarzeń powodujących straty, nie jest możliwe przyjęcie tylko jednej wykładni. Ocena może nastąpić jedynie po zbadaniu konkretnego przypadku. Możliwość zakwalifikowania straty w środkach

<sup>38</sup> Wyrok WSA w Bydgoszczy z dnia 4 maja 2004 r., SA/Bd 3363/03 (Legis nr 230911).

<sup>39</sup> Indywidualna interpretacja przepisów prawa podatkowego Dyrektora Izby Skarbowej w Katowicach z dnia 11 lutego 2013 r., IBPBI/1/415-1414/12/BK, [http://sip.mf.gov.pl/sip/index.php?p=1&i\\_smpp\\_s\\_dok\\_nr\\_sek=339613&i\\_smpp\\_s\\_strona=1&i\\_smpp\\_s\\_pozycja=1&i\\_smpp\\_s\\_stron=1](http://sip.mf.gov.pl/sip/index.php?p=1&i_smpp_s_dok_nr_sek=339613&i_smpp_s_strona=1&i_smpp_s_pozycja=1&i_smpp_s_stron=1).

obrotowych (materiałach, towarach, wyrobach gotowych) do kosztów podatkowych uzależnione jest zawsze od okoliczności konkretnego stanu faktycznego. Ponadto powinna być ona następstwem normalnej i racjonalnej działalności gospodarczej prowadzonej w danej branży, a podatnik nie może przyczynić się do jej powstania wskutek swojej niedbałości lub niedochowania należytej staranności.

### 3.2.1. Związek straty z przychodem

Jak wskazano wyżej, podstawowy warunek rozpoznania kosztu podatkowego to istnienie związku między kosztem i przychodem. Strata ze swej istoty nie wykazuje takiego związku. Tym niemniej, należy jednak pamiętać, że jej powstanie poprzedzać musi zaistnienie zdarzenia, w wyniku którego podatnik nabędzie rzecz, która później ulegnie np. zniszczeniu (powstanie ubytek). Koszt nabycia lub wytworzenia takiej rzeczy z założenia ma przynieść podatnikowi zysk (np. w wyniku jej zbycia albo zużycia w toku produkcji).

W momencie ponoszenia przez podatnika wydatku (na nabycie lub wytworzenie rzeczy) warunki pozwalające na rozpoznanie kosztu uzyskania przychodów są zatem spełnione. Powstanie straty jest zjawiskiem wtórnym, z reguły nieprzewidzianym, a z perspektywy podatkowej skutkującym tym, że planowany wcześniej przychód ostatecznie nie wystąpi.

Straty powstałe w ramach działalności gospodarczej nie są zatem ponoszone w celu uzyskania przychodów, nie mają z przychodem związku bezpośredniego. Jednakże ustawodawca dopuszcza możliwość zaliczania strat do kosztów uzyskania przychodów. Naczelny Sąd Administracyjny w wyroku z dnia 7 sierpnia 2001 r. orzekł, że „(...) nie tracąc z pola widzenia niekonsekwencji ustawodawcy, który nie dostrzega, że zdarzenie powodujące szkodę z natury rzeczy nie służy osiągnięciu przychodów, należy przyjąć, że kosztem uzyskania przychodów są tylko takie straty, których występowanie w toku działalności danego rodzaju jest nieuniknione. Innymi słowy chodzi o straty, które są normalnym, chociaż niechcianym następstwem działania w danej branży. Celowi osiągnięcia przychodów służy, zatem sama działalność gospodarcza, a straty są jedynie ubocznym skutkiem tej działalności”<sup>40</sup>.

### 3.2.2. Należyta staranność i brak winy

Na obowiązek spełnienia dodatkowych warunków koniecznych do zaliczenia straty w środkach obrotowych do kosztów uzyskania przychodów zwrócił uwagę Naczelny Sąd Administracyjny w wyroku z dnia 17 grudnia 2002 r. stwierdzając, że: „nie w każdej sytuacji straty w środkach obrotowych powinny być uznane za koszt uzyskania przychodów. Straty muszą być zawsze rzeczywiste i prawidłowo udokumentowane. W orzecznictwie sądowym dominuje stanowisko, że nie może być uznana za koszt uzyskania przychodu strata w środkach obrotowych będąca następstwem niewłaściwego działania podatnika, czy też innych osób z nim współpracujących”<sup>41</sup>.

W praktyce ugruntował się pogląd, że kosztem podatkowym mogą być niedobory niezawinione. Przed zakwalifikowaniem niedoboru towarów (produktów, materiałów) do kosztów podatkowych należy wziąć pod uwagę całość prowadzonej przez podatnika

<sup>40</sup> Wyrok NSA z dnia 7 sierpnia 2001 r., III SA 2041/00 (Legalis nr 158695).

<sup>41</sup> Wyrok NSA z dnia 17 grudnia 2002 r., III SA 1152/01 (Legalis nr 57164).

działalności, przyczyny powstania straty, sposób jej udokumentowania oraz działania podjęte przez podatnika w celu zabezpieczenia aktywów przed powstaniem strat<sup>42</sup>. Konieczne jest też stwierdzenie, że strata powstała w rezultacie normalnego (tj. typowego w danych okolicznościach) działania podatnika albo na skutek zdarzenia losowego, nieprzewidywalnego, niezamierzonego, niemożliwego lub trudnego do uniknięcia przez podatnika.

Warto również zwrócić uwagę na stanowisko, które wyraził Dyrektor Izby Skarbowej w Poznaniu w interpretacji indywidualnej z dnia 18 stycznia 2013 r.: „(...) dla celów podatkowych tylko stratę powstałą na skutek zdarzeń nieprzewidywalnych, nie do uniknięcia przez racjonalnie działający podmiot można uznać za zdarzenie, które uzasadnia zaliczenie powstałej straty w ciężar kosztów uzyskania przychodów. Należy podkreślić, iż jedynie straty w środkach obrotowych powstałe w trakcie normalnego, racjonalnego działania podatnika, ze szczególnym uwzględnieniem dochowania należytej staranności w trakcie prowadzenia działalności gospodarczej, mogą być uznane za koszt uzyskania przychodu”<sup>43</sup>.

Powszechnie przyjmuje się, że za należyłą staranność uznaje się wszelkie racjonalne działania podejmowane przez jednostkę w celu zminimalizowania ryzyka prowadzonej działalności. W przypadku zaś gdy podatnik swoim działaniem lub zaniechaniem ewidentnie przyczynił się do powstania straty, wówczas nie będzie ona kosztem podatkowym. Jakiegokolwiek zawinienie ze strony podatnika, poprzez niezachowanie staranności wymaganej w danych warunkach (np. poprzez niewłaściwe składowanie towarów, materiałów w miejscach ogólnie dostępnych, brak nadzoru nad magazynem, niepodjęcie próby przypisania odpowiedzialności za braki konkretnym osobom), niedopełnienie obowiązków ciężących na podatniku w celu uniknięcia szkody, uniemożliwia przyjęcie, że powstała szkoda stanowi stratę o charakterze losowym.

Charakter kosztowy mają zatem tylko te straty, które są rzeczywiste, nie powstały z winy podatnika, w szczególności jako wynik jego niedbalstwa, naruszenia przepisów albo w wyniku braku nadzoru nad pracownikami. Kosztem mogą być straty powstałe na skutek zdarzeń nieprzewidywalnych i niemożliwych do uniknięcia przez podmiot gospodarczy racjonalnie i starannie prowadzący swoje interesy<sup>44</sup>. W wielu przypadkach może to być trudne. Istotne jest, aby podatnik podjął jakiegokolwiek działania mające na celu zapobieganie powstawaniu strat i odpowiednie zabezpieczenie aktywów. Możliwość zaliczenia

<sup>42</sup> E. Belon, M. Kobiela, M. Mądryk, *Podatek dochodowy od osób prawnych w 2015*, Warszawa 2015, s. 182.

<sup>43</sup> Indywidualna interpretacja przepisów prawa podatkowego Dyrektora Izby Skarbowej w Poznaniu z dnia 18 stycznia 2013 r., ILPB3/423-423/12-5/AO, [http://sip.mf.gov.pl/sip/index.php?p=1&i\\_smpp\\_s\\_dok\\_nr\\_sek=345138&i\\_smpp\\_s\\_strona=1&i\\_smpp\\_s\\_pozycja=1&i\\_smpp\\_s\\_stron=1](http://sip.mf.gov.pl/sip/index.php?p=1&i_smpp_s_dok_nr_sek=345138&i_smpp_s_strona=1&i_smpp_s_pozycja=1&i_smpp_s_stron=1). Podobnie: indywidualna interpretacja przepisów prawa podatkowego Dyrektora Izby Skarbowej w Łodzi z dnia 31 sierpnia 2012 r., IPTPB3/423-200/12-2/PM, [http://sip.mf.gov.pl/sip/index.php?p=1&i\\_smpp\\_s\\_dok\\_nr\\_sek=317796&i\\_smpp\\_s\\_strona=1&i\\_smpp\\_s\\_pozycja=1&i\\_smpp\\_s\\_stron=1](http://sip.mf.gov.pl/sip/index.php?p=1&i_smpp_s_dok_nr_sek=317796&i_smpp_s_strona=1&i_smpp_s_pozycja=1&i_smpp_s_stron=1); indywidualna interpretacja przepisów prawa podatkowego Dyrektora Izby Skarbowej w Warszawie z dnia 9 września 2013 r., IPPB3/423-418/13-2/MS, [http://sip.mf.gov.pl/sip/index.php?p=1&i\\_smpp\\_s\\_dok\\_nr\\_sek=364867&i\\_smpp\\_s\\_strona=1&i\\_smpp\\_s\\_pozycja=1&i\\_smpp\\_s\\_stron=1](http://sip.mf.gov.pl/sip/index.php?p=1&i_smpp_s_dok_nr_sek=364867&i_smpp_s_strona=1&i_smpp_s_pozycja=1&i_smpp_s_stron=1); indywidualna interpretacja przepisów prawa podatkowego Dyrektora Izby Skarbowej w Katowicach z dnia 28 sierpnia 2014 r., IBPBI/2/423-661/14/JD, [http://sip.mf.gov.pl/sip/index.php?p=1&i\\_smpp\\_s\\_dok\\_nr\\_sek=400188&i\\_smpp\\_s\\_strona=1&i\\_smpp\\_s\\_pozycja=1&i\\_smpp\\_s\\_stron=1](http://sip.mf.gov.pl/sip/index.php?p=1&i_smpp_s_dok_nr_sek=400188&i_smpp_s_strona=1&i_smpp_s_pozycja=1&i_smpp_s_stron=1).

<sup>44</sup> Wyrok WSA w Bydgoszczy z dnia 25 lutego 2014 r., I SA/Bd 115/14 (Legalis nr 952791).

strat w środkach obrotowych do kosztów uzyskania przychodów uzależniona jest od udowodnienia, że podjęte zostały wszelkie dostępne środki zmierzające do ograniczenia powstania niedoborów, a pojawiające się straty związane są z charakterem prowadzonej działalności. Chodzi o to, aby podatnik działający np. w branży gastronomicznej mógł wykazać w przypadku zniszczenia lub utraty towaru wskutek jego nieprzydatności do spożycia, że dochował należytej staranności, żeby tego zdarzenia uniknąć, np. towar był przechowywany w odpowiednich warunkach. Kluczowe jest zatem, aby podatnik nie przyczynił się poprzez działanie lub zaniechanie do zdarzenia, w wyniku którego powstała strata w towarze handlowym.

### 3.2.3. Dokumentacja strat

Aby było możliwe zaliczenie omawianych strat w środkach obrotowych do kosztów uzyskania przychodów, należy je odpowiednio udokumentować. Właściwie sporządzona dokumentacja pełni ważną funkcję dowodową. Pomimo że obowiązek udokumentowania nie wynika wprost z przepisów podatkowych, to wydaje się słuszne wyinterpretowanie go z całokształtu zasad postępowania podatkowego.

Podatnik ma obowiązek wykazać, że wspomniane straty nie powstały w wyniku jego zaniedbań, lecz są typowym zjawiskiem w prowadzonej przez niego działalności gospodarczej. Praktyką dokumentowania strat, akceptowaną przez organy podatkowe, jest sporządzanie protokołów wskazujących niedobory. Protokół strat powinien określać rodzaj szkody, jej ilość, wartość, przyczynę powstania straty, podpisy osób uprawnionych oraz datę<sup>45</sup>.

Dokumentem potwierdzającym stratę „(...) może być także protokół policyjny, straży pożarnej czy innej instytucji, która zajmowała się jej wyjaśnieniem. Oprócz protokołu dokumentem potwierdzającym ich powstanie może być np. zgłoszenie szkody instytucji ubezpieczeniowej. Jeżeli podatnik nie uzyska protokołu strat od organów zewnętrznych, to powinien sporządzić go we własnym zakresie, z podpisem świadków, np. pracowników. Warto również udokumentować wielkość szkód, wykonując dokumentację fotograficzną. W przypadku zaś strat w towarach spożywczych z tytułu ich zepsucia bądź upływu daty przydatności do spożycia, podatnik powinien sporządzić protokół likwidacyjny tych towarów”<sup>46</sup>. Protokół strat warto także uzupełnić o pisemne wyjaśnienia osób materialnie odpowiedzialnych.

Mając na uwadze wyżej poczynione rozważania, należy stwierdzić, że niespełnienie którejkolwiek z przesłanek determinujących zaliczenie ubytków, niedoborów w środkach obrotowych do kosztów uzyskania przychodu oznacza dyskwalifikację takiej straty jako kosztu podatkowego. Nie można uznać za koszt uzyskania przychodów strat w środkach obrotowych powstałych na skutek niewłaściwego działania samego podatnika lub osób

<sup>45</sup> Indywidualna interpretacja przepisów prawa podatkowego Dyrektora Izby Skarbowej w Łodzi z dnia 15 marca 2012 r., IPTPB3/423-326/11-2/IR, [http://sip.mf.gov.pl/sip/index.php?p=1&i\\_smpp\\_s\\_dok\\_nr\\_sek=303763&i\\_smpp\\_s\\_strona=1&i\\_smpp\\_s\\_pozycja=1&i\\_smpp\\_s\\_stron=1](http://sip.mf.gov.pl/sip/index.php?p=1&i_smpp_s_dok_nr_sek=303763&i_smpp_s_strona=1&i_smpp_s_pozycja=1&i_smpp_s_stron=1).

<sup>46</sup> A. Michalik, [w:] A. Michalik, K. Trzpiola, *Straty w towarach spożywczych można zaliczyć do kosztów podatkowych*, <http://www.biuletyn.bdo.pl/biuletyn/podatki-i-rachunkowosc/BDO-Podatki-i-Rachunkowosc/Podatki-na-co-dzien/straty-w-towarach-spozywczych-mozna-zaliczyc-do-kosztow-podatkowych6685.html>.

z nim współpracujących<sup>47</sup>. Słusznie wskazał Wojewódzki Sąd Administracyjny we Wrocławiu w wyroku z dnia 26 kwietnia 2013 r., że „nie jest też kradzież środków pieniężnych z lokat przez pracownika podmiotu prowadzącego działalność gospodarczą zdarzeniem zwykłym, adekwatnym do tak zwanych ubytków naturalnych w towarze. Fakt, że ryzyko kradzieży jest nieodłącznym elementem działalności gospodarczej nie oznacza, że strona takiej kradzieży w drodze odpowiedniego nadzoru pracownika nie mogła uniknąć. Powyższe rozważania nie pozwalają na uznanie, że powstała strata była przez skarżącą niezawiniona i nie miała ona możliwości, aby jej zapobiec, co prowadzi do wniosku, że przedmiotowa strata w środkach pieniężnych nie stanowi kosztu uzyskania przychodu skarżącej”<sup>48</sup>.

#### 4. Podsumowanie

Na pytanie, czy straty w środkach obrotowych można zaliczyć do kosztów uzyskania przychodów, należy udzielić odpowiedzi twierdzącej. Istnieje bowiem możliwość zaliczenia strat w środkach obrotowych do kosztów podatkowych. Dotyczy to tych przypadków, gdy podatnik ponosi wydatki w celu osiągnięcia przychodu, ale z działaniami podatnika nakierowanymi na przychód związane są straty, których nie można było uniknąć i które nie zostały spowodowane niestarannym działaniem lub zaniechaniem podatnika. Powyższe wynika z kompleksowej wykładni przepisu art. 16 ust. 1 oraz art. 15 ust. 1 u.p.d.o.p. (art. 23 ust. 1 oraz art. 22 ust. 1 u.p.d.o.f.).

Jak wskazano w treści artykułu, nie każda strata może zostać ujęta w rachunku kosztowym. Możliwość zaliczenia straty w aktywach obrotowych, tak jak każdego innego wydatku do kosztów uzyskania przychodów, jest uwarunkowana spełnieniem łącznie kilku ustawowych przesłanek. Konieczne jest też stwierdzenie, że strata powstała w rezultacie typowego w danej branży działania podatnika albo na skutek zdarzenia losowego, a podatnik podjął działania zapobiegające powstaniu strat lub przynajmniej minimalizujące ich rozmiary.

Zważywszy na różnorodność rodzajów prowadzonej działalności i zdarzeń powodujących straty, nie jest możliwe przyjęcie jednej – obowiązującej w każdej sytuacji – wykładni. Tym niemniej, warunkiem zaliczenia strat w środkach obrotowych do kosztów uzyskania przychodów jest analiza konkretnego przypadku, obejmująca całokształt prowadzonej działalności, okoliczności, w których straty te powstały oraz formę udokumentowania strat.

<sup>47</sup> Wyrok WSA we Wrocławiu z dnia 10 lutego 2009 r., I SA/Wr 1109/08 (Legalis nr 158383).

<sup>48</sup> Wyrok WSA we Wrocławiu z dnia 26 kwietnia 2013 r., I SA/Wr 250/13 (Legalis nr 736681). Podobnie wyrok NSA z dnia 22 grudnia 2015 r., II FSK 2496/13 (CBOSA).

## **The possibility of recognizing wastage of current assets as deductible expenses**

### **S u m m a r y**

The article discusses the issue whether wastage or exhaustion of current assets may be recognized as deductible expenses. As its side effect, wastage or exhaustion of current assets are unavoidable in the ordinary course of business. The review of statutory conditions which allow expenses be deducted leads to the conclusion that, as a rule, wastage or exhaustion of current assets may be recognized as deductible expenses. Under a general definition of deductible expenses, for an expense to be deducted it has to be unquestionably incurred by a taxpayer in order to obtain, preserve or secure its revenue, as well as it has to be properly documented. Such an expense cannot be listed in a group of expenses which the tax laws directly exclude from being deductible. Pursuant to the doctrine of law and the court practice, wastage or exhaustion of current assets can be recognized as deductible expenses providing that they have indeed occurred, they have been properly documented and they have not resulted from any actions or omissions attributable (*culpable*) to the taxpayer.

## DOPUSZCZALNOŚĆ DOBROWOLNEJ STERYLIZACJI – UWAGI NA TLE PRAWNOPORÓWNAWCZYM

### 1. Wprowadzenie

Zabiegi medyczne związane z prokreacją człowieka stwarzają często wiele problemów prawnych i medycznych. Do grupy tej zaliczyć należy sterylizację, która w świetle współczesnej medycyny uchodzi za jedną z form antykoncepcji<sup>1</sup>. Jest to rutynowo wykonywany, mało inwazyjny (dzięki wykorzystaniu metody laparoskopowej u kobiet oraz metod „bez użycia skalpela” u mężczyzn) zabieg, o minimalnym ryzyku wystąpienia komplikacji<sup>2</sup>. Dodatkowo ze względu na niewielką szansę naturalnej refertylizacji (odtworzenia drożności kanałów)<sup>3</sup>, uchodzi ona za niezwykle skuteczną metodę antykoncepcji<sup>4</sup>. Poza funkcją pozbawienia zdolności płodzenia, sterylizacja w przeszłości wykorzystywana była jako regulator wzrostu demograficznego, bądź w ramach programów społecznych mających na celu wyeliminowanie ze społeczeństwa jednostek o niepożądanych cechach<sup>5</sup>. A. Wąsek<sup>6</sup> jako przykład takich działań podaje projekty ustaw, przygotowywane w Indiach w latach 70-tych XX wieku, wprowadzające prawnokarny obowiązek poddania się zabiegowi sterylizacji, który miał stanowić rozwiązanie problemu przeludnienia oraz obowiązującą w hitlerowskich Niemczech ustawę z 14 sierpnia 1933 r. *zur Verhütung erbkranken Nachwuchses*<sup>7</sup>, wprowadzającą dopuszczalność przymusowej i dobrowolnej sterylizacji. Ustawa ta doprowadziła do tego, że termin sterylizacja łączy się, dla niektórych osób nierozzerwalnie z eksterminacją „gorszych ras” i „niepełnowartościowych obywateli”<sup>8</sup>.

Obecnie poprzez sterylizację rozumie się jedną z metod ubezpłodnienia, polegającą na „pozbawieniu kobiety lub mężczyzny zdolności zapładniania lub poczęcia, bez ograniczania

---

<sup>1</sup> E. Zielińska, *Warunki dopuszczalności zabiegów sterylizacji*, PiP 1985, z. 9, s. 66.

<sup>2</sup> Raport *Engender Health: Contraceptive Sterilization. Global Issues and Trends*, New York 2002, s. 149; <http://www.wazektomia.com/czym-jest-wazektomia>.

<sup>3</sup> M. Kowalewska-Łaguna, *Dobrowolna sterylizacja w prawie polskim na tle prawnoporównawczym*, PiP 2014, z. 1, s. 20.

<sup>4</sup> K. Curtis, *U.S. Selected Practice Recommendations for Contraceptive Use, 2013: Adapted from the World Health Organization Selected Practice Recommendations for Contraceptive Use, 2nd Edition., Centers for Disease Control and Prevention, Recommendations and Reports, June 21, 2013; 62(RR05): 1-46*, <http://www.cdc.gov/mmwr/preview/mmwrhtml/rr6205a1.htm>.

<sup>5</sup> M. Kowalewska-Łaguna, *op. cit.*, s. 20.

<sup>6</sup> A. Wąsek, *Czy dobrowolna sterylizacja jest przestępstwem?*, PiP 1988, z. 8, s. 89.

<sup>7</sup> *Das Gesetz zur Verhütung erbkranken Nachwuchses vom 14. Juli 1933* (RGBl. I, S. 529).

<sup>8</sup> M. Kowalewska-Łaguna, *op. cit.*, s. 20.

zdolności do odbywania stosunków płciowych”<sup>9</sup>. U kobiet polega ona na przerwaniu ciągłości jajowodów przez ich wycięcie, przecięcie, podwiązanie, bądź zamknięcie ich światła (laparotomia, laparoscopia)<sup>10</sup>. Natomiast u mężczyzn jest krótkim zabiegiem polegającym na przecięciu i przewiązaniu powrózków nasiennych (wasoresekcja, wazektomia)<sup>11</sup>. Podkreślić należy, że zabieg sterylizacji nie może być mylony z kastracją (wytrzebieniem) polegającą na nieodwracalnym, chirurgicznym ubezpłodnieniu, spowodowanym usunięciem gonad<sup>12</sup>. Sterylizacja nie wpływa ujemnie, w przeciwieństwie do kastracji, na gospodarkę hormonalną organizmu i popęd seksualny<sup>13</sup>.

## 2. Problem legalności

Powszechnie przyjmuje się, że sterylizacja jest dopuszczalna w wypadku, gdy stanowi czynność leczniczą, czyli jeżeli ukierunkowana jest na ratowanie życia i zdrowia pacjenta, a nie na jego ubezpłodnienie<sup>14</sup>. Poza tym, musi ona spełniać wszelkie przesłanki legalności wymagane dla tego rodzaju czynności. Jako przykład takiej sterylizacji podaje się przeprowadzenie jej na żądanie kobiety, w wypadku, gdy kilkakrotnie rodziła dzieci w wyniku cesarskiego cięcia, a kolejna ciąża zagrażałaby jej życiu<sup>15</sup>. Niezasadnym byłoby odmówienie kobiecie zgody na przeprowadzenie zabiegu w takim przypadku, bowiem jego celem jest ochrona jej zdrowia i życia. Kontrowersje budzi natomiast legalność przeprowadzenia sterylizacji dobrowolnej (na życzenie, dla wygody), dla której przeprowadzenia nie ma żadnych wskazań medycznych. Wskazuje się na kilka przyczyn jej przeprowadzania. Jedną z nich są względy eugeniczne. Chodzi w tym wypadku o zapobieżenie przeniesienia ujemnych cech genetycznych na potomstwo przez osobę cierpiącą na chorobę dziedziczną bądź upośledzoną psychicznie lub fizycznie. Taki rodzaj sterylizacji przewidywały ustawodawstwa m.in. Szwecji, Danii, Finlandii, Norwegii, Chorwacji i Słowenii. Drugą grupę stanowią względy społeczne (wskazania socjalne), rozumiane głównie jako zapobieżenie pogorszeniu się trudnych warunków życiowych<sup>16</sup>. Ostatnią kategorię stanowią szeroko rozumiane inne przyczyny, wśród których wymienia się m.in. wskazania antykoncepcyjne, ideologiczne, egzystencjalne czy religijne<sup>17</sup>. A. Wąsek<sup>18</sup>, jako przykłady wskazuje na popularność w krajach zachodnich – głównie w Stanach Zjednoczonych, tzw. sterylizacji dla wygody, mającej umożliwić swobodę kontaktów seksualnych, bez ryzyka wystąpienia niechcianej ciąży, czy

---

<sup>9</sup> E. Zielińska, *op. cit.*, s. 66.

<sup>10</sup> M. Kowalewska-Laguna, *op. cit.*, s. 21.

<sup>11</sup> G. Williams, *Świątość życia a prawo karne*, Warszawa 1960, s. 71–72.

<sup>12</sup> R. Tokarczyk, *Prawa narodzin, życia i śmierci. Podstawy biojarysprudencji*, Kraków 2000, s. 208.

<sup>13</sup> M. Kowalewska-Laguna, *op. cit.*, s. 21.

<sup>14</sup> *Ibidem*, s. 21.

<sup>15</sup> A. Wąsek, *op. cit.*, s. 88.

<sup>16</sup> *Ibidem*, s. 88–89.

<sup>17</sup> M. Kowalewska-Laguna, *op. cit.*, s. 22.

<sup>18</sup> A. Wąsek, *op. cit.*, s. 89–90.



rozważanie w latach 60-tych XX wieku możliwości dobrowolnej sterylizacji zakonnic przebywających na misjach w Afryce, jako zapobieżenia ciążyom będącym efektem zgwałceń.

Obecnie dobrowolna sterylizacja postrzegana jest przede wszystkim jako metoda antykoncepcji. Znalazło to swoje odzwierciedlenie w aktach międzynarodowych. Można tu wspomnieć o Rezolucji Zgromadzenia Ogólnego ONZ nr 2436 (XXIII) z 9 grudnia 1969 r., która postrzegala sterylizację, jako narzędzie do realizacji prawa do planowania rodziny oraz Rezolucję (75) 29 Komitetu Ministrów Rady Europejskiej z 14 listopada 1975 r., w której zalecono państwowm członkowskim udostępnienie zabiegów sterylizacji na zasadach dotyczących świadczeń medycznych<sup>19</sup>. Dobrowolna sterylizacja została ostatecznie zalegalizowana w wielu krajach, m.in. we Francji, w Indiach, we Włoszech, w Niemczech, w Wielkiej Brytanii i w Stanach Zjednoczonych<sup>20</sup>. Jednak zawsze obwarowana jest ona szeregiem prawnie wymaganych warunków<sup>21</sup>.

Ogólnie można wyróżnić trzy typy stanów prawnych obowiązujących w różnych państwach<sup>22</sup>. W pierwszym, orzecznictwo albo przepisy prawa dopuszczają jednoznacznie możliwość przeprowadzenia sterylizacji, m.in. w Wielkiej Brytanii i Austrii. Drugi model stanowi dopuszczenie dobrowolnej sterylizacji jako realizacji wprowadzonego w państwie programu demograficznego. Taka sytuacja występuje np. w Meksyku. Trzecim typem jest brak jakiegokolwiek uregulowania sterylizacji w przepisach prawnych. Można wskazać także państwa, gdzie sterylizacja, poza względami eugenicznymi czy terapeutycznymi, została całkowicie zakazana. Do tego kręgu zalicza się np. Arabia Saudyjska<sup>23</sup>.

Państwa, które zalegalizowały sterylizację, dokonały tego najczęściej w drodze ustawodawczej poprzez depenalizację dobrowolnego pozbawienia zdolności płodzenia (postąpiono tak we Włoszech w 1978 r.), bądź wprowadzając odpowiednią wzmiankę w klauzuli generalnej mówiącej o zakresie zgody osoby uprawnionej, która uchyla bezprawność czynu (uczyniono tak m.in. w austriackim kodeksie karnym, który w § 90 ust. 2 stanowi, że sterylizacja wykonana przez lekarza na osobie za jej zgodą nie jest bezprawna, jeżeli osoba ta ukończyła 25 lat, albo jeżeli zabieg z innych powodów nie wykracza przeciw dobremu obyczajom<sup>24</sup>), bądź też tworząc szczególny przepis zawierający kontratyp sterylizacji. Ten ostatni sposób wykorzystano w większości państw europejskich (tak m.in. w Danii, Finlandii, Szwecji, Norwegii)<sup>25</sup>.

Zalegalizowanie dobrowolnej sterylizacji wiązało się z przyjęciem jednego z dwóch modeli regulujących warunki jej dopuszczalności<sup>26</sup>. Pierwszy – tzw. model sterylizacji na żądanie przyznaje jednostce prawo wystąpienia z odpowiednim żądaniem przeprowadzenia zabiegu do lekarza. Uprawnienie to może podlegać pewnym ograniczeniom. Najczęściej są

<sup>19</sup> R. Kędziora, *Odpowiedzialność karna lekarza w związku z wykonywaniem czynności medycznych*, Warszawa 2009, s. 415.

<sup>20</sup> Raport..., *op. cit.*, s. 139.

<sup>21</sup> R. Tokarczyk, *op. cit.*, s. 210.

<sup>22</sup> M. Kowalewska-Łaguna, *op. cit.*, s. 22–23.

<sup>23</sup> Raport..., *op. cit.*, s. 90.

<sup>24</sup> *Bundesgesetz vom 23. Jänner 1974 über die mit gerichtlicher Strafe bedrohten Handlungen* (BGBl. Nr. 60/1974).

<sup>25</sup> E. Zielińska, *op. cit.*, s. 70–71.

<sup>26</sup> *Ibidem*, s. 71.

nimi: odpowiedni wiek, np. w Austrii – 25 lat, na Węgrzech – 40 lat, obligatoryjna zgoda współmałżonka, np. w Hondurasie, bądź posiadanie odpowiedniej liczby dzieci – m.in. Tunezja. Warunki te muszą być najczęściej spełnione łącznie<sup>27</sup>. Drugim rozwiązaniem, zdecydowanie rzadziej spotykanym, jest spełnienie szeregu normatywnie określonych warunków, które muszą być stwierdzone przez uprawniony do tego organ<sup>28</sup>. Rozwiązanie takie przyjęto np. w Norwegii<sup>29</sup>. Prawie wszystkie uregulowania posiadają jeden wspólny element – niezbędnym warunkiem przeprowadzenia sterylizacji jest zgoda osoby zainteresowanej<sup>30</sup>.

Polska zalicza się natomiast do państw, w których legalność dobrowolnej sterylizacji nie została rozstrzygnięta na gruncie ustaw, bądź orzecznictwa<sup>31</sup>. Jak wskazuje A. Liszewska, w polskim systemie dopuszcza się jedynie sterylizację ze względów zdrowotnych, która nie wymaga żadnego usprawiedliwienia i stanowi zawsze czynność leczniczą<sup>32</sup>. Wykonanie tego zabiegu na żądanie osoby bez istniejących wskazań leczniczych, bądź z tzw. względów eugenicznych, jest zawsze bezprawne i przyjmuje się, że rodzi odpowiedzialność karną lekarza z tytułu wywołania ciężkiego uszczerbku na zdrowiu w postaci pozbawienia zdolności płodzenia (art. 156 § 1 pkt 1 k.k.). Jak podaje R. Kokot: „znamię pozbawienia zdolności płodzenia musi być interpretowane przy uwzględnieniu odrębności organicznych wynikających z płci pokrzywdzonego. W przypadku mężczyzn oznacza ono utratę zdolności zapłodnienia (*impotentia generandi*). U kobiet realizacja znamienia pozbawiania zdolności płodzenia oznacza natomiast każdy skutek prowadzący do braku zdolności poczęcia (*impotentia concipiendi*), donoszenia ciąży (*impotentia gestandi*) oraz urodzenia dziecka (*impotentia parturiendi*)”<sup>33</sup>.

Doktryna uznaje jednak, że karanie lekarza, który dokonał sterylizacji na życzenie osoby zdolnej do wyrażenia prawnie ważnej zgody, klóci się ze społecznym poczuciem sprawiedliwości. E. Zielińska<sup>34</sup> wskazuje, że przyjmowano różne linie obrony na gruncie kodeksu karnego z 1969 r.<sup>35</sup> Po pierwsze próbowano wykorzystać instytucję stanu wyższej konieczności. Jednak uznać należy, że nie byłyby w tym wypadku spełnione jej zasadnicze warunki – subsydiarność oraz bezpośredniość niebezpieczeństwa, bowiem istnieją inne metody uniknięcia niebezpieczeństwa, jak chociażby, różne metody antykoncepcji, a niebezpieczeństwo jest odległe i niepewne. Drugim proponowanym stanowiskiem było uznanie, że zgoda na własne kalectwo udzielona w celu zapobieżenia rodzeniu się upośledzonych dzieci, bądź dla ratowania zdrowia innej osoby, nie sprzeciwia się zasadom współżycia społecznego. Tego rozwiązania również nie można przyjąć, bowiem jego ocena jest zależna wyłącznie od subiektywnego uznania osób decydujących się na zabieg. Dodatkowo podkreśla się, że to rozwiązanie jest sprzeczne z poglądem, według którego, zgoda na ciężkie

<sup>27</sup> M. Kowalewska-Laguna, *op. cit.*, s. 23.

<sup>28</sup> E. Zielińska, *op. cit.*, s. 71.

<sup>29</sup> M. Kowalewska-Laguna, *op. cit.*, s. 23.

<sup>30</sup> E. Zielińska, *op. cit.*, s. 72-74.

<sup>31</sup> M. Kowalewska-Laguna, *op. cit.*, s. 24.

<sup>32</sup> A. Liszewska, *Odpowiedzialność karna za błąd w sztuce lekarskiej*, Kraków 1998, s. 254.

<sup>33</sup> R. Kokot, [w:] R. Stefański (red.), *Kodeks karny. Komentarz*, Legalis, teza 32 do art. 156.

<sup>34</sup> E. Zielińska, *op. cit.*, s. 68-69.

<sup>35</sup> Ustawa z dnia 19 kwietnia 1969 r. – Kodeks karny (Dz.U. z 1969 r. Nr 13, poz. 94).

uszkodzenie ciała, nawet jeżeli z formalnego punktu widzenia udzielona jest prawidłowo, nie znosi bezprawności czynu. Zgodnie z treścią, omawianą przez Autorkę, linią obrony jest próba wykazania, że dobrowolna sterylizacja nie stanowi przestępstwa z powodu znikomego społecznego niebezpieczeństwa, które implikuje brak przestępności tego czynu (art. 26 k.k. z 1969 r.). Było to również wątpliwe wytłumaczenie, ponieważ nie uchylało bezprawności czynu, a dodatkowo rozwiązanie takie było wyjątkową instytucją, która nie powinna mieć zastosowania w każdym przypadku.

W związku z brakiem trafnego rozwiązania problemu sterylizacji na życzenie, uznawano cały czas, że jest ona zachowaniem bezprawnym w przeciwieństwie do zabiegu przeprowadzonego w celu leczniczym<sup>36</sup>. Taki stan rzeczy był słusznie krytykowany przez część przedstawicieli doktryny<sup>37</sup>, którzy wskazywali na potrzebę zalegalizowania dobrowolnej sterylizacji wykonywanej dla wygody osoby zainteresowanej. Jak podaje E. Zielińska<sup>38</sup>, w projekcie kodeksu karnego z 1963 r., w art. 206, stypizowano przestępstwo dokonania zabiegu pozbawienia zdolności płodzenia, wbrew warunkom, które zezwalałyby na tego typu zabieg, bądź przez osobę nieposiadającą uprawnień. Należy z tego wnioskować, że dobrowolna sterylizacja miała być unormowana prawnie i dozwolona. Ostatecznie żadne z tych rozwiązań nie zostało wprowadzone w życie.

### 3. Regulacja w polskim systemie prawnym

#### 3.1. Uwagi *de lege lata*

Przedstawiciele polskiej doktryny zajmują dwa zasadnicze stanowiska w kwestii dobrowolnej sterylizacji ze względów innych niż lecznicze. Pierwszą grupę stanowią autorzy doszukujący się *de lege lata* dopuszczalności takich zabiegów. Należy do nich m.in. A. Wąsek<sup>39</sup>, uznający, że dobrowolna sterylizacja osoby dojrzałej i poczytalnej, zarówno w celach leczniczych jak i innych, nie jest obecnie czynem przestępnym. Na poparcie tego stanowiska przytacza szereg argumentów. Po pierwsze wskazuje, że powszechnie przyjęta teza o niemożności udzielenia zgody na ciężkie uszkodzenie ciała, jest zbyt stanowczo sformułowana<sup>40</sup>. Kodeks karny nie normuje bowiem granic ważności poprawnie udzielonej zgody, stąd jest to zadanie orzecznictwa i doktryny. Uzasadniając brak skuteczności zgody na tego typu czynności, wskazuje się, że leży to w interesie ogółu, aby jak najmniej osób w społeczeństwie było kalekich, nieproduktywnych, a przez to stanowiących ciężar materialny i moralny dla społeczeństwa<sup>41</sup>. A. Wąsek podkreśla, że taka argumentacja nie może mieć zastosowania

<sup>36</sup> E. Hryniewicz, *Czy zgoda dysponenta dobrem może wyłączyć bezprawność czynu*, Prok. i Pr. 2014, nr 9, s. 62–63.

<sup>37</sup> J. Sawicki, [w:] G. Williams, *Świętość życia, a prawo karne*, Warszawa 1960, s. 345; H. Wolińska, *Przerywanie ciąży w prawie karnym*, Warszawa 1962, s. 126.

<sup>38</sup> E. Zielińska, *op. cit.*, s. 70.

<sup>39</sup> A. Wąsek, *op. cit.*, s. 97.

<sup>40</sup> *Ibidem*, s. 93.

<sup>41</sup> A. Gubiński, *Wyłączenie bezprawności czynu*, Warszawa 1961, s. 81.

dla karalności dobrowolnej sterylizacji<sup>42</sup>. Wskazuje ponadto, że w niektórych przypadkach wyłączono bezskuteczność zgody na ciężkie uszkodzenie ciała: przy transplantacji *ex vivo*<sup>43</sup> oraz w przypadku zabiegów adaptacyjnych<sup>44</sup>. Kolejnym przedstawianym przez A. Wąską<sup>45</sup> argumentem jest to, że karanie sterylizacji przeprowadzonej w celu innym niż leczniczy, powoduje, iż prawo karne, wbrew woli i interesowi jednostki, chroni jej funkcje prokreacyjne, czyli poniekąd chroni ją przed nią samą. Zdolność płodzenia byłaby więc narzucona jednostce przepisami prawa karnego, stanowiącymi najsurowsze środki przymusu państwowego, do czasu jej utraty w wyniku choroby lub wieku. Może stanowić to niedopuszczalne wkroczenie państwa w sferę życia intymnego jednostki<sup>46</sup>. Za bezkarnością dobrowolnej sterylizacji z powodów innych niż lecznicze przemawiać ma również poszanowanie dla prawa jednostki do wolności, samookreślenia się i kształtowania swego postępowania, z zastrzeżeniem, że nie szkodzi to innym<sup>47</sup>.

W doktrynie za dominujący przyjmuje się pogląd, zgodnie z którym zgoda jednostki na rozporządzenie dobrem prawnym jest bezskuteczna, jeżeli jest sprzeczna z zasadami współżycia społecznego<sup>48</sup>. W ocenie A. Wąska zasady współżycia społecznego stanowią zetknięcie się moralności z prawem karnym. Skoro ta gałąź prawa ma sankcjonować bezpośrednio lub pośrednio pewne normy moralne tworzące owe zasady, to muszą mieć one charakter elementarny. „Przemoralizowanie” prawa karnego, odzwierciedlające się w represjonowaniu jako niemoralnych czynów, których ocena nie jest w społeczeństwie jednolita, jak np. dobrowolna sterylizacja ze względów innych niż lecznicze, stanowiłoby zagrożenie dla wolności obywatelskich<sup>49</sup>. Autor ten czyni również ciekawe spostrzeżenie, że karanie dobrowolnej sterylizacji, jako spowodowania ciężkiego uszczerbku na zdrowiu, może skutkować dwukrotnie wyższą karą niżeli zabójstwo eutanatyczne. Wynikałoby z tego, że zdolność płodzenia jest ceniona wyżej niż życie człowieka<sup>50</sup>.

Także M. Kowalewska-Łaguna przytacza argumenty za legalnością *de lege lata* zabiegów dobrowolnej sterylizacji ze względów inne niż lecznicze. Po pierwsze odnosi się do prawa dysponowania własną płodnością<sup>51</sup>. Wywodzi je z preambuły do ustawy z dnia 7 stycznia 1993 r. o planowaniu rodziny, ochronie płodu ludzkiego i warunkach dopuszczalności przerywania ciąży<sup>52</sup>, w której uznano „prawo każdego do odpowiedzialnego decydowania o posiadaniu dzieci oraz prawo dostępu do informacji, edukacji, poradnictwa i środków

<sup>42</sup> A. Wąsek, *op. cit.*, s. 94.

<sup>43</sup> M. Sośniak, *Cywilna odpowiedzialność lekarza*, Warszawa 1977, s. 211–214.

<sup>44</sup> M. Filar, *Prawne i społeczne aspekty transseksualizmu*, PiP 1987, z. 7, s. 68.

<sup>45</sup> A. Wąsek, *op. cit.*, s. 94.

<sup>46</sup> U. Kluga, *Der Rechtsstaat und die Staatsphilosophie der geordneten Anarchie, Festgabe für E. von Hippel*, Bonn 1965, s. 157–158.

<sup>47</sup> A. Wąsek, *op. cit.*, s. 95.

<sup>48</sup> W. Świda, *Prawo karne*, Warszawa 1986, s. 160.

<sup>49</sup> A. Wąsek, *op. cit.*, s. 95–97.

<sup>50</sup> *Ibidem*, s. 94.

<sup>51</sup> M. Kowalewska-Łaguna, *op. cit.*, s. 29–30.

<sup>52</sup> Ustawa z dnia 7 stycznia 1993 r. o planowaniu rodziny, ochronie płodu ludzkiego i warunkach dopuszczalności przerywania ciąży (Dz.U. Nr 17, poz. 78).

umożliwiających korzystanie z tego prawa”. Wskazać należy również na orzeczenie Trybunału Konstytucyjnego z 28 maja 1997 r., sygn. K 26/96<sup>53</sup>, zgodnie z którym: „prawo (do odpowiedzialnego decydowania o posiadaniu dzieci) takie w rzeczy samej można wyprowadzić z zakresu podstawowych praw i wolności człowieka, zaś w samych przepisach konstytucyjnych, z gwarancji, jakie przewidują one dla macierzyństwa i rodziny. Prawo do rodzicielstwa musi być interpretowane w znaczeniu pozytywnym i negatywnym (jako prawo odmowy poczęcia dziecka). Musi oznaczać ono bowiem zakaz podejmowania działań ograniczających wolność posiadania dzieci, jak również zakaz podejmowania działań przymuszających do posiadania dzieci. (...) W istocie wszelką ingerencję, czy to władzy państwowej, czy to innych osób w tę sferę należałoby uznać za niedopuszczalne naruszenie podstawowego prawa każdego człowieka”. Trybunał wywiódł z tego obowiązek zapewnienia obywatelom swobodnego dostępu do środków i metod służących świadomej prokreacji.

Powyższe argumenty prowadzą do rozważenia kwestii, czy zgoda pacjenta może legalizować spowodowanie u niego ciężkiego uszczerbku na zdrowiu w rozumieniu art. 156 § 1 k.k. Pogląd taki był przez długi czas odrzucany przez doktrynę. Jednak pojawiają się głosy opowiadające się za takim rozszerzeniem skuteczności udzielanej zgody<sup>54</sup>. Jak wskazuje R. Kubiak<sup>55</sup>, przemawiają za tym szeroko definiowana sfera wolności i afirmatywne traktowanie prawa do samostanowienia jednostki. Taki pogląd jest zgodny z wywoływaniem przez Trybunał Konstytucyjny w powyżej powołanym wyroku. Wydaje się więc, że państwo nie powinno zmuszać obywatela do zachowania płodności przy wykorzystaniu instrumentów karnoprawnych, a tym samym, szanując jego autonomię oraz prawo do życia prywatnego, zezwolić na wyrażanie zgody dotyczącej utraty przez niego zdolności płodzenia. Oznaczałoby to, że zabieg sterylizacji, formalnie wyczerpujący znamiona przestępstwa z art. 156 § 1 k.k., byłby legalizowany przez zgodę dysponenta dobrem. Jest to jedna z możliwości dopuszczenia *de lege lata* zabiegów dobrowolnej sterylizacji.

M. Kowalewska-Łaguna, opierając się na wynikach badań<sup>56</sup>, podkreśla dalej także wysoką odwracalność zabiegu sterylizacji, uznając, jak najbardziej słusznie, że: „powinien być on traktowany na równi z innymi dostępnymi metodami planowania rodziny. Samemu zainteresowanemu powinno się natomiast pozostawić wybór co do sposobu zahamowania własnej płodności, stopnia jego inwazyjności i ewentualnego ryzyka skutków ubocznych”<sup>57</sup>. Autorka zwraca także uwagę na to, że uznawana za prawnie irrelevantną zgoda na pozbawienie zdolności płodzenia z art. 156 § 1 pkt 1 k.k., w połączeniu z tymczasowością zabiegu ze względu na jego odwracalność, może prowadzić do wniosku, że każda inna metoda antykoncepcji powinna być niedopuszczalna, ze względu na to, że jednostka nie

<sup>53</sup> Orzeczenie TK z dnia 28 maja 1997 r., K 26/96 (OTK ZU 1997, nr 2, poz. 19).

<sup>54</sup> E. Hryniewicz, *Zgoda dysponenta dobrem prawnym na gruncie prawa karnego*, [w:] R. Zawłocki (red.), *Zgoda pokrzywdzonego*, Legalis/el. 2012, s. 12.

<sup>55</sup> R. Kubiak, *Czy zgoda na ciężki uszczerbek na zdrowiu jest skuteczna prawnie?*, [w:] J. Kasprzak, W. Cieślak, I. Nowicka (red.), *Meandry prawa karnego i kryminalistyki. Księga jubileuszowa prof. zm. dra hab. Stanisława Pikulskiego*, Szczytno 2015, s. 160.

<sup>56</sup> G. Yang, T.J. Walsh, S. Shefi, P.J. Turek, *The Kinetics of the Return of Motile Sperm to the Ejaculate After Vasectomy Reversal*, <http://www.ncbi.nlm.nih.gov/pubmed/17509339?dopt=Abstract>.

<sup>57</sup> M. Kowalewska-Łaguna, *op. cit.*, s. 30.

może wyrazić zgody na tymczasowe pozbawienie zdolności płodzenia. Można zastanowić się w tym miejscu, czy ze względu na odwracalność zabiegu sterylizacji, właściwa jest kwalifikacja jego dokonania z art. 156 § 1 pkt 1 k.k. Przyjmuje się, że skutki opisane w tym przepisie stanowią przypadki trwałej, a więc nieodwracalnej utraty zdrowia<sup>58</sup>. Wydaje się więc, że nie można pociągnąć lekarza do odpowiedzialności karnej na tej podstawie. Tym samym, można podjąć próbę kwalifikacji zabiegu sterylizacji na podstawie art. 157 § 1 k.k., jako średniego uszczerbku na zdrowiu, co otwierałoby możliwość zastosowania konstrukcji zgody dysponenta dobrem, powodującej pierwotną legalność czynu. Takie rozwiązanie nie usuwałoby wszystkich problemów. Należałoby bowiem dokonać oceny każdego przypadku *ad casu*, w wyniku której ustaliliby się, czy u konkretnego pacjenta skutki przeprowadzonego zabiegu można odwrócić, czy też nie. Rodziłoby to wiele wątpliwości po stronie lekarza dotyczących możliwej odpowiedzialności karnej.

M. Kowalewska-Łaguna<sup>59</sup> przyjmuje ostatecznie, że dobrowolna sterylizacja dla celów nieterapeutycznych stanowi pozaustawowy kontratyp, którego wtórna legalność wywodzona jest ze zgody, spełniającej wszelkie wymogi ważności, uprawnionego dysponenta dobrem. Dodatkowo zabieg musi spełniać ogólne przesłanki, takie jak: posiadanie uprawnień przez lekarza, działanie zgodnie z zasadami wiedzy i praktyki medycznej. Podkreśla również, że taki rodzaj sterylizacji powinien być jednym z rodzajów dostępnej antykoncepcji<sup>60</sup>.

Przyjęcie konstrukcji kontratypowej, w odniesieniu do tego rodzaju czynności nieterapeutycznej nieuregulowanej w ustawie, wiązałoby się jednakże z pierwotną bezprawnością czynu i koniecznością jego wtórnego usprawiedliwienia. W sferze procesowej natomiast, w powiązaniu z zasadą legalizmu, z koniecznością wszczynania we wszystkich sprawach postępowań karnych. Tym samym takie rozwiązanie *de lege lata* problematyki dobrowolnej sterylizacji nie jest zadowalające.

Na gruncie obecnych uregulowań prawnych spotkać można także stanowiska odmienne, zgodnie z którymi zabiegi dobrowolnej sterylizacji są bezprawne i nie jest możliwe ich przeprowadzanie. G. Rejman<sup>61</sup> wskazała, że w wypadku sterylizacji pozbawionej celu terapeutycznego, można mówić jedynie o różnym zakresie odpowiedzialności, który kształtowałby się w zależności od następstw przeprowadzonego zabiegu – jako ciężki uszczerbek na zdrowiu, przy nieodwracalnych jego następstwach, bądź jako średni uszczerbek na zdrowiu przy odwracalnych. Podobne stanowisko zajmuje M. Filar<sup>62</sup>, podkreślając, że nieodwracalne ubezplodnienie stanowi ciężki uszczerbek na zdrowiu, bowiem pozbawione jest celu leczniczego. Stanowisko zgodne z powyższymi prezentuje również R. Kędziora<sup>63</sup>. Także M. Świdorska stoi na stanowisku, że nieodwracalna sterylizacja „dla wygody” jest niedopuszczalna. Podnosi, że taka interwencja zawiera w sobie pewien element autodestrukcji,

<sup>58</sup> R. Kokot, [w:] R. Stefański (red.), *Kodeks karny. Komentarz*, Legalis/el 2017, teza 28 do art. 156.

<sup>59</sup> M. Kowalewska-Łaguna, *op. cit.*, s. 32.

<sup>60</sup> *Ibidem*, s. 35.

<sup>61</sup> G. Rejman, *Odpowiedzialność karna lekarza*, Warszawa 1991, s. 145–147.

<sup>62</sup> M. Filar, *Odpowiedzialność karna związana z nieterapeutycznymi czynnościami lekarskimi*, PiM 2000, nr 5, s. 69–70.

<sup>63</sup> R. Kędziora, *op. cit.*, s. 426–428.

skutkujący okaleczeniem pacjenta na jego żądanie, stąd nie znajdzie tutaj zastosowania zasada *volenti non fit iniuria*<sup>64</sup>.

### 3.2. Uwagi de lege ferenda

Głosy negujące dopuszczalność dobrowolnej sterylizacji oraz zmiany w społeczeństwie doprowadziły do powstania drugiej zasadniczej grupy poglądów stanowiących postulaty *de lege ferenda*. Do tego nurtu zaliczyć można E. Zielińską<sup>65</sup> postulującą legalizację sterylizacji „dla wygody”, ze względów ideologicznych jako umożliwienie decydowania w pełni o prokreacji oraz ze względów pragmatycznych. Stanowisko to zasługuje na aprobatę jako wychodzące naprzeciw potrzebom społeczeństwa. Autorka wskazuje, że niezbędna jest w tym zakresie regulacja ustawowa, wykorzystująca model sterylizacji na żądanie, która określiłaby szczegółowe warunki jej dopuszczalności. Proponuje, aby zaliczały się do nich: wymóg osiągnięcia określonego wieku (proponycja 25 lub 30 lat), co zapewniłoby, że udzielona zgoda będzie świadoma i przemyślna, pisemna forma jej udzielenia, obowiązek uświadomienia przez lekarza osoby zainteresowanej o charakterze zabiegu, jego zaletach, wadach i skutkach, a także pozostawienie pewnego czasu do namysłu przed przeprowadzeniem zabiegu<sup>66</sup>. Podobne stanowisko zajmuje także R. Krajewski<sup>67</sup>, który dodatkowo proponuje warunek zgody małżonka na przeprowadzenie takiego zabiegu, co wynikać ma z art. 24 k.r.o. Podkreśla się także, że niezbędne jest wprowadzenie zakazu przymusowej sterylizacji<sup>68</sup>.

Rozwiązania proponowane przez E. Zielińską zbliżone są do uregulowań przyjętych w ustawodawstwie federalnym Stanów Zjednoczonych<sup>69</sup>. Według postanowień kodeksowych, dobrowolnej sterylizacji może poddać się osoba, która skończyła 21 lat, jest poczytalna, dobrowolnie wyraziła świadomą zgodę, a sam zabieg przeprowadzony ma zostać między 30 a 180 dniem po wyrażeniu zgody. Szczegółowo zostały uregulowane wymagania stawiane objaśnionej zgodzie (*informed consent*) m.in.: obowiązek poinformowania, że zgoda może zostać cofnięta w każdym momencie przed zabiegiem i nie wpłynie to na prawo do przyszłej opieki medycznej, przedstawienie alternatywnych metod planowania rodziny i kontroli urodzeń, wskazanie, że sterylizacja uchodzi za nieodwracalną, przedstawienie procedury danego zabiegu sterylizacji, podanie pełnego opisu ryzyka i niewygód związanych ze stosowaną metodą, włączając w to wyjaśnienia odnośnie do wykorzystywanego anestetyku, podanie pełnego opisu zalet i korzyści płynących z zabiegu sterylizacji, poinformowanie o niezbędnym czasie, który musi upłynąć do zabiegu. Wskazane są także sytuacje, kiedy niemożliwe jest uzyskanie świadomej zgody, m.in. od osoby w okresie porodu czy pod wpływem alkoholu. Podano także wymóg co do formy udzielanej zgody – musi ona zostać udzielona na piśmie. W uregulowaniach kodeksowych podkreślono, że procedura ta nie

<sup>64</sup> M. Świdorska, *Zgoda pacjenta na zabieg medyczny*, Toruń 2007, s. 330.

<sup>65</sup> E. Zielińska, *op. cit.*, s. 70.

<sup>66</sup> *Ibidem*, s. 75.

<sup>67</sup> R. Krajewski, *Prawa i obowiązki seksualne małżonków. Studium prawne nad normą i patologią zachowań*, Warszawa 2009, s. 185.

<sup>68</sup> E. Zielińska, *op. cit.*, s. 75.

<sup>69</sup> 42 Code of Federal Regulations 441.253.

może zostać zastosowana wobec osób niepełnych, bądź znajdujących się w zakładach psychiatrycznych. Dodatkowo procedury dobrowolnej sterylizacji nie można wykorzystywać dla wykonania histerektomii.

#### 4. Sterylizacja w prawie brytyjskim

Kwestia sterylizacji została uregulowana na gruncie prawnym także w Wielkiej Brytanii. Na wstępie można wspomnieć o sterylizacji eugenicznej, która została poparta w dwóch raportach: *Report on Mental Deficiency* z 1929 r. (tzw. *Wood Report*) oraz *Report on Sterilisation* z 1934 r. (tzw. *Brook Report*), w którym poparto dobrowolną sterylizację osób upośledzonych<sup>70</sup>. Rekomendacje w nich zawarte nie zostały jednak ostatecznie wprowadzone w życie, ze względu na podnoszone obawy co do ochrony praw osób upośledzonych<sup>71</sup>. Problemy pojawiały się także w przypadku sterylizacji przeprowadzanych w celach innych niż eugeniczne. Wskazać można na sprawę *Bravery v Bravery* z 1954 r.<sup>72</sup>, w której rozpatrywano legalność tego zabiegu dokonanego na mężczyźnie, który chciał zapobiec ciąży partnerki. Lord Denning uznał, że sterylizacja ze względów leczniczych bądź eugenicznych jest legalna, jednak przeprowadzona dla wygody mężczyzny jest sprzeczna z prawem i poniżająca. Poglądy te odrzucili pozostali członkowie sądu. Obecnie nie ulega żadnej wątpliwości, że w świetle prawa brytyjskiego, dobrowolna sterylizacja przeprowadzona w celu antykoncepcyjnym jest legalna<sup>73</sup>. Podstawę prawną stanowi tutaj art. 8 załącznika Nr 1 *National Health Service Act 2006*<sup>74</sup>. Niezbędnym wymogiem dla jej przeprowadzenia jest zgoda pacjenta. Wcześniej zalecano uzyskanie także zgody małżonka, ale obecnie nie ma takiego obowiązku<sup>75</sup>.

Bardziej skomplikowanie przedstawia się problem sterylizacji bez zgody osób małoletnich bądź pełnoletnich upośledzonych umysłowo. Przyjmuje się, że jest ona dopuszczalna, ale jedynie w najlepszym interesie takiej osoby (*in the best interest of the patient*), co jest bezwzględnie przestrzegane i badane przy każdej sprawie. W sprawie *Re MB*<sup>76</sup> uznano, że najlepszy interes pacjenta należy rozumieć szeroko i nie ograniczać go jedynie do medycznego interesu pacjenta. Trzeba także uwzględniać czynniki psychologiczne i społeczne. Decyzję, czy sterylizacja leży w najlepszym interesie, ma podejmować sędzia<sup>77</sup>. W przypadku sterylizacji osób małoletnich, brane są pod uwagę dodatkowe okoliczności zawarte w *Children Act 1989*<sup>78</sup>. Są to m.in. uczucia i pragnienia dziecka, jego potrzeby emocjonalne i fizyczne, wiek, płeć, jakakolwiek szkoda, której może doznać lub doznało.

<sup>70</sup> N. Karczewska, *Steryliżacja w prawie angielskim*, PiM 2011, nr 2, s. 56.

<sup>71</sup> J. Macnicol, *Eugenics, Medicine and Mental Deficiency: an introduction*, "Oxford Review of Education" 1983, nr 3, s. 177.

<sup>72</sup> *Bravery v Bravery*, [1954] 1 WLR 1169.

<sup>73</sup> I. Kennedy, A. Grubb, *Medical law*, London, Edinburg, Dublin 2000, s. 1152.

<sup>74</sup> *National Health Service Act 2006*, <http://www.legislation.gov.uk/ukpga/2006/41>.

<sup>75</sup> N. Karczewska, *op. cit.*, s. 58.

<sup>76</sup> *Re MB*, [1997] 38 BMLR 175.

<sup>77</sup> N. Karczewska, *op. cit.*, s. 59.

<sup>78</sup> *Children Act 1989*, <http://www.legislation.gov.uk/ukpga/1989/41>.



Sprawy związane ze sterylizacją upośledzonych małoletnich trafiały do sądów w związku z pełnioną przez nie funkcją opiekuńczą (*wardship jurisdiction*). Wywodzi się ona z obowiązku władzy królewskiej do ochrony swoich poddanych, szczególnie dzieci, będących pokoleniem przyszłości<sup>79</sup>. Obowiązek władzy spełniają sądy, które stają się opiekunem upoważnionym do podejmowania decyzji w interesie dziecka<sup>80</sup>. W każdej ze spraw sąd bada czy sterylizacja jest w najlepszym interesie osoby małoletniej. W sprawie *Re D* sąd odmówił wyrażenia zgody na sterylizację dziewczynki z lekkim upośledzeniem umysłowym, wskazując na duże prawdopodobieństwo poprawy jej stanu w przyszłości i możliwość samodzielnego podjęcia decyzji<sup>81</sup>. Uznano, że sterylizacja naruszyłaby prawo kobiety do rozmnażania. W innej sprawie – *Re B* – sąd uznał, że przeprowadzenie sterylizacji upośledzonej umysłowo w średnim stopniu młodej kobiety, leży w jej interesie, ponieważ ciąża byłaby dla niej nie-szczęściem, a jej stan zdrowotny nie pozwalał na inne metody antykoncepcji<sup>82</sup>. W sprawie tej podkreślono, że nie jest ważne czy sterylizacja przeprowadzana jest w celu terapeutycznym, czy nie. Jest to drugorzędna kwestia, która musi ustąpić miejsca najlepszemu interesowi małoletniego, stanowiącemu kwestię pierwszorzędą.

Sterylizacja osób pełnoletnich upośledzonych umysłowo nastroczała więcej problemów, ponieważ przepisy nie zezwalały na wyrażanie zgody przez pełnomocnika w imieniu osoby dorosłej<sup>83</sup>. W sprawie *T v T*, w której Sąd zetknął się z takim problemem, nie widząc innej możliwości, nawiązano do teorii konieczności, dostrzegając w tym jednak pole do nadużyć w przyszłości, ponieważ lekarze mogliby podejmować działanie uznając, że jest ono niezbędne, nie stosując obiektywnych kryteriów<sup>84</sup>. Z podobnym problemem spotkano się w sprawie *Re F*, w której matka wystąpiła o wydanie deklaracji, że sterylizacja jej upośledzonej córki nie będzie sprzeczna z prawem z powodu braku jej zgody<sup>85</sup>. Jako że córka była pełnoletnia, Sąd nie mógł udzielić zgody, ani jej odmówić. Jediną możliwością było zadeklarowanie legalności sterylizacji, jeśli byłaby ona przeprowadzona w najlepszym interesie pacjenta<sup>86</sup>. Sąd stanął na stanowisku, że lekarz może przeprowadzić operację lub dokonać innej interwencji medycznej, jeżeli uzna, iż działanie takie leży w najlepszym interesie pacjenta. Deklaracja Sądu w tym wypadku jest jedynie pożądana. Kompetencja do podejmowania decyzji w temacie najlepszego interesu pacjenta, a co się z tym wiąże przeprowadzenia zabiegu sterylizacji, została pozostawiona lekarzom z wykorzystaniem testu *Bolama*<sup>87</sup>, który określa granice obowiązku należytej staranności lekarza, wprowadzając wzorzec rozsądnego, zwyczajnego lekarza<sup>88</sup>. Wskazywano, że test *Bolama* niesie ze sobą pewne ryzyko,

<sup>79</sup> [1989] 2 A11 ER 791.

<sup>80</sup> N. Karczewska, *op. cit.*, s. 60.

<sup>81</sup> *Re D*, [1976] 1 A11 ER 326.

<sup>82</sup> *Re B*, [1987] 2 BMLR 126.

<sup>83</sup> N. Karczewska, *op. cit.*, s. 62-63.

<sup>84</sup> *T v T*, [1988] 1 A11 ER 613.

<sup>85</sup> *Re F*, [1989] 4 BMLR 1.

<sup>86</sup> N. Karczewska, *op. cit.*, s. 64.

<sup>87</sup> M. Nesterowicz, *Pravo medyczne*, Toruń 2010, s. 170–171.

<sup>88</sup> N. Karczewska, *op. cit.*, s. 65.

ponieważ zarówno ustalenie najlepszego interesu pacjenta jak i wzorca rozsądnego lekarza złożono w ręce lekarzy, wyłączając z tego procesu sąd<sup>89</sup>. Obecnie rozwiązano ten problem, ponieważ to *Mental Capacity Act 2005* wskazuje, co należy brać pod uwagę przy badaniu najlepszego interesu pacjenta<sup>90</sup>. Są to m.in. wiek, stan pacjenta, fakt czy można oczekiwać w przyszłości poprawy zdrowia i samodzielnego podjęcia decyzji.

Prawo brytyjskie w *Family Law Reform Act 1969* przewiduje, że zgoda na zabieg medyczny może być udzielona przez każdą osobę powyżej szesnastego roku życia<sup>91</sup>. Co do kobiet istnieje możliwość udzielenia przez nie zgody nawet jeżeli mają poniżej 16 lat, jeżeli są wystarczająco dojrzałe psychicznie<sup>92</sup>. W pozostałych przypadkach zgodę udziela odpowiedni podmiot. W 1989 r. rozpoczęto prace nad reformą dotyczącą podejmowania decyzji w imieniu osób upośledzonych umysłowo i nieposiadających zdolności do czynności prawnych. Ostatecznie uchwalono *Mental Capacity Act 2005*, który wszedł w życie w kwietniu 2007 r. i spowodował powstanie *Court of Protection*, który ma prawo wydawać decyzje w imieniu osób niezdolnych do ich samodzielnego podjęcia, także w sprawach osobistych, kierując się kryterium najlepszego interesu zainteresowanego<sup>93</sup>. Zgodnie z punktem 5 *Practice Direction E – Applications Relating To Serious Medical Treatment*<sup>94</sup>, uzupełniającym *The Court of Protection Rules 2007*<sup>95</sup>, do sądu powinny trafiać wszystkie przypadki dotyczące nieterapeutycznej sterylizacji osób niemogących samodzielnie wyrazić zgody na przeprowadzenie zabiegu.

## 5. Podsumowanie

Oceniając obecny stan prawny w Polsce dotyczący legalności przeprowadzenia dobrowolnej sterylizacji w celu nieterapeutycznym, należy stwierdzić, że krajowe uregulowania posiadają istotną lukę prawną. Zasadne są zatem argumenty autorów poszukujących *de lege lata* uzasadnienia dla zniesienia bezprawności dobrowolnej sterylizacji dokonanej w innym niż leczniczy celu. Stanowi ona jedną z form współczesnej antykoncepcji i powinna być dostępna dla dojrzałych i poczytalnych osób. Ze względu na wysoki stopień jej odwracalności, nie wydaje się słuszne postrzeganie jej jako powodującej trwale pozbawienie zdolności płodzenia. Wskazać również należy, że w przypadku dokonania sterylizacji istnieją różne rozwiązania umożliwiające posiadanie dzieci w przyszłości, m.in. przechowanie nasienia, czy odpowiednio komórek jajowych. Jednak aby usunąć wszelkie wątpliwości, wskazane jest odpowiednie, ustawowe uregulowanie tej materii. Pożądane byłoby uchwalenie odrębnej ustawy regulującej kwestię możliwości przeprowadzenia dobrowolnej sterylizacji, która

<sup>89</sup> A. Grubb, D. Pearl, *Sterilisation – courts and doctor as decision makers*, C.L.S. 1989, t. 48, s. 380–382.

<sup>90</sup> *Mental Capacity Act 2005*, <http://www.legislation.gov.uk/ukpga/2005/9>.

<sup>91</sup> *Family Law Reform Act 1969*, <http://www.legislation.gov.uk/ukpga/1969/46>.

<sup>92</sup> *Gillick v West Norfolk & Wisbech Area Health Authority*, [1986] AC 112.

<sup>93</sup> N. Karczevska, *op. cit.*, s. 68.

<sup>94</sup> *Court of Protection: Practice Direction 9E: Applications relating to serious medical treatment*, [http://webarchive.nationalarchives.gov.uk/20110218200720/http://www.hmcourts-service.gov.uk/cms/files/09E\\_-\\_Serious\\_Medical\\_Treatment\\_PD.pdf](http://webarchive.nationalarchives.gov.uk/20110218200720/http://www.hmcourts-service.gov.uk/cms/files/09E_-_Serious_Medical_Treatment_PD.pdf).

<sup>95</sup> *Statutory Instruments 2007 No. 1744 (L. 12) Mental Capacity, England And Wales, The Court of Protection Rules 2007*, [http://www.legislation.gov.uk/uksi/2007/1744/pdfs/uksi\\_20071744\\_en.pdf](http://www.legislation.gov.uk/uksi/2007/1744/pdfs/uksi_20071744_en.pdf).

określałaby procedury i przesłanki dotyczące tych zabiegów, bądź też wprowadzenie odpowiednich regulacji do ustawy o planowaniu rodziny, ochronie płodu ludzkiego i warunkach dopuszczalności przerywania ciąży z dnia 7 stycznia 1993 r. Do warunków jej przeprowadzenia niezbędne byłyby co najmniej: wymóg osiągnięcia 30 lat (ze względu na obserwowane późniejsze zakładanie rodzin i decydowanie się na potomstwo, taka granica wieku wydaje się odpowiednia i zapewnia należyte przemyślenie decyzji), pisemna forma udzielenia świadomej i dobrowolnej zgody, obowiązek poinformowania, że zgoda może zostać cofnięta w każdym momencie, obowiązek uświadomienia przez lekarza osoby zainteresowanej o charakterze zabiegu, jego zaletach, wadach i skutkach, a także pozostawienie pewnego czasu do namysłu przed przeprowadzeniem zabiegu. Uzupełnieniem takiej regulacji byłaby również depenalizacja czynu polegającego na pozbawieniu zdolności płodzenia w skutek dobrowolnie przeprowadzonej sterylizacji, wprowadzona poprzez znowelizowanie art. 156 § 1 k.k., polegająca na wykreśleniu z pkt. 1 zdolności płodzenia i dodanie pkt. 1a o treści: „pozbawienia człowieka zdolności płodzenia z wyjątkiem sterylizacji przeprowadzonej z naruszeniem przepisów ustawy”. Takie rozwiązania stanowiłyby odpowiednie uzupełnienie istniejącej obecnie luki prawnej.

Odnosząc się natomiast do rozwiązań brytyjskich, należy ocenić je pozytywnie. Dopuszczenie możliwości dobrowolnej sterylizacji w celu antykoncepcyjnym, stanowiącej świadomy wybór danej osoby, jest właściwym rozwiązaniem. Kontrowersje wzbudzać może przeprowadzanie nieterapeutycznej sterylizacji osób, które nie mogą same wyrazić zgody na taki zabieg. Wydaje się jednak, że dotychczasowe rozstrzyganie takich spraw przez sądy brytyjskie nie budzi zastrzeżeń, bowiem każdorazowo pochylały się one nad danym przypadkiem i niezwykle wnikliwie go analizowały. Wprowadzenie takiego rozwiązania do polskiego porządku prawnego mogłoby zostać dokonane w oparciu o wnikliwą analizę orzecznictwa sądów brytyjskich i stworzenie odpowiedniej regulacji w akcie prawnym. Niezbędne jest jednak uprzednie ogólne uregulowanie kwestii dopuszczalności dobrowolnej sterylizacji.

## **The admissibility of the voluntary sterilization – a comparative study**

### **S u m m a r y**

Medical procedures associated with human procreation often lead to many legal and medical problems. This group includes sterilization which in the light of modern medicine is one of the forms of contraception. In assessing the current legal status in Poland concerning the legality of the voluntary sterilization for the non-therapeutic purpose, it must be determined that the national rules have a significant legal gap. This leads the representatives of the doctrine to justify the voluntary sterilization or based on current regulations to indicate that a person may freely dispose in this sphere of life, or stress that there is a need to make the appropriate changes in the law. On the other hand, in some countries, like the United States or the United Kingdom, voluntary sterilization is legally allowed, which may provide an example for the Polish legislator.

**GLOSÝ**  
**(COMMENTARIES)**



GLOSS TO THE JUDGEMENT OF THE COURT OF JUSTICE OF THE EUROPEAN UNION  
DATED 23 DECEMBER 2015 IN THE CASE C-297/14 RÜDIGER HOBHOHM V. BENEDIKT  
KAMPIK LTD CO. KG, BENEDIKT ALOYSIUS KAMPIK, MAR MEDITERRANEO WERBE-  
UND VERTRIEBSGESELLSCHAFT FÜR IMMOBILIEN SL  
(ECLI:EU:C:2015:844)

“Article 15(1)(c) of Council Regulation (EC) No 44/2001 of 22 December 2000 on jurisdiction and the recognition and enforcement of judgments in civil and commercial matters, read in conjunction with Article 16(1) of that regulation, must, in so far as it relates to the contract concluded in the context of a commercial or professional activity ‘directed’ by the professional ‘to’ the Member State of the consumer’s domicile, be interpreted as meaning that it may be applied to a contract concluded between a consumer and a professional which on its own does not come within the scope of the commercial or professional activity ‘directed’ by that professional ‘to’ the Member State of the consumer’s domicile, but which is closely linked to a contract concluded beforehand by those same parties in the context of such an activity. It is for the national court to determine whether the constituent elements of that link are present, in particular whether the parties to both of those contracts are identical in law or in fact, whether the economic objective of those contracts concerning the same specific subject-matter is identical and whether the second contract complements the first contract in that it seeks to make it possible for the economic objective of that first contract to be achieved.”

I

1. **Introduction.** Consumer protection plays a vivid role in recent developments of the EU private international law.<sup>1</sup> As to the rules that govern jurisdiction in civil matters the Brussels regulation<sup>2</sup> provides that a consumer who actually concluded a valid contract with

---

\* Author is a Ph.D. candidate at the Department of European Union Law, Institute of International Law, Faculty of Law and Administration, University of Warsaw.

<sup>1</sup> G. Rühl, *The Protection of Weaker Parties in the Private International Law of the European Union: A Portrait of Inconsistency and Conceptual Truancy*, „Journal of Private International Law” 2014, vol. 10, issue 3, p. 335; Z.S. Tang, *Private International Law in Consumer Contracts: A European Perspective*, „Journal of Private International Law” 2010, vol. 6, issue 1, p. 225.

<sup>2</sup> Council Regulation (EC) No 44/2001 of 22 December 2000 *on jurisdiction and the recognition and enforcement of judgments in civil and commercial matters* (OJ L 12 dated 16 January 2001, pp. 1-39), hereinafter: Brussels regulation; Brussels regulation was amended by Regulation (EU) no 1215/2012 of the European Parliament and of the Council of 12 December 2012 *on jurisdiction and the recognition and enforcement of judgments in civil and commercial matters* (recast) that came into force on January 10, 2015. Commented articles of the Brussels regulation i.e. article 15 and 16 have been renumbered, though their content remained unchanged in the

a professional and such a contract falls within one of the categories referred to in Article 15(1)(a) to (c) thereof could sue the counterparty in the place of his or her own domicile.<sup>3</sup> This provision provides a broad exception to the basic rule *actor sequitur forum rei* and, therefore, it is crucial to precisely delimit its scope.

2. According to Article 15(1)(a)-(c) of the Brussels regulation the consumer contracts to which the protective jurisdiction rules apply are: (a) contracts “for the sale of goods on instalment credit terms”; (b) contracts “for a loan repayable by instalments, or for any other form of credit, made to finance the sale of goods” and “(c) in all other cases, the contracts that have been concluded with a person who pursues commercial or professional activities in the Member State of the consumer’s domicile or, by any means, directs such activities to that Member State or to several States including that Member State, and the contract falls within the scope of such activities”.<sup>4</sup>

3. As regards the latter case, it follows from the wording of Article 15(1)(c) of the Brussels regulation that, in order for the contract to be covered by the provisions on protective jurisdiction in consumer matters, two elements must be present.<sup>5</sup> It is necessary, first, that the professional pursues commercial or professional activities in the Member State of the consumer’s domicile or, by any means, directs such activities to that Member State or to several States including that Member State. Secondly, **that the contract at issue comes within the scope of such activities.**<sup>6</sup>

4. In the commented case it was not disputed that the defendant had been directing certain commercial activities to the place of consumer’s domicile. However, the defendant (professional) made direct offer to the claimant (consumer) in which he proposed conclusion of a contract that aimed at ensuring economic viability of a contract agreed beforehand. The first contract fell within the scope of economic activities of the professional while the second did not.

5. The legal doubts that arose were twofold. Firstly, the question was whether a single offer addressed individually to a consumer triggers the protective jurisdiction regime as set forth in Articles 15 and 16 of the Brussels regulation. Secondly and alternatively, whether a consumer could rely on the aforementioned provisions when he sues for a breach of a contract that does not fall within the scope of economic activities of the professional but

---

new articles 17 and 18. Therefore the judgement and comments made thereupon remain importance in the current state of EU law.

<sup>3</sup> Judgement of the Court of Justice of the European Union dated 14 March 2013 in the case C-419/11 *Česká spořitelna, a.s. v Gerald Feichter*, ECLI:EU:C:2013:165, section 30; Judgement of the Court of Justice of the European Union dated 28 January 2015 in the case 375/13 *Harald Kolassa v Barclays Bank plc.*, ECLI:EU:C:2015:37, section 23; Judgement of the Court of Justice of the European Union dated 23 December 2015 in the case C-297/14 *Rüdiger Hobohm v. Benedikt Kampik Ltd Co. KG, Benedikt Aloysius Kampik, Mar Mediterraneo Werbe- und Vertriebsgesellschaft für Immobilien SL*, EU:C:2015:844, section 24.

<sup>4</sup> A. Kunkiel-Kryńska, *Prawo konsumenckie UE – jurysdykcja w sprawach dotyczących umów zawartych przez konsumentów*, „Europejski Przegląd Sądowy” 2012, vol. 9.

<sup>5</sup> U. Magnus, P. Mankowski, *Brussels I Regulation*, Köln 2016, p. 481.

<sup>6</sup> Judgement of the Court of Justice of the European Union dated 23 December 2015 in the case C-297/14 *Rüdiger Hobohm v. Benedikt Kampik Ltd Co. KG, Benedikt Aloysius Kampik, Mar Mediterraneo Werbe- und Vertriebsgesellschaft für Immobilien SL*, EU:C:2015:844, section 27.

which has been concluded as a result of enforcing an earlier agreement that enjoys such protection.

## II

6. **Facts.** Commented case concerns the jurisdiction over consumer transaction-management contract. Rüdiger Hobohm (the Buyer), German citizen, intended to buy an apartment in a tourist complex in Spain. As the complex was a prospective investment, the purchase had been preceded by a brokerage contract in which Spanish entrepreneur B.A. Kampik (the Proxy) acted as an intermediary between the Buyer and Kampik Immobilien KG (the Developer).

7. A year later, in 2005, the Buyer and his wife (acting as buyers) and the Developer (acting as vendor) concluded a contract for sale of the apartment, referred to in the brokerage contract. After the conclusion of the contract the Buyer paid two out of three instalments. However, in 2008 the Developer encountered financial difficulties that jeopardised completion of the construction of the tourist complex.

8. In response to that problem the Proxy offered to the Buyer his services in finishing works on the apartment. The Buyer accepted the offer and travelled to Spain, where a notarised power of attorney conferring on the Proxy the task of safeguarding their interests in relation to the sale contract ('the transaction-management contract') was signed. Consequently, the Buyer provided the Proxy with a sum of the third instalment and an additional fee for deletion of the mortgages. The Proxy transferred the first sum into the account of third party and did not take any action regarding the mortgage register.

9. Because of disagreements that arose between the parties to the transaction-management contract following the Developer's insolvency, the Buyer revoked the power of attorney. Subsequently, he brought an action in Germany where he was domiciled seeking reimbursement of the sums that he had paid to the Proxy. Yet, German courts dismissed his actions on the ground that they lacked jurisdiction over the dispute. The Buyer brought an action before the referring court on a point of law against the appeal decision.

10. **The preliminary question.** The referring court noticed that the actions pursued by the Proxy were "directed to Germany" *via* Internet within the meaning of Article 15(1)(c) of the Brussels regulation as specified in the case *Hotel Alpenhof*.<sup>7</sup> However, the transaction-management contract, if examined in isolation, did not fall within the ambit of economic activities of the Proxy in the place where the Buyer was domiciled.<sup>8</sup>

11. The referring court also noticed that there is a compelling material link between the property-intermediary activity 'directed' by the Proxy 'to' Germany and the conclusion of the transaction-management contract. Namely, if the brokerage and sale contracts had been

---

<sup>7</sup> Judgement of the Court of Justice of the European Union dated 7 December 2010 in the joined cases C-585/08 and C-144/09 *Peter Pammer v Reederei Karl Schlüter GmbH & Co. KG and Hotel Alpenhof GmbH v Oliver Heller*, ECLI:EU:C:2010:740, section 93.

<sup>8</sup> Opinion of Advocate General Cruz Villalón delivered on 8 September 2015 in the case C-297/14 *Rüdiger Hobohm v. Benedikt Kampik Ltd Co. KG, Benedikt Aloysius Kampik, Mar Mediterraneo Werbe- und Vertriebsgesellschaft für Immobilien SL*, ECLI:EU:C:2015:556, section 48.



performed well, the transaction-management contract would not have been concluded. The substantial aim of the last contract was not different from the first and the second, i.e. to provide the Buyer with an apartment that is finished and ready to live-in.

12. Consequently, German Federal Court of Justice stayed the proceedings and referred the question whether a consumer could rely on the provisions on the jurisdiction in consumer matters as specified in Article 15 (1)(c) of the Brussels regulation even if the contested contract does not fall within the ambit of the economic activity directed to the place of the consumer's domicile but which is closely linked to a contract concluded beforehand by the same parties in the context of such activity.

### III

**13. Advocate General's opinion.** Advocate General Cruz Villalón in his opinion argued that in particular circumstances the existence of a precedent agreement between a consumer and an entrepreneur could constitute an indication of 'directing activities' to the country of consumer's domicile. Such circumstances take place where the precedent agreement is a proximate cause of the contested agreement.<sup>9</sup>

14. Moreover, Advocate General claimed that where an entrepreneur makes an offer to a consumer the offer falls within the ambit of the term 'by any means directs activities to that Member State'.<sup>10</sup>

**15. The judgement. The 'directed activities' connecting factor.** Court of Justice of the European Union<sup>11</sup> answered the preliminary question positively. Yet, it did not follow the reasoning of AG but chose the teleological approach. In its reasoning the Court started with examination whether the Proxy directs his activities to Germany. In order to do so the criteria set forth in *Hotel Alpenhof*<sup>12</sup> were used and CJEU summarised that: the Proxy offered his services on the internet by means of a website registered under a top-level domain name, '.com.', written in German; that website provided a contact e-mail address hosted on a server using a top-level domain name '.de'; the support service for the Proxy's commercial activity could be contacted using a Berlin telephone number; and the Proxy used prospectuses written in German for the purposes of his activity. These four indications were sufficient to establish that the Proxy directs his property intermediary activities to Germany. Therefore, potential claims steaming from the brokerage contract would be covered by Article 15 of the Brussels regulation. However, transaction-management

<sup>9</sup> *Ibidem*, sections 49-54.

<sup>10</sup> *Ibidem*, section. 55.

<sup>11</sup> Hereinafter referred to as CJEU

<sup>12</sup> L. Gillies, *Clarifying the 'Philosophy of Article 15' in the Brussels I Regulation: C-585/08 Peter Pammer V Reederei Karl Schlüter GmbH & Co and C-144/09 Hotel Alpenhof Gesmbh V Oliver Heller*, „International & Comparative Law Quarterly” 2011, vol. 60, issue 2, pp. 559–563; M. Pilich, *Kierowanie przez przedsiębiorcę działalności do państwa zamieszkania konsumenta. Glosa do wyroku TS UE z 7.12.2010 r. C-585/08 Peter Pammer p. Reederei Karl Schlüter GmbH & Co. KG i C-144/09 Hotel Alpenhof GesmbH p. Oliver Heller.*, „Polski Proces Cywilny” 2011, vol. 3; D.J.B. Svantesson, *Pammer and Hotel Alpenhof – ECJ decision creates further uncertainty about when e-businesses “direct activities” to a consumer's state under the Brussels I Regulation*, „Computer Law and Security Review: The International Journal of Technology and Practice” 2011, vol. 27.

services do not fall within the ambit of property intermediary activities. Hence the latter contract – if examined in isolation – would not be covered by Article 15 of the commented regulation.<sup>13</sup>

16. Nevertheless, the Court of Justice noticed that after the Developer's insolvency it was not possible to achieve the economic objective of the brokerage contract, i.e. the effective enjoyment of the apartment purchased by the Buyer as a result of the property intermediary activity 'directed' by the Proxy 'to' Germany. It was precisely in order to rectify that failure to achieve the economic objective of the precedent contracts the Proxy proposed the transaction-management contract. The purpose of the latter was to achieve the specific economic objective pursued by means of the brokerage contract.<sup>14</sup>

17. Consequently, even though the transaction-management contract on its own does not come within the scope of the commercial or professional activity 'directed' by the professional 'to' the Member State of the consumer's domicile, it was concluded as a **direct extension of that activity** and complementarily to the brokerage contract. Therefore, even if there is no **legal interdependence** between the brokerage contract and the transaction-management contract, it must be held that there is an **economic link** between them. That link lies in the achievement of the economic objective of the brokerage contract. Without the finishing work as agreed between the parties under the transaction-management contract, that effective enjoyment would not be possible.<sup>15</sup>

18. **Notion of causal link between the contracts.** In order to determine whether there is a close link between such two contracts, the national court must have regard to the constituent elements of that link, in particular: if the parties to both of those contracts are identical in law and in fact; whether the economic objective of these contracts concerning the same specific subject-matter is identical; whether the second contract complements the first, in that it seeks to make it possible for the economic objective of the first contract to be achieved.<sup>16</sup>

19. **Predictability of jurisdiction.** As to the predictability of the rules over the jurisdiction the Court of Justice concluded that its outcome should not be perceived as unpredictable for professionals. If an entrepreneur enters into the contract that falls within the scope of the protective jurisdiction regime and then he proposes to conclude and, as the case may be, does conclude a contract with the same consumer which is intended to achieve the essential objective of the first contract, that professional may reasonably expect both contracts to be subject to the same rules of jurisdiction.<sup>17</sup>

---

<sup>13</sup> Judgement of the Court of Justice of the European Union dated 23 December 2015 in the case C-297/14 *Rüdiger Hobohm v. Benedikt Kampik Ltd Co. KG, Benedikt Aloysius Kampik, Mar Mediterraneo Werbe- und Vertriebsgesellschaft für Immobilien SL*, EU:C:2015:844, sections 19 and 28.

<sup>14</sup> *Ibidem*, section 34.

<sup>15</sup> *Ibidem*, sections 35-36.

<sup>16</sup> *Ibidem*, section 37.

<sup>17</sup> *Ibidem*, section 39.

## IV

20. **Conclusions.** The aim of Article 15 (1)(c) *in fine* was to ensure a proper connection between the contract entered into and the activities of the other party to that contract. Mankowski gives here an example of a professional party who directs advertisements for TV sets to the Member States. When a consumer buys such a TV set his contract will be covered by Article 15 (1)(c). On the other hand, if from the same seller the consumer buys a radio, for which no advertisements have been directed to the Member State of consumer's domicile, the latter cannot rely on the aforementioned Article.<sup>18</sup>

21. In the commented ruling CJEU could have followed one out three ways of interpretation of Article 15(1)(c). The Court of Justice could have declared that the Brussels regulation does not extend to the facts given, or it could have interpreted the Brussels regulation extensively, or finally, it could have claimed that the facts given constitute economic activity directed to the place of the consumer's domicile.

22. The interpretation provided by AG Villalón was based on the last alternative. AG tried to prove that since the Proxy voluntarily offered to the Buyer his transaction-management services then the contract shall be treated as resulting from activity directed to Germany. This interpretation ignored the fact that the Proxy's offer had emergency nature and incidental character. The general rule on the interpretation of legal provisions – *Einmal is kein Mal*<sup>19</sup> – indicates that when something happens only once it should not be classified as a habit. Therefore the Proxy's activity in contract-management should not be perceived as carried on within the ambit of his business activity targeted to Germany.

23. However, the reasoning of AG revealed the sound problem of interpretation of the articles given. The question is **where is the borderline between activities carried on the once-only basis that fall and does not fall within the ambit of Article 15(1)(c).** And consequently, when a single offer made directly to a consumer is sufficient to establish that a contract concluded as a result thereof falls within the scope of economic activities directed to the place of consumer's domicile.

24. One could argue that a consumer to whom a professional addressed an offer directly should enjoy the protection in the place of his domicile.<sup>20</sup> On the other hand, such a broad interpretation rises a question what if an entrepreneur offers a service directly to e.g. one Polish customer while another Pole orders the same without such an offer. In the case of dispute, the question would be whether both consumers could sue counterparty in Poland. The affirmative answer would indicate that the other consumer could claim that the entrepreneur directs his activities to Poland because he made a single offer to the first consumer, which is not convincing. The problem seems unsolvable on the grounds of literal interpretation of the Brussels regulation.

<sup>18</sup> U. Magnus, P. Mankowski, *op. cit.*, p. 499.

<sup>19</sup> Ch. Perelman, *Logique juridique. La nouvelle rhétorique*, Warsaw 1984, p. 134; G. Struck, *Topische Jurisprudenz. Argument und Gemeinplatz in der juristischen Arbeit*, Frankfurt am Main 1971, p. 20 *et seq.*

<sup>20</sup> Opinion of Advocate General Cruz Villalón delivered on September 8, 2015 in the case C-297/14 *Rüdiger Hobohm v. Benedikt Kampik Ltd Co. KG, Benedikt Aloysius Kampik, Mar Mediterraneo Werbe- und Vertriebsgesellschaft für Immobilien SL*, ECLI:EU:C:2015:556, section 55.

25. In its reasoning CJEU avoided answering the aforementioned problem and choose rather teleological though very narrow approach. Instead of reinterpreting facts so as to make them correspond to the legal provisions a new test regarding causal link between contracts has been formulated. The established test extends the protection of the weaker party to the situations where it is not obvious whether a concluded contract falls within the scope of activities directed to the place of consumer's domicile. So as to fulfil it parties must have agreed a new contract in order to ensure the economic viability of another one that is undoubtedly covered by the protective jurisdiction regime.

26. Despite the fact that the adopted interpretation extends the provisions of the Brussels regulation and is not supported by its literal interpretation it will have good impact on litigation policy. The CJEU provided a flexible solution to all business-to-consumer situations where parties want to give another chance and rectify a failure in order to achieve the economic objective of a precedent agreement instead of going to the court and sue for breach of the contract. After *Rüdiger Hobohm* situation of a consumer remains identical regardless of whether he sues for the breach of former or latter contract. Literal interpretation of the Brussels regulation would mean that the second contract may or may not be a subject of jurisdiction of another country depending whether the counterparty directs activities agreed in the second contract to the place of consumer's domicile. As long as 'directing activity' (connecting factor) remains very imprecise it would be difficult for consumers to establish the jurisdiction over the prospective dispute at the time of the renegotiation of the breached agreement. Now a consumer can give a professional the second chance without losing protective regime if the second offer turns out to be fraudulent.

27. Therefore, such an approach should be evaluated positively because of its simplicity, predictability and fairness in outcomes. On the other hand status of a single offer directed to the consumer is still to be clarified.<sup>21</sup>

---

<sup>21</sup> See more: C. Nourissat: *L'"objectif économique" au soutien des contrats de consommation et de la compétence protectrice du règlement "Bruxelles I"*, „Procédures” 2016, vol. 2, p.20; L. Idot, *Contrats conclus par les consommateurs*, „Europe”, 2016 vol. 2, pp. 41-42; P. Mankowski, *Enge Verbindung zu früher geschlossenem Verbrauchervertrag – Gerichtsstand*, „Neue juristische Wochenschrift” 2016, p. 699.

## S u m m a r y

Rüdiger Hobohm case concerns interpretation of the term „scope of the commercial or professional activity ‘directed’ by that professional ‘to’ the Member State of the consumer’s domicile” within the meaning of article 15 (1)(c) of the regulation 44/2001. In this judgment CJEU broadened the concept of the directing activity connecting factor. Namely, consumer could sue the entrepreneur in the place of his own domicile when the second contract concluded between him and his professional counterparty is closely linked to a contract concluded beforehand by those same parties in the context of such an activity. It is for the national court to determine whether the constituent elements of that link are present, in particular whether the parties to both of those contracts are identical in law or in fact, whether the economic objective of those contracts concerning the same specific subject-matter is identical and whether the second contract complements the first contract in that it seeks to make it possible for the economic objective of that first contract to be achieved.

*Katarzyna Stradomska\****GŁOSA DO WYROKU TRYBUNAŁU KONSTYTUCYJNEGO Z DNIA 16 PAŹDZIERNIKA 2014 R.,  
SK 20/12 (OTK SERIA A 2014 NR 9, POZ. 102)**

Trybunał Konstytucyjny po rozpoznaniu, z udziałem skarżącej oraz Sejmu i Prokuratora Generalnego, na rozprawie w dniu 16 października 2014 r., skargi konstytucyjnej spółki „S.” sp. z o.o. z siedzibą w Poznaniu o zbadanie zgodności art. 15 ust. 1 pkt 4 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (Dz.U. z 2003 r. Nr 153, poz. 1503 ze zm.) z art. 20, art. 22, art. 31 ust. 1–3 Konstytucji,

**orzeka:**

**Art. 15 ust. 1 pkt 4 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (Dz.U. z 2003 r. Nr 153, poz. 1503 ze zm.) jest zgodny z art. 20 w związku z art. 22 Konstytucji Rzeczypospolitej Polskiej.**

Ponadto postanawia:

na podstawie art. 39 ust. 1 pkt 1 ustawy z dnia 1 sierpnia 1997 r. o Trybunale Konstytucyjnym (Dz.U. z 1997 r. Nr 102, poz. 643 ze zm.) umorzyć postępowanie w pozostałym zakresie ze względu na niedopuszczalność wydania wyroku.

## **1. Uwagi ogólne**

Głosowane orzeczenie Trybunału Konstytucyjnego zasługuje na uwagę z kilku względów. Po pierwsze, Trybunał Konstytucyjny rzadko rozpatruje sprawy zakotwiczone w prawie konkurencji i nigdy nie poddawał analizie ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (Dz.U. z 2003 r. Nr 153, poz. 1503 ze zm.). W komentowanym wyroku Trybunał Konstytucyjny oceniał zgodność z Konstytucją RP art. 15 ust. 1 pkt 4 u.z.n.k., który stanowi, że „czynem nieuczciwej konkurencji jest utrudnianie innym przedsiębiorcom dostępu do rynku w szczególności przez pobieranie innych niż marża handlowa opłat za przyjęcie towaru do sprzedaży”. Po drugie, problematyka tzw. opłat półkowych ma ogromne znaczenie dla praktyki obrotu i wciąż wzbudza wiele kontrowersji, o czym świadczy chociażby fakt, że zagadnienie to jest nieustannie przedmiotem wypowiedzi sądów powszechnych<sup>1</sup>, Sądu

---

\* Autorka jest doktorantką w Katedrze Prawa Cywilnego na Wydziale Prawa i Administracji Uniwersytetu Warszawskiego.

<sup>1</sup> Zob. m.in. wyrok SA w Warszawie z dnia 28 października 2011 r., VI ACa 392/11 (Legalis nr 440214); wyrok SA w Warszawie z dnia 21 kwietnia 2011 r., VI ACa 1179/10 (Legalis nr 393888); wyrok SA w Krakowie z dnia 2 października 2012 r., I ACa 864/12 (Legalis nr 719574); wyrok SA w Krakowie z dnia 14 listopada 2013 r., I ACa 1082/13 (Legalis nr 1079720); wyrok SA w Warszawie z dnia 3 sierpnia 2006 r.,

Najwyższego<sup>2</sup> oraz przedstawicieli doktryny<sup>3</sup>. Po trzecie, norma ta od chwili jej wprowadzenia do systemu prawnego stanowiła podstawę licznych roszczeń konstruowanych najczęściej w linii dostawca-sieć handlowa. Z tych względów rozstrzygnięcie co do zgodności art. 15 ust. 1 pkt 4 u.z.n.k. z Konstytucją ma istotne znaczenie dla obrotu prawnego.

Z uwagi na ramy niniejszej glosy podejmę analizę jedynie wybranych zagadnień, które wylaniają się na tle komentowanego rozstrzygnięcia. Ocenę proporcjonalność art. 15 ust. 1 pkt 4 u.z.n.k. oraz postaram się odpowiedzieć na dwa pytania szczegółowe – czy można skutecznie mówić o istnieniu konstytucyjnego prawa podmiotowego do uczciwej konkurencji, a także czy zachowanie równowagi pomiędzy kontraktującymi stronami znajduje uzasadnienie konstytucyjne.

## 2. Stan faktyczny i stanowisko Trybunału Konstytucyjnego

Głosowane orzeczenie zostało wydane w odniesieniu do poniżej przedstawionego stanu faktycznego. Wyrokiem z dnia 30 października 2008 r., IX GC 117/08, Sąd Rejonowy w Poznaniu oddalił powództwo przeciwko S. sp. z o.o. (dalej: skarżąca) o zwrot dodatkowych opłat, w tym opłat za marketing produktów, pobranych z naruszeniem art. 15 ust. 1 pkt 4 u.z.n.k. Skarżąca pobrała od powoda – oprócz marży handlowej – opłaty za marketing produktów w sklepach skarżącej naliczane procentowo od wartości towaru nabytego wcześniej od powoda. Sąd pierwszej instancji uznał, że działania skarżącej nie wyczerpywały znamion czynu nieuczciwej konkurencji, stypizowanego w art. 15 ust. 1 pkt 4 u.z.n.k., a pobrane opłaty były uzasadnione z uwagi na ekwiwalentne świadczenie (promocja towarów powoda) spełnione przez skarżącą.

W wyniku wniesionej przez powoda apelacji, Sąd Okręgowy w Poznaniu wyrokiem z dnia 12 lutego 2009 r., X Ga 427/08, zmienił zaskarżone rozstrzygnięcie i uznał powództwo za zasadne, zasądzając dochodzone przez powoda kwoty od skarżącej. Sąd drugiej instancji stwierdził, że w rzeczywistości opłaty marketingowe pobierane przez skarżącą

---

I ACa 269/06 (niepubl.); wyrok SA we Wrocławiu z dnia 13 marca 2013 r., I ACa 48/13 (Legalis nr 736363); wyrok SA w Krakowie z dnia 14 kwietnia 2015 r., I ACa 90/15 (Legalis nr 1285563).

<sup>2</sup> Zob. m.in. wyrok SN z dnia 17 kwietnia 2015 r., I CSK 136/14 (Legalis nr 1245340); wyrok SN z dnia 23 lipca 2015 r., I CSK 587/14 (Legalis nr 1331166); wyrok SN z dnia 9 stycznia 2008 r., II CK 4/07 (Legalis nr 140168); wyrok SN z dnia 20 lutego 2014 r., I CSK 236/13 (Legalis nr 993187); wyrok SN z dnia 6 czerwca 2014 r., III CSK 228/13 (Legalis nr 1067177).

<sup>3</sup> Zob. m.in. M. Mioduszewski, J. Sroczynski, [w:] M. Zdyb, M. Sieradzka (red.), *Ustawa o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji. Komentarz*, Warszawa 2010, s. 516–546; T. Skoczny, M. Bernatt, [w:] J. Szwaja (red.), *Ustawa o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji. Komentarz*, Warszawa 2013, s. 607–622; E. Nowińska, M. du Vall, *Komentarz do ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji*, Warszawa 2013, s. 243–283; W.J. Kocot, A. Stokłosa, *Pobieranie innych niż marża handlowa opłat za przyjęcie towaru do sprzedaży – uwagi krytyczne na tle praktyki kontraktowej i aktualnego orzecznictwa*, PPH 2014, nr 10, s. 8–19; C. Banasiński, M. Bychowska, *Utrudnianie dostępu do rynku poprzez pobieranie innych niż marża handlowa opłat za przyjęcie towarów do sprzedaży (art. 15 ust. 1 pkt 4 u.z.n.k.)*, PPH 2008, nr 4, s. 10–17; C. Banasiński, M. Bychowska, *Ekonomiczne aspekty stosowania art. 15 ust. 1 pkt 4 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji*, PPH 2011, nr 10, s. 4–11; K. Szczepanowska-Kozłowska, *Pobieranie innych niż marża handlowa opłat za przyjęcie towaru do sprzedaży. Glosa do wyroku. SN z 26.01.2006 r., II CK 378/05*, „Glosa” 2007, nr 2, s. 105–118.

stanowiły opłaty za przyjęcie towaru do sprzedaży, a zatem doszło do zrealizowania znamion czynu nieuczciwej konkurencji opisanego w art. 15 ust. 1 pkt 4 u.z.n.k. Z wyrokiem Sądu Okręgowego skarżąca związała naruszenie jej praw oraz wolności konstytucyjnych i wniosła o orzeczenie przez Trybunał Konstytucyjny, że art. 15 ust. 1 pkt 4 u.z.n.k. jest niezgodny z art. 2, art. 20, art. 22, art. 31 ust. 1-3 oraz art. 121 ust. 2 Konstytucji.

W głosowanym wyroku, będącym konsekwencją rozpoznania skargi konstytucyjnej z dnia 25 maja 2009 r., Trybunał Konstytucyjny uznał, że art. 15 ust. 1 pkt 4 u.z.n.k. jest **zgodny** z art. 20 w związku z art. 22 Konstytucji oraz jest rozwiązaniem: **przydatnym** do realizacji celu zakładanego przez prawodawcę i uzasadnionego w świetle konstytucyjnych wartości, **niezbędnym** dla ochrony konstytucyjnych praw osób trzecich oraz ochrony społecznej gospodarki rynkowej, a także spełniającym wymóg **proporcjonalności sensu stricto**.

Trybunał Konstytucyjny zwrócił także uwagę na fakt, iż skarżąca nie skoordynowała podnoszonych – w uzasadnieniu skargi konstytucyjnej – zarzutów z wzorcami kontroli. W *petitum* skargi konstytucyjnej wskazano na naruszenie art. 20, art. 22 oraz art. 31 ust. 1–3 Konstytucji. Zaś w uzasadnieniu skarżąca skoncentrowała się na nieproporcjonalnej ingerencji prawodawczej w wolność działalności gospodarczej i na niezgodności zaskarżonego przepisu z art. 20 i art. 22 Konstytucji. Stąd Trybunał Konstytucyjny stwierdził, że skarga konstytucyjna w zakresie kontroli art. 31 ust. 1–3 Konstytucji nie spełniła wymogów określonych w art. 47 ust. 1 pkt 2 ustawy z dnia 1 sierpnia 1997 r. o Trybunale Konstytucyjnym (Dz.U. z 1997 r. Nr 102, poz. 643 ze zm.), zatem wydanie wyroku było niedopuszczalne, więc postępowanie w tym zakresie zostało umorzone na podstawie art. 39 ust. 1 pkt 1 u.t.k. Nie stało to natomiast na przeszkodzie uczynieniu art. 31 Konstytucji „punktem odniesienia merytorycznych rozważań”<sup>4</sup> Trybunału Konstytucyjnego podczas oceny zgodności art. 15 ust. 1 pkt 4 u.z.n.k. z art. 20 w związku z art. 22 Konstytucji.

### 3. Rozważania na tle rozstrzygnięcia Trybunału Konstytucyjnego

#### 3.1. Uczciwa konkurencja a Konstytucja

Trybunał Konstytucyjny w komentowanym rozstrzygnięciu nie podjął próby odpowiedzi na istotne pytanie, a mianowicie – czy można skutecznie mówić o istnieniu konstytucyjnego prawa podmiotowego do uczciwej konkurencji?

Co prawda art. 76 Konstytucji, który stanowi, że „władze publiczne chronią konsumentów, użytkowników i najemców przed działaniami zagrażającymi ich zdrowiu, prywatności i bezpieczeństwu oraz przed nieuczciwymi praktykami rynkowymi”, ma na celu ochronę konkurencji, lecz – zgodnie z linią orzecniczą Trybunału Konstytucyjnego – jest to wyłącznie pewna wytyczna kierunkująca politykę państwa<sup>5</sup>. Warto dostrzec, że art. 20 Konstytucji też nie wymienia konkurencji w katalogu podstaw ustroju gospodarczego. Ponadto, chociaż doktrynalna wykładnia art. 22 Konstytucji wskazuje, iż przewidziana w tym przepisie

<sup>4</sup> W ten sposób dokładnie ujął to Trybunał Konstytucyjny w głosowanym orzeczeniu.

<sup>5</sup> Zob. m.in. wyrok TK z dnia 29 maja 2001 r., K 5/01 (OTK 2001, nr 4, poz. 87).



swoboda działalności gospodarczej obejmuje również „swobodę konkurowania z innymi podmiotami rynkowymi”<sup>6</sup>, to przepis ten nie wskazuje wprost istnienia takiej swobody. W orzecznictwie Trybunału Konstytucyjnego pojawiały się odniesienia do „zasady uczciwej konkurencji” lub „zasady równoprawnej konkurencji”<sup>7</sup>, jednak Trybunał nie wskazał wprost konkretnej podstawy normatywnej obowiązywania owych zasad.

Zatem należy przyjąć, że Konstytucja samodzielnie nie ustanawia wolnej ani uczciwej konkurencji, ale czynią to ustawy rozwijające jej postanowienia – ustawa z dnia 16 lutego 2007 r. o ochronie konkurencji i konsumentów (Dz.U. z 2015 r. poz. 184 ze zm.), regulująca m.in. zasady i tryb przeciwdziałania praktykom ograniczającym konkurencję oraz naruszającym zbiorowe interesy konsumentów; oraz u.z.n.k., która jako dobro chronione statuuje uczciwą konkurencję.

Niewątpliwie wolna i uczciwa konkurencja jest jednym z najważniejszych gwarantów wolności gospodarczej, którą ustanawia art. 20 Konstytucji<sup>8</sup>. Jednak fakt ten nie wydaje się być wystarczającą podstawą do tego, by mówić o istnieniu konstytucyjnego prawa podmiotowego do uczciwej konkurencji. Kluczowe dla tych rozważań są pojęcia prawa podmiotowego oraz normy programowej. Prawo podmiotowe jest to norma wskazująca precyzyjnie określonego adresata, dająca mu możliwość wyboru, czy będzie dochodził swojego prawa oraz kształtująca jego sytuację prawną. Zaś norma programowa jest skierowana do władz publicznych i określa cel ich aktywności. W moim przekonaniu żaden przepis Konstytucji nie daje podstaw do tego, aby wywieść z niego prawo podmiotowe do uczciwej konkurencji.

Brak prawa podmiotowego do uczciwej konkurencji nie oznacza jednak automatycznego wykluczenia istnienia pewnych pozytywnych obowiązków po stronie ustawodawcy. Normy art. 20 w zw. z art. 2, art. 30 i art. 32 ust. 2 Konstytucji warunkują konieczność takiego ukształtowania ustroju gospodarczego, który byłby społecznie sprawiedliwy oraz opierałby się na zgodnej współpracy autonomicznych podmiotów. Na władzy publicznej ciąży więc obowiązek uregulowania relacji gospodarczych w ten sposób, by naturalnie zachodzące na rynku relacje konkurencyjne nie skutkowały faktycznym wyzyskiem czy wykluczeniem jakichkolwiek podmiotów z uczestnictwa w obrocie gospodarczym lub naruszaniem ich autonomii.

W doktrynie niemieckiej wprost wskazuje się na funkcjonowanie tzw. reguły *Schutzpflicht*, tzn. istnienia po stronie państwa pozytywnego i obiektywnego obowiązku zapewnienia ochrony konstytucyjnie chronionych dóbr poprzez rozgraniczenie sfer wolności poszczególnych jednostek<sup>9</sup>. W rozważanej sytuacji właściwe ukształtowanie relacji konkurencyjnych

<sup>6</sup> Zob. J. Kolacz, *Swobody częstkowe a swoboda działalności gospodarczej*, RPEiS 2008, z. 2, s. 80 i powołana tam literatura.

<sup>7</sup> Np. wyrok TK z dnia 18 lipca 2013 r., SK 18/09 (OTK Seria A 2013, nr 6, poz. 80); wyrok TK z dnia 11 października 2011 r., P 18/09 (OTK Seria A 2011, nr 8, poz. 81).

<sup>8</sup> Na związek między wolnością działalności gospodarczej a „równością konkurencji” wskazuje m.in. Naczelny Sąd Administracyjny w wyroku z dnia 13 maja 2009 r., II GSK 911/08 (Legalis nr 238225); a także B. Banaszak, *Konstytucja Rzeczypospolitej Polskiej. Komentarz*, Warszawa 2012, s. 163–164.

<sup>9</sup> Zob. H.-G. Dederer, *Gentechnikrecht im Wettbewerb der Systeme. Freisetzung im deutschen und US-amerikanischen Recht*, Springer-Verlag 2013, s. 70–72 i powołana tam literatura.

stanowi konstytucyjnie chronione kolektywne dobro objęte zakresem pozytywnego obowiązku władz publicznych.

Mając powyższe na uwadze należy zaznaczyć, iż zapewnienie właściwego ukształtowania konkurencji w społecznej gospodarce rynkowej musi dokonywać się z zachowaniem wymogów przewidzianych przez normę art. 31 ust. 3 Konstytucji, które mają szczególnie istotne znaczenie w sytuacjach, gdzie dochodzi do ograniczenia swobody działalności gospodarczej.

#### **4. Czy zachowanie równowagi pomiędzy kontraktującymi stronami znajduje uzasadnienie konstytucyjne?**

Trybunał Konstytucyjny uznał w głosowanym orzeczeniu, że art. 15 ust. 1 pkt 4 u.z.n.k. jest niezbędny dla zachowania równowagi kontraktowej, która – zdaniem Trybunału Konstytucyjnego – wynika z ustanowionych granic zasady wolności umów, wyrażonej w art. 353<sup>1</sup> k.c.

W świetle tego zagadnienia należy najpierw rozważyć czy przyjęte przez Trybunał Konstytucyjny, w niniejszej sprawie, wzorce kontroli – art. 20 Konstytucji oraz art. 22 Konstytucji – są w ogóle adekwatnymi normami, to znaczy czy można wyprowadzić z nich zasadę swobody umów. Owa zasada, przewidziana w art. 353<sup>1</sup> k.c., jest jedynym z naczelnych założeń prawa zobowiązań. Obejmuje ona trzy aspekty: swobodę decyzji co do zawarcia umowy; możliwość wyboru kontrahenta; możliwość swobodnego kształtowania treści umowy. Niektórzy przedstawiciele doktryny jako składnik zasady swobody umów traktują także wolność wyboru formy<sup>10</sup>.

Konstytucja wprost nie proklamuje zasady swobody umów, jednak nie oznacza to, że nie ma ona podstaw konstytucyjnych. Zgodnie z genezą zasady swobodnego kontraktowania, a więc z uwagi na jej związek z doktryną liberalizmu, należy ją widzieć w pierwszej kolejności przez pryzmat wolności jednostki. Artykuł 31 ust. 1 i 2 Konstytucji stanowi, że „wolność człowieka podlega ochronie prawnej”, a „każdy jest obowiązany szanować wolności i prawa innych”, przy czym „nikogo nie wolno zmuszać do czynienia tego, czego prawo mu nie nakazuje”. Stoję na stanowisku, że normy płynące z tego przepisu Konstytucji najlepiej odpowiadają cywilistycznej koncepcji autonomii woli stron stosunku kontraktowego<sup>11</sup>. Również w doktrynie niemieckiej przyjmuje się, iż zasada swobody umów wynika z gwarantowanego konstytucyjnie prawa do swobodnego rozwoju osobowości oraz z nienaruszalnej wolności każdej osoby. Wreszcie w świetle stanu faktycznego, w którym wydano głosowane orzeczenie, szczególnie istotne jest, że obowiązek poszanowania wolności człowieka ma zastosowanie nie tylko do relacji człowieka z państwem i władzami publicznymi, ale także do stosunków między samymi jednostkami. Zatem z art. 31 ust. 1 i 2 Konstytucji niewątpliwie wynika, że nie wolno nikogo zmuszać do zawarcia umowy lub zakazywać mu zawarcia umowy ani zmuszać do wyboru określonego kontrahenta ani też narzucać konkretnych postanowień umownych, o ile przepisy prawa nie stanowią inaczej.

<sup>10</sup> Zob. m.in. M. Safjan, [w:] K. Pietrzykowski (red.), *Kodeks cywilny. Komentarz*, t. 1, Warszawa 2013, s. 943; uchwała SN z dnia 28 kwietnia 1995 r., III CZP 166/94 (Legalis nr 29265).

<sup>11</sup> Tak też Trybunał Konstytucyjny w wyroku z dnia 29 kwietnia 2003 r., SK 24/02 (Legalis nr 56666).

Zasadniczym pytaniem w świetle niniejszych rozważań jest – czy zasadę swobody umów można rozpatrywać także w kontekście innych norm rangi konstytucyjnej? Doktryna stoi na stanowisku, że podstawy do konstytucyjnej ochrony swobody umów można poszukiwać nie tylko w art. 31 Konstytucji, ale także w art. 20 Konstytucji<sup>12</sup>. Natomiast w orzecznictwie Trybunału Konstytucyjnego zasadniczo przyjmuje się, że zasada swobody umów jest przede wszystkim pochodną art. 31 ust. 1 i 2 Konstytucji<sup>13</sup>, jednocześnie dostrzega się, że jest ona w pewnym zakresie związana z zasadą społecznej gospodarki rynkowej<sup>14</sup>. W moim przekonaniu nieprecyzyjnym jest traktowanie swobody kontraktowania jako pochodnej wolności działalności gospodarczej. Zasady te mają bowiem odmienny zakres przedmiotowy i podmiotowy. Zasada swobody umów dotyczy wszystkich umów zobowiązujących zawieranych przez wszystkie podmioty prawa cywilnego. Natomiast zasada wolności działalności gospodarczej dotyczy jedynie podmiotów prowadzących działalność gospodarczą i umów zawieranych w ramach prowadzenia takiej działalności. Oczywisty związek między tymi zasadami (wynikający chociażby z tego, że nie można mówić o wolności gospodarczej bez wolności umów) nie uprawnia wniosku, że konstytucyjną podstawą zasady swobody umów jest zasada wolności działalności gospodarczej, jest nią, w moim przekonaniu, przede wszystkim art. 31 ust. 1 i 2 Konstytucji, proklamujący ochronę wolności człowieka.

Jednocześnie jednak wzmianki wymaga wyrok Trybunału Konstytucyjnego z dnia 21 listopada 2005 r., w którym Trybunał podniósł, iż swoboda działalności gospodarczej wskazana w art. 22 Konstytucji implikuje także „zasadę wolności podmiotów w sferze działalności gospodarczej, której istotnym elementem jest zasada swobody (wolności) podmiotów w zakresie stosunków umownych”<sup>15</sup>. Także w wyroku z dnia 24 stycznia 2006 r. Trybunał Konstytucyjny uznał za wzorce kontroli art. 20 i art. 22 Konstytucji w sytuacji, gdy chodziło o zbadanie zgodności z Konstytucją norm ograniczających swobodę umów z uwagi na konieczność ochrony podmiotów faktycznie słabszych<sup>16</sup>. Ponadto w wyroku z dnia 29 kwietnia 2003 r. oraz w postanowieniu z dnia 19 czerwca 2013 r. Trybunał Konstytucyjny uznał adekwatność art. 20 i art. 22 Konstytucji jako wzorców kontroli przy ocenie norm ograniczających zasadę swobody umów w odniesieniu do umów, które ze swej natury mogą być zawierane jedynie przez podmioty prowadzące działalność gospodarczą<sup>17</sup>. Nie ulega wątpliwości, iż umowy, do których odnosi się norma wskazana w art. 15 ust. 1 pkt. 4 u.z.n.k. do takich się zaliczają. Choć starsze orzecznictwo Trybunału Konstytucyjnego podkreślało, że swoboda działalności gospodarczej ma charakter głównie podmiotowy<sup>18</sup>, odrzucić należy tezy całkiem wyłączające możliwość zastosowania art. 20 i art. 22 Konstytucji do oceny norm ustalających granice swobody umów, gdyż w niektórych sytuacjach faktycznych splot –specyficznych dla działalności gospodarczej – granic swobody kontraktowania

<sup>12</sup> Zob. m.in. M. Safjan, [w:] K. Pietrzykowski (red.), *Kodeks cywilny. Komentarz*, t. 1, Warszawa 2013, s. 943.

<sup>13</sup> Zob. m.in. postanowienie TK z dnia 19 czerwca 2013 r., Ts 11/13 (OTK Seria B 2013, nr 4, poz. 438).

<sup>14</sup> Zob. m.in. wyrok TK z dnia 29 kwietnia 2003 r., SK 24/02 (OTK Seria A 2003, nr 4, poz. 33).

<sup>15</sup> Zob. wyrok TK z dnia 21 listopada 2005 r., P 10/03 (OTK Seria A 2005, nr 10, poz. 116).

<sup>16</sup> Zob. wyrok TK z dnia 24 stycznia 2006 r., SK 40/04 (OTK Seria A 2006, nr 1, poz. 5).

<sup>17</sup> Zob. m.in. wyrok TK z dnia 29 kwietnia 2003 r., SK 24/02 (OTK Seria A 2003, nr 4, poz. 33); postanowienie TK z dnia 19 czerwca 2013 r., Ts 11/13 (OTK Seria B 2013, nr 4, poz. 438).

<sup>18</sup> Zob. m.in. orzeczenie TK z dnia 20 sierpnia 1992 r., K 4/92 (OTK 1992, nr 2 poz. 22).

i charakteru określonych umów jest tak ścisły, iż prowadzi do wyłączenia możliwości prowadzenia określonej działalności gospodarczej gwarantowanej właśnie przez normy art. 20 i art. 22 Konstytucji.

Powyższe rozważania nie mogą jednak uzasadniać utworzenia osobnego reżimu kontroli konstytucyjnej norm regulujących wyłącznie prowadzenie działalności gospodarczej. Wnioski te przemawiają więc za kumulatywnym, a nie alternatywnym, stosowaniem standardów konstytucyjnych przewidzianych przez normy art. 20, 22 i 31 ust. 1–3 Konstytucji.

Przenosząc powyższe refleksje na grunt głosowanego orzeczenia, należy stwierdzić, że Trybunał Konstytucyjny nie trafnie uznał, że jedynie z art. 20 Konstytucji – nie czyniąc art. 31 ust. 1–3 Konstytucji wzorcem kontroli w niniejszej sprawie – można wyprowadzić zasadę swobody umów. Wydaje się to być podejście niejako „słusznościowe” Trybunału Konstytucyjnego, gdyż skarżąca wskazała na naruszenie art. 31 ust. 1–3 Konstytucji, choć – zdaniem Trybunału – w wadliwy sposób.

Niemniej jednak w pełni aprobuje pogląd wyrażony przez Trybunał Konstytucyjny, zgodnie z którym można dopuścić taki typ ograniczeń autonomii woli stron, który służy wyrównaniu swoistego deficytu nierówności kontraktowej. Dopuszczalne jest wszak takie ustawowe ograniczenie zasady swobody umów, które będzie miało na celu przywrócenie równowagi kontraktowej stron<sup>19</sup>. W tym sensie za niezbędny należałoby uznać art. 15 ust. 1 pkt 4 u.z.n.k., jako mający zapewnić równowagę kontraktową pomiędzy małym lub średnim przedsiębiorcą (będącym dostawcą), a dużym przedsiębiorcą (będącym sklepem wielkopowierzchniowym, siecią handlową, czyli podmiotem przyjmującym towar do sprzedaży).

Reasumując, równość kontraktowa jest stanem pożądanym w obrocie z uwagi na treść art. 32 Konstytucji, ale na pewno nie można absolutyzować tego postulatu w świetle zasady swobodnego kształtowania stosunku umownego, mając, rzecz jasna, na uwadze zasadę współzycia społecznego.

## 5. Ocena proporcjonalności art. 15 ust. 1 pkt 4 u.z.n.k.

W głosowanym wyroku Trybunał Konstytucyjny, nie czyniąc art. 31 ust. 1–3 wzorcem kontroli, podniósł, że aby dokonać oceny czy art. 15 ust. 1 pkt 4 u.z.n.k. jest zgodny z art. 20 oraz z art. 22 Konstytucji, należy zbadać czy przepis ten spełnia test właściwy dla formuły proporcjonalności, tj. adekwatności celu i środka dla jego osiągnięcia.

Zgodzić się należy ze stanowiskiem Trybunału Konstytucyjnego, iż art. 22 Konstytucji nie będą naruszać jedynie te ograniczenia wolności działalności gospodarczej, które służą zarazem ochronie bezpieczeństwa lub porządku publicznego bądź ochronie środowiska, zdrowia publicznego, moralności publicznej albo wolności i praw innych osób. To stanowisko znajduje potwierdzenie także wśród przedstawicieli doktryny<sup>20</sup>. Konstytucyjnie wyeksponowana „ważność” chronionego interesu publicznego powoduje, że konieczne jest

<sup>19</sup> Zob. m.in. wyrok TK z dnia 13 września 2005 r., K 38/04 (OTK Seria A 2005, nr 8, poz. 92); wyrok TK z dnia 24 stycznia 2006 r., SK 40/04 (OTK Seria A 2006, nr 1, poz. 5).

<sup>20</sup> Zob. m.in. L. Garlicki, *Przesłanki ograniczania konstytucyjnych praw i wolności na tle orzecznictwa Trybunału Konstytucyjnego*, PiP 2001, z. 10, s. 5 i n.; a także B. Banaszak, *Konstytucja Rzeczypospolitej Polskiej. Komentarz*, Warszawa 2012, s. 1002.

uwzględnienie treści wynikających z art. 31 ust. 3 Konstytucji. Stąd ocena czy zakwestionowany akt normatywny został wprowadzony ze względu na ważny interes publiczny nie może abstrahować od zasady proporcjonalności oraz zakazu naruszenia istoty konstytucyjnego prawa podmiotowego. Nie każdy bowiem interes publiczny uzasadnia ograniczenie wolności działalności gospodarczej, lecz jedynie taki, który konstytucyjnie można uznać za „ważny”. Natomiast interpretacja pojęcia „ważnego interesu publicznego” jest nierozdzielnie związana z wewnętrzną hierarchią wartości konstytucyjnych. W orzecznictwie konstytucyjnym, słusznie, przyjmuje się, że im cenniejsze jest dobro ograniczane i wyższy jest stopień tego ograniczenia, tym cenniejsza musi być wartość uzasadniająca ograniczenia<sup>21</sup>.

Pierwszym wymogiem testu proporcjonalności jest ocena przydatności zaskarżonego przepisu, to znaczy weryfikacja czy według dostępnego stanu wiedzy wprowadzona regulacja jest w stanie doprowadzić do zamierzonych przez nią skutków<sup>22</sup>. Przyjmuje się, że warunków tych nie spełniają tylko takie przepisy, które utrudniają osiągnięcie celów lub nie wykazują żadnego związku z tymi celami, a zatem są irrelevantne. Warto zwrócić także uwagę na to, iż cele unormowania należy ustalać przede wszystkim na podstawie historii legislacyjnej badanych regulacji albo intencji deklarowanych przez ustawodawcę przed ich przyjęciem, a nie na podstawie ich rzeczywistych skutków<sup>23</sup>. Norma zawarta w art. 15 ust. 1 pkt 4 u.z.n.k. została wprowadzona do porządku prawnego ustawą z dnia 5 lipca 2002 r. o zmianie ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (Dz.U. Nr 126, poz. 1071). W uzasadnieniu do nowelizacji u.z.n.k. został wyrażony pogląd, iż jej wejście w życie „pryczyni się do lepszego funkcjonowania mechanizmów rynkowych i kształtowania rzetelności w obrocie”, a „nowe przepisy powinny zapewnić skuteczniejszą ochronę małym i średnim przedsiębiorstwom, spotykającym się na rynku z konkurencją, której nie są w stanie sprostać”<sup>24</sup>. Senat zaś, zgłaszając poprawkę, w wyniku której uchwalono zaskarżony przepis, dał „wyraz swemu przekonaniu o naganności stosowanych przez duże sklepy praktyk pobierania dodatkowych opłat za przyjęcie towaru do sprzedaży”<sup>25</sup>.

Słusznie zatem Trybunał Konstytucyjny, w głosowanym orzeczeniu, wyprowadził wniosek, że zaskarżony przepis nie powinien być stosowany, gdy podmioty mają podobną pozycję na rynku. W uzupełnieniu tej tezy, należy także zwrócić uwagę na to, że art. 15 ust. 1 pkt 4 u.z.n.k. mówi o **utrudnianiu** innym przedsiębiorcom dostępu do rynku poprzez pobieranie innych niż marża handlowa opłat za przyjęcie towaru do sprzedaży. Wynika z tego, że właściwie nie może być mowy o utrudnianiu dostępu do rynku, kiedy dane podmioty (dostawca i sieć handlowa) będą działały na różnych poziomach obrotu (np. w stosunkach wertykalnych), gdyż nie będą one wówczas zajmowały wobec siebie

<sup>21</sup> Zob. m.in. orzeczenie TK z dnia 26 kwietnia 1995 r., K 11/94 (OTK 1995, nr 1, poz. 12).

<sup>22</sup> Wyrok TK z dnia 23 listopada 2009 r., P 61/08 (OTK Seria A 2009, nr 10, poz. 150).

<sup>23</sup> K. Woźtyczek (tenże, [w:] *Granice ingerencji ustawodawczej w sferę praw człowieka w Konstytucji RP*, Kraków 1999, s. 154–156) słusznie stwierdza, że przeprowadzanie testu przydatności przez pryzmat skutków regulacji byłoby błędem logicznym.

<sup>24</sup> Uzasadnienie projektu ustawy o zmianie ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, druk sejmowy IV kadencji nr 375.

<sup>25</sup> Uzasadnienie uchwały Senatu RP z dnia 21 czerwca 2002 r. w sprawie ustawy o zmianie ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, druk sejmowy IV kadencji nr 616, s. 1.

pozycji konkurencyjnej, a będą po prostu partnerami w grze rynkowej. Reasumując tę część wyводу należy skonkludować, że art. 15 ust. 1 pkt 4 u.z.n.k. nie powinien być stosowany, gdy podmioty mają „podobną” pozycję na rynku („podobna” – zgodnie z podziałem na małych, średnich i dużych przedsiębiorców), a także gdy są jedynie partnerami w grze rynkowej, a zatem nie są względem siebie ulokowane w pozycji konkurencyjnej. Przyjmując te kryteria i godząc się ze stanowiskiem Trybunału Konstytucyjnego, że „celem zaskarżonego przepisu jest przeciwdziałanie nadużyciom pozycji rynkowej przez przedsiębiorców w relacjach z innymi przedsiębiorcami, które skutkują utrudnieniem dostępu do rynku”, można stwierdzić, iż art. 15 ust. 1 pkt 4 u.z.n.k. nie jest irrelevantny z perspektywy założonego przez prawodawcę celu, a zatem Trybunał Konstytucyjny słusznie uznał zaskarżoną normę za przydatną.

Drugim wymogiem testu proporcjonalności jest zbadanie niezbędności danej normy prawnej, a więc z jednej strony ocena czy dana regulacja ustawowa jest konieczna dla ochrony interesu i wartości konstytucyjnej, z którą jest powiązana; z drugiej strony oszacowanie czy spośród środków, skutecznie chroniących daną wartość konstytucyjną, ustawodawca wybrał te najmniej uciążliwe. W pierwszej kolejności należy ocenić czy art. 15 ust. 1 pkt 4 u.z.n.k., ograniczając wolność prowadzenia działalności gospodarczej jednego podmiotu (tj. przedsiębiorcy przyjmującego towar do sprzedaży), jest niezbędny do ochrony wolności prowadzenia działalności gospodarczej innego podmiotu (tj. przedsiębiorcy dostarczającego towar do sprzedaży), którego dostęp do rynku lub pozycja na rynku jest zależna od działań przedsiębiorców, przyjmujących towary do sprzedaży. Należy zgodzić się ze stanowiskiem, które zajął Trybunał Konstytucyjny, iż przedmiotowo istotna norma jest niezbędna, jako że jednocześnie służy ochronie jakości konkurencji i wyposaża podmioty prawa prywatnego w narzędzia ochrony równowagi kontraktowej, pozwalając im prowadzić sprawiedliwą i odpowiedzialną społecznie działalność gospodarczą. Istotna jest też odpowiedź na pytanie – czy realizację zasad konstytucyjnych można osiągnąć z zastosowaniem mniej dolegliwych ograniczeń wolności gospodarczej niż wynikające z art. 15 ust. 1 pkt 4 u.z.n.k.? Trybunał Konstytucyjny stanął na stanowisku, że nie ma żadnego innego skutecznego mechanizmu, który mógłby służyć ochronie interesów dostawców. Istnieje jednak kilka alternatywnych ograniczeń wolności gospodarczej, jak np. regulacja, zawierająca kazuistyczne wyliczenie niedozwolonych postanowień umownych o opłatach za przyjęcie towaru do sprzedaży; przeniesienie art. 15 ust. 1 pkt 4 u.z.n.k. do przepisów prawa antymonopolowego; czy regulacja zakazująca pobierania przedmiotowo istotnych opłat, która zarazem przewidywałaby katalog enumeratywnie wskazanych w ustawie wyjątków. Wydają się one być jednak równoważne w skutkach do zaskarżonego przepisu, jeśli chodzi o ograniczenie konstytucyjnych praw i wolności, a istnienie alternatywnych i równoważnych w skutkach rozwiązań prawodawczych nie uzasadnia stwierdzenia, że naruszony został wymóg niezbędności. Decyzją ustawodawcy jest bowiem to, które z alternatywnych i równoważnych rozwiązań wybierze. Niezbędność nie zachodzi jedynie wtedy, gdy ochronę zasad konstytucyjnych można osiągnąć z zastosowaniem mniej dolegliwych ograniczeń niż wynikające z zaskarżonego przepisu albo bez ich wprowadzania.

Trzecim wymogiem testu proporcjonalności jest dokonanie oceny proporcjonalności *sensu stricto* zaskarżonego przepisu, to znaczy zbadanie czy efekt regulacji wyrażonej

w art. 15 ust. 1 pkt 4 u.z.n.k. pozostaje w proporcji do ciężarów nakładanych przez nią na obywatela. Należy rozważyć czy art. 15 ust. 1 pkt 4 u.z.n.k. zakazuje pobierania każdej opłaty za przyjęcie towaru do sprzedaży czy zakazuje pobierania wyłącznie takich opłat, które utrudniają dostawcy dostęp do rynku. Trybunał Konstytucyjny słusznie opowiedział się za drugą spośród powyżej wskazanych możliwości interpretacji zaskarżonego przepisu. Warto w tym miejscu zwrócić uwagę na wypowiedzi sądów powszechnych i Sądu Najwyższego, dotyczące przedmiotowo istotnego zagadnienia. Utrwalona linia orzecznicza sądów powszechnych i Sądu Najwyższego idzie w zupełnie innym kierunku niż komentowana wypowiedź Trybunału Konstytucyjnego, gdyż sądy stoją na stanowisku, że czyn nieuczciwej konkurencji stypizowany w art. 15 ust. 1 pkt 4 u.z.n.k. polega na utrudnianiu dostępu do rynku poprzez sam fakt pobierania opłat innych niż marża handlowa za przyjęcie towaru do sklepu, a w konsekwencji wystarczające jest przedstawienie faktów świadczących o pobieraniu opłat innych niż marża handlowa<sup>26</sup>. Przeciwno takiej wykładni przemawia wiele argumentów.

Po pierwsze, cel ustawy wskazuje na to, że intencją legislatora było wykluczenie tylko tych transakcji, które faktycznie utrudniają dostawcy dostęp do rynku, gdyż prawodawca wprowadzając zaskarżoną regulację do systemu prawnego, dążył do poprawy konkurencyjności drobnych i średnich przedsiębiorstw na rynku krajowym oraz chciał zapobiec naganym praktykom stosowanym przez sklepy wielkopowierzchniowe, które polegały na pobieraniu dodatkowych opłat za przyjęcie towaru do sprzedaży<sup>27</sup>. W konsekwencji ustawodawca nie wykluczył, że strony mogą w umowie zastrzec dodatkowe świadczenia o charakterze pieniężnym w zamian za inne ekwiwalentne świadczenia przedsiębiorcy o silniejszej pozycji rynkowej. Stąd słusznie Trybunał Konstytucyjny stwierdził, iż dyspozycją art. 15 ust. 1 pkt 4 u.z.n.k. nie są objęte sytuacje, w których obowiązek świadczenia pieniężnego przez dostawcę powstaje jako ekwiwalent świadczeń sieci handlowej. Odnosząc to spostrzeżenie do stanu faktycznego, w którym zapadło głosowane orzeczenie, stwierdzić należy, iż świadczenie polegające na promocji towarów przyjętych do sprzedaży nie może stanowić ekwiwalentu zapłaty sumy pieniężnej wyliczonej, w oparciu o wartość tych produktów, nie zaś ich liczbę, rozmiar lub nakłady konieczne na właściwe ich wyeksponowanie w przestrzeni handlowej. Opłata taka, stanowiąca ułamek ceny nabycia towarów, nie może być, w świetle realiów obrotu, oceniana inaczej niż redukcja tej ceny, wymuszona silniejszą pozycją gospodarczą nabywcy.

Po drugie, sama struktura ustawy sugeruje, że zwalczaną praktyką ma być utrudnianie innym przedsiębiorcom dostępu do rynku, nie zaś samo pobieranie opłat innych niż marża handlowa za przyjęcie towaru do sprzedaży<sup>28</sup>. Istnieje jednak nadzieja, że komentowany

<sup>26</sup> Zob. m.in. wyrok SA we Wrocławiu z dnia 28 sierpnia 2008 r., I ACa 645/08 (LEX nr 519238); wyrok SA w Warszawie z dnia 2 grudnia 2008 r., I ACa 391/08 (LEX nr 1120126); wyrok SA w Krakowie z dnia 20 lutego 2009 r., I ACa 65/09 (LEX nr 516544).

<sup>27</sup> Uzasadnienie uchwały Senatu RP z 21.06.2002 r. w sprawie ustawy o zmianie ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, druk sejmowy IV kadencji nr 616, s. 1.

<sup>28</sup> P. Kamela, *Interpretacja art. 15 ust. 1 pkt 4 u.z.n.k. w świetle koncepcji wykładni Macieja Zielińskiego*, IKAiR 2013, nr 2, s. 16 – w jego ocenie przepisem zrębowym w art. 15 ust. 1 pkt 4 u.z.n.k. jest fragment ust. 1 do dwukropka, tzn. „czynem nieuczciwej konkurencji jest utrudnienie innym przedsiębiorcom dostępu do

wyrok Trybunału Konstytucyjnego pozytywnie wpłynie na zmianę linii orzeczniczej sądów powszechnych i Sądu Najwyższego. Na tę nadzieję pozwala orzeczenie Sądu Najwyższego z dnia 17 kwietnia 2015 r., w którym Sąd Najwyższy – wreszcie słusznie – uznał, że „potraktowanie opłaty jako czynu nieuczciwej konkurencji, zgodnie z art. 15 ust. 1 pkt 4 u.z.n.k., wymagałoby wykazania, że taka opłata utrudniała powódce dostęp do rynku”<sup>29</sup>. Jedynie na marginesie niniejszych rozważań, można dodać, że – w tym samym wyroku – Sąd Najwyższy, niejako odrywając się od dotychczas utrwalonej linii orzeczniczej<sup>30</sup>, słusznie stwierdził – idąc za stanowiskiem Trybunału Konstytucyjnego – iż z treści art. 15 ust. 1 u.z.n.k. nie wynika domniemanie utrudniania dostępu do rynku<sup>31</sup>. Zatem przyjmując, że zaskarżony przepis nie zakazuje bezwzględnie pobierania opłat przez przedsiębiorców przyjmujących towar do sprzedaży, należy uznać, że nie stanowi on nadmiernego ograniczenia wolności działalności gospodarczej.

W konsekwencji można stwierdzić, iż art. 15 ust. 1 pkt 4 u.z.n.k. spełnia wszystkie trzy kryteria, będące elementami składowymi testu proporcjonalności.

## 6. Podsumowanie

Podsumowując powyższe rozważania komentowany wyrok Trybunału Konstytucyjnego zasadniczo zasługuje na aprobatę. Podzielam główne tezy głosowanego orzeczenia, zaznaczając jednocześnie, iż uważam określenie właściwego wzorca kontroli w sprawie za wadliwe. Wadliwość ta nie rzutowała jednak ostatecznie na rozstrzygnięcie zapadłe w sprawie, lecz wymagała stosownego komentarza.

Wyrażam także nadzieję, iż – w aprobowanym zakresie – treść uzasadnienia głosowanego orzeczenia trwale wpłynie na zmianę linii orzeczniczej sądów powszechnych i Sądu Najwyższego, gdyż powinny one analizować, w pierwszym rzędzie, okoliczność utrudnienia dostępu do rynku przez przedsiębiorcę przyjmującego towar do sprzedaży, a także powinny brać pod uwagę szereg innych okoliczności, w jakich doszło do zawarcia kontraktu pomiędzy stronami. Tendencje takie zaczynają być obecne w orzecznictwie sądów apelacyjnych, które odwołują się do określonych kategorii ekonomicznych i badają gospodarczą racjonalność poszczególnych opłat w sposób zindywidualizowany<sup>32</sup>. Również w orzecznictwie Sądu

---

ryнку”, zaś punkty wymienione w art. 15 ust. 1 pkt 4 u.z.n.k. powinny być traktowane jako przepisy uzupełniające.

<sup>29</sup> Wyrok SN z dnia 17 kwietnia 2015 r., I CSK 136/14 (Legalis nr 1245340).

<sup>30</sup> Zob. m.in. wyrok SA w Warszawie z dnia 5 sierpnia 2010 r., I ACa 183/10 (LEX nr 1171441); wyrok SA w Warszawie z dnia 17 stycznia 2014 r., I ACa 946/13 (Legalis nr 797467); wyrok SA w Warszawie z dnia 21 marca 2014 r., I ACa 1247/13 (Legalis nr 993482); wyrok SA w Warszawie z dnia 4 kwietnia 2014 r., I ACa 1402/13 (Legalis nr 1062412); wyrok SA w Warszawie z dnia 29 maja 2014 r., I ACa 1771/13 (Legalis nr 1062446); wyrok SA w Warszawie z dnia 12 czerwca 2014 r., I ACa 1713/13 (Legalis nr 1062440); wyrok SA w Warszawie z dnia 17 września 2014 r., I ACa 310/14 (Legalis nr 1164617); wyrok SA w Poznaniu z dnia 11 września 2014 r., I ACa 589/14 (Legalis nr 1091870).

<sup>31</sup> Wyrok SN z dnia 17 kwietnia 2015 r., I CSK 136/14 (Legalis nr 1245340).

<sup>32</sup> Zob. m.in. wyrok SA w Warszawie z dnia 8 czerwca 2016 r., I ACa 1199/15 (LEX nr 2087793); wyrok SA w Warszawie z dnia 17 lutego 2016 r., I ACa 699/15 (LEX nr 2023549); wyrok SA w Warszawie z dnia 30 lipca 2015 r., I ACa 1929/14 (LEX nr 1843224).



Najwyższego wskazać można rzetelne analizy poszczególnych stosunków gospodarczych w oparciu o tezę przedstawione w glosowanym orzeczeniu<sup>33</sup>.

Komentowane orzeczenie na pewno wpłynie na sytuację faktyczną i prawną dostawców, którym trudniej będzie dochodzić roszczeń związanych z tzw. „opłatami półkowymi” z powodu nałożenia na nich odpowiednich ciężarów dowodowych i konieczności wykazania przesłanek przemawiających za wnioskiem, iż istotnie doszło do utrudnienia im dostępu do rynku.

### **Gloss to Judgment of the Constitutional Tribunal dated 16<sup>th</sup> October 2015, SK 20/12**

(Judicature of the Constitutional Tribunal. Official Collection 2014, Series A,  
No. 9, item 102)

#### **S u m m a r y**

This Gloss to Judgment of the Constitutional Tribunal dated 16<sup>th</sup> October 2015, case no. SK 20/12 touches the issue of Article 15(1)(4) of the Act on Combating Unfair Competition being compatible with the Constitution, the issue of the above provision being proportional, and two specific problems: whether it is justified to use the notion of a constitutionally guaranteed right to fair competition, and whether maintaining equal standing between contracting parties has its justification in the Constitution. The discussed regulation provides that “an act of unfair competition consists in limiting access to the market to other entrepreneurs in particular by means of fees other than trade margin chargeable for accepting goods for sales”. The Constitutional Tribunal ruled that the above provision is compatible with Article 20 in connection with Article 22 of the Constitution and constitutes a solution at the same time useful for achieving the purpose set by the legislator and justified in light of constitutionally protected values, indispensable for the protection of constitutionally protected rights of third parties and the social market economy, as well as meeting the requirement of proportionality *stricto sensu*.

---

<sup>33</sup> Zob. m.in. wyrok SN z dnia 17 kwietnia 2015 r., I CSK 136/14 (LEX nr 1710335); wyrok SN z dnia 18 listopada 2015 r., III CZP 73/15 (LEX nr LEX nr 1710335).

## ZAPROSZENIE DO WSPÓŁPRACY

### **Redakcja PPUW**

serdecznie zaprasza osoby zainteresowane do zamieszczania na łamach PPUW własnych tekstów o tematyce prawniczej (artykułów, esejów, glos, recenzji oraz sprawozdań).

Artykuły powinny być dostosowane do zasad znajdujących się na stronie <http://www.przegladprawniczyuw.wpia.uw.edu.pl>

### **KONTAKT Z REDAKCJĄ:**

[ppuw@wpia.uw.edu.pl](mailto:ppuw@wpia.uw.edu.pl)

Redakcja zastrzega sobie prawo do dokonywania w tekstach autorskich skrótów oraz zmian redakcyjnych. Teksty są adiustowane, a następnie autoryzowane. Za ostateczne brzmienie tekstu odpowiada autor.

[www.przegladprawniczyuw.wpia.uw.edu.pl](http://www.przegladprawniczyuw.wpia.uw.edu.pl)



ISSN 1644-0242