

WYDZIAŁ PRAWA I ADMINISTRACJI
UNIwersYTET SZCZECIŃSKI

SĄD APELACYJNY W SZCZECINIE
WOJEWÓDZKI SĄD ADMINISTRACYJNY W SZCZECINIE

Acta Juris Stetinensis



2/2023 (43)

Wydawnictwo Naukowe Uniwersytetu Szczecińskiego

Rada Naukowa

Zbigniew Kuniewicz – Przewodniczący Rady Naukowej – Uniwersytet Szczeciński | Andrzej Bisztyga – Uniwersytet Zielonogórski | Roman Hauser – Uniwersytet im. Adama Mickiewicza w Poznaniu | Andrzej Jakubecki – Uniwersytet Marii Curie-Skłodowskiej w Lublinie | Andrzej Marciniak – Uniwersytet Łódzki | Jacek Mazurkiewicz – Uniwersytet Zielonogórski | Mirosław Nazar – Uniwersytet Marii Curie-Skłodowskiej w Lublinie | Zbigniew Ofiarski – Uniwersytet Szczeciński | Adam Olejniczak – Uniwersytet im. Adama Mickiewicza w Poznaniu | Lech Paprzycki – Akademia Leona Koźmińskiego w Warszawie | Tadeusz Smyczyński – Polska Akademia Nauk | Roman Wieruszewski – Polska Akademia Nauk | Vytautas Nekrošius – Uniwersytet Szczeciński | sędzia Beata Górka – Prezes Sądu Apelacyjnego w Szczecinie | sędzia Grzegorz Jankowski – sędzia Wojewódzkiego Sądu Administracyjnego w Szczecinie | sędzia Arkadiusz Windak – Prezes Wojewódzkiego Sądu Administracyjnego w Szczecinie | Rosario Sapienza – University of Catania School of Law (Włochy) | Ashok R. Patil – National Law School of India University (Indie) | Fursa Svitlana Yaroslavivna – Kiev National University (Ukraina) | Henry Zhuhao Wang – China University of Political Science and Law (Chiny) | John Sorabji – University College London (Wielka Brytania) | José García-Añón – University of València (Hiszpania) | Masahiko Omura – Chuo University Law School (Japonia) | Alexandre Freitas Câmara – Rio de Janeiro Judicial School (Brazylia) | Jayesh Rathod – American University Washington College of Law (Stany Zjednoczone Ameryki) | Rett R. Ludwikowski – Columbus School of Law, The Catholic University of America (Stany Zjednoczone Ameryki) | Frieder Dünkler – University of Greifswald (Niemcy) | Emilio Castorina – University of Catania (Włochy) | Goran Šimić – University „Vitez” (Bośnia i Hercegowina) | Haroldas Šinkūnas – Vilnius University (Litwa)

Lista recenzentów znajduje się na stronie czasopisma | <https://wnus.edu.pl/ais/pl/>

Redaktor naczelny | Wojciech Szczepan Staszewski
Zastępcy Redaktora naczelnego | Ewa Kowalewska, Anna Kosińska
Sekretarze redakcji | Maria Wysocka-Orlik, Marcin Jan Stepień
Redaktorzy tematyczni | Agata Pyrzyńska, Szymon Slotwiński, Ewa Kowalewska
Redakcja językowa | Natalia Józwiak (j. polski), Renata Nowaczewska (j. angielski)
Korekta językowa | Ewelina Piotrowska
Skład komputerowy | Karolina Janiak

Publikacja wydana dzięki wsparciu finansowemu
Sądu Apelacyjnego w Szczecinie, Wojewódzkiego Sądu Administracyjnego w Szczecinie

Wersja papierowa jest wersją pierwotną

Pełna wersja publikacji jest dostępna na stronie:
<https://wnus.edu.pl/ais/pl/>

Streszczenia opublikowanych artykułów są dostępne online w międzynarodowych bazach danych:
Central European Journal of Social Sciences and Humanities, cejsh.icm.edu.pl | Central and Eastern Europe Online Library (CEEOL), www.ceeol.com | BazHum, bazhum.muzhp.pl | Directory of Open Access Journals (DOAJ), doaj.org | European Reference Index for the Humanities and Social Sciences (ERIH PLUS)

© Copyright by Uniwersytet Szczeciński, Szczecin 2023

ISSN (print) 2083-4373 | ISSN (online) 2545-3181

WYDAWNICTWO NAUKOWE UNIWERSYTETU SZCZECIŃSKIEGO

Wydanie I. Ark. wyd. 15. Ark. druk. 14,9. Format B5. Nakład 161 egz.

Spis treści

ARTYKUŁY

Piotr Buława – Cel opłaty planistycznej – od finansowania planów miejscowych do roszczeń odszkodowawczych	9
Erzsébet Csatlós – National Security-Related Expulsion Cases during the Pandemic in Hungary: Secret Revealed?	27
Agata Dąbrowska – Prawo instrumentalne czy zinstrumentalizowane – kilka uwag o prawie III Rzeszy.....	43
Wojciech Gonet, Julia Własiuk – Public Utility Services in Poland and Belarus.....	61
Tomasz Kotarski – Problem stosowania niektórych przepisów o ochronie konsumenta do osób fizycznych prowadzących działalność gospodarczą.....	79
Dominika Skoczylas – Cyberbezpieczeństwo sektora bankowego i infrastruktury rynków finansowych.....	107
Marcin Walczak – Algorytmy i sztuczna inteligencja jako narzędzie i źródło niedozwolonych praktyk ograniczających konkurencję w świetle art. 101 Traktatu o funkcjonowaniu Unii Europejskiej	123
Jacek Wantoch-Rekowski, Martyna Wilmanowicz-Słupczewska – Evolution of the Internal Structure of the Social Insurance Fund.....	145

ZE SZCZECIŃSKIEJ WOKANDY

Z WOKANDY SĄDU APELACYJNEGO W SZCZECINIE

Wyrok Sądu Apelacyjnego w Szczecinie III Wydział Pracy i Ubezpieczeń Społecznych z dnia 26 listopada 2020 r. (III AUa 268/20).....	161
Wyrok Sądu Apelacyjnego w Szczecinie II Wydział Karny z dnia 7 czerwca 2022 r. (II AKa 75/21).....	181

Z WOKANDY WOJEWÓDZKIEGO SĄDU ADMINISTRACYJNEGO W
SZCZECINIE

Wyrok Wojewódzkiego Sądu Administracyjnego w Szczecinie
z dnia 12 czerwca 2019 r. (I SA/Sz 198/19) 193

RECENZJE

Edyta Krzysztofik – Ewa Michałkiewicz-Kądziela, *Prawo do tożsamości człowieka
w prawie polskim i międzynarodowym*, C.H. Beck, Warszawa 2020 211

SPRAWOZDANIA

XIV Letnie Warsztaty Doktoranckie „Ochrona interesu prawnego
w polskim prawie administracyjnym”, Szczecin, 8-9 września 2022 roku
(*Weronika Woźna-Burdziak, Jakub Baranowski*)..... 219

Międzynarodowa Konferencja Naukowa „40 lat konwencji Narodów
Zjednoczonych o prawie morza – bilans i perspektywy”, Uniwersytet
Warszawski - 29-30 września 2022 roku (*Tomasz Kamiński, Karol Karski*)..... 223

Ogólnopolska Konferencja Naukowa „Sytuacja obywateli niepełnosprawnych
w Polsce i na świecie z perspektywy różnych dziedzin życia społeczno-
gospodarczego”, Szczecin, 20-21 października 2022 roku
(*Karolina Słotwińska*)..... 233

Contents

ARTICLES

Piotr Buława – The Aim of the Zoning Fee – from Financing Local Plans to Claims for Damages.....	9
Erzsébet Csatlós – National Security-Related Expulsion Cases during the Pandemic in Hungary: Secret Revealed?	27
Agata Dąbrowska – Law of Instrumental Character or Instrumentalized Law – a Few Remarks on the Law of the Third Reich	43
Wojciech Gonet, Julia Własiuk – Public Utility Services in Poland and Belarus.....	61
Tomasz Kotarski – The Problem of Application of Certain Consumer Protection Laws to Sole Traders.....	79
Dominika Skoczylas – Cybersecurity of the Banking Sector and Financial Markets Infrastructure	107
Marcin Walczak – Algorithms and Artificial Intelligence as a Tool and Source of Prohibited Competition-Restricting Practices in the Light of Art. 101 of the Treaty on the Functioning of the European Union.....	123
Jacek Wantoch-Rekowski, Martyna Wilmanowicz-Słupczewska – Evolution of the Internal Structure of the Social Insurance Fund.....	145

FROM SZCZECIN CASE LIST

FROM THE LIST OF THE COURT OF APPEAL IN SZCZECIN

Judgment of the Court of Appeal in Szczecin of 26 November 2020 (III AUa 268/20)	161
Judgment of the Court of Appeal in Szczecin of 7 June 2022 (II AKa 75/21).....	181

FROM THE LIST OF THE VOIVODESHIP ADMINISTRATIVE COURT IN
SZCZECIN

Judgment of the Voivodeship Administrative Court in Szczecin of 12 June 2019
(I SA/Sz 198/19)..... 193

REVIEW ARTICLES

Edyta Krzysztofik – Ewa Michałkiewicz-Kądziela, *Prawo do tożsamości człowieka w prawie polskim i międzynarodowym* [The Right to Human Identity in Polish and International Law], C.H. Beck, Warszawa 2020..... 211

REPORTS

XIV Summer Doctoral Workshops “Protection of the Legal Interest in Polish Administrative Law”, Szczecin, September 8–9, 2022
(*Weronika Woźna-Burdziak, Jakub Baranowski*)..... 219

International Scientific Conference: “40 Years of the United Nations Convention on the Law of the Sea – balance and perspectives”, the University of Warsaw, 29–30 September 2022 (*Tomasz Kamiński, Karol Karski*)..... 223

National Scientific Conference: “The Situation of Disabled Citizens in Poland and in the World from the Perspective of Various Areas of Socio-economic Life”, Szczecin, 20–21 October 2022 roku (*Karolina Słotwińska*) 233

ARTYKUŁY



Piotr Buława
dr
Akademia Śląska
e-mail: piotr.bulawa@akademiaslaska.pl
ORCID: 0000-0001-5368-1020



Cel opłaty planistycznej – od finansowania planów miejscowych do roszczeń odszkodowawczych

Streszczenie

Instytucja opłaty planistycznej jest przedmiotem krytyki w literaturze. Postuluje się nawet jej likwidację. Przedstawione w pracy dane statyczne wskazują jednak, że opłata planistyczna ma duży potencjał fiskalny, dlatego przed jej zlikwidowaniem uzasadnione jest podjęcie próby jej reformy. Celem pracy jest wskazanie pożądanych obszarów polityki przestrzennej, które powinna ona finansować. Autor przedstawia trzy koncepcje tego finansowania. Utrwalonym w literaturze poglądem jest, że opłata powinna służyć finansowaniu przygotowania i przyjęcia planów miejscowych. Zgodnie z drugim poglądem opłata ma charakter dopłaty i jej istotą jest współfinansowanie budowy infrastruktury dla nieruchomości objętych planem miejscowym. Trzecia koncepcja wskazuje, że celem opłaty jest finansowanie roszczeń odszkodowawczych powstałych w związku ze zmniejszeniem wartości nieruchomości w wyniku zmiany planu miejscowego. Za tą koncepcją przemawia to, że opłata planistyczna i roszczenia odszkodowawcze są uregulowane w tym samym artykule ustawy. Ponadto w najbliższych latach w celu likwidacji skutków rozproszonej zabudowy konieczne będzie poniesienie olbrzymich odszkodowań w związku z ponownym przekształceniem nieruchomości w działki rolne i leśne. Takie odszkodowania mogą być finansowane z opłaty planistycznej. Ponieważ przedstawiona koncepcja znajduje oparcie w wykładni systemowej i funkcjonalnej, należy uznać ją za właściwą. Praca jest oparta na analizie tekstów prawnych, literatury prawniczej i urbanistycznej. Ponadto dokonano analizy danych statycznych dotyczących opłaty planistycznej.

Słowa kluczowe: opłata planistyczna, plan miejscowy, roszczenia odszkodowawcze, rozproszona zabudowa, dopłata

Wprowadzenie

W Polsce po 1989 roku nastąpił dynamiczny rozwój rynku nieruchomości, który charakteryzował się przyjęciem znaczącej ilości nowych planów miejscowych, przekształceniem wielu terenów rolnych na tereny budowlane oraz dynamicznym wzrostem cen nieruchomości. Tylko w okresie 2009–2017 ilość obowiązujących planów miejscowych w Polsce zwiększyła się z 36 193 do 49 360 (przyrost ilości planów o ponad 25%)¹. Powinno to skutkować istotnymi wpływami do budżetów gmin tytułem opłaty planistycznej i pobieraniem przez gminy opłaty planistycznej w związku ze zbyciem nieruchomości, których wartość wzrosła w wyniku przyjęcia lub zmiany miejscowego planu zagospodarowania przestrzennego (dalej: plan miejscowy). Niestety, jak wskazują statystyki w dalszej części artykułu, opłata planistyczna pozostaje marginalnym źródłem dochodów gmin.

Niskie dochody tytułem opłaty planistycznej oraz sama regulacja prawna opłaty skłania wielu badaczy do krytycznej oceny tej instytucji. Krytyka ta może mieć łagodną formę, np. M.J. Nowak wskazuje, że „opłata planistyczna jest rozwiązaniem zbyt miękkim, przynoszącym ograniczone skutki”². Pojawiają się także opinie bardziej radykalne, podważające sam sens obowiązywania przedmiotowej opłaty, jak np. w interpelacji poselskiej złożonej przez L. Gądek. W interpelacji wskazano wprost, że

ostatnie lata obowiązywania wskazywanych przepisów pokazuje, że opłata ta nader często jest niesprawiedliwie nakładana, a także w łatwy sposób można ją legalnie omijać. Bezzasadności jej utrzymania jest zatem oczywista³.

Zdaniem autora powyższy postulat jest obarczony błędem logicznym. Jeżeli jakaś instytucja prawa jest dysfunkcyjna lub nieefektywna, to logicznym wnioskiem nie jest potrzeba jej likwidacji. W pierwszej kolejności uzasadnione jest podjęcie działań w celu dokonania jej reformy. Warto podkreślić, że regulacja prawna tej

1 Bank Danych Lokalnych, <https://bdl.stat.gov.pl/bdls/dane/podgrup/tablica> (dostęp 10.05.2022).

2 M.J. Nowak, *Opłata planistyczna w świetle koncepcji „przenoszenia wartości”*, „Nieruchomości” 2021, nr 2, s. 25.

3 L. Gądek, *Interpelacja nr 11987 do ministra infrastruktury i budownictwa w sprawie bezzasadnego utrzymywania opłaty planistycznej*, 19.04.2017, Sejm Rzeczypospolitej Polskiej, www.sejm.gov.pl/sejm8.nsf/InterpelacjaTresc.xsp?key=2B3E8102 (dostęp 10.05.2022).

instytucji nie była przedmiotem istotnych zmian od początku jej obowiązywania. Sama likwidacja opłaty planistycznej wiązałaby się także z utratą źródła finansowania zadań gminy. Należy mieć na uwadze, że każdy rodzaj dochodów, który należy do kategorii dochodów własnych gminy, jak np. opłata planistyczna, powinien być tak ustalany, aby przynosić efektywne wpływy do budżetu samorządowego⁴. Na podstawie art. 9 ust. 2 i 3 Europejskiej Karty Samorządu Lokalnego⁵ gminy powinny dysponować zasobami finansowymi proporcjonalnymi do ich kompetencji, zaś co najmniej część tych zasobów powinna pochodzić z opłat i podatków lokalnych, takich jak opłata planistyczna.

Celem niniejszego artykułu jest przedstawienie aksjologicznych przyczyn nieefektywności tej instytucji. Zdaniem autora może ona być źródłem istotnych wpływów do budżetów gminnych, jednak konieczne jest w pierwszej kolejności zrewidowanie dotychczasowych poglądów dotyczących celu obowiązywania tej instytucji, tj. ustalenie, jaka kompetencja gminy uzasadnia pobieranie opłaty planistycznej. Autor stawia tezę, że celem obowiązywania opłaty planistycznej powinno być finansowanie roszczeń odszkodowawczych, o których mowa w art. 36 ust. 4 ustawy z dnia 27 marca 2003 roku o planowaniu i zagospodarowaniu przestrzennym⁶ (dalej: ustawa o planowaniu przestrzennym), tj. roszczeń powstałych w związku z niekorzystną dla właściciela nieruchomości zmianą planu miejscowego.

Metodyka badań i materiały badawcze

Badania przedstawione w niniejszym artykule zostały oparte w pierwszej kolejności na analizie krajowych tekstów ustaw, literatury prawniczej oraz urbanistycznej. Badania formalno-dogmatyczne zostały uzupełnione analizą danych statystycznych Głównego Urzędu Statystycznego zawartych w badaniu statystycznym „1.02.04(017) Lokalne planowanie i zagospodarowanie przestrzenne” dotyczącym m.in. opłaty planistycznej. Dane za okres 2015–2020 zostały pobrane ze strony internetowej GUS⁷, zaś dane za okres 2012–2014 zostały udostępnione bezpośrednio przez Ministerstwo Rozwoju i Technologii, które zleca GUS-owi prowadzenie

⁴ I. Czaja-Hliniak, *Opłata planistyczna jako dochód własny gminy*, „Casus” 2007, nr 3, s. 18.

⁵ Europejska Karta Samorządu Lokalnego, sporządzona w Strasburgu dnia 15 października 1985 r. (Dz.U. z 1994 r., nr 124, poz. 607 oraz Dz.U. z 2006 r., nr 154, poz. 1107).

⁶ Ustawa z dnia 27 marca 2003 r. o planowaniu i zagospodarowaniu przestrzennym (Dz.U. z 2022 r., poz. 503).

⁷ *Badania statystyczne – Lokalne planowanie i zagospodarowanie przestrzenne*, Ministerstwo Rozwoju i Technologii, www.gov.pl/web/rozwoj-technologia/badanie-statystyczne---lokalne-planowanie-i-zagospodarowanie-przestrzenne (dostęp 10.05.2022).

tego badania statystycznego. Badaniem nie są objęte lata wcześniejsze, gdyż dane dotyczące opłaty planistycznej zbierane w ramach tego badania są od roku 2012. Dane statyczne za 2021 rok były dostępne dopiero w lipcu 2022 roku.

Dokonując analizy danych statycznych dotyczących opłaty planistycznej, warto wskazać na ich ograniczoną dostępność. W porównaniu do wielu innych opłat i podatków opłata planistyczna nie jest przedmiotem intensywnego zbierania danych statycznych przez podmioty publiczne. Jako przykład można podać Bank Danych Lokalnych Głównego Urzędu Statystycznego, który nie dysponuje danymi statystycznymi dotyczącymi wyłącznie opłaty planistycznej. Dane dotyczące opłaty planistycznej są zagregowane w pozycji „wpływy z innych lokalnych opłat pobieranych przez jednostki samorządu terytorialnego na podstawie odrębnych ustaw”⁸. Pozycja ta obejmuje jednak nie tylko opłatę planistyczną, lecz także wiele innych mniej znaczących ze względu na wielkość dochodów, np. opłaty za parkowanie w płatnej strefie parkowania, opłata za gospodarowanie odpadami komunalnymi oraz opłata adiacencka. Ponadto praktyką budżetową gmin jest ujmowanie w dochodach budżetowych opłaty planistycznej i opłaty adiacenckiej w jednej pozycji. Utrudnia to w praktyce dokonanie kompleksowej analizy wielkości dochodów gmin tytułem opłaty planistycznej.

Regulacja prawna opłaty planistycznej

Opłata planistyczna została wprowadzona do polskiego prawa wraz z uchwaleniem ustawy z dnia 7 lipca 1994 roku o zagospodarowaniu przestrzennym⁹. Opłata była uregulowana w art. 36 ust. 3 tej ustawy. Obecnie opłata planistyczna jest uregulowana w art. 36 ust. 4 ustawy z dnia 27 marca 2003 roku o planowaniu i zagospodarowaniu przestrzennym, która zastąpiła ww. ustawę. Regulacja art. 36 ust. 3 ustawy z 1994 roku oraz art. 36 ust. 4 ustawy o planowaniu przestrzennym jest jedną i tą samą instytucją prawną¹⁰, dlatego należy przyjąć, że opłata planistyczna w niezmiennym kształcie obowiązuje już od 1995 roku.

Zgodnie z art. 36 ust. 4 ustawy o planowaniu przestrzennym, jeżeli w związku z uchwaleniem planu miejscowego albo jego zmianą wartość nieruchomości wzrosła, a właściciel lub użytkownik wieczysty zbywa tę nieruchomość, organ gminy pobiera jednorazową opłatę ustaloną w tym planie, określoną w stosunku procentowym do wzrostu wartości nieruchomości. Wysokość opłaty nie może być wyższa

8 Bank Danych Lokalnych, <https://bdl.stat.gov.pl/bdl/dane/podgrup/wymiary> (dostęp 10.05.2022).

9 Ustawa z dnia 7 lipca 1994 r. o zagospodarowaniu przestrzennym (Dz.U. z 1994 r., nr 89, poz. 415).

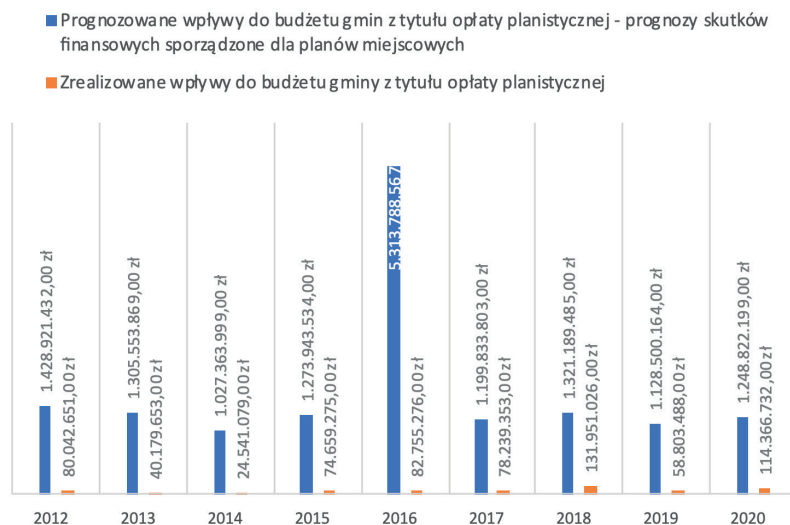
10 Wyrok WSA Łódź z dnia 1 marca 2011 r., II SA/Łd 1493/10, Legalis 383557.

niż 30% wzrostu wartości nieruchomości. Opłata może być pobrana w związku ze zbyciem nieruchomości, które miało miejsce w terminie 5 lat od chwili wejścia w życie planu miejscowego lub jego zmiany. Opłata planistyczna może być także nałożona na podstawie miejscowego planu rewitalizacji zgodnie z art. 37n ustawy o planowaniu przestrzennym. Na podstawie ust. 4a opłaty planistycznej się nie pobiera w przypadku nieodpłatnego przeniesienia przez rolnika nieruchomości wchodzących w skład gospodarstwa rolnego na następcę w rozumieniu przepisów o ubezpieczeniu społecznym rolników.

Potencjał opłaty planistycznej

W celu wykazania potencjału opłaty planistycznej jako źródła wpływów dla budżetów gmin uzasadnione jest przeanalizowanie danych dotyczących prognozowanych i pobranych środków tytułem opłaty planistycznej. W pierwszej kolejności analizie poddano wysokość planowanych przychodów tytułem opłaty planistycznej w prognozach skutków finansowych zawartych w planach miejscowych, których sporządzenie jest obowiązkowe dla każdego planu, oraz rzeczywistych przychodów gmin tytułem tej opłaty. Na wykresie 1 przedstawiono zestawienie tych danych za lata 2012–2020.

Wykres 1. Prognozowane przychody w planach miejscowych a przychody do budżetu gmin



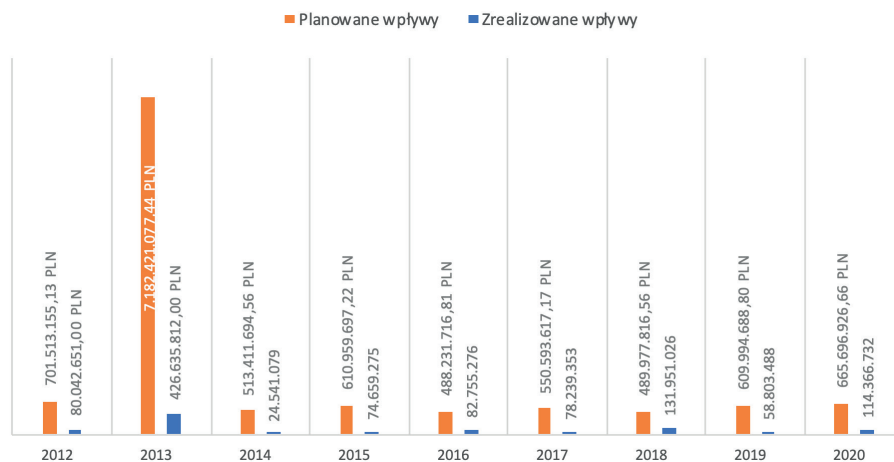
Źródło: opracowanie własne na podstawie GUS, 1.02.04(017) *Lokalne planowanie i zagospodarowanie przestrzenne*.

Analiza powyższych danych z jednej strony wskazuje, że przyjęcie planów miejscowych oraz zmiany tych planów istotnie zwiększają wartość nieruchomości objętych tymi planami. Corocznie w prognozach skutków finansowych dla planów miejscowych przyjmuje się, że przyjęcie lub zmiana planów przyniesie gminom przychód ponad 1 mld zł w następnych latach. Biorąc pod uwagę, że opłata planistyczna nie może przekraczać 30% wzrostu wartości nieruchomości, przyjęcie lub zmiana planów miejscowych w Polsce przynosi potencjalnie corocznie ponad 3 mld zł. W rekordowym roku 2016 jest to kwota nawet 17 mld zł. Z drugiej strony widoczny jest dysonans pomiędzy wysokością prognozowanych przychodów w planach miejscowych tytułem opłaty planistycznej a rzeczywistymi przychodami gmin z tego tytułu. Należy podkreślić, że prognozy skutków finansowych wskazują na przychody, które będą realizowane w związku z przyjęciem lub zmianą planów w tym roku i kolejnych latach budżetowych, nie tylko w roku ich przyjęcia lub zmiany. Dlatego hipotetycznie przychody mogłyby być zrealizowane w następnych latach – na dochody tytułem opłaty planistycznej składają się dochody związane ze sprzedażą działek objętych planem miejscowym w tym roku oraz w poprzednich pięciu latach. Niestety, analiza kolejnych lat pokazuje, że wysokość dochodów tytułem tej opłaty nie ulega zmianie. Należy uznać, że większości planowanych przychodów z opłaty planistycznej w prognozie finansowej nigdy nie pobrano jako opłaty planistycznej.

Rozbieżność pomiędzy możliwymi przychodami gmin z opłaty planistycznej a rzeczywistymi przychodami potwierdza także analiza planowanych wpływów z tego tytułu w budżetach gminy i wpływów faktycznie zrealizowanych. Zestawienie tych danych przedstawiono na wykresie 2. Rozbieżność ta nie jest już tak znaczna jak w przypadku przychodów wskazanych w prognozach finansowych dla planów miejscowych, ale różnica jest istotna i stała.

Z obu wykresów wynika, że wpływy do budżetów gmin tytułem opłaty planistycznej są zdecydowanie poniżej wcześniej zakładanych. Szczególnie pierwszy wykres wskazuje, że zmiana przeznaczenia nieruchomości w wyniku przyjęcia lub zmiany planu miejscowego przynosi istotny wzrost wartości tych nieruchomości, co potwierdza istotny potencjał dla opłaty planistycznej jako źródła dochodu gmin.

Wykres 2. Planowane i zrealizowane wpływy do budżetów gmin tytułem opłaty planistycznej



Źródło: opracowanie własne na podstawie GUS, 1.02.04(017) *Lokalne planowanie i zagospodarowanie przestrzenne*.

Finansowanie planów miejscowych

Opłata planistyczna jest dochodem własnym gminy, co potwierdza art. 36 ust. 4 zd. 2 ustawy o planowaniu przestrzennym. Zgodnie z zasadą jedności budżetu w ujęciu materialnym wszystkie dochody budżetowe powinny być przeznaczone na pokrycie wydatków publicznych bez wydzielenia dochodów o ściśle celowym znaczeniu¹¹. Dlatego formalnie celem opłaty planistycznej są wpływy do budżetu gminy, choć należy podkreślić, że opłata planistyczna nie jest podatkiem. Wynika to nie tylko z samej nazwy, lecz z pewnej ekwiwalentności. Opłata może być faktycznie pobrana tylko wtedy, gdy w wyniku uchwalenia lub zmiany planu miejscowego wzrośnie wartość nieruchomości. Dlatego wysokość opłaty planistycznej jest skorelowana wyłącznie ze wzrostem wartości nieruchomości wynikającym jedynie z ustaleń planu miejscowego, a nie z zyskiem, jaki właściciel lub użytkownik wieczysty osiąga ze zbyciem nieruchomości¹². Ponadto, jak słusznie wskazał WSA w Warszawie¹³,

11 M. Bitner i in., *Prawo finansowe. Prawo finansów publicznych. Prawo podatkowe. Prawo bankowe*, Warszawa 2017, s. 140.

12 A. Różańska, *Pojęcie „zbycia” w postępowaniach w sprawie naliczenia opłaty planistycznej*, „Nieruchomości” 2014, nr 11, s. 38.

13 Wyrok WSA w Warszawie z dnia 25 kwietnia 2007 r., sygn. akt IV SA/Wa 2431/06, Legalis 282525.

jeżeli wolą ustawodawcy byłoby nadać opłacie planistycznej status podatku, nakażałby stosować do jej poboru przepisy Ordynacji podatkowej.

W literaturze opłatę planistyczną od początku jej obowiązywania wiązano funkcjonalnie z konkretnymi wydatkami gminy. Jak wskazała K. Sulczewska¹⁴, ustawodawca założył, że gminy ponoszą znaczne koszty związane z procedurą uchwalenia czy zmiany planu miejscowego. Dlatego jeżeli dochodzi do zbycia nieruchomości objętej takim planem miejscowym, opłata planistyczna powinna zrekompensować poniesione przez gminę wydatki. Pogląd ten potwierdził NSA, wskazując, że celem, dla którego wprowadzono jednorazową opłatę, jest zrekompensowanie gminom przynajmniej części kosztów poniesionych w związku z przeprowadzeniem procedury planistycznej i uchwaleniem planu miejscowego¹⁵. Przedstawiony pogląd może także uzasadniać, dlaczego ustawodawca nie zdecydował się objąć opłatą planistyczną wzrostu wartości nieruchomości w związku ze zmianą przeznaczenia tej nieruchomości na podstawie decyzji o warunkach zabudowy i zagospodarowaniu terenu. Opłata planistyczna nie miała na celu finansowania przygotowania i wydania takiej decyzji. Należy jednak podkreślić, że gminy podejmowały próby poboru opłaty planistycznej w sytuacji wydania takiej decyzji, co nie znalazło akceptacji w orzecznictwie sądów administracyjnych¹⁶.

Zdaniem autora łączenie opłaty planistycznej z kosztami przygotowania planu miejscowego nie jest uzasadnione. Jeżeli opłata planistyczna faktycznie służyłaby wyłącznie temu celowi, miałyby miejsce naruszenie zasady proporcjonalności. Niewątpliwie koszty przygotowania planu miejscowego nie są aż tak wysokie, aby uzasadniać pobór opłaty planistycznej w wysokości 30% wzrostu wartości nieruchomości związanej z przyjęciem takiego planu. Zgodnie z wykresem 1 corocznie w prognozach skutków finansowych zawartych w planach miejscowych wskazuje się na prognozowane przychody powyżej 1 mld zł. Kwota ta prawdopodobnie przekracza kwotę wydatkowaną corocznie przez gminy na sporządzenie i uchwalenie planów miejscowych.

Dopłaty

W literaturze wskazuje się, że w przeważającej większości polskich gmin wydatki stanowiące konsekwencje uchwalenia planów miejscowych (np. budowa nowej

14 K. Sulczewska, *Opłata planistyczna oraz opłata adiacencka – uzasadnienie aksjologiczne i analiza porównawcza*, „Studia Prawno-Ekonomiczne” 2014, nr 92, s. 141.

15 Wyrok NSA z dnia 29 września 2010 r., sygn. akt II OSK 1430/10, Legalis 339082.

16 Wyrok NSA z dnia 19 kwietnia 2011 r., sygn. akt II OSK 691/10, Legalis 352489.

infrastruktury dla nowych terenów przeznaczonych pod zabudowę) zdecydowanie przewyższają dochody z tego tytułu¹⁷. Dlatego alternatywnym poglądem wobec potrzeby finansowania kosztów związanych z przyjęciem planu miejscowego jest przyjęcie, że celem opłaty jest dopłata do budowy infrastruktury dla nieruchomości objętych planem miejscowym. I. Czaja-Hliniak wskazuje, że opłata planistyczna w teorii należy do tzw. dopłat jako kategoria danin publicznych¹⁸. Jednocześnie definiuje dopłatę jako

publiczne, obowiązkowe świadczenie pieniężne, określone jednostronnie przez państwo lub samorząd terytorialny, w swych rozmiarach generalnie, pobierane od podmiotów, którym przypisuje się osiąganie szczególnych korzyści polegających na zwiększeniu wartości rynkowej majątków lub zwiększeniu dochodów, czyli osiągnięciu przysporzenia majątkowego, z tytułu wykonania (ewentualnie utrzymania) urządzeń państwowych albo samorządowych, względnie na zwiększeniu wartości rynkowej majątku z tytułu określonej czynności organu publicznego¹⁹.

Trudno w pełni zgodzić się z powyższą definicją, gdyż jest ona rozbieżna z powszechnym rozumieniem słowa 'dopłata'. Przez dopłatę należy rozumieć uzupełnienie sumy lub zapłatę brakującej należności lub długu²⁰. Osoba ponosząca dopłatę powinna partycypować w jakimś wydatku ponoszonym przez inny podmiot, np. Skarb Państwa lub jednostkę samorządu terytorialnego. Charakter dopłaty miała określić instytucja uregulowana w art. 23 ustawy z 1920 roku o budowie i utrzymaniu dróg publicznych w RP²¹, zgodnie z którą osoby otrzymujące z budowy lub utrzymania dróg szczególne korzyści mogły być zobowiązane do udziału w kosztach ich budowy lub utrzymania. Podobnie w literaturze niemieckiej wskazuje się, że dopłata (*der Beitrag*) jest świadczeniem w celu pokrycia kosztów nabycia, utworzenia lub powiększenia publicznych urządzeń oraz polepszenia stanu ulic, dróg i placów, z wyjątkiem ich bieżącego utrzymania²². W przypadku opłaty planistycznej ustawa jednak nie wskazuje, co miałyby współfinansować właściciele nieruchomości, uiszczając przedmiotową opłatę. Brakuje także związku pomiędzy wysokością opłaty planistycznej a kosztami, które miałyby współfinansować

17 M.J. Nowak, *Oplata...*, s. 23.

18 I. Czaja-Hliniak, *Oplata...*, s. 18.

19 I. Czaja-Hliniak, *Postulaty zmian regulacji opłat adiacenckich i opłaty planistycznej*, w: G. Leszewski (red.), *Opłaty samorządowe w Polsce – problemy praktyczne*, Białystok 2010, s. 35–36.

20 M. Szymczak (red.), *Słownik języka polskiego*, t. 1: A–K, Warszawa 1978, s. 429.

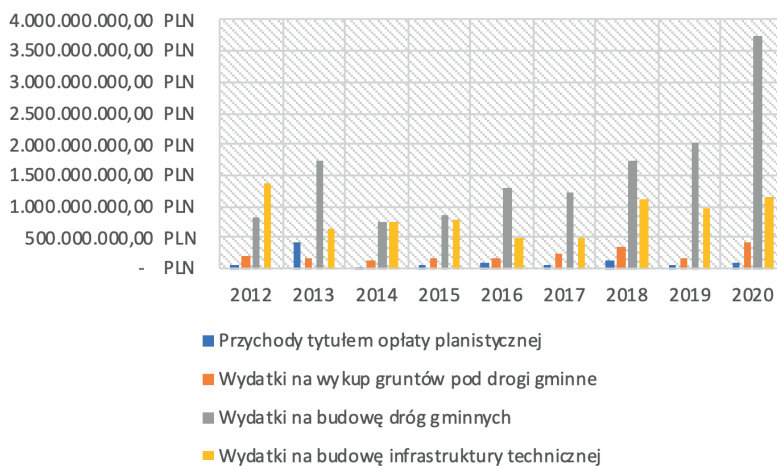
21 Ustawa z dnia 10 grudnia 1920 r. o budowie i utrzymaniu dróg publicznych w Rzeczypospolitej Polskiej (Dz.U. z 1921 r., nr 6, poz. 32).

22 I. Czaja-Hliniak, *Prawnofinansowa instytucja dopłat jako forma pozapodatkowych danin publicznych*, Kraków 2006, s. 16.

właściciel lub użytkownik wieczysty nieruchomości. Podstawą obliczenia opłaty planistycznej jest różnica wartości nieruchomości przed uchwaleniem lub zmianą planu miejscowego i po nich.

Przeprowadzona analiza danych GUS wskazuje, że niskie wpływy tytułem opłaty planistycznej pozostają w kontraście z wysokością kosztów, jakie ponoszą obecnie gminy tytułem realizacji planów miejscowych, w szczególności kosztów rozbudowy infrastruktury dla nowych obszarów przeznaczonych pod zabudowę. Relacja tych kosztów do wysokości wpływów do budżetu gmin tytułem opłaty planistycznej obrazuje, że gminy tytułem przyjęcia lub zmiany planu miejscowego ponoszą zdecydowanie większe koszty niż przychody. Ewentualną kwalifikację opłaty planistycznej jako dopłaty (formy współfinansowania) należy uznać bardziej za postulat niż rzeczywistość.

Wykres 3. Przykładowe przychody i wydatki związane z przyjęciem lub zmianą planów miejscowych



Źródło: opracowanie własne na podstawie GUS, 1.02.04(017) *Lokalne planowanie i zagospodarowanie przestrzenne*.

Postulat współfinansowania nowej infrastruktury realizowała opłata infrastrukturalna, która była zawarta w projekcie ustawy Kodeks urbanistyczny i budowlany²³. Opłata ta byłaby wzorcowym przykładem dopłaty. Opłatą infrastrukturalną

²³ Projekt ustawy Kodeks urbanistyczno-budowlany, 30.09.2016, Rządowe Centrum Legislacji, <https://legislacja.rcl.gov.pl/docs//2/12290463/12382118/12382119/dokument247655.pdf> (dostęp 10.05.2022).

obciążałaby właścicieli i użytkowników wieczystych nieruchomości częścią kosztów wytworzenia infrastruktury dla tych nieruchomości w związku z przyjęciem planu miejscowego. Opłata byłaby wymagalna po upływie roku od dnia, w którym możliwe stało się przyłączenie do inwestycji objętych opłatą. Opłata planistyczna istotnie odbiega swoim charakterem od opłaty infrastrukturalnej. Przede wszystkim wysokość opłaty planistycznej nie zależy od wysokości nakładów finansowych poniesionych przez gminę na nieruchomość w związku z przyjęciem lub zmianą planu miejscowego. Ponadto opłata planistyczna jest naliczana wyłącznie w przypadku zbycia nieruchomości.

Finansowanie odszkodowań

Za odrzuceniem jako podstawowego celu opłaty planistycznej finansowania przygotowania i przyjęcia planów miejscowych lub budowania nowej infrastruktury przemawia przede wszystkim wykładnia systemowa art. 36 ust. 4 ustawy o planowaniu przestrzennym, w którym uregulowana jest opłata planistyczna. Artykuł 36 ustawy o planowaniu przestrzennym z wyjątkiem ust. 4 i 4a jest w całości poświęcony roszczeniom odszkodowawczym w związku z uchwaleniem planu miejscowego albo jego zmianą. Zgodnie z ust. 1 przedmiotowego artykułu właścicielowi lub użytkownikowi wieczystemu przysługują roszczenia odszkodowawcze, jeżeli z uchwaleniem lub jego zmianą korzystanie z nieruchomości lub jej części w dotychczasowy sposób lub zgodnie z dotychczasowym przeznaczeniem stało się niemożliwe lub istotnie ograniczone. Roszczeniem tym jest odszkodowanie za poniesioną rzeczywistą szkodę albo wykupienie nieruchomości lub jej części.

W literaturze postuluje się jednoznaczne wyodrębnienie opłaty planistycznej do osobnej regulacji, ewentualnie do odrębnego przepisu²⁴. Nie zmienia to jednak tego, że redakcyjnie opłata planistyczna jest zintegrowana z roszczeniami odszkodowawczymi od samego początku obowiązywania tej instytucji w jednym artykule ustawy. Przyjmując założenie racjonalnego legislatora, można uznać, że wolą ustawodawcy było łączne stosowanie obu tych instytucji. Niewątpliwie funkcjonalnie to dwie lustrzane instytucje. Jedna dotyczy zwiększenia wartości nieruchomości w wyniku przyjęcia lub zmiany planu miejscowego – opłata planistyczna, druga zaś dotyczy zmniejszenia wartości nieruchomości w wyniku przyjęcia lub zmiany planu miejscowego – roszczenia odszkodowawcze. Dlatego celem opłaty planistycznej powinno być właśnie finansowanie przedmiotowych roszczeń odszkodowawczych. Czaja-Hliniak postuluje nawet, aby właśnie odszkodowanie tytułem zmniejszenia

24 I. Czaja-Hliniak, *Postulaty...*, s. 51.

wartości nieruchomości w wyniku zmiany planu miejscowego nazwać rentą planistyczną. Obecnie termin renta planistyczna jest wielokrotnie używany jako synonim opłaty planistycznej²⁵. Zresztą potrzeba finansowania tego kosztu nie jest tylko teoretyczną, lecz realną potrzebą związaną z ograniczaniem postępującej rozproszonej zabudowy.

Rozproszona zabudowa

Zjawiskiem globalnym, który dotyka także Polskę, jest zjawisko rozproszonej zabudowy (*urban sprawl*). Polega ono na zabudowie nieruchomości coraz bardziej odległych od centrum miasta lub wsi, która to zabudowa w konsekwencji jest coraz bardziej rozproszona. Ten typ zabudowy jest niekorzystny dla gospodarki, społeczeństwa, środowiska i infrastruktury publicznej. Coraz częściej prognozuje się negatywne skutki społeczne i zdrowotne powiązane ze „starzejącym się społeczeństwem” zamieszkującym w odizolowanych domostwach²⁶. Szczegółowej analizy tego zjawiska dokonali P. Śleszyński i in. w raporcie Komitetu Przestrzennego Zagospodarowania Kraju PAN²⁷. Skutki rozproszonej zabudowy są wielowymiarowe i tylko przykładowo można wskazać wyższe koszty utrzymania większej infrastruktury drogowej, wodnej i energetycznej. Mieszkańcy rozproszonej zabudowy korzystają przede wszystkim z indywidualnych środków transportu, co zwiększa koszty związane z paliwem oraz bezproduktywnie spędzonym czasem „za kierownicą”. Na podstawie ww. raportu dokonano wyceny negatywnych skutków rozproszonej zabudowy w Polsce, które wynoszą rocznie 19,9 mld EUR. Składają się na to:

- koszty budowy dodatkowej infrastruktury – 4,48 mld EUR,
- koszty transportu (w tym czasu dojazdu) – 7,44 mld EUR,
- koszty w rolnictwie i leśnictwie – 2,08 mld EUR,
- koszty rynku nieruchomości – 2,58 mld EUR,
- koszty zewnętrzne na środowisku – 2,98 mld EUR²⁸.

Wskazane koszty są ogromne. Należy podkreślić, że w przyszłości będą one dalej rosły. Podstawową przyczyną dalszego pogłębienia się rozproszonej zabudowy jest nadwyżka dostępnych terenów budowlanych w uchwalonych planach miejscowych

25 Ibidem, s. 47.

26 B. Buława, A. Ostenda, *Uwarunkowania demograficzne. Mieszkalnictwo na wsi*, „Przegląd Komunalny”, 2020, nr 11, s. 95.

27 P. Śleszyński, T. Markowski, A. Kowalewski, *Studia nad chaosem przestrzennym*, „Studia KPZK”, 2018, t. 182, s. 29–80, 163–195.

28 P. Śleszyński i in., *The Contemporary Economic Costs of Spartial Chaos: Evidence from Poland*, „Land” 2000, nr 9, s. 17–18.

względem rzeczywistych potrzeb społeczeństwa w zakresie terenu pod zabudowę mieszkalną. Obecnie dostępnych pod zabudowę jest 1,2 mln hektarów ziemi, w tym ponad 90% z tego pod zabudowę jednorodziną. Na takim obszarze można globalnie osiedlić 57–87 mln ludzi, czyli dwukrotnie więcej niż obecne zaludnienie Polski. Za dalszym wzrostem kosztów rozproszonej zabudowy przemawia także postępujący wzrost cen surowców oraz negatywne tendencje demograficzne w Polsce. Kolejnym czynnikiem jest coraz częściej preferowana praca zdalna (szczególnie od pandemii COVID-19), co wzmaga tendencje do rozproszonej zabudowy²⁹.

Realnym sposobem na ograniczenie rozproszonej zabudowy jest ponowne wyłączenie wielu nieruchomości spod zabudowy w planach miejscowych, np. przez ponowne przeznaczenie ich na tereny rolne lub leśne. Takie działanie jest związane z roszczeniami odszkodowawczymi właścicieli lub użytkowników wieczystych nieruchomości, które zostałyby ponownie wyłączone spod zabudowy.

Roszczenia odszkodowawcze

Dotychczas nie publikowano prognoz dla całej Polski dotyczących wysokości przypuszczalnych roszczeń odszkodowawczych wobec gmin w związku z potencjalną ponowną masową zmianą przeznaczenia nieruchomości w planach miejscowych na działki wyłączone spod zabudowy. Prawdopodobną przyczyną tego stanu rzeczy jest ciągły wstępny etap rozważań w Polsce na temat rozproszonej zabudowy i sposobów jej zwalczania. Należy jednak przyjąć, że roszczenia odszkodowawcze mogą mieć wręcz astronomiczną wysokość. W pierwszej kolejności świadczy o tym skala zjawiska. Jak wskazano powyżej, obecnie uwolnionych pod zabudowę jest 1,2 mln ha ziemi. Jeżeli gminy zdecydowałyby się zmienić przeznaczenie, np. 1 mln ha działek pod zabudowę, przekształcając w działki rolne, i wypłacić odszkodowanie w wysokości 1 zł za m², to łączna kwota odszkodowania wyniesie 1 mld zł. Kwotę tę należałoby traktować jako kwotę minimalną. Wysokość odszkodowania w przypadku każdej nieruchomości oczywiście będzie miała różną wysokość, ale w prawie wszystkich przypadkach powinna być wyższa niż 1 zł za m². Wysokość potencjalnych roszczeń odszkodowawczych można także oszacować za pomocą danych zawartych w prognozach skutków finansowych zawartych w sporządzonych planach miejscowych za okres 2012–2020. Jeżeli opłata planistyczna jest wyliczona na podstawie wzrostu wartości nieruchomości spowodowanej zmianą przeznaczenia tej nieruchomości w planie miejscowym, zaś odszkodowanie jest kwotą, o jaką

²⁹ J. Bill, B. Buława, J. Świerżawski, *Mental Health and the City in the Post-COVID-19 Era*, „Sustainability” 2021, nr 13 (14), s. 7533.

zmniejszyłaby się wartość nieruchomości w związku z przywróceniem wcześniejszego przeznaczenia nieruchomości w planie miejscowym, to kwoty zwiększenia i zmniejszenia wartości powinny być wartościami tożsamymi lub zbliżonymi. Suma wskazanych potencjalnych wpływów do budżetów gmin za okres 2012–2020 tytułem opłaty planistycznej to kwota 15,2 mld zł. Ponieważ stawka opłaty planistycznej nie może przekroczyć 30% wzrostu wartości nieruchomości, zaś odszkodowanie powinno pokryć 100% utraty wartości w związku ze zmianą planu miejscowego, powyższą kwotę należy powiększyć o 333%. Kwota odszkodowań wynosiłaby więc 50 mld zł. Oczywiście, kwotę tę należałoby obniżyć o wartość działek, które zostały zabudowane lub nie powinny być przedmiotem zmiany przeznaczenia z działki wyłączone spod zabudowy. Z drugiej strony wyliczenie nie obejmuje planów miejscowych za okres przed 2012 rokiem i po 2020 roku.

Za poglądem o wysokości roszczeń odszkodowawczych przemawia orzecznictwo sądowe w zakresie rozumienia szkody rzeczywistej w art. 36 ust. 1 ustawy o planowaniu przestrzennym. Wysokość odszkodowania powinna odpowiadać różnicy pomiędzy wartością nieruchomości uwzględniającą przeznaczenie nieruchomości przed zmianą planu a ceną nieruchomości, jaką można uzyskać w drodze sprzedaży po zmianie tego planu³⁰. W orzecznictwie mówi się nawet o wywłaszczeniu planistycznym³¹, co podkreśla tylko, że właściciele i użytkownicy wieczyści w przypadku procesów sądowych mogą liczyć na pełne odszkodowanie.

Ważnym elementem zwiększającym ilość potencjalnych roszczeń odszkodowawczych, a w konsekwencji ich globalną wielkość, jest także to, że plany miejscowe są przyjmowane na czas nieokreślony. Raz przeznaczona w planie miejscowym nieruchomość pod zabudowę nigdy nie będzie już działką rolną lub leśną. Jedyną możliwością zmiany tej sytuacji jest zmiana planu miejscowego połączona z zapłatą odszkodowania. Warto wskazać, że na podstawie art. 87 ust. 3 ustawy o planowaniu przestrzennym plany miejscowe przyjęte przed 1 stycznia 1995 roku, czyli na podstawie ustawy z 1984 roku o planowaniu przestrzennym³², zostały ostatecznie uchylone z dniem 31 grudnia 2003 roku. Nawet w takim przypadku przeznaczenie nieruchomości w już uchylonych planach było jednak uwzględniane przy roszczeniach odszkodowawczych. Potwierdza to nieuchronność obowiązku zapłaty odszkodowań, jeżeli gmina zdecyduje się zmienić przeznaczenie nieruchomości z działki budowlanej na działkę rolną lub leśną.

30 Wyrok SA w Warszawie z dnia 25 marca 2021 r., sygn. akt I ACa 627/20, Legalis 2585973.

31 Wyrok SN z dnia 11 maja 2018 r., sygn. akt II CSK 461/17, Legalis 1769143.

32 Ustawa z dnia 12 lipca 1984 r. o planowaniu przestrzennym (Dz.U. z 1984 r., nr 35, poz. 185).

Utrzymanie opłaty planistycznej nie gwarantuje, że gminy będą miały środki na sfinansowanie roszczeń odszkodowawczych, o których mowa w art. 36 ust. 1 ustawy o planowaniu przestrzennym. Mając na uwadze zasadę jedności budżetowej, nie można być także pewnym, czy wpływy z opłaty planistycznej będą przeznaczane na pokrycie przedmiotowych roszczeń odszkodowawczych. Obecnie wiele gmin nie dokonuje rezerw finansowych nawet w zakresie niezbędnym do wykupienia pod drogi przewidziane w planach miejscowych³³, dlatego tym trudniejsze może być zabezpieczenie środków na roszczenia odszkodowawcze w przyszłości. Z drugiej strony powiązanie przychodów z opłaty planistycznej z przyszłymi wydatkami związanymi ze zmianami planów zagospodarowania przestrzennego może mieć także wymiar edukacyjny w wielu gminach. Jak wskazuje Śleszyński i in., istnieje część gmin w Polsce, dla których jedyną funkcją planu miejscowego jest zmiana przeznaczenia terenów rolnych na tereny inne³⁴.

Wnioski

Dominujący od dawna pogląd, że celem opłaty planistycznej jest finansowanie kosztów sporządzenia i przyjęcia planów miejscowych, podlega pewnej ewolucji w stronę potrzeby finansowania budowy infrastruktury przewidzianej w tych planach. Budowa infrastruktury jest finansowo bardziej ambitnym celem niż sfinansowanie kosztów sporządzenia i przyjęcia planów miejscowych. Ewolucja tego poglądu została potwierdzona propozycją zastąpienia opłaty planistycznej opłatą infrastrukturalną. Uzasadnione jest także finansowanie z opłaty planistycznej roszczeń odszkodowawczych związanych ze zmianą przeznaczenia nieruchomości w planie miejscowym. Świadczy o tym wykładnia systemowa – obie instytucje są uregulowane w jednym artykule. Ponadto w najbliższych latach gminy w Polsce będą musiały zmierzyć się z problemem rozproszonej zabudowy i coraz bardziej dotkliwymi skutkami tej degradacji przestrzennej. W związku z tym konieczne będzie zmniejszenie podaży działek przeznaczonych pod zabudowę na rzecz konsolidowania osiedli. Opłata planistyczna może być istotnym źródłem sfinansowania roszczeń odszkodowawczych związanych z takimi zmianami przeznaczenia nieruchomości w planach miejscowych.

33 *Uzasadnienie do projektu ustawy Kodeks urbanistyczno-budowlany*, 30.09.2016, Rządowe Centrum Legislacji, <https://legislacja.rcl.gov.pl/docs//2/12290463/12382118/12382119/dokument247655.pdf>, s. 8 (dostęp 10.05.2022).

34 P. Śleszyński i in., *The Contemporary...*, s. 13.

Bibliografia

- Bill J., Buława B., Świerzawski J., *Mental Health and the City in the Post-COVID-19 Era*, „Sustainability” 2021, nr 13 (14).
- Bitner M., Chojna-Duch E., Grzybowski M., Chowaniec J., Karwat P., Kornberger-Sokołowska E., Lachowicz M., Litwińczuk H., Modzelewski W., Radzikowski K., Supera-Markowska M., Ślifirczyk M., Tetlak K., Waługa M., *Prawo finansowe. Prawo finansów publicznych. Prawo podatkowe. Prawo bankowe*, Warszawa 2017.
- Buława B., Ostenda A., *Uwarunkowania demograficzne. Mieszkalnictwo na wsi*, „Przeгляд Komunalny” 2020, nr 11.
- Czaja-Hliniak I., *Oplata planistyczna jako dochód własny gminy*, „Casus” 2007, nr 3.
- Czaja-Hliniak I., *Postulaty zmian regulacji opłat adiacenckich i opłaty planistycznej*, w: G. Leszewski (red.), *Opłaty samorządowe w Polsce – problemy praktyczne*, Białystok 2010.
- Czaja-Hliniak I., *Prawnofinansowa instytucja dopłat jako forma pozapodatkowych danin publicznych*, Kraków 2006.
- Gądek L., *Interpelacja nr 11987 do ministra infrastruktury i budownictwa w sprawie bezzasadnego utrzymywania opłaty planistycznej*, 19.04.2017, Sejm Rzeczypospolitej Polskiej, www.sejm.gov.pl/sejm8.nsf/InterpelacjaTresc.xsp?key=2B3E8102.
- Nowak M.J., *Oplata planistyczna w świetle koncepcji „przenoszenia wartości”*, „Nieruchomości” 2021, nr 2.
- Różańska A., *Pojęcie „zbycia” w postępowaniach w sprawie naliczenia opłaty planistycznej*, „Nieruchomości” 2014, nr 11.
- Sulcewska K., *Oplata planistyczna oraz oplata adiacencka – uzasadnienie aksjologiczne i analiza porównawcza*, „Studia Prawno-Ekonomiczne” 2014, nr 92.
- Szymczak M. (red.), *Słownik języka polskiego*, t. 1: A–K, Warszawa 1978.
- Śleszyński P., Kowalewski A., Markowski T., Legutko-Kobus P., Nowak M., *The Contemporary Economic Costs of Spartial Chaos: Evidence from Poland*, „Land” 2000, nr 9.
- Śleszyński P., Markowski T., Kowalewski A., *Studia nad chaosem przestrzennym*, „Studia KPZK” 2018, t. 182.

The Aim of the Zoning Fee – From Financing Local Plans to Claims for Damages

Abstract

The institution of the zoning fee is a subject of criticism in the literature. The institution is even postulated to be abolished. However, the statistical data presented in the paper shows

that the zoning fee has a significant fiscal potential. Therefore, before its liquidation, it is justified to attempt to reform it. The purpose of the paper is to indicate the desired areas of spatial policy which it should finance. The author presents three concepts. The most circulated conception in the literature is that the zoning fee should be used to finance the preparation and adoption of local spatial development plans. According to the second view, the zoning fee is a surcharge, and its aim is to co-finance the construction of infrastructure for real estate covered by the local plans. The third concept indicates that the aim of the fee is to finance claims for damages arising from the reduction in the value of real estate as a result of changes in the local plan. This concept is supported by the fact that the zoning fee and compensation claims are regulated in the same Article of the Act. Moreover, in the coming years, in order to eliminate the effects of urban sprawl, it will be necessary to incur severe damages due to the conversions of real estate back into agricultural and forestry plots. Such damages may be financed from the zoning fee. Since the third concept is based on contextual and functional interpretation, it should be recognised as appropriate. The paper is based on the analysis of bills of law, legal and urban planning literature. Moreover, an analysis of statistical data on the zoning fee was performed.

Keywords: zoning fee, local plan, claim for damages, urban sprawl, surcharge

CYTOWANIE

Buława P., *Cel opłaty planistycznej – od finansowania planów miejscowych do roszczeń odszkodowawczych*, „Acta Iuris Stetinensis” 2023, nr 2 (vol. 43), 9–25, DOI: 10.18276/ais.2023.43-01.



Erzsébet Csatlós
Ph.D., habil
University of Szeged, Hungary
e-mail: csatlos.e@juris.u-szeged.hu
ORCID: 0000-0001-8129-6189



National Security-Related Expulsion Cases during the Pandemic in Hungary: Secret Revealed?

Abstract

The research investigates the reasons behind the surge in the number of expulsion cases awaiting resolution by the Constitutional Court of Hungary during the initial year of the pandemic by conducting an analysis. Identity between the cases examined can be discovered along issues related to factual and legal merits, which in several cases is the cause of the problem and the effect of which draws attention to the right to an effective remedy. The study focuses on the factual and legal issues of decisions on expulsion and entry and residence bans from the point of view of legally established third-country nationals residing in Hungary. The study explores Constitutional Court and high court decisions of the period compared to the relevant case law of the Supreme Court in a comprehensible manner and digs up the roots of the identified common problems. Exploring the legal basis in the light of basic international and EU law obligations, both access to classified documents and a system of appeal against decisions constitute a set of complex, completely independent and unrelated procedures, that ultimately means that the facts on which the expulsion is based, which are also particularly difficult to ascertain, cannot be effectively disputed.

Keywords: national security-public safety-public order, expulsion, the reasoning of decisions, classified information

Introduction

In 2020 at the dawn of the outburst of the pandemic, States locked up and avoided any sort of migration for obvious reasons of stopping the spread of the virus. This situation also leads to the discussion of the conditions of the expulsion of foreigners due to health security-related issues qualified as a threat to national security, public security or public policy. An expulsion case in March 2020 got huge press coverage in Hungary when the breach of pandemic measures led to a quickly ordered expulsion and ban on entry. Serious concerns were articulated over the legality of the action and the effectiveness of legal remedy was also questioned due to the lack of factual reasoning in the administrative authority decision and the court found it correct.

Hungary is generally attacked for an extreme immigration policy, and the case put the correlation of national security argumentations against foreigners in highlight as in Hungary the concrete reasons, in the view of the expelled foreigner, are often obscured under the cover of classified documents due to national security reasons.¹ Uncertainties around the reasoning leading to the question of the respect of constitutional rights including the right to (effective) legal remedy which is shown by the recent practice of the Constitutional Court (CC). According to data retrieved from the database,² during the existence of the CC since 1990, there were 65 cases (among approximately 11 000) related to alien policing and among them 22 were expulsion cases and all but one was strictly related to national security, public security or public policy concerns in the year 2020 and the first part of 2021. These cases were constitutional complaints, i.e., claims towards the CC to contest the consistency of final and binding court decisions with the Fundamental Law.³ In general,

1 E. Inotai, *From Political Scapegoating to The Coronavirus Law: The Political Exploitation in Hungary*, "Journal for Intelligence, Propaganda and Security Studies" 2021, vol. 15, no. 1, pp. 61–62. On the excessive nature of Hungarian national security fears against foreigners see: Á. Szép, *A nemzetközi védelemben részesített személyek integrációjának szabályozása Magyarországon - nemzetbiztonsági szempontból*, "Justum aequum salutare" 2018, vol. 14, no. 3, pp. 107–131.

2 Sources of the decisions are: National Legal Database (Nemzeti jogszabálytár) and the Constitutional Court database. https://www.alkotmanybirosag.hu/ugykereso/talalatok?hatarozat_sorszam=&hatarozat_evsszam=&ugyszam_sorszam=&ugyszam_evsszam= (accessed: 27.11.2022).

3 Any persons or organisations affected by judicial decisions contrary to the Fundamental law may submit a constitutional complaint to the Constitutional Court (CC) if the decision made regarding the merits of the case or other decision terminating the judicial proceedings (a) violates their rights laid down in the Fundamental Law, and (b) the possibilities for legal remedy have already been exhausted by the petitioner or no possibility for legal remedy is available for him or her. Article 27 of Act CLI of 2011 on the Constitutional Court.

the number of constitutional complaints shows an increasing tendency⁴ and even if most of the cases are closed without constitutional review due to the lack of preconditions, it is a huge increase in immigration cases. Therefore, it is worth examining the reason behind this blatant trend- has it anything to do with the pandemic or what may explain it? It must be noted that the administrative authority decisions of expulsion are not public, a sort of image of the legal practice can be deduced from the available judgements⁵ based on the judicial review of authority decisions and the CC case law. As for the national security services practice and its conformity with the law, no information is available.⁶

The intersection of self-protection during the global pandemic and the migration of people who have human rights raises questions about the freedom of the state to have a say in the residents of its territory and the role of health-related issues on the grounds of national security which is a classical reason for expulsion. The question may arise if the above-mentioned numbers are solely in connection with the COVID-19 induced fears and restrictions or if the legal practice has challenges to overcome; it is worth a closer examination.⁷

The legal question around the topic: motifs of expulsion

All the cases were examined under the same radar: what the factual reason for the expulsion was (reasoning) and how the court reacted to it. The 22 constitutional cases of 2020–2021 were all rejected without substantial review except for one case when the unconstitutionality of a judgment (reviewing an immigration authority of expulsion) was on the agenda in connection with the language usage rights and fair procedure.⁸ Apart from that, 21 cases were contested by the foreigners for the grounding.

4 See comparative yearly statistics from 2013: Összefoglaló a 2020. évi ügyforgalmi és statisztikai adatokról, 16 April 2021, (Not available in English) <https://alkotmánybirosg.hu/osszefoglalo-a-2020-evi-ugyforgalmi-es-statisztikai-adatokrol> (accessed: 27.11.2022).

5 According to Art. 163 of Act CLXI of 2011 on the organization and administration of courts, to ensure publicity and clarity of judicial power, anonymised court decisions, with some exceptions, shall be published within 30 days counting from its putting in writing with free availability in an online system, see <https://eakta.birosag.hu/anonimizalt-hatarozatok> (accessed: 27.11.2022).

6 In this context, P. Vadász, Zs. Zódi, *A nemzetbiztonsági szolgálatok és a rendvédelmi szervek információkereséshez kapcsolódó számonkérhetősége*, "Jogtudományi Közlöny," 2020, no. 11, pp. 518–527, esp. p. 527.

7 The manuscript was closed on 30 June 2022.

8 CC Decision 3088/2020 (IV. 23.) ABH 2020, s. 517–522. The foreigner was a resident in Hungary but his permission to reside was withdrawn due to false communication to the authorities and was ordered to leave the country as his title to stay was ceased.

Despite the differences, the cases can be divided into two groups. In the first group of cases composed of 15 constitutional complaints, the core of the situation is quite identical in all of them: Iranian citizens studying in Hungary were quarantined due to their (alleged) behaviour during the time spent in the designated hospital, criminal proceedings were opened against all of them for “breaching epidemic control measures.”⁹ Following the opening of the procedure, the police as an investigation authority made a recommendation to the immigration authority to expel them and order a ban on entry because the foreigner means a threat to Hungary’s national security. They turned to court, but their claim was rejected, therefore all submitted their constitutional complaint to the CC to review the case and make a statement on the unconstitutionality of the judgement. All these happened over a couple of days. Later, the criminal proceedings were terminated (and the crime of violation of epidemic control measures was also decriminalised), and as the police did not maintain its recommendation based on the threat the Iranians posed to national security anymore, the immigration authority withdrew the ban on entry. In several of these cases, there is also available information that the Iranian student regained the residency permit as the special authority statement which is obligatory to obtain in immigration procedures stated that (s)he did not pose a threat to the national public order, public security, and public health.¹⁰

Among the second group of 6 cases, 2 are related to expulsion for different reasons¹¹ but 4 form a mixture of different expulsion cases where the reasoning of the administrative sanction, its availability and contestability also played a major role.

9 According to Article 361 of the Criminal Code, any person who: (a) infringes the rules of quarantine, epidemiological supervision or control ordered for preventing the importation or dissemination of an infectious disease subject to quarantine obligation; (b) infringes the rules of quarantine, epidemiological supervision or control ordered at the time upon the outbreak of a disease; (...) is punishable for misdemeanour by custodial arrest. From 2 April 2020, Gov. Decree 81/2020 (IV. 1.) 5 (1) adds that if a non-Hungarian citizen violates Article 361. of the Criminal Code, (s)he is to be expelled from the territory of Hungary. From 5 May 2020, according to Article 5 (1) of the Gov. Decree 85/2020, if the third country national was expelled because (s)he was qualified a threat to national security, (s)he is *not* entitled to *immediate legal protection* during the judicial review of his/her case. From 7 May 2020, article 5 (2) declared that if the violation of pandemic control measures emerges in relation to COVID-19, the behaviour is no longer constitutes a crime but is only a misdemeanour, so a decriminalisation has been seen. See: I. Ambrus, *A koronavírus-járvány és a büntetőjog*, “MTA Law Working Papers” 2020, no. 5 <https://jog.tk.hu/mtalwp/a-koronavirus-jarvany-es-a-buntetojog> (accessed: 27.11.2022), pp. 5–7.

10 National Directorate General for Aliens Policing 106-Ji-22937A/18/2020.

11 The case concerned an expired visa and a fake marriage correlation: CC Order 3010/2020. (II. 4.) ABH 2020, s. 136–138. Refusal of residency permit due to fake information CC Decision 3088/2020. (IV. 23.) ABH, s. 517–522.

In neither of these cases, the CC examined the claims related to, inter alia, the fairness of procedure, the presumption of innocence and the effectivity of legal remedy.

In addition, the problem of non-factual decisions due to the classified nature of the special authority turned up in two other immigration-related cases apart from expulsion.¹²

The fact that the documents from special authorities, which are classified and provide a necessary assessment of the risks and threats posed by a foreigner's presence in Hungary, were not included in the decision to expel, created the perception of a capricious and unjustifiable ruling, rendering the judicial review a mere formality. Furthermore, the decision was also silent on the fundamental grounds for the foreigner's categorization.

So, these are different cases. Although, there was one common element in all: the factual reasoning for the expulsion was a core element of the claims. Therefore, the following parts of the paper will examine the reasoning for expulsion in the view of the relevant Hungarian regulation and the frames of international and EU law obligations.

The discretionary power of a State on expulsion and its limits

Expulsion is an autonomous concept that is independent of any definition contained in domestic legislation.¹³

¹² CC Order 3273/2021. (VII. 7.) ABH 2021, s. 1741 [10]. In its judgment, the Metropolitan Court (Fővárosi Törvényszék) stated that during its proceedings it had inspected the classified documents of Agency for Constitutional Protection, and it had given rise to get convinced that the determination of the threat to national security was justified. The court was not entitled to provide any further justification. However, the court also noted that the foreigner could have initiated a special procedure to have access to the classified documents that contain the reasons for the threat to national security, but this procedure should have been opened at the classifier, the Agency.

¹³ *Guide to Article 1 of Protocol No. 7 of the European Convention on Human Rights. Procedural safeguards relating to expulsion of aliens.* First edition – 30 April 2021. Council of Europe/European Court of Human Rights, Strasbourg, https://www.echr.coe.int/Documents/Guide_Art_1_Protocol_7_ENG.pdf (accessed: 27.11.2022), p. 8.; Directive 2008/115/EC of the European Parliament and of the Council of 16 December 2008 on common standards and procedures in Member States for returning illegally staying third-country nationals. OJ L 348, 24.12.2008, s. 98–107; Article 3.3, See: C-165/14, *Alfredo Rendón Marín v Administración del Estado*, paragraph 84; and of 13 September 2016, EU:C:2016:675. 56.; 84–86; cf. C-544/15, *Sahar Fahimian v Bundesrepublik Deutschland*, CJEU 4 April 2017, ECLI:EU:C:2017:255. 50. See: V. Stehlík, *Discretion of Member States vis-à-vis Public Security: Unveiling the Labyrinth of EU Migration Rules*, “International and Comparative Law Review” 2017, vol. 17, no. 2. pp. 137–138.

Threats to national security may vary in character and be unanticipated or difficult to define in advance,¹⁴ and States are recognized to have a relatively large measure of discretion when evaluating threats to national security and when deciding how to combat these.¹⁵ The requirement of foreseeability in substantive law does not go so far as to compel States to enact legal provisions listing in detail all conduct that may prompt a decision to expel an individual on national security grounds.¹⁶ However, it shall be done in conformity with the relevant international obligations of States and in the case of Hungary, it primarily means the EU law requirements stemming from the common immigration policy and the human rights aspects of the Council of Europe. No matter how differentiated the mobility rules are from EU citizens to third-country nationals (TCN),¹⁷ everyone deserves procedural guarantees based on fundamental rights, including the right to effective legal remedy,¹⁸ and the state of emergency shall not be a reason to derogate them.¹⁹

Member States should therefore ensure that the ending of illegal stay of third-country nationals is carried out through a ‘fair and transparent procedure.’ According to general principles of EU law, decisions taken under this Directive should be adopted on a case-by-case basis and based on objective criteria, implying that “consideration should go beyond the mere fact of an illegal stay.”²⁰ Decisions shall be issued in writing and give reasons in fact and law as well as information about available legal remedies. However, the information on reasons may be limited

14 *C.G. and others v. Bulgaria*, App. no. 1365/07, ECtHR, 24 July 2008, p. 40.

15 Council of Europe, *National security and European case-law*, European Court of Human Rights, Research Division, 2013, s. 2, <https://rm.coe.int/168067d214> (accessed: 27.11.2022).

16 *Ljatifi v. the former Yugoslav Republic of Macedonia*, App. no. 19017/16, ECtHR, 17 May 2018, pp. 35–53.

17 P. Boeles, E. Brouwer, K. Groenendijk, E. Hilbrink, W. Hutten, *Public Policy Restrictions in EU Free Movement and Migration Law: General Principles and Guidelines*, Amsterdam 2021, p. 57.

18 *Bolat v. Russia*, App. no. 14139/03, ECtHR 5 Oct 2006. 81; *Nowak v. Ukraine*, App. no. 60846/10, ECtHR 31 March 2011. 81; *Ahmed v. Romania*, App. no. 34621/03, 13 July 2010, pp. 53–55. *cf.* Art. 1. of Directive 2008/115/EC which declares that the Directive sets out common standards and procedures to be applied in Member States for returning illegally staying third-country nationals, “in accordance with fundamental rights as general principles of Community law as well as international law, including refugee protection and human rights obligations.” See: W.A. Schabas, *The European Convention on Human Rights. A Commentary*, Oxford 2017, pp. 1130–1131.

19 A/76/257 Human rights of migrants. Report of the Special Rapporteur on the human rights of migrants, Felipe González Morales, Seventy-sixth session, General Assembly, 30 July 2021, p. 50; V. Chetail, *COVID-19 and human rights of migrants: More protection for the benefit of all*. International Organization for Migration (IOM). Geneva, 2020. <https://publications.iom.int/system/files/pdf/covid19-human-rights.pdf> (accessed: 27.11.2022), p. 4.

20 Directive 2008/115/EC, preamble (6).

where national law allows for the right to information to be restricted, in particular to safeguard national security, defence, and public security and for the prevention, investigation, detection and prosecution of criminal offences. Meanwhile, Member States shall provide, upon request, a written or oral translation of the main elements of decisions including information on the available legal remedies in a language the third-country national understands or may reasonably be presumed to understand.²¹ The TCN shall be afforded an effective remedy to appeal against or seek a review of decisions, where the authority or body shall have the power to review decisions including the possibility of temporarily suspending their enforcement unless a temporary suspension is already applicable under national legislation. The third-country national concerned shall have the possibility to obtain legal advice, representation and, where necessary, linguistic assistance.²² As it comes from a recent case, by analogy, such provisions shall not be derogated by any Member States to serve the maintaining of public order and safeguarding domestic security.²³

Can you keep a secret? Classified information on the factuality

Despite the state of emergency in Hungary during the pandemic, no specific legislation was made that would have influenced the concerns of national security or public health. According to the legislation in force, the immigration (and the asylum) authority shall base its final decision on accepting a foreigner in the territory of Hungary on the professional opinion of either the Agency for Constitutional Protection or the Counter-Terrorism Centre as special authorities,²⁴ if the person endangers Hungary's national security or not. The Police can also be involved as an investigating authority during the procedure.²⁵

It is the task of the Agency for Constitutional Protections to pursue the inspection of aliens, and to formulate a position on whether a certain alien threatens the public order, public and national security of Hungary.²⁶ The documentation of its

21 Directive 2008/115/EC, Art. 12. 1–3.

22 Directive 2008/115/EC, Art. 13.

23 C-159/21, *GM v. Országos Idegenrendészeti Főigazgatóság, Alkotmányvédelmi Hivatal, Terrorelhárítási Központ*, CJEU 22 September 2022, ECLI:EU:C:2022:708. 84. See: A. Loxa, V. Stoyanova, *Migration as a Constitutional Crisis for the European Union*, in: V. Stoyanova, S. Smet: (eds.), *Migrants' Rights, Populism and Legal Resilience in Europe*, Cambridge 2022, pp. 146–147.

24 According to Gov. Decree 114/2007 (V. 24.) on the Implementation of Act II of 2007 on the Admission and Right of Residence of Third-Country Nationals [Executive Decree] Art. 97 and 165.

25 Executive Decree Art. 97/A.

26 Article 5. § point g) of Act CXXV of 1995 on national security services.

activity is classified²⁷ and can be consulted by special authorisation granted by the classifier upon request.²⁸ Disclosure and abuse of classified documents is otherwise a crime.²⁹ The reasoning of the immigration authority decision may not include the description of the data and specific conclusions contained in the classified document, however, the reasoning must contain an explanation which shows the causal connection of the knowledge of the data with the damage to the public interest protected by the classification.³⁰ However, the possibility to claim an access permit shall be granted as the right to information self-determination requires. So if it is denied, it shall be subject to legal remedy.³¹ As expressed by the CC, this legal remedy shall go beyond formal examination and ensure a substantive examination of the justification.³² Neither the immigration authority nor the trial court is in a position to decide to reveal the classified information. The permission to get access is subject to a separate and independent procedure opened before the classifier. The court may examine the file to ensure the effective legal protection of the foreigner and shall verify that the information contained therein is a sufficient reason for the action of the immigration authority. The court may not review the data and conclusions of the national security audit, it may only decide whether the contents of the proposal are sufficiently supported by the data.³³ For that reason, the court ensures legal protection by inspecting the file containing classified information and verifying whether the opinion of the Agency for Constitutional Protection proved the existence of a risk to national security.³⁴ The judicial decision shall not reveal any of the classified information, it must include a justification showing the causal link between the disclosure of the data and the public interest protected by the classification.³⁵ The ‘right to a fair procedure’ is thus ensured by allowing the court a substantial review of the claim but not revealing the classified information.³⁶

The ‘protected public interest’ can be embodied in several ways. Its classic case is when it applies to a specific person, but sometimes it protects the technique,

27 Article 5. § (1) c) of Act CLV of 2009 on the protection of classified data [Act CLV of 2009].

28 Act CLV of 2009, Art. 11 (1).

29 Cf. Act C of 2012 on the Criminal Code, Art. 265.

30 Act CLV of 2009 Art. 11 (2); cf. Kúria I.Kfv.37.468/2021/7/II. [32].

31 See the Supreme Court statement: Kúria Kfv.I.37.381/2017/6., repeated in: Kfv.II.37.983/2020/10.

32 CC Decision 12/2004 (IV.7.) ABH 2004, p. 225.

33 Kúria Kfv.VI.37.640/2018/9.; Kfv.III.37.039/2013/6.; and 15.K.701.318/2020/18., esp. [15]. Also see: Kúria I.Kfv.37.468/2021/7/II. [30]; CC Decision 29/2014 (IX. 30) ABH 2014, p. 1297–1315.

34 Kúria Kfv.II.37.983/2020/10. [16].

35 Act CLV of 2009, Art. 11 (2) cf. Kúria I.Kfv.37.086/2021/9. [27].

36 Kúria I.Kfv.37.086/2021/9. [28].

method, and direction of the procedure itself. When the authority or the court carries out the ‘necessity-proportionality test,’ only these can be considered and cannot include the personal circumstances of the claimant. Consequently, the reasons for a decision and judgment may not go beyond a reference to the legal text which becomes an indication of the public interest to be protected. On the basis of the defined public interest the request for access, disclosure, unauthorized acquisition, modification or use of the data by unauthorized persons, are refused. Similarly, making the information inaccessible to the person entitled to it under the claim of being detrimental to the public interest may altogether be protected by the classification.³⁷ The review checks whether the formal and substantive requirements have fully complied with the course of the proceeding of classification and whether the classification is well-grounded or not.³⁸ This interpretation of grounding conforms with the EU requirements of effective legal remedy expressed in Article 47 of the EU Charter of Fundamental Rights and also in judicial practice. If the judicial review is to be effective, the person concerned must be able to ascertain the reasons upon which the decision taken concerning him is based, either by reading the decision itself or by requesting and obtaining notification of those reasons, without prejudice to the power of the court with jurisdiction to require the authority concerned to provide that information to make it possible for him to defend his rights in the best possible conditions and to decide, with full knowledge of the relevant facts, whether there is any point in his applying to the court with jurisdiction, and to put the latter fully in a position in which it may review the lawfulness of the national decision in question.³⁹ If in exceptional cases, a national authority opposes precise and full disclosure to the person concerned of the grounds by invoking reasons of State security, the court with jurisdiction in the Member State concerned must have at its disposal and apply techniques and rules of procedural law which accommodate, on the one hand, legitimate State security considerations regarding the nature

37 CC Decision 29/2014. (IX. 30) ABH 2014, pp. 1309–1310, [57], [61], [63] and Kúria I.Kfv.37.468/2021/7/II. [31]; Kúria I.Kfv.37.086/2021/9. [25].

38 Kúria I.Kfv.37.086/2021/9. [24]; Metropolitan Court (Fővárosi Törvényszék) 15.K.701.318/2020/18. [16].

39 C-300/11, *ZZ v Secretary of State for the Home Department*, CJEU 4 June 2013, ECLI:EU:C:2013:363. 53–54; Joined Cases C-372/09 and C-373/09, *Peñarroja Fa*, CJEU 17 March 2011, ECLI:EU:C:2011:156. 63; C-430/10, *Hristo Gaydarov v Direktor na Glavna direktsia ‘Ohranitelna politisia’ pri Ministerstvo na vateshnite raboti*, CJEU 17 November, 2011 ECLI:EU:C:2011:749. 41; C-222/86, *Union nationale des entraîneurs et cadres techniques professionnels du football (Unectef) v Georges Heylens and others*, CJEU 15 October 1987, ECLI:EU:C:1987:442. 15; Joined Cases C-402/05 P and C-415/05 P, *Yassin Abdullah Kadi and Al Barakaat International Foundation v Council of the European Union and Commission of the European Communities*, CJEU 3 September 2008, ECLI:EU:C:2008:461. 337.

and sources of the information taken into account in the adoption of such a decision and, on the other hand, the need to ensure sufficient compliance with the person's procedural rights, such as the right to be heard and the adversarial principle.⁴⁰ The relevant Hungarian law is in harmony with these requirements.⁴¹ However, many claims reveal that foreigners have general problems with the independent nature of the procedure of access to classified documents. The entire procedure seems to be futile,⁴² or the circumstances make it impossible to open it,⁴³ or simply the explanation of the courts' argumentation concerning the availability of the classified information by the Act CLV of 2009 when the reasons for being categorised as a threat to national security are claimed for legal remedy,⁴⁴ suggesting that probably the administrative procedure did not pay (enough) attention to inform the foreigner on this aspect of the procedure. This latter statement is a mere assumption based on the previously mentioned judicial caselaw that was the subject of the study: the judgments often explained deeply and in detail the circumstances of the procedure that should have been claimed before the classifier to read one's file.

To sum up, the right to information self-determination and also the right to know the reasons for an administrative decision is subordinated to the national interest of the state to its security and also fulfils the requirements of effective legal remedy,⁴⁵ at least formally.⁴⁶ Although the court has very limited powers in this case, and no jurisdiction over the qualification of the data; it may suggest a review by the *National Data Protection and Freedom of Information Authority* (National

40 C300/11, *supra*, p. 57. See: E. Rák-Fekete, *A tisztességes hatósági ügyintézéshez való jog érvényesülése a gyakorlatban*, "Közjogi Szemle" 2020. vol. 13, no. 3, p. 96.

41 *Cf. Muhammad and Muhammad v. Romania*, Appl. no. 80982/12, ECtHR 15 October 2020, pp. 44–45.

42 Metropolitan Court 49.K.703.152/2021/8 [7]. See: Kfv.I.37.127/2021/10.; Kfv.I. 37.468/2021/7.

43 The procedure does not allow representation, it shall be claimed in person. See: Kúria Kfv. II.37.075/2021/9. [16].

44 See the following Metropolitan Court cases: 49.K.703.152/2021/8.; 16.K.702.875/2021.; 15.K.701.241/2020/27.; 15.K.701.318/2020/18.; 13.K.701.350/2021/7.; 16.K.702.875/2021.; 16.K.707.269/2020/18.; 9.K.707.924/2020/10. Kúria cases: Kfv.II.37.064/2021/9.; Kfv. II.37.075/2021/9.; Kfv.I. 37.086/2021/9.; Kfv.I.37.127/2021/10.; Kfv.II.37.862/2020/11.; Kfv. II.37.863/2020/15.; 37.533/2020/9.; Kfv. 38.329/2018/10.

45 *Cf. C-362/14, Maximilian Schrems v Data Protection Commissioner*, CJEU 6 October 2015. ECLI:EU:C:2015:650. 95; K. Gutman, *The Essence of the Fundamental Right to an Effective Remedy and to a Fair Trial in the Case-Law of the Court of Justice of the European Union: The Best Is Yet to Come?* "German Law Journal" 2019, no. 20, pp. 893–894.

46 In this context, compare the development of the legal framework: Zs. Kerekes, *State of play – az információszabadság Magyarországon 2015 őszén*, "Infokommunikáció és jog" 2015, Vol. 12, no. 64, pp. 140–141.

Data Protection Authority). This independent authority is entitled to pursue an ex officio authority procedure to review the legality of the classification of the data if it is probable that the classification of the classified information concerned is unlawful.⁴⁷ In its proceedings of ninety days, it may conclude to order the classifier to modify the level of secrecy or declassify the information or may establish that the classifier acted in compliance with the regulations on the classification of national security information. As for the content of the document (factuality), it has no competencies of evaluation.⁴⁸

The CC in its guiding decision of 2014 called attention to the existence of such procedure as a legal tool to contest the legality of classification to gain access to the documents, however, in the ordinary legal practice expressed in the available and examined case law, the mentioning of this possibility hardly emerges in the reasonings.⁴⁹

Prosecution for the breach of pandemic measures as fact for being a threat to national security

In more than a dozen constitutional complaints, the scenario was the same: ongoing criminal procedure, expulsion based on being a threat to national security within a couple of days, then a few months later, the closure of the criminal procedure without conviction and the withdrawal of the ban on entry.

Legal practice acknowledges ongoing criminal proceedings have enough factual basis for the qualification of an alien's presence in the country as a threat to national security.⁵⁰ Therefore, it may give rise to the ordering of expulsion. However, the procedural steps leading to the expulsion in the above-mentioned cases raised concerns about another reason. The immigration authority ordered the expulsion upon the recommendation of the police made during the procedure. The expulsion and the ban on entry to the country were ordered, however, a couple of months later, all the criminal proceedings were closed without conviction and the ban on entry was abolished.

⁴⁷ Act CXII of 2011 on the Right of Informational Self-Determination and on Freedom of Information [Act CXII of 2011] Art. 62.

⁴⁸ Act CXII of 2011, Art. 63 (1).

⁴⁹ Metropolitan Court 106.K.700.322/2019/15.; 106.K.700.049/2019/7.; 106.K.700.046/2019/7.

⁵⁰ CC Order 3171/2020 (21) ABH 2020, pp. 898–900; p. 899. [9]; CC Order 3093/2020 (IV. 23.) ABH 2020, pp. 543–547; p. 544. [5]; [7]; CC Order 3417/2020 (XI. 26.) ABH 2020, pp. 2363–2365 [10]; CC Order 3416/2020 (XI.26.) ABH 2020, pp. 2360–2362; p. 2361 [9].

The police recommendation and its determinant nature on the expulsion decisions was a core element of the legal remedy and in the constitutional complaint. Considering the procedural role of the police, the legislator introduced the possibility to propose to the immigration authority in 2010 but before 1 January 2018,⁵¹ the proposal of the investigating authority was indeed a recommendation and not a binding order. By now, the currently applicable law in force (Act on TCN) expressly states that the competent immigration authority shall not derogate from the proposal;⁵² it is not entitled to override it, neither is there a necessity of expulsion nor the recommended time of the ban on re-entry.⁵³

The immigration authority proceeds *ex officio*, whereas another authority gave an 'obligatory order' to open and pursue the procedure to expel the foreigners.⁵⁴ Besides, the immigration authority's decision did not contain any information on the factuality of the case. It simply invoked the legal provisions that empower the police to recommend the expulsion which binds the proceeding immigration authority. Thus, the authority's decision was called a non-personalised, 'template decision' and during the hearing, no information was shared on the proceedings.⁵⁵ In other constitutional complaints, the lack of substantial judicial supervision was highlighted among other reasons. It was argued that the factuality and the causality between the behaviour and its qualification stated that these elements of the procedure were not reviewed by the court therefore the legal remedy was not effective.⁵⁶ At the same time other complainants even expressly denied committing the behaviour they were accused of.⁵⁷

51 It was Article 38 of the *Act CXLIII of 2017 on amending certain acts related to migration* inserted the provision into the Act II of 2007 on the Admission and Right of Residence of Third-Country Nationals.

52 Act II of 2007, Article 43 (3); KGD2019.105.

53 Act II of 2007 Article 43 (3); legislative motifs to Act CXLIII of 2017, Art. 38.

54 Commentary on Act CXL on the General Rules of Administrative Proceedings and Services, Article 104, para. 1, (accessed from National Legal Database).

55 CC Order 3045/2021 (II.19.) ABH 2021, pp. 342–343.[8]–[9]; CC Order 3046/2021. (II. 19.) ABH 2021, pp. 345–346. [8]–[9]; CC Order 3047/2021. (II. 19.) ABH 2021, pp. 348–349. [8]–[9], CC Order 3048/2021. (II. 19.) ABH2021, pp. 351–352. [8]–[9], CC Order 3049/2021. (II. 19.) ABH2021, pp. 354–355. [8]–[9], CC Order 3050/2021. (II. 19.) ABH 2021, pp. 357–358. [8]–[9].

56 See esp.: CC Order 3487/2020 (XII. 22) ABH 2020, p. 2738. [11]; CC Order 3486/2020 (XII. 22) ABH 2020, pp. 2734–2735, [3]; [12]–[13]; CC Order 3485/2020 (XII. 22) ABH 2020, p. 2730 [12]; CC Order 3492/2020 (XII. 22) ABH 2020, p. 2753. [7]; CC Order 3493/2020. (XII. 22) ABH 2020, p. 2756 [7]; CC Order 3490/2020 (XII. 22) ABH 2020, p. 2747. [7]; CC Order 3489/2020. (XII. 22) ABH 2020, p. 2744 [7]; CC Order 3488/2020 (XII. 22) ABH 2020, p. 2741. [7].

57 CC Order 3487/2020 (XII. 22) ABH 2020, p. 2737. [3].

It is a *sui generis* legal phenomenon in the Hungarian legal practice: the proposal maker authority (police) does the fact-finding, the evaluation of the facts and the deliberation and thus *de facto* the decision-making, while the competent proceeding authority ensures the *de iure* format of decision-making when it orders the expulsion. In the present cases, the full documentation (the detailed matter of facts, and the reasoning of the argumentation that led to the final consequences of expulsion) of this kind of cooperation does not appear in the proceeding authority's decision. Here, the mere legal provision of the Act on TCN that makes the police recommend an order for the immigration authority to impose the expulsion and the ban on entry in its decision was the reasoning. The court that reviewed these decisions found such a solution correct. The court stated that the provision is *ius cogens*; therefore, no further (factual) reasoning is needed.⁵⁸ On the other hand, the legal practice is clear: the lack of proper factual and legal grounding of an authority's decision is a serious breach of procedural law that makes the decision unsuitable for a substantive review, therefore, it shall be annulled.⁵⁹ This ambiguity leads to further questions related to the nature of police recommendation and the role of the police as a procedural actor which is beyond the scope of this study. In the Iranian students' cases of expulsion, no information occurred on the possible classified nature of any data related to the police documents. Moreover, in the only available Metropolitan Court judgment in one of the Iranian cases, there is an acknowledged reference claiming that during the hearing, the police made the evidence available for the foreigner.⁶⁰ It also supports the assumption that in these cases, the factual reasoning embodied in the police documents was not of classified nature. The qualification of data is the targeted consequence of a procedure,⁶¹ and the classification of the data (a document that contains it) is a result of it. Thus, the documents of the police in connection with the investigation and the evidence are not *de iure* classified. In situations where the same authority responsible for

58 CC Order 3487/2020 (XII. 22.) ABH 2020, p. 2738. [6]; CC Order 3488/2020 (XII. 22.) ABH 2020, p. 2741. [4]; CC Order 3489/2020. (XII. 22.) ABH 2020, p. 2744. [4]; CC Order 3490/2020 (XII. 22.) ABH 2020, p. 2744. [4]; CC Order 3491/2020 (XII. 22.) ABH 2020, p. 2750. [4]; CC Order 3492/2020 (XII. 22.) ABH 2020, p. 2753. [4]; CC Order 3493/2020 (XII. 22.) ABH 2020, p. 2756. [4].

59 E. Csatlós, *Remarks on the Reasoning: The Morals of a Hungarian Expulsion Decision in Times of Pandemic*, "Central European Public Administration Review" 2021, vol. 19, no. 1, pp. 185–186.

60 Metropolitan Court 15.K.701.176/2020/4. None of the Metropolitan Court judgments of the Iranian students are available in the database at the time of writing of this paper, the cited judgment was handled by the Hungarian Helsinki Committee.

61 It is monitored by the National Security Authority. Zs. Juhász, G. Virányi, T. Hegedűs, T. Vizsra, *A Nemzetbiztonsági Szakszolgálat hatósági feladatai*, "Nemzetbiztonsági Szemle" 2020, vol. 8, no. 1, p. 145.

determining a foreigner's qualification generates data to be classified, it is imperative that the classification is based on legitimate grounds, and the document containing the classified information clearly indicates the classified status and level of classification.⁶² No later than the commencement of the first procedural act affecting him/her, the person under criminal procedure shall be duly informed of his/her rights and shall be warned of his obligations including the data management rules of classified data.⁶³

Conclusion

Soon after the state of emergency was announced in the spring of 2020, a case received huge press coverage: a group of Iranian university students were expelled from Hungary to Iran because of their alleged unlawful behaviour during their quarantine period with a ban on entry. All cases ended up in front of the Constitutional Court by constitutional complaints contesting, *inter alia*, the grounding of the administrative decisions and the effectivity of legal remedy. Later, the criminal investigations were closed and the ban on entry was annulled. Having a look at the case history and the legal arguments, further examinations of expulsion practice seemed to be worth examining, thus the scope of the study was expanded to related high court decisions.

In a strict sense, none of the publicly available expulsion cases of 2020 and the first half of 2021 was related to the pandemic or health issues, not even the cases of the Iranian students whose expulsion was ordered based on a criminal investigation of the breach of pandemic measures. However, the legal guarantees connecting to the factual and legal grounding of both administrative and judicial decisions as well as their relationship with the effective judicial review emerged in a surprisingly high number of the examined cases. The rule of law requirements and the relevant international and even Hungarian legal practice are on the same side of the argumentation that supports the unlawful nature of the practice seen in the Iranian Students' case: the immigration authority's decision should have incorporated the factual elements of the police initiation and ensure proper reasoning to the court that could have endured an effective review. If it is missing, according to the laws in force, the court should have declared the nullity of the authority resolution for serious procedural law violation (lack of proper factual grounding and legal reasoning).

⁶² Act CLV of 2009, Art. 6.

⁶³ Gov. Decree 100/2018 (VI. 8.) on the detailed rules of investigation and preparatory procedure, Art. 42 (4) h.

In cases where the debate focused on the nature of classified information, the same problem arose: the (apparent) lack of reasoning. The legal norms ensure the necessary tool for having the possibility to gain access to classified documents. However, the experiences taken from the cases examined, and the information on its availability may be questioned. Unfortunately, the authority's decisions are not available to get further to the source of the problem. Nevertheless, as a general conclusion stemming from the studied cases, the reason for expulsion seems to be indisputable and gets dim under the cover of national security. In the view of the foreigner, such a situation is, however, confronting the right to 'effective' legal remedy and makes the whole procedure from the beginning until the end of the judicial phase a formal one. The authority's obligation to give information on procedural rights and obligations should be given a stronger role that may lead to a comprehensible and deeper understanding of the foreseeable reasons and the process of expulsion, irrespective of the global pandemic. However, a deeper analysis of the discretion of the State related to national security implications and the transparency of the procedure including the right to effective legal remedy is beyond the scope of the present paper.

References

- Ambrus I., *A koronavírus-járvány és a büntetőjog*. "MTA Law Working Papers" 2020, no. 5, <https://jog.tk.hu/mtalwp/a-koronavirus-jarvany-es-a-buntetojog> (accessed: 27.11.2022).
- Boeles P., Brouwer E., Groenendijk K., Hilbrink E., Hutten W., *Public Policy Restrictions in EU Free Movement and Migration Law: General Principles and Guidelines*, Amsterdam 2021.
- Chetail V., *COVID-19 and human rights of migrants: More protection for the benefit of all*. International Organization for Migration (IOM). Geneva, 2020. <https://publications.iom.int/system/files/pdf/covid19-human-rights.pdf> (accessed: 27.11.2022).
- Csatlós E., *Remarks on the Reasoning: The Morals of a Hungarian Expulsion Decision in Times of Pandemic*, "Central European Public Administration Review" 2021, vol. 19, no. 1, pp. 185–186, DOI: 10.17573/cepar.2021.1.08 (accessed: 27.11.2022).
- Gutman K., *The Essence of the Fundamental Right to an Effective Remedy and to a Fair Trial in the Case-Law of the Court of Justice of the European Union: The Best Is Yet to Come?*, "German Law Journal" 2019, no. 20, pp. 884–903, DOI: 10.1017/glj.2019.67 (accessed: 27.11.2022).
- Inotai E., *From Political Scapegoating to The Coronavirus Law: The Political Exploitation In Hungary*, "Journal for Intelligence, Propaganda and Security Studies" 2021, vol. 15, no. 1, pp. 59–71.

- Juhász Zs., Virányi G., Hegedűs T., Vizsra T., *A Nemzetbiztonsági Szakszolgálat hatósági feladatai*, "Nemzetbiztonsági Szemle" 2020, vol. 8, no. 1, pp. 126–147, DOI: 10.32561/nisz.2020.1.8 (accessed: 27.11.2022).
- Kerekes Zs., *State of play - az információszabadság Magyarországon 2015 őszén*, "Infokommunikáció és jog" 2015, vol. 12, no. 64, pp. 137–142.
- Loxa A., Stoyanova V., *Migration as a Constitutional Crisis for the European Union*, in: V. Stoyanova, S. Smet: (eds.) *Migrants' Rights, Populism and Legal Resilience in Europe*, Cambridge 2022, pp. 139–164, DOI: 10.1017/9781009040396 (accessed: 27.11.2022).
- Rák-Fekete E., *A tisztességes hatósági ügyintézéshez való jog érvényesülése a gyakorlatban*, "Közjogi Szemle" 2020, vol. 13, no. 3, pp. 93–99.
- Schabas W.A., *The European Convention on Human Rights. A Commentary*, Oxford 2017.
- Stehlik V., *Discretion of Member States vis-à-vis Public Security: Unveiling the Labyrinth of EU Migration Rules*, "International and Comparative Law Review" 2017, vol. 17, no. 2, pp. 127–142, DOI: 10.2478/iclr-2018-0019 (accessed: 27.11.2022).
- Szép Á., *A nemzetközi védelemben részesített személyek integrációjának szabályozása Magyarországon – nemzetbiztonsági szempontból*, "Justum aequum salutare" 2018, vol. 14, no. 3, pp. 107–131.
- Vadász P., Zódi Zs., *A nemzetbiztonsági szolgálatok és a rendvédelmi szervek információkereséshez kapcsolódó számonkérhetősége*, "Jogtudományi Közlöny" 2020 no. 11, pp. 518–527.

CYTOWANIE

Csatlós E., *National Security-Related Expulsion Cases during the Pandemic in Hungary: Secret Revealed?*, „Acta Iuris Stetinensis” 2023, nr 2 (vol. 43), 27–42, DOI: 10.18276/ais.2023.43-02.



Agata Dąbrowska
Uniwersytet Łódzki
e-mail: dabrowskaagata2709@gmail.com
ORCID: 0000-0001-9708-0657



Prawo instrumentalne czy zinstrumentalizowane – kilka uwag o prawie III Rzeszy¹

Streszczenie

Prawo pełni funkcję regulacyjną w życiu społecznym. Jest to powiązane z jego instrumentalnym charakterem. Wykorzystywanie tego potencjału przyjmuje formę instrumentalizacji prawa. To zjawisko może mieć miejsce zarówno w procesie stanowienia prawa, jak i jego interpretacji i stosowania. Można dostrzec pozytywne i negatywne formy instrumentalizacji prawa. Niniejsza praca ma na celu ukazanie różnicy między charakterem instrumentalnym prawa a jego instrumentalizacją na przykładzie prawa III Rzeszy. Z tego względu zostanie przeprowadzona analiza pojęć instrumentalizacji prawa, jego instrumentalnego charakteru oraz instrumentalnego użycia. Pozwoli to na oznaczenie ich granic i odniesienie do wybranych, konkretnych instytucji prawa III Rzeszy. Dodatkowo zostanie przedstawione tło historycznoprawne funkcjonowania wskazanych rozwiązań prawnych, co ukaze różnice między analizowanymi działaniami na przykładach z praktyki stanowienia, interpretacji i stosowania prawa w historii.

¹ Pragnę wyrazić wdzięczność dla śp. dra hab. Tomasza Bekrychta za wszelkie uwagi do pierwszej wersji niniejszego artykułu. Współpraca z Profesorem była dla mnie źródłem inspiracji i motywacji do dalszego rozwoju.

Słowa kluczowe: instrumentalizacja prawa, instrumentalny charakter prawa, III Rzesza, prawo nazistowskie, formuła Radbrucha

Wprowadzenie

Prawo spełnia wiele funkcji, jest m.in. regulatorem oddziaływań społecznych, wśród których można wymienić legitymizowanie władzy czy kierowanie zachowaniami ludzkimi². Są to jednocześnie najbardziej kluczowe zadania prawa z punktu widzenia społeczeństwa³. Funkcje prawa wynikają z jego instrumentalnego charakteru oraz wiążą się z różnymi formami jego instrumentalizacji. Realizacja funkcji społecznych prawa jest możliwa dzięki jego instrumentalnemu charakterowi oraz stanowi jedną z przyczyn jego instrumentalizacji. Z perspektywy teorii prawa mamy więc do czynienia z trzema zjawiskami: instrumentalnym charakterem, instrumentalizacją oraz instrumentalnym użyciem, których analiza i rozgraniczenie będą stanowiły oś dalszych rozważań. Współcześnie w nauce prawa dostrzegane są różnice między instrumentalnym charakterem prawa a aktami mającymi na celu jego instrumentalizację⁴. Znamiona instrumentalizacji mogą mieć działania zarówno twórców prawa, jak i podmiotów, które je interpretują, stosują lub opisują⁵. Warto przyjrzeć się tym zjawiskom z perspektywy historycznej, co może przyczynić się do krytycznego myślenia o współczesnych poglądach dotyczących funkcji prawa. Podstawą rozważań jest przyjęcie założenia, że prawo podlega ocenie aksjologicznej, co za tym idzie – podlegają jej także poszczególne akty instrumentalizacji⁶. Celem niniejszego artykułu jest krytyczna analiza przemian prawnych III Rzeszy w kontekście całości zjawiska instrumentalności prawa. Dla osiągnięcia tego celu ważne

2 I. Bogucka, *Funkcje prawa*, w: *Wielka encyklopedia prawa. T. VII. Teoria i filozofia prawa*, Warszawa 2016, s. 164.

3 Szerzej zob. K. Machowicz, *Prawo jako instrument zarządzania państwem*, w: M. Pawlak (red.), *Nowe tendencje w zarządzaniu*, t. 6, Lublin 2015, s. 26.

4 W. Gromski, *Akty instrumentalizacji prawa i ich granice*, „Acta Universitatis Wratislaviensis. Przegląd Prawa i Administracji” 2018, t. CXIV, nr 3833, s. 95–106; A. Kotowski, *Instrumentalizacja prawa i instrumentalne użycie prawa a jego wykładnia*, „Studia Prawnicze” 2016, t. 208, nr 4, s. 39–67; S. Wronkowska, *Kilka tez o instrumentalizacji prawa i ochronie przed nią*, „Acta Universitatis Wratislaviensis. Przegląd Prawa i Administracji” 2017, nr 3791, s. 107–112.

5 A. Bator, *Granice instrumentalizacji instytucji prawnych w procesie karnym: uwagi z perspektywy teorii prawa*, w: D. Gruszecka, J. Skorupka (red.), *Granice procesu karnego: legalność działań uczestników postępowania*, Warszawa 2015, s. 79–100; S. Wronkowska, *Kilka tez o instrumentalizacji...*, s. 108.

6 A. Bator, *Granice instrumentalizacji...*, s. 79–80; K. Machowicz, *Prawo jako instrument...*, s. 25–26.

będzie przedstawienie poszczególnych działań legislacyjnych i ich analiza w kontekście instrumentalności i instrumentalizacji prawa⁷. Z uwagi na to, że w sferze wymiaru sprawiedliwości analizowane zjawiska skupiają się jak w soczewce, praca została poświęcona w dużej mierze analizie przejawów instrumentalności widocznych w sądownictwie. Orzecznictwo sądowe nie jest elementem samodzielnym – funkcjonuje w szerokiej siatce konotacji prawnych i politycznych, które niewątpliwie mogą mieć wpływ na kształtowanie się linii orzeczniczych i postawy sędziów.

Praca została podzielona na kilka etapów umożliwiających przedstawienie różnych aspektów analizowanego zjawiska. Artykuł łączy w sobie elementy analizy historycznoprawnej i filozoficznoprawnej. W pierwszej części zarysowano tło historyczne i podstawy prawne funkcjonowania sądów oraz ferowanych wyroków. Omówiono podstawy ustrojowe III Rzeszy i to, jak przekładały się one na organizację wymiaru sprawiedliwości. Następnie przedstawiono przykłady ustaw stosowanych w sądach specjalnych w konfrontacji z naczelnymi zasadami prawa karnego, co pozwoliło na przejście do analizy pojęcia skazania według zdrowego poczucia narodowego. W części filozoficznoprawnej zarysowano główne tezy filozofii prawa Gustava Radbrucha, stanowiące jeden z punktów odniesienia przy ocenie prawa III Rzeszy. Scharakteryzowano także pojęcia instrumentalnego charakteru prawa, instrumentalizacji oraz instrumentalnego użycia prawa i zestawiono je z przykładami działań podejmowanych w III Rzeszy. W pracy wykorzystano elementy analiz prawnokarnej i filozoficznoprawnej. Dużą uwagę poświęcono pojęciu ukarania według zdrowego poczucia narodowego, które jest jednym z najbardziej rażących praktycznych przykładów wykorzystywania norm prawnych dla realizacji celów politycznych.

Przemiany prawa w państwie niemieckim po 1933 roku

Analizę przejawów instrumentalizacji prawa III Rzeszy należy rozpocząć od najbardziej ogólnych uwag, które będą tłem dla dalszych rozważań i pozwolą odpowiedzieć na pytanie, jak wyglądał system stanowienia prawa oraz organizacja sądownictwa w czasie II wojny światowej w III Rzeszy. Z punktu widzenia ustrojowego wciąż obowiązywała konstytucja weimarska⁸. Ustawa zasadnicza, choć

7 Należy zaznaczyć, że z uwagi na bardzo rozległe źródła w tym zakresie przedmiotem odwołania będą jedynie wyselekcjonowane akty prawne. Celem pracy jest analiza zjawisk teoretycznoprawnych, co uzasadnia wybór powszechnie znanych ustaw i rozporządzeń prawa nazistowskiego. Pozwoli to także na ułatwienie odbioru tekstu przedstawicielom różnych dyscyplin.

8 N. Tończyk, *Konstytucja Republiki Weimarskiej z 11 sierpnia 1919 roku jako demokratyczna podstawa prawna totalitarnego państwa*, „Studia Iuridica Toruniensia” 2014, nr 14, s. 391.

nowoczesna i wprowadzająca demokratyczne standardy, nie została dostosowana do realiów Republiki Weimarskiej i nigdy nie była w pełni realizowana. Formalne obowiązywanie ustawy zakończył dopiero upadek III Rzeszy, jednak odejście od jej regulacji było widoczne znacznie wcześniej. Dojście do władzy NSDAP oraz powołanie Adolfa Hitlera na urząd Kanclerza Rzeszy rozpoczęły schyłkowy okres stosowania norm konstytucji weimarskiej. Już 23 lutego 1933 roku uchwalono rozporządzenie o ochronie narodu i państwa⁹. Doprowadziło to do likwidacji podstawowych praw konstytucyjnych i rozpoczęło proces tworzenia państwa narodowosocjalistycznego oraz likwidację ładu weimarskiego¹⁰. Najważniejszym aktem z perspektywy dalszych rozważań jest ustawa o pełnomocnictwach¹¹, uchwalona 23 marca 1933 roku. Ograniczała ona możliwości ustawodawcze rządu wyłącznie do zakazu likwidacji podstawowych urzędów konstytucyjnych (Reichstag, Prezydent, Kanclerz, Rząd)¹². Artykuł 2 ustawy o pełnomocnictwach natomiast wprost upoważniał do stanowienia prawa odbiegającego od konstytucji weimarskiej. Pozwoliło to na zachowanie fikcji konstytucyjności prawa. Od 1933 roku do głównych źródeł prawa należały zarządzenia Hitlera o randze ustawowej oraz dekrety gabinetu tzw. ustawy rządowe. Co ważne, procedura ich uchwalania nie wymagała udziału parlamentu, zatem akty uchwalane na jej podstawie były pozbawione parlamentarnej oraz następczej kontroli implementowanych norm¹³.

Przykładem aktu prawnego uchwalonego w konsekwencji nadzwyczajnych pełnomocnictw jest *Heimtückegesetz*, czyli prawo przeciwko podstępnym atakom na państwo i partię oraz o ochronie mundurów partyjnych z 20 grudnia 1934 roku¹⁴. Został on uchwalony niewątpliwie wyłącznie dla realizacji politycznych celów. W Polsce znany jest szerzej jako ustawa o zdradzie lub ustawa o ochronie mundurów / o mundurach. Na jej podstawie znacznie ograniczono wolność słowa i dokonano penalizacji wszystkich krytycznych wypowiedzi o Rządzie, Rzeszy lub

9 Verordnung des Reichspräsidenten zum Schutz von Volk und Staat, RGBl. I, S. 83, 28 lutego 1933 r., też Reichstagsbrandverordnung.

10 N. Tończyk, *Konstytucja Republiki Weimarskiej...*, s. 392.

11 Gesetz zur Behebung der Not von Volk und Reich, RGBl. I S. 141, 23 marca 1933. Oficjalna nazwa „Ustawa o zabezpieczeniu narodu i państwa przed nieszczęściem”, powszechnie znana jako „Ermächtigungsgesetz”.

12 W. Wichert, *Ustawa o pełnomocnictwach (Ermächtigungsgesetz) z 23 marca 1933 roku jako katalizator budowy państwa wodzowskiego w Niemczech*, „Acta Universitatis Wratislaviensis. Studia nad Autorytaryzmem i Totalitaryzmem” 2019, t. 3959, nr 4, s. 35.

13 M. Becker, *Sądownictwo niemieckie i jego rola w okupacyjnej polityce na ziemiach polskich wcielonych do Rzeszy 1939–1945*, Warszawa 2020, s. 59.

14 *Gesetz gegen heimtückische Angriffe auf Staat und Partei und zum Schutz der Parteiuniformen vom 20. Dezember 1934*, RGBl I S. 1269, 20 grudnia 1934 r.

Partii (NSDAP). Kolejnym aktem uchwalanym już w czasie wojny były m.in. rozporządzenia o wprowadzeniu niemieckiego prawa karnego na terenach wschodnich z 6 czerwca 1940 roku, a następnie rozporządzenia w sprawie systemu wymiaru sprawiedliwości wobec Polaków i Żydów na zajętych terytoriach z 4 grudnia 1941 roku¹⁵. Przyglądając się jedynie ramowym zagadnieniom dotyczącym ustawodawstwa niemieckiego w okresie poprzedzającym wojnę i z czasów II wojny światowej, można dostrzec liczne nieprawidłowości. Należy przyznać rację M. Beckerowi, który stwierdził, że „[p]o 1933 r. zmieniono nie tylko system prawny, lecz także dokonano transformacji organizacyjnej wymiaru sprawiedliwości, dopasowując go do potrzeb nowej, narodowosocjalistycznej władzy”¹⁶. To stwierdzenie pokazuje, jak ogromne zmiany zaszły w strukturze prawnej państwa niemieckiego oraz jakie były główne motywacje ich wprowadzania.

Warto w tym miejscu wskazać najważniejsze cechy organizacji sądownictwa w III Rzeszy, a przede wszystkim sądów specjalnych¹⁷. Choć instytucja sądu specjalnego była znana wcześniej w Republice Weimarskiej, od 1933 roku stopniowo zmieniała się jej rola¹⁸. Sądy specjalne były powoływane jako stałe organy, a nie, jak dotychczas, tylko tymczasowe, ich kompetencje i ilość były stopniowo zwiększane – miały stanowić odpowiedź na zbyt małą efektywność sądów powszechnych w zwalczaniu przeciwników politycznych¹⁹. Zasady procesu sądowego w sądach specjalnych zostały podporządkowane celom ideologicznym i ich sprawnej realizacji²⁰. Proces przed sądem specjalnym odbywał się w trybie przyspieszonym. Po uproszczeniu procedury w 1940 roku rozprawa była wyznaczana w ciągu 24 godzin²¹. Już na tym etapie widać, że głównym celem zmiany organizacji wymiaru sprawiedliwości i powiększania roli sądów specjalnych było zwiększenie efektywności i znaczne uproszczenie doprowadzania do skazań z przyczyn politycznych. Należy pamiętać, że procedura ta była stosowana także na ziemiach

15 Verordnung über die Strafrechtspflege gegen Polen und Juden in den eingegliederten Ostgebieten, RGBl. 1941 Teil I, Nr. 140, 4 grudnia 1941 r. Powszechnie stosowane nazwy: niem. *Polenstrafrechtsverordnung*, pol. rozporządzenie o sądownictwie karnym dla Polaków i Żydów na przyłączonych terenach wschodnich.

16 M. Becker, *Sądownictwo niemieckie...*, s. 62.

17 Niem. *Sondergericht das*.

18 P. Stalski, *Sądownictwo III Rzeszy w latach 1933–1945*, Wrocław 2015, s. 94.

19 Ibidem, s. 194.

20 K. Graczyk, *Sądy specjalne III Rzeszy jako „sądy doraźne frontu wewnętrznego” (1933–1945)*, „Miscellanea Historico-Iuridica” 2019, t. XVIII, nr 2, s. 167.

21 K. Graczyk, *Wznowienie postępowania karnego w praktyce Sądu Specjalnego w Katowicach (Sondergericht Kattowitz) 1939–1945*, „Z Dziejów Prawa” 2019, t. 12, nr 20, s. 599–601; P. Stalski, *Sądownictwo III Rzeszy...*, s. 195–196.

polskich wcielonych do III Rzeszy. Reforma procedury z 1940 roku znacznie poszerzyła kompetencje prokuratorów, którzy odtąd mogli dowolnie decydować o wniesieniu oskarżenia po uznaniu przestępstwa za szczególnie ciężkie bądź zagrażające bezpieczeństwu publicznemu lub porządkowi. Prokurator nie był zobowiązany do wniesienia pisemnego aktu oskarżenia, co w ogromnym stopniu wpływało na niepewną sytuację oskarżonych w procesach. O dopuszczeniu dowodów i ich ocenie decydował przewodniczący, tak samo jak o zatrzymaniu oskarżonego oraz wyznaczeniu rozprawy głównej. Z uwagi na polityczne nominacje na urzędy sędziów w sądach specjalnych można przypuszczać, że poszczególne elementy procesu, m.in. wspomniana ocena dowodów w procesach, były przeprowadzane zgodnie z wymogami ideologii narodowosocjalistycznej. Na podstawie przywołanego wcześniej *Polenstrafrechtsverordnung* sądy mogły także odstąpić od stosowania przepisów na korzyść procedury odpowiadającej potrzebie danej sprawy²². Ponadto postępowanie przed sądem specjalnym było jednoinstancyjne, istniała możliwość ubiegania się o wznowienie postępowania bądź łaskę. W praktyce jednak przepisy o wznowieniu postępowania nie były powszechnie stosowane lub nie przynosiły korzystnych dla skazanych rezultatów²³.

Przedstawienie generalnych zasad stanowienia prawa i organizacji wymiaru sprawiedliwości pozwala dostrzec liczne wypaczenia systemowe. Wspomniany brak dwuinstancyjności procesu, ocena dowodów przez sędziów powoływanych z nominacji politycznej nie były jedynymi naruszeniami zasad prawa. Warto w tym miejscu wspomnieć także instytucję tzw. listów sędziowskich, które były tworzone w celu promowania rozstrzygnięć i uzasadnień zgodnych ideologią nazistowską²⁴. W kolejnej części wskazane zostaną zasady prawa karnego materialnego, które były naruszane przez nazistowski wymiar sprawiedliwości.

²² M. Becker, *Sądownictwo niemieckie...*, s. 200.

²³ K. Graczyk, *Wznowienie postępowania...*, s. 600–602.

²⁴ Zob. H. Boberach, R.M.W. Kempner, T. Rasehorn (red.), *Richterbriefe, Dokumente zur Beeinflussung der deutschen Rechtsprechung 1942–1944*, „Schriften des Bundesarchivs”, Boppard am Rhein 1975; B. Neścior, *Prawno-organizacyjne aspekty wcielania do III Rzeszy Sudetenlandu i Austrii*, praca doktorska, Repozytorium UW, Warszawa 2020, s. 110; A. Wrzyszczyk, *Oddziaływanie ideologii nazistowskiej na sądownictwo niemieckie w Generalnym Gubernatorstwie w latach 1939–1945*, „Acta Universitatis Wratislaviensis. Studia nad Faszyzmem i Zbrodniami Hitlerowskimi” 2009, t. XXXI, nr 3154, s. 100.

Wypaczenia fundamentalnych zasad wymiaru sprawiedliwości w III Rzeszy

Wymiar sprawiedliwości jest jedną z najważniejszych sfer funkcjonowania państwa. Jak zostało wspomniane na wstępie, instrumentalizacja prawa może być dokonywana nie tylko w sferze jego tworzenia, ale także interpretacji i stosowania. Celowe jest zatem poświęcenie uwagi przemianom prawnym związanym z organizacją sądownictwa i wymiarem sprawiedliwości. Dla jasności wyводу należy przywołać podstawowe zasady prawa karnego i zestawić je z wypaczeniami, jakich dokonał w procesie stanowienia i stosowania prawa nazizm. W nauce prawa karnego jedną z najdonioślejszych zasad jest zasada *nullum crimen sine lege*. Funkcjonuje ona jednak precyzowana kolejnymi dopełnieniami, tworząc system sprzężonych, fundamentalnych zasad. Określenia te wskazują na cechy, jakie powinno spełniać prawo, aby mogło się stać podstawą odpowiedzialności karnej. Należy jednak pamiętać, że wspomniana zasada, nawet uzupełniana kolejnymi warunkami, nie jest jedyną obecną w systemie prawa karnego, a została przywołana dla ukazania rażących naruszeń prawa karnego III Rzeszy²⁵.

Nullum crimen sine lege w swej podstawowej i powszechnie znanej wersji oznacza dosłownie 'nie ma przestępstwa bez prawa'. Aby jednak w pełni uchwycić sedno tej zasady, należy dodać przymiotniki *scripta, praevia, certa* – także *stricta*. Wymóg pisemności źródła prawa jest jednym z najbardziej oczywistych. Jednak prawo, które ma być stosowane, powinno być określone przepisami i normami, a nie opierać się na zwyczaju czy ideologii. Zasadę *nullum crimen sine lege praevia* określa także druga, powszechnie znana paremia łacińska – *lex retro non agit*, stawiając przed prawem zakaz działania retroaktywnego, czyli zakaz karania za czyny, których popełnienie nie było zagrożone karą w chwili ich popełnienia. Przykładów łamania tej zasady dostarcza prawo niemieckie w okresie przedwojennym. Już 28 lutego 1933 roku w rozporządzeniu o ochronie narodu i Rzeszy wprowadzono zasadę retroaktywności prawa, również obarczonego bardziej dolegliwą sankcją. Podobnie kryzys wywołany pożarem Reichstagu wymagał od władz nadzwyczajnych rozwiązań, tym samym doprowadzono do uchwalenia *Lex van der Lubbe*, które pozwoliło na stracenie sprawcy pożaru²⁶.

Zasada *nullum crimen sine lege certa* oznacza natomiast, że norma ma w sposób precyzyjny określać rodzaj penalizowanego czynu. Należy wziąć tutaj pod uwagę, że

25 Więcej szczegółowych uwag dotyczących teorii nazistowskiego prawa karnego zob. Z. Jędrzejewski, *Pojęcie przestępstwa w doktrynie prawa karnego Niemiec hitlerowskich w ujęciu tzw. szkoły kilońskiej*, „Ius Novum” 2011, nr 2, s. 17–20.

26 *Gesetz über Verhängung und Vollzug der Todesstrafe*, RGBl I 1933 s. 151, 29 marca 1933 r.

ten postulat z uwagi na sposób budowy przepisów i technikę legislacyjną często nawet współcześnie jest realizowany w bardziej szczegółowym zakresie przez doktrynę i orzecznictwo. Przede wszystkim zasada ta przejawia się w prawodawstwie zakazem stosowania analogii w prawie publicznym w szczególności w prawie karnym.

Najbardziej rażącym naruszeniem zakazu analogii w prawie karnym jest możliwość ukarania według zdrowego poczucia narodowego. Została ona wprowadzona do kodeksu karnego 1 września 1935 roku, co stanowiło zaprzeczenie pewności prawa karnego wyrażonej w zasadzie *nullum crimen sine lege certa*. Odtąd jeżeli zostało popełnione przestępstwo, które nie było zabronione wprost przepisami prawa karnego, ale wymagało ukarania w myśl zdrowego poczucia narodowego, rolą sądu było zbadanie, czy czyn nie odpowiada ogólnej myśli innego przepisu karnego²⁷. Stanowi to naruszenie zasad prawa karnego i sprawiedliwego procesu sądowego. Stosowanie w prawie klauzul generalnych, zwrotów nieostrych lub ocennych jest nieuniknione. We współczesnej nauce prawa nadal jednak pojawiają się spory dotyczące charakteru, zastosowania i zakresu określonych wyrażeń. M. Zirk-Sadowski zwraca uwagę na konieczność rozróżniania ocen o charakterze ewaluacyjnym oraz szacunkowym (estymacyjnym)²⁸. Poddając pod rozwagę klauzulę zdrowego poczucia narodowego, za oczywiste można uznać, że nie ma możliwości stworzenia zamkniętego zakresu znaczeniowego tego pojęcia, choć z punktu widzenia języka prawnego być może nie jest widoczna znaczna różnica między wspomnianym wyrażeniem a np. stosowanym współcześnie odwołaniem do dobrych obyczajów czy zasad współżycia społecznego. Wyrażenie to, interpretowane w kontekście, w jakim znajdowało zastosowanie w praktyce, nie może jednak zostać pozbawione zabarwienia ideologicznego – wpływu narodowego socjalizmu na prawo, któremu nie opierało się także kształcenie prawników²⁹. Należy zauważyć, że język prawny i prawniczy w III Rzeszy zawierał wiele określeń nieostrych, spośród których można wyróżnić np. „rasowo obcy”, „dobro Rzeszy”, „wspólnota narodowa”. Każde z tych pojęć mogło być wykorzystywane w procesie wymiaru sprawiedliwości przez sędziów, prokuratorów, Gestapo, a ich znaczenie mogło być dopasowane do konkretnych przypadków. Doprowadziło to do umożliwienia stosowania analogii – skazania na podstawie przepisów, które nie mogłyby mieć bezpośredniego zastosowania w odniesieniu do konkretnego czynu³⁰. Stworzenie

27 W. Kulesza, *Crimen laesae iustitiae odpowiedzialność karna sędziów i prokuratorów za zbrodnie sądowe według prawa norymberskiego, niemieckiego, austriackiego i polskiego*, Łódź 2013, s. 26.

28 M. Zirk-Sadowski, *Rozumienie ocen w języku prawnym*, Łódź 1980, s. 97.

29 M. Becker, *Sądownictwo niemieckie...*, s. 59.

30 Ł. Bolesta, *Prawo karne III Rzeszy instrumentem polityki państwa totalitarnego*, „Studenckie Zeszyty Naukowe”, t. 16, nr 32, s. 210.

quasi-dyrektywy oceny czynów z perspektywy „zdrowego poczucia narodowego” spowodowało, że sytuacja prawna stała się bardzo niejasna. Umożliwiając przypisywanie czynów, które nie były wprost zabronione przepisami prawa, naruszano jedną z fundamentalnych wartości – pewność prawa. Zasadę *nulla poena sine lege* zastąpiono natomiast zasadą *nullum crimen sine poena* – nie ma przestępstwa bez kary.

Prawo III Rzeszy zostało zinstrumentalizowane przez naruszenie fundamentalnych zasad prawa, w szczególności prawa karnego. Umożliwiło to wypełnianie przez nie wielu charakterystycznych dla ustroju totalitarnego funkcji, m.in. represyjnej, segregacyjnej czy legitymizacyjnej³¹.

Formuła Radbrucha, filozoficznoprawny argument przeciwko prawu rażąco niesprawiedliwemu – instrumentalność a instrumentalizacja prawa

Interesująca w kontekście rozważań nad prawem III Rzeszy jest filozofia Gustava Radbrucha. Można ją podzielić na dwa zasadnicze etapy – przedwojenny i powojenny. W 1932 roku Radbruch przedstawił swoją wizję filozofii prawa, według której postrzegał on prawo przez pryzmat jego idei – sprawiedliwości. Na ideę prawa składają się natomiast trzy wartości – celowość ze względu na interes społeczny, bezpieczeństwo prawne i sprawiedliwość rozdzielcza³². Filozof przed wojną dostrzegał możliwość zaistnienia antynomii między poszczególnymi wartościami. W momencie konfliktu wartości przyznawał prym bezpieczeństwu prawnemu, które w powojennych artykułach nadal uważał za element pierwszoplanowy idei prawa³³. Wprowadził jednak do swojej teorii pojęcie „rażącej niesprawiedliwości prawa”. Stworzył przy tym trzy tezy współcześnie znane jako formuła Radbrucha, co w znaczącym stopniu wpłynęło na doktrynę prawa³⁴.

31 Zob. W. Uruszczak, *Perwersyjne funkcje niemieckiego „prawa” w Generalnym Gubernatorstwie (1939–1945)*, „Z Dziejów Prawa” 2019, t. 12, nr 20, s. 681–707.

32 U. Kosielińska-Grabowska, *Idea sprawiedliwości u Gustawa Radbrucha*, w: B. Wojciechowski, M.J. Golecki (red.), *Rozdroża sprawiedliwości we współczesnej myśli filozoficznoprawnej*, Toruń 2008, s. 76.

33 Najważniejsze powojenne prace Radbrucha: G. Radbruch, *Fünf Minuten Rechtsphilosophie*, w: *Rechtsphilosophie III*, Heidelberg 1990; G. Radbruch, *Ustawowe bezprawie i ponadustawowe prawo*, w: G. Radbruch, *Filozofia prawa*, Warszawa 2009; tłumaczenia najważniejszych powojennych tekstów Radbrucha przedstawił: J. Zajadło, *Radbruch*, Sopot 2016.

34 Filozofia Radbrucha była tematem podejmowanym wielokrotnie w literaturze, warto zwrócić uwagę przede wszystkim na następujące pozycje, w których analizie poddano m.in. jej wpływ na przemianę myśli filozoficznej innych prawników. T. Chauvin, *Sprawiedliwość: między celowością a bezpieczeństwem prawnym. Ewolucja poglądów Gustawa Radbrucha*, „Studia Iuridica” 1999,

Radbruch po wojnie dokonał rozrachunku z własną przedwojenną teorią. I choć pozostał zwolennikiem bezpieczeństwa prawnego jako dominującego w triadzie wartości, to dokonał podziału sytuacji stosowania prawa na stosowanie prawa „związanego” tworzonego przez legitymowany do tego organ i stosowanego zgodnie z celem normy, nieprzekraczające wymogów sprawiedliwości i sytuacje dotyczące stosowania prawa rażąco niesprawiedliwego. Nie tyle spowodowało to przesunięcie akcentów teorii Radbrucha z bezpieczeństwa na sprawiedliwość, ile pozwoliło na powstanie kwantyfikatora w postaci „prawa rażąco niesprawiedliwego”. Taki system norm, będący zaprzeczeniem realizacji interesów społecznych i sprawiedliwości, nie tylko nie powinien być stosowany przez prawników, lecz także, według Radbrucha, jest pozbawiony charakteru prawa. Ta filozoficznoprawna koncepcja pokazuje zasadniczą różnicę między charakterem instrumentalnym prawa a jego negatywną instrumentalizacją.

W nauce prawa pojawiają się stanowiska pozwalające na wykazanie różnicy między instrumentalnym charakterem, instrumentalizacją prawa a jego instrumentalnym użyciem³⁵. Aby naświetlić różnice między tymi zjawiskami, należy przeanalizować ich granice, odnosząc je do stanu prawnego III Rzeszy. Pojęcie instrumentalnego charakteru prawa w odniesieniu do jego funkcji należy rozumieć jako zdolność do ich realizacji. Należy tutaj podkreślić, że to odniesienie jest zasadne w sposób szczególny w stosunku do funkcji zewnętrznych prawa, np. funkcji społecznej czy antycypującej³⁶. Instrumentalny charakter prawa ma wspomagać realizację funkcji prawa w znaczeniu jego założonych celów, takich jak oddziaływanie społeczne, regulowanie, zapobieganie konfliktom. S. Wronkowska rozumie instrumentalność jako „zdolność do bycia środkiem osiągnięcia określonych stanów rzeczy uważanych za cenne przez tego, kto się nim posługuje”³⁷. Instrumentalizacja prawa jest natomiast zjawiskiem idącym dalej. Zakłada określenie z góry pewnej strategii za pomocą narzędzi prawnych. Jest to więc pewnego rodzaju wykorzystanie

nr XXXVII, s. 15–39; F. Haldemann, *Gustav Radbruch vs. Hans Kelsen: A Debate on Nazi Law*, „Ratio Jurisprudence” 2005, t. 18, nr 2, s. 162–178; U. Koselińska-Grabowska, *Idea sprawiedliwości...; M. Lubertowicz, Lex iniustissima non est lex. Formuła Gustava Radbrucha jako alternatywa dla międzynarodowego systemu ochrony praw człowieka*, „Studia Erasmiensis Wratislaviensis” 2010, nr 4, s. 361–378; S.L. Paulson, *Lon L. Fuller, Gustav Radbruch, and the “positivist” theses*, „Law and Philosophy” 1994, nr 13, s. 313–359; J. Woleński, *O formule Radbrucha*, „Principia” 2015, nr LXI–LXII, s. 5–18; J. Zajadło, *Formuła Radbrucha. Filozofia na granicy pozytywizmu prawniczego i prawa natury*, Gdańsk 2001; J. Zajadło, *Odpowiedzialność za mur*, Gdańsk 2003; J. Zajadło, *Radbruch...*

35 W. Gromski, *Akty instrumentalizacji prawa...*, s. 98–100; A. Kotowski, *Instrumentalizacja prawa i instrumentalne użycie...*, s. 49–54; S. Wronkowska, *Kilka tez o instrumentalizacji...*, s. 107–108.

36 I. Bogucka, *Funkcje prawa...*, s. 165.

37 S. Wronkowska, *Kilka tez o instrumentalizacji...*, s. 107.

predyspozycji prawa, czyli jego instrumentalności, do realizacji założonych celów³⁸. Zastosowanie mechanizmów instrumentalizacji prawa przy jego tworzeniu może stworzyć podstawy do jego instrumentalnego użycia. Zjawisko to związane jest z procesem stosowania prawa (także sądowego stosowania prawa), na gruncie którego dochodzi do aplikacji zinstrumentalizowanych norm, a w konsekwencji do ideologizacji prawa³⁹.

W świetle powyższych rozgraniczeń pojęciowych należy uznać, że instrumentalny charakter jest właściwie podstawową cechą prawa. Jest to powiązane z przyjęciem nieredukcjonistycznej koncepcji instrumentalnego pojmowania prawa⁴⁰. Nie ulega wątpliwości, że prawo III Rzeszy miało przymiot instrumentalności. Należy więc rozważyć, czy i jakie przejawy instrumentalizacji i instrumentalnego użycia prawa miały miejsce na gruncie norm nazistowskich. Zgodnie z przedstawioną wyżej definicją instrumentalizacji jako wykorzystywania narzędzi prawnych do realizacji określonych celów warto zaznaczyć, że nie jest ona zjawiskiem jednoznacznie negatywnym. Na jej ocenę muszą wpływać główne założenia, wartości systemu prawnego. Instrumentalizacja prawa może być dokonywana bez wykraczania poza ich ramy, a także zgodnie z przyjmowanymi w danym systemie procedurami⁴¹. Przeciwnieństwem tego typu zjawiska, jest instrumentalizacja polityczna⁴². Przedstawione w pierwszej części niniejszej pracy rozważania na temat przemian prawa w III Rzeszy wskazują, że prawo nazistowskie powinno być oceniane jako spełniające warunki instrumentalizacji politycznej.

Ustawa o pełnomocnictwach⁴³ jest najbardziej rażącym przykładem aktu prawnego wydanego w celu odejścia od norm konstytucyjnych, który z punktu widzenia proceduralnego miał ułatwić zarządzanie państwem stanu wyjątkowego⁴⁴. Była ona podstawą do wprowadzania kolejnych, daleko idących zmian prawa, w sposób niezgodny z procedurami konstytucyjnymi. Instrumentalizacja prawa może być dokonywana na różnych poziomach tworzenia i stosowania prawa. Unaocznia możliwość instrumentalizowania prawa także na poziomie ustrojowym. Najważniejszym z jej

38 Ibidem.

39 A. Kotowski, *Instrumentalizacja prawa i instrumentalne użycie...*, s. 49–52.

40 Szerzej o redukcjonistycznej i nieredukcjonistycznej wersji instrumentalnego pojmowania prawa zob. W. Gromski, *Akty instrumentalizacji prawa...*, s. 98–99.

41 S. Wronkowska, *Kilka tez o instrumentalizacji...*, s. 109.

42 Zob. A. Bator, *Dogmatyka prawa wobec politycznej opresji. Czy historia myśli prawnej może nas czegoś nauczyć?*, „Acta Universitatis Wratislaviensis. Studia nad Autorytaryzmem i Totalitaryzmem” 2021, t. 43, nr 2, s. 201–207; S. Wronkowska, *Kilka tez o instrumentalizacji...*, s. 108.

43 *Gesetz zur Behebung...*

44 W. Wichert, *Ustawa o pełnomocnictwach...*, s. 35.

skutków była *de facto* zmiana podmiotów stanowiących prawo w państwie niemieckim, a w konsekwencji Rząd Rzeszy i Kanclerz mogli właściwie dowolnie stanowić prawo – także niezgodne z merytorycznymi wymogami konstytucji weimarskiej. Na skutek tych przemian zostało wydanych wiele ustaw i rozporządzeń, które składają się na zbrodniczy system prawa nazistowskiego. Przez przeprowadzenie szeroko zakrojonej reformy systemu wymiaru sprawiedliwości zmianie uległa struktura sądownictwa. Doprowadziło to do zmiany ustrojowej pozycji sądów specjalnych, w konsekwencji czyniąc je „wojskami pancernymi wymiaru sprawiedliwości”⁴⁵.

Przedstawione powyżej niektóre przykłady instrumentalizacji prawa w III Rzeszy doprowadzały w sferze stosowania prawa do instrumentalnych użyci prawa. Najbardziej widocznym przykładem takich działań było stosowanie prawa w sądach, w szczególności w sądach specjalnych. Wymiar sprawiedliwości był bardzo ważną sferą polityki wewnętrznej państwa niemieckiego w latach 1933–1945. Stanowił jeden z elementów panowania nad wewnętrznymi niepokojami, a także narzędzie podporządkowania ludności na ziemiach wcielanych do III Rzeszy. Nie ulega wątpliwości, że stosowanie analogii *iuris* w sądach specjalnych było możliwe dzięki jego instrumentalizacji dokonanej w sferze stanowienia prawa. Ten rodzaj analogii był możliwy dzięki stosowaniu wysoce ocennych i nieostrych kryteriów, z których najciekawszym jest zdrowe poczucie narodowe. Stosowanie takich klauzul generalnych w prawie karnym jest niewątpliwie przejawem instrumentalnego użycia prawa. Innym przykładem takich działań mogą być dokonywane po 1933 roku konfiskaty majątków żydowskich, pozbawianie *de facto* i *de iure* osób pochodzenia żydowskiego możliwości wykonywania określonych zawodów, kształcenia się czy zawierania małżeństw z Niemcami⁴⁶. Wskazane działania są przejawami wykorzystania potencjału instrumentalnego charakteru prawa poprzez jego instrumentalizację w konkretnych przypadkach stosowania prawa. Nie ulega jednak wątpliwości, że polegały one na ideologizacji prawa, czyli były naganną formą jego instrumentalizacji, która doprowadziła do odejścia od konstytucyjnych zasad prawnych i wartości systemu praw niemieckiego przed 1933 rokiem. Stanowiło to prawne usankcjonowanie działań politycznych, niezgodnych z założeniami systemu prawa. W szczególności należy podkreślić odejście od standardów moralnych i pozwalających na popełnienie licznych zbrodni prawa międzynarodowego.

W kontekście realiów III Rzeszy nie ulega wątpliwości, że prawo było narzędziem systemu nazistowskiego, które służyło celom zbrodniczym – prowadzeniu

45 Cyt. za K. Graczyk, *Sądy specjalne...*, s. 168.

46 B. Rudawski, *Mienie i rasa: Wybrane aspekty „aryzacji” majątku żydowskiego w Trzeciej Rzeszy i w kraju Warty*, „Meritum” 2016, nr 8, s. 313–315.

wojny, dyskryminacji i eksterminacji ludności. Odnosząc się ponownie do formuły Radbrucha, warto zauważyć, że zawiera ona stopniowalne kryteria oceny norm prawnych. Wychodząc od pozytywistycznego paradygmatu, uznaje bezpieczeństwo prawne jako jedną z trzech głównych wartości prawa jako idei. Co ważne, nawet w pracach powojennych jest ona postrzegana jako wartość naczelną, zapobiegająca chaosowi i dająca obywatelom pewność przepisów, którym podlegają. W tym zakresie ukazuje się świadomość filozofa, dotycząca regulacyjnej roli prawa, jego instrumentalnego charakteru, a także instrumentalizacji jako dążenia do realizacji celów danego systemu prawa. Odmowa obowiązywania norm prawnych niedających się zastosować w sposób sprawiedliwy, zawarta w pierwszej tezie formuły Radbrucha, stanowi odpowiedź na niektóre z form instrumentalizacji. Druga część wskazuje na kategoryczną niezgodę wobec prawa zinstrumentalizowanego w sposób naganny, polityczny, podlegającego ideologizacji i rażąco niesprawiedliwego. Radbruch podkreśla sprzeczność takich przepisów z ideą prawa i brak możliwości przyznania im przymiotu prawa jako takiego. W tym kontekście rozumienie trzeciej tezy formuły Radbrucha, w której winą za tryumf prawa zbrodniczego w III Rzeszy obarczony został pozytywizm prawniczy, ulega przewartościowaniu⁴⁷. Należy zauważyć, że scharakteryzowane negatywne przejawy instrumentalnego użycia prawa oraz jego politycznej instrumentalizacji nie były oparte na paradygmacie pozytywistycznym. Cechą systemu prawa nazistowskiego był natomiast wysoki stopień podatności na indoktrynację, także wśród prawników. Nie było to jednak uzależnione od stanowiska filozoficznoprawnego. Przypisywany twardemu pozytywizmowi formalizm nie stanowił przesłanki ani narzędzia służącego do dokonywania aktów instrumentalizacji i instrumentalnego stosowania prawa.

Niewątpliwie mechanizm instrumentalizacji i instrumentalnego wykorzystywania prawa był widoczny w III Rzeszy. Należy jednak zastanowić się, czy moralny ciężar wydarzeń nazizmu uzasadnia w dalszym ciągu nazywanie tych zjawisk formami

⁴⁷ Szerzej o stanowiskach pozytywistów odnośnie do prawa nazistowskiego m.in.: F. Haldemann, *Gustav Radbruch vs. Hans Kelsen...*; H. Kelsen, *Collective and individual responsibility in international law with particular regard to the punishment of war criminals*, „California Law Review” 1943, nr 31, s. 530–571; H. Kelsen, *Will the judgement in the Nuremberg Trial constitute a precedent in international law?*, „The International Law Quarterly” 1947, t. 1, nr 2, s. 153–171; H. Kelsen, *The rule against ex post facto laws and the prosecution of the axis war criminals*, <http://hydraprod.library.cornell.edu/fedora/objects/nur:02047/datastreams/pdf/content> (dostęp 13.01.2022); M.G.-S. Rovira, *Not just Pure Theory: Hans Kelsen (1881–1973) and international criminal law*, w: F. Mégret I. Tallgren (red.), *The Dawn of a Discipline: International Criminal Justice and its Early Exponents*, Cambridge 2019; T. Snarski, *Debata Hart-Fuller i jej znaczenie dla filozofii prawa*, Gdańsk 2018; M. Zalewska, *Does Hans Kelsen’s Pure Theory of Law Support the Rule of Law and Democracy?*, w: H. Takikawa (red.), *The Rule of Law and Democracy The 12th Kobe Lecture and the 1st IVR Japan International Conference*, Kyoto 2018, s. 203–215.

instrumentalizacji, czy może wykraczały one już poza ich ramy. Instrumentalizacja prawa może przyjmować zamierzone cele praktyczne, jednak w przypadku prawa nazistowskiego przyjmowała ona założenia ideologiczne. Trudno przyjąć, że popełnianie zbrodni przeciwko ludzkości czy zbrodni ludobójstwa, definiowanej po raz pierwszy podczas prac Trybunału Norymberskiego⁴⁸, jest przejawem instrumentalizacji, takim jak np. zmiany w prawie gospodarczym czy podatkowym. Zaburzenie aksjologii, które miało miejsce w prawie nazistowskim, spowodowało rażące naruszenie autonomii prawa w kulturze⁴⁹. Zmiany wprowadzone w prawie poprzez instrumentalizację jego stanowienia i przekładające się na instrumentalizację interpretacji i stosowania prawa doprowadziły do ideologizacji prawa.

Wnioski

W niniejszej pracy przedstawiono tylko wybrane i najbardziej rażące przejawy nagannej instrumentalizacji prawa w III Rzeszy. Dokonano zestawienia wniosków dotyczących instrumentalizacji prawa z filozofią prawa Radbrucha, która należy do kanonu myśli dotyczących rozliczeń II wojny światowej.

Prawo III Rzeszy było poddawane procesowi instrumentalizacji, który przejawiał się zarówno w jego stanowieniu, jak i stosowaniu. Dokonano daleko idących przemian ustrojowych, zmieniając sposób tworzenia prawa, ingerując w naczelne zasady prawne, tworząc klauzule generalne, rewidując strukturę sądownictwa. Liczne nieprawidłowości w obszarach legislacji, organizacji wymiaru sprawiedliwości, zasad sprawiedliwego procesu i prawa karnego były przejawami politycznej instrumentalizacji prawa hołdującej ideologii nazistowskiej. Z oczywistych względów przedstawione elementy organizacji wymiaru sprawiedliwości naruszają rudymentalne poczucie sprawiedliwości. Formuła ukarania według zdrowego poczucia narodowego stanowiła naruszenie zasad prawa karnego, wprowadzała czynnik wysoko oceny i nieostry w prawie karnym oraz była zaprzeczeniem pewności prawa. Zostało dowiedzione, że prawo III Rzeszy było niesprawiedliwe na wielu polach – od łamania wciąż obowiązującej konstytucji, po zaprzeczenie podstawowym jej wartościom, kończąc na popełnieniu zbrodni prawa międzynarodowego o najwyższym stopniu ciężaru moralnego. Zorganizowano podporządkowane

48 J. Sawicki, T. Cyprian, *Materiały norymberskie. Umowa – statut – akt oskarżenia – wyrok – radzieckie wotum*, Warszawa 1948, s. 65–70; K. Wierczyńska, *Pojęcie ludobójstwa w kontekście orzecznictwa międzynarodowych trybunałów karnych ad hoc*, Warszawa 2010, s. 11–18.

49 M. Zirk-Sadowski, *Wprowadzenie do filozofii prawa*, Warszawa 2011, s. 122.

nazizmowi prawo i wymiar sprawiedliwości, a także wykorzystano sądownictwo karne do wyniszczania, podporządkowania i zastraszania ludności.

Należy pamiętać, że prawo ma predyspozycję do bycia narzędziem realizacji celów politycznych. Regulowanie stosunków społecznych jest jedną z jego podstawowych funkcji. Wykorzystanie instrumentalnego charakteru prawa nie musi jednak prowadzić do jego politycznej instrumentalizacji. Wykazano, że instrumentalizacja ma charakter stopniowalny. Nie wywołując zarzutów z punktu widzenia założeń porządku prawnego, może służyć wypełnianiu najważniejszych społecznych funkcji realizacji najważniejszych zakorzenionych w systemie konstytucyjnym wartości, pozostając przy tym wolna od ideologizacji. W sytuacji realizowania celów politycznych może być oceniana negatywnie. Jednak w przypadku prawa III Rzeszy doszło do ideologizacji prawa przez naganne wykorzystanie mechanizmów jego instrumentalizacji i do prawnego sankcjonowania działań sprzecznych z wartościami konstytucyjnymi i moralnymi.

Bibliografia

- Bator A., *Dogmatyka prawa wobec politycznej opresji. Czy historia myśli prawnej może nas czegoś nauczyć?*, „Studia nad Autorytaryzmem i Totalitaryzmem” 2021, t. 43, nr 2, <https://doi.org/10.19195/2300-7249.43.2.11>.
- Bator A., *Granice instrumentalizacji instytucji prawnych w procesie karnym: uwagi z perspektywy teorii prawa*, w: D. Gruszecka, J. Skorupka (red.), *Granice procesu karnego: legalność działań uczestników postępowania*, Warszawa 2015.
- Becker M., *Sądownictwo niemieckie i jego rola w okupacyjnej polityce na ziemiach polskich wcielonych do Rzeszy 1939–1945*, Warszawa 2020.
- Boberach H., Kempner R.M.W., Rasehorn T. (red.), *Richterbriefe, Dokumente zur Beeinflussung der deutschen Rechtsprechung 1942–1944*, „Schriften des Bundesarchivs”, Boppard am Rhein 1975.
- Bogucka I., *Funkcje prawa*, w: *Wielka encyklopedia prawa. T. VII. Teoria i filozofia prawa*, Warszawa 2016.
- Bolesta Ł., *Prawo karne III Rzeszy instrumentem polityki państwa totalitarnego*, „Studenckie Zeszyty Naukowe”, t. 16, nr 32.
- Chauvin T., *Sprawiedliwość: między celowością a bezpieczeństwem prawnym. Ewolucja poglądów Gustawa Radbrucha*, „Studia Iuridica” 1999, nr XXXVII.
- Graczyk K., *Sądy specjalne III Rzeszy jako „sądy doraźne frontu wewnętrznego” (1933–1945)*, „Miscellanea Historico-Iuridica” 2019, t. XVIII, nr 2, <https://doi.org/10.15290/mhi.2019.18.02.08>.
- Graczyk K., *Wznowienie postępowania karnego w praktyce Sądu Specjalnego w Katowicach (Sondergericht Kattowitz) 1939–1945*, „Z Dziejów Prawa” 2019, t. 12, nr 20, <https://doi.org/10.31261/ZDP.2019.20.35>.

- Gromski W., *Akty instrumentalizacji prawa i ich granice*, „Acta Universitatis Wratislaviensis. Przegląd Prawa i Administracji” 2018, t. CXIV, nr 3833, <https://doi.org/10.19195/0137-1134.114.5>.
- Haldemann F., *Gustav Radbruch vs. Hans Kelsen: A Debate on Nazi Law*, „Ratio Jurisprudence” 2005, t. 18, nr 2, <https://doi.org/10.1111/j.1467-9337.2005.00293.x>.
- Jędrzejewski Z., *Pojęcie przestępstwa w doktrynie prawa karnego Niemiec hitlerowskich w ujęciu tzw. szkoły kilońskiej*, „Ius Novum” 2011, nr 2.
- Kelsen H., *Collective and individual responsibility in international law with particular regard to the punishment of war criminals*, „California Law Review” 1943, nr 31, <https://doi.org/10.2307/3477207>.
- Kelsen H., *The rule against ex post facto laws and the prosecution of the axis war criminals*, <http://hydraprod.library.cornell.edu/fedora/objects/nur:02047/datastreams/pdf/content>.
- Kelsen H., *Will the judgement in the Nuremberg Trial constitute a precedent in international law?*, „The International Law Quarterly” 1947, t. 1, nr 2.
- Kosielińska-Grabowska U., *Idea sprawiedliwości u Gustawa Radbrucha*, w: B. Wojciechowski, M.J. Golecki (red.), *Rozdroża sprawiedliwości we współczesnej myśli filozoficznoprawnej*, Toruń 2008.
- Kotowski A., *Instrumentalizacja prawa i instrumentalne użycie prawa a jego wykładnia*, „Studia Prawnicze” 2016, t. 208, nr 4, <https://doi.org/10.37232/sp.2016.4.2>.
- Kulesza W., *Crimen laeseae iustitiae odpowiedzialność karna sędziów i prokuratorów za zbrodnie sądowe według prawa norymberskiego, niemieckiego, austriackiego i polskiego*, Łódź 2013, <https://doi.org/10.18778/7525-894-3>.
- Lubertowicz M., *Lex iniustissima non est lex. Formuła Gustava Radbrucha jako alternatywa dla międzynarodowego systemu ochrony praw człowieka*, „Studia Erasmi Wratislaviensia” 2010, nr 4.
- Machowicz K., *Prawo jako instrument zarządzania państwem*, w: M. Pawlak (red.), *Nowe tendencje w zarządzaniu*, Lublin 2015, t. 6.
- Neścior B., *Prawno-organizacyjne aspekty wcielania do III Rzeszy Sudetenlandu i Austrii*, praca doktorska, repozytorium UW, Warszawa 2020.
- Paulson S.L., *Lon L.Fuller, Gustav Radbruch, and the “positivist” theses*, „Law and Philosophy” 1994, nr 13, <https://doi.org/10.1007/bf01001678>.
- Radbruch G., *Fünf Minuten Rechtsphilosophie*, w: *Rechtsphilosophie III*, Heidelberg 1990.
- Radbruch G., *Ustawowe bezprawie i ponadustawowe prawo*, w: G. Radbruch, *Filozofia prawa*, Warszawa 2009.
- Rovira M.G.-S., *Not just Pure Theory: Hans Kelsen (1881–1973) and international criminal law*, „SSRN Electronic Journal” 2019, <https://doi.org/10.2139/ssrn.3471796>.
- Rudawski B., *Mienie i rasa: Wybrane aspekty „aryzacji” majątku żydowskiego w Trzeciej Rzeszy i w kraju Warty*, „Meritum” 2016, nr 8.

- Sawicki J., Cyprian T., *Materiały norymberskie. Umowa – statut – akt oskarżenia – wyrok – radzieckie wotum*, Warszawa 1948.
- Snarski T., *Debata Hart-Fuller i jej znaczenie dla filozofii prawa*, Gdańsk 2018.
- Stalski P., *Sądownictwo III Rzeszy w latach 1933–1945*, Wrocław 2015.
- Tończyk N., *Konstytucja Republiki Weimarskiej z 11 sierpnia 1919 roku jako demokratyczna podstawa prawna totalitarnego państwa*, „*Studia Iuridica Toruniensia*” 2014, nr 14, <https://doi.org/10.12775/sit.2014.018>.
- Uruszczak W., *Perwersyjne funkcje niemieckiego „prawa” w Generalnym Gubernatorstwie (1939–1945)*, „*Z Dziejów Prawa*” 2019, t. 12, nr 20, <https://doi.org/10.31261/ZDP.2019.20.40>.
- Wichert W., *Ustawa o pełnomocnictwach (Ermächtigungsgesetz) z 23 marca 1933 roku jako katalizator budowy państwa wodzowskiego w Niemczech*, „*Acta Universitatis Wratislaviensis. Studia nad Autorytaryzmem i Totalitaryzmem*” 2019, t. 3959, nr 4, <https://doi.org/10.19195/2300-7249.41.4.2>.
- Wierczyńska K., *Pojęcie ludobójstwa w kontekście orzecznictwa międzynarodowych trybunałów karnych ad hoc*, Warszawa 2010.
- Woleński J., *O formule Radbrucha*, „*Principia*” 2015, nr LXI–LXII.
- Wronkowska S., *Kilka tez o instrumentalizacji prawa i ochronie przed nią*, „*Acta Universitatis Wratislaviensis. Przegląd Prawa i Administracji*” 2017, nr 3791, <https://doi.org/10.19195/0137-1134.110.8>.
- Wrzyszc A., *Oddziaływanie ideologii nazistowskiej na sądownictwo niemieckie w Generalnym Gubernatorstwie w latach 1939–1945*, „*Acta Universitatis Wratislaviensis. Studia nad Faszyzmem i Zbrodniami Hitlerowskimi*” 2009, t. XXXI, nr 3154.
- Zajadło J., *Formuła Radbrucha. Filozofia na granicy pozytywizmu prawniczego i prawa natury*, Gdańsk 2001.
- Zajadło J., *Odpowiedzialność za mur*, Gdańsk 2003.
- Zajadło J., *Radbruch*, Sopot 2016.
- Zalewska M., *Does Hans Kelsen’s Pure Theory of Law Support the Rule of Law and Democracy?*, w: H. Takikawa (red.), *The Rule of Law and Democracy The 12th Kobe Lecture and the 1st IVR Japan International Conference*, Kyoto 2018.
- Zirk-Sadowski M., *Rozumienie ocen w języku prawnym*, Łódź 1980.
- Zirk-Sadowski M., *Wprowadzenie do filozofii prawa*, Warszawa 2011.

Law of Instrumental Character or Instrumentalized Law – a Few Remarks on the Law of the Third Reich

Abstract

Law fulfils a regulatory function in social life. This is related to its instrumental nature. The exploitation of this potential assumes the form of instrumentalisation of the law.

This phenomenon can take place both in the process of law-making, as well as its interpretation and application. Both positive and reprehensible forms of law instrumentalisation can be discerned. The purpose of this paper is to characterise the difference between the instrumental character of law and its instrumentalisation on the example of the law of the Third Reich. To this end, an analysis of the concepts of instrumentalisation of law, its instrumental character as well as its instrumental use will be carried out. This will allow for determining the boundaries between them and to relate them to the selected, specific law institutions of the Third Reich. In addition, the historical and legal background of the functioning of the indicated legal solutions will be presented. This will allow to determine the aforementioned differences between the analysed activities on the basis of examples from the practice of establishing, interpreting and applying law in history.

Keywords: Instrumentalisation of law, instrumental character of law, Third Reich, Nazi law, Radbruch's formula

CYTOWANIE

Dąbrowska A., *Prawo instrumentalne czy zinstrumentalizowane – kilka uwag o prawie III Rzeszy*, „Acta Iuris Stetinensis” 2023, nr 2 (vol. 43), 43–60, DOI: 10.18276/ais.2023.43-03.



Acta Juris Stetinensis

2023, nr 2 (vol. 43), 61–77
ISSN (print) 2083-4373 ISSN (online) 2545-3181
DOI: 10.18276/ais.2023.43-04



Wojciech Gonet
prof. UPH, dr hab.
Siedlce University of Natural Sciences and Humanities
e-mail: wojciech.gonet@uph.edu.pl
ORCID: 0000-0003-0066-706X



Julia Wlasiuk*
PhD
Siedlce University of Natural Sciences and Humanities
e-mail: julia.wlasiuk@uph.edu.pl
ORCID: 0000-0003-0403-9546

Public Utility Services in Poland and Belarus

Abstract

The text deals with the definition of public services and their scope in Belarus and Poland. As a result of the conducted research, it was found that it is difficult to accept one criterion indicating that the given services are public. A permanent criterion of non-payment for the services provided cannot be accepted, as there are public services which are paid for. A wide group of beneficiaries may indicate that it is a service or product of general interest. A comparison of the scope and services of public utility in Belarus and in Poland shows their wider scope present in Belarus.

The aim of the study is to investigate:

- whether the scope of public utility has evolved in the last thirty years, after the political transformation that took place in Poland and Belarus,
- what scope of public utility services is provided by the public administration in Poland and Belarus,

* An intern of the NAWA program “Solidarity with Belarus.”

– whether services of general interest can be provided by private entrepreneurs in these two States.

Conducting the research required the use of a comparative research method aimed at comparing the legal regulations regarding the conduct of activities in the field of public utility in Poland and in Belarus. The historical-legal method was also used to show the evolution of the scope of public utility services through the change of legal regulations.

Key words: public utility, public services, protection of health, ensuring energy security

1. Introduction

The development of human society and its normal existence is impossible without the production and delivery of services of general interest, but the very concept of public utilities and public goods are undergoing the evolution that can affect the development of almost all areas of human life.

Public utility is defined as the involvement of the public sector in the implementation in the economy of the state.¹ The scope of the public interest is constantly changing. In the past, the activity related to fixed telephony was the domain of the state, now in the field of telecommunications there has been a change to mobile telephony provided by private entrepreneurs.

The given text concerns the scope of public utilities in Poland and Belarus, the scope of activities of public utilities, and the explanation of the modern concept of public utilities.

The aim of the study is to investigate:

- whether the scope of public utility has evolved in the last thirty years, after the political transformation that took place in Poland and Belarus,
- what scope of public utility services is provided by the public administration in Poland and Belarus,
- whether services of general interest can be provided by private entrepreneurs in these two States.

Conducting the research required the use of a comparative research method aimed at comparing the legal regulations concerning the conduct of activities in the sphere of public utility in Poland and Belarus. The historical-legal method was also used to show the evolution of the scope of public services through the change of legal regulations.

1 P.A. Samuelson, W.D. Nordhaus, *Ekonomia*, Poznań, 2019, p. 65.

The scope of services of general interest is something variable and constantly evolving. It happens that some services in the initial stage of development were provided only by state-owned enterprises, e.g., passenger rail transport, telephone services, so that after some time private entrepreneurs were allowed to provide these services. It also happens that some services, originally created by the private sector, become so important for the functioning of society that the public administration was forced to subject the provision of those services to regulation, supervision to ensure continuity, cheapness, and thus universal access to these services. An example is the provision of access to the reliable and cheap Internet, without which the economy, society and education cannot function, especially in the period of the Coronavirus pandemic, which has lasted since the end of 2019. Public services distinguish their importance to the whole society. A simple distinction between public and commercial services cannot be made by the criterion of their profitability for the service provider, as both can be both profitable and non-profitable. Also, it is impossible to distinguish between public utility services by the criterion of the entity that performs them, as they are provided by entities related to the public and private sectors. The lack of payment for the provided services may indicate that they are public utility services, and they can be performed by both public and private entities. Whether a given service is of public utility is evidenced by its importance to the society, economy, specific social groups, or the region.

The provision of public services in Poland and Belarus takes place in different political and economic conditions, which makes it difficult to compare them. In Belarus, it is visible that services of general interest are identified with the activity of the state, state-owned enterprises, and the activity of regions and communes. Activities in the field of public utility by private entities are limited to activities in the field of sports and recreational activities and encounter difficulties in obtaining permission to start such activities on the part of the government administration.

In Poland, operating in the field of public utility is possible by entities of the State government, local government and the private sector. Private organizations of public benefit, e.g., associations, foundations, may provide services free of charge, as they may receive a part of the income tax paid by natural persons, provided that these persons declare that they donate a part of the tax for the activities of these organizations. In this way, they are independent in the provision of public services from financial support from the public sector.

2. The Concept of Public Utility

The concept of 'public good' is related to the public interest. 'Public good' is the production of collective goods. The production, distribution, and consumption of 'public good' do not always take place under market conditions. 'Public good' can be defined as a specific type of service produced by the public sector of the economy for general (including joint) consumption by individuals and enterprises. Public goods are non-exclusive, which means that the producer (supplier) of a public good is not able to exclude (legally, physically, economically, and politically) others from consuming the same good at the same time. Consumption of such a good by one person does not limit the possibility of its consumption by others. The difference between a public good and a private good is that the public good has certain basic characteristics that distinguish it from the private good, such as: uncompetitive consumption, indivisibility, and no possibility of exclusion.

In the past, public utility was identified with the public sector:² government and local government. The activities in the field of public utility were related to the economic activities carried out by local government units together with the State Treasury and their subsidiaries. The activities of public interest are considered as being of general interest or when they become a matter of public concern.³ Activities in the sphere of public utility are essential for the functioning of local government, the state and the residents. Public utility satisfies, *inter alia*, basic needs of residents and commercial entrepreneurs. The fulfilment of these needs allows, among others, the efficient functioning of the state. When the central and local government administrations are unable to perform their tasks related to the implementation of the public utility effectively, it means that they cannot cope with satisfying the needs of the residents and entrepreneurs.

It is assumed that, regardless of the political system in a given country, activities in the sphere of public utility concern:

- a) ensuring the safety of the functioning and development of society in the external and internal world, countering the aggression of another state, ensuring a sense of physical, fire, communication and legal security of citizens and entrepreneurs, developing security measures (military equipment, weapons, ammunition, etc.);
- b) ensuring communication in the society, among entrepreneurs and among countries (which includes, among other things, providing a road network for cars, trains, aircrafts, ships, servicing transport infrastructure, bridges), postal

2 E. Wojciechowski, *Samorząd terytorialny w warunkach gospodarki rynkowej*, Warsaw 1997, p. 18.

3 A. Khan, *The Economics of Regulation, Principles and Institutions*, vol. I, Cambridge 1988, p. 6.

- services and telephone communications (fixed and mobile communications, access to the Internet, access to other means of communication that will be used for communication in the future), provision of lighting for public roads;
- c) ensuring energy security through access to electricity, gas, fossil energy sources, fossil fuels, liquid fuels used to drive mobile vehicles (cars, trains, airplanes, etc.);
 - d) protection of health and life through access to health care and the functioning of services preventing the loss of life and health by residents, preventing environmental pollution, which may adversely affect the health of residents;
 - e) providing help and care to the elderly, chronically ill, dependent people;
 - f) ensuring sanitary safety through water supply, collection and treatment of wastewater, collection and disposal of waste;
 - g) financial services – such as making funds available to entities with creditworthiness;
 - h) education services – by ensuring access to kindergartens, secondary schools, high schools, vocational schools and universities;
 - i) services in the field of access to cultural goods such as: theatres, operas, operettas, cinemas, etc.;
 - j) recreation and sports services – by providing access to sports facilities such as: swimming pools, sports fields, sports halls, playgrounds for children and parks.

Public utility services are characterized, *inter alia*, by the fact that they are available to almost everyone, constantly and reliably.⁴ Accessibility to almost everyone means that these services are cheap, i.e., everyone can afford to use public goods, e.g., public transport in the city – a working person, a pensioner, a pupil, and a student. The ease of access to services of general interest does not mean that they are provided for free, but that the payment is quite affordable. The provider of these services does not take advantage of a monopolistic position, or the central or local government administration has an impact on the prices of public utility services provided by private entities. Widespread availability of public services means that they can be used by everyone after meeting the conditions for the provision of these services, and that the safety of using these services for the other beneficiaries is not endangered by a single beneficiary (e.g., no intoxicated people can use planes, buses or trains).

Public services can be profitable and generate income for those who provide these services. Therefore, they can be made or provided by private entrepreneurs.

⁴ Also K. Horubski, *Pojęcie zadań użyteczności publicznej w ustawie o gospodarce komunalnej*, "Przegląd Prawa i Administracji" 2014, No XCVIII, p. 38.

The provision of public services in the field of health care, public transport (air transport, bus transport), telecommunications, the Internet, the protection of people and property, heating, garbage disposal, education, sports, cultural services is carried out by private entrepreneurs who do this after obtaining permission from the state or self-governing administration. The public administration may or may not influence the pricing of a public service by approving it. A private entrepreneur who runs a sport and recreation centre or a hospital can receive remuneration for services rendered at a level acceptable to clients, i.e., based on market principles. This does not change the nature of the paid services as public. The activity of the state and local self-government in the provision of services of general interest often concerns unprofitable services, which private entrepreneurs are not interested in. The State Treasury and local government units fill the gap in this respect, as they can provide public services that bring economic losses but are necessary for residents and entrepreneurs. Services of general interest should not be identified with the person performing them, but with their purpose and nature. It does not matter for the recipient of public utility services whether the possibility of making telephone calls and access to the Internet is provided by a private, state or local government operator. However, it is important that this access is uninterrupted, of adequate quality, and that prices are affordable.

The functioning of the economy requires an efficient payment system, settlements between entrepreneurs and consumers, and access to repayable funds, such as loans, letters of credit, guarantees, etc. Banks, credit institutions, entities dealing with payment settlements play an important role in the economy. These entities have a private structure, but they are supervised by the government administration. Financial sector entities are special entrepreneurs, because all over the world efforts are made to eliminate cash payments in favour of the non-cash payments, i.e., payments by transfers, cards, etc. This contributes, *inter alia*, to combating the financing of terrorism and money laundering. Making payments between entrepreneurs with the use of interbank settlements contributes to the reduction of tax avoidance. The payment settlement services provided by banks contribute to the fight against terrorist financing and money laundering. Therefore, the activities of financial sector entities exhibit certain features of public services. In addition, the chances of access to expensive selection are levelled by providing repayable funds by banks and credit institutions to entities with creditworthiness. These are, for example, real estate serving as housing for consumers or new technologies for entrepreneurs who have not managed to raise enough capital to be able to develop investment activities with their own funds. The safe functioning of the banking and financial sector is so important for the economy of every country that these entities are subject to special supervision, including the provision of services.

3. Public Services in Belarus

From the point of view of the institutional economy, the public sector in Belarus is a set of institutions functionally united by the goals of producing public goods and by non-market methods of regulating economic activity. Public sector institutions are represented by public sector organizations and non-governmental non-profit organizations.

In Belarus, the state as the main political and legal institution, using its prerogatives of power, through legislative, executive and judicial organs, organizes relations among members of society and creates conditions for their coexistence. The public service sector represents the interests of the entire community and is, therefore, often referred to as the public sector.

Public utility and public goods in Belarus appear as:

- the main result of the activity of a specific sector of the economy – the public sector,
- the most important representative of a special product in the economy – services,
- a source of the in-depth specification of enterprises, organizations, institutions producing a specific public good.

The following criteria can be proposed that correspond to the concept of 'public good' in the economy of Belarus:

- a) they are provided free of charge or at a lower cost than the same in the commercial sector;
- b) they are produced in the interest of a larger community with unrestricted access;
- c) they are often compulsory and cannot be avoided;
- d) new recipients do not compete with the existing ones by consuming the goods;
- e) personal consumption of goods cannot be measured;
- f) the possibility of banning the consumption of goods is difficult;
- g) the benefits are generated owing to the government financing based on monitoring changes in the social effect; appropriate changes are introduced in the annual budget.

Thus, it is possible to define a public good in the Belarusian economy as a product, work or service of great social importance, provided from government funds on a gratuitous or conditionally gratuitous basis.

The economic model of Belarus differs from many former Soviet Union republics by the strong influence of the government and the presence of a large public sector compared to the limited private sector.⁵

⁵ И.М. Лемешевский, И.П. Деревяг., Национальная экономика Беларуси, Минск 2012, pp. 47–53.

The modern system of public services in Belarus is based on the use of the direct government regulations. This interaction is necessary for the Belarusian authorities to be able to produce public services effectively, strengthen the impact of positive externalities, as well as maintain economically unjustified costs ensuring the objectives of social policy, and reduce the negative impact on the economy of the external effects of this service provision process.

There is no clear legislative division into the commercial sector and the public goods production sector in Belarus. It is customary to define the institutional structure of the public sector and its boundaries according to the System of National Accounts (SNA) adopted by the United Nations in 1993. In the Republic of Belarus, according to the system of national accounts, economic activity is divided into sectors.⁶ Entities conducting economic activity are assigned to appropriate sectors of the economy in accordance with the principle of functionality, from the point of view of the homogeneity of their functions and sources of financing, which implies their similar economic behaviour.

The main sectors are non-financial organizations, financial institutions, government organizations, households, non-profit organizations working for the benefit of the households.

The 'governmental organizations sector' includes institutional units that, in addition to performing their political and economic regulatory roles, mainly provide non-market services (and possibly produce public goods) for individual or social consumption in the spheres of health protection, social security, education, culture and art, recreation and public administration services, maintaining order and security, defence, science, road infrastructure, agriculture.

The sector of state organizations is the backbone of the public sector. In Belarus, the authorities act on behalf of the society and use state property in their own interest. The institutional structure of the public sector of the Republic of Belarus consists of state organizations with republican and communal forms of ownership and organizations with state participation in the share capital. The economy of the public sector is often equated with public finance.

In Belarus, public goods can be differentiated according to the territories within which they are consumed. Nationwide public goods are produced, distributed and consumed throughout the country. The production of nationwide public goods does not go beyond the state. Domestic public goods contribute to the creation of human capital, where government plays a significant role in spending on education

⁶ See: An official website of the National Statistics Committee of the Republic of Belarus, <https://www.belstat.gov.by/> (accessed: 16.02.2022).

and health. The government finances the education of specialists whose activities influence economic development.

Local public goods are produced, distributed and consumed at the local level, and at the same time only a narrow group of recipients has access to them.

In the Belarusian economy, the following entities conduct economic activity in the field of public utility:

- state monopoly (e.g., air transport and rail transport),
- State Treasury companies with significant state capital (e.g., in the chemical, food industry and construction),
- companies with the Treasury share of approximately 50% in share capital (trade, gastronomy, hotels),
- companies with the Treasury share of less than 30% in share capital (real estate services, accounting, advertising and marketing).

A significant part of the public sector in Belarus is succession to the USSR. State-owned enterprises on the territory of today's Belarus were established in the years 1950–1970. In Belarus, more than half of the country's population works in the public economy.⁷ State-owned enterprises account for 73.3% of industrial production, 16.2% of retail turnover, and 32.5% of the catering sector.⁸ The share of the public sector in GDP has not changed for many years and is around three-quarters.

The social sphere of the Republic of Belarus includes the branches of the national economy that produce services for supporting the life of its population. The social sphere highlights the structure of the national economy through the provision of services: meeting the needs of the society in terms of professional activity, socio-economic activity and spiritual culture. In Belarus, the following sections can be assigned to the social sphere: healthcare; sport, culture and mass media; education, and social benefits in the form of pensions and retirees.

The production of public goods and services is entirely financed from the state, regional or municipal budgets, and they are provided free of charge, which ensures government guarantees of their availability. The state guarantees a minimum standard of their provision in each region, preserving one social space, and by this realizing the basic constitutional rights of its citizens.

In the Republic of Belarus, investments in public goods are distributed in the following areas: defence, law and order, security, healthcare, education, culture, sports, eliminating the consequences of the Chernobyl nuclear power plant

⁷ <http://belstat.gov.by/> (accessed: 16.02.2022).

⁸ Budget of the Republic of Belarus for 2021, <https://www.minfin.gov.by/upload/bp/budjet/budjet2021.pdf> (accessed: 16.02.2022), p. 84.

accident, development and maintenance of roads and logistic systems, energy and environmental protection.

In connection with the events in Belarus, the structure of state expenditure on public goods has changed significantly since August 2020. The huge part of the budget is devoted to the maintenance of repressive power, law enforcement and courts. For example, budget expenditure on the administration of the President and his officials in the first months of 2021 increased by 142% (2.42 times) compared to January–February of 2020. Funding for education and medicine has decreased correspondingly. For example, the salaries of academic teachers, which were already several times lower than the salaries in the EU, decreased in 2021.

Non-profit organizations (NPO) occupy a special place in the structure of the public sector in Belarus. Non-profit organizations are self-organized forms of the population and organizations created to implement social and other non-commercial activities. In the Republic of Belarus, the following types of non-commercial legal entities based on membership are envisaged: public associations, religious organizations, political parties, trade unions.

According to the latest data, there are 2,665 social associations in Belarus. This is an extremely low number. For example, in the Czech Republic, with a population of just over 10 million, there are 20 times more social associations. Moreover, the statistics on the number of such organizations in Belarus have not changed over the past 15 years. Most Belarusian non-profit organizations operate in the field of physical culture and sport (714).

The main reason for the low number of public organizations in Belarus is the rather complicated registration procedure. To create a local social association in Belarus, it is necessary to have at least 10 founders in two or more administrative and territorial units to which this NGO will expand its activities. The national association needs 50 founders who live in at least four regions of Belarus and Minsk.

The problem of arbitrary refusals to register non-profit organizations is still present in Belarus. The officials of the registering body have the discretion to decide whether to register a given public association. Belarus is one of the few countries where there is criminal liability for membership or leadership of an unregistered public association. Another problem in the development of non-profit organizations in the Republic of Belarus is the lack of funds and sufficient subsidies from the state.

The systematic decrease in the socio-economic indicators of the state in the provision of public goods of great social importance (education, science, health care, culture) will practically not be reflected in the Belarusian society until the emergence of an open confrontation between the society and the government, whose actions should be aimed at protecting public interests.

The main problems in producing public goods are as follows:

- the quality of provided public services,
- the amount of provided public services,
- the scope of provided public services,
- the costs related to the production and provision of the services.

State actions aimed at eliminating market failures are far from the reality. The state, being a monopolist in the production of public goods, is deprived of incentives to minimize costs, improve the quality of products, and introduce new technologies. In most cases, the main objectives of the state's policy in the field of public goods are achieved by using various methods of legal regulation, one of which is direct government intervention.

The coexistence of public and private offer does not yet create a perfect market if public institutions receive subsidies and cover losses from tax revenues, whereas private ones depend on their own profitability. The best option to improve the provision of public services is the interaction of state and market institutions applying some government regulations in conjunction with the market mechanism. This interaction leads to the following results:

- enables the balance of public and private interests to be achieved; leads to the presence of service orientation to the needs of the population,
- lowers the costs of providing services,
- simplifies the procedures for evaluating work results,
- accelerates the implementation of changes,
- adapts service organizations to the changing external environments.

Restructuring the public goods sector requires a complete reform of the entire political and economic system of the Republic of Belarus.

4. Public Services in Poland

The provision of Art. 6, Sec. 1 of the Act of 25 September 1981 on State Enterprises,⁹ stipulates that public utility enterprises are aimed at meeting the needs of the population on an ongoing basis and are aimed at the production or provision of services in the field of: sanitary engineering, public transport, electricity supply to the public, gas and heat, management of state housing resources, management of state green areas, funeral services and maintenance of cemetery facilities, and cultural services. A similar definition of public utility services is included in Art. 1, Sec. 2

⁹ Dz.U. (Journal of Laws) of 2021, item 1317.

of the Act of 20 December 20 1996 on Municipal Management.¹⁰ Municipal management includes, in particular, public utility tasks aimed at meeting the collective needs of the population on an ongoing and uninterrupted basis through the provision of generally available services. Listed in Art. 6, Sec. 1 of the Act on State Enterprises, the scope of public utility activity is exemplary and constitutes an open catalogue. Both acts were drafted in the last century, the provisions in question have not been amended since their entry into force. The open catalogue of the scope of activities of state public utility enterprises indicates that they can deal not only with the activities listed in Art. 6, Sec. 1 of the Act on State Enterprises. The government administration provides public utility services using the following organizational and legal forms: State Treasury companies,¹¹ state-owned enterprises, executive agencies,¹² state cultural institutions, and foundations. Local self-government may carry out tasks in the field of public utility with the use of the following organizational and legal forms: companies, local government budgetary establishments, and in special cases, also associations and foundations.

In Poland, public utility services are provided by: legal persons belonging to the State Treasury, public benefit organizations, churches and religious associations, foundations, associations, natural persons, private entities, and three levels of local self-government: communes, districts, regions. Legal persons belonging to the State Treasury and local self-government provide public services to the greatest extent. The scope of their economic activity results, *inter alia*, from tasks specified by the statutory law concerning local self-government of a particular level. Municipalities (Art. 7, Sec. 1 of the Act of 8 March 1990 on Municipal Self-Government¹³) can deal with, among others: municipal roads, streets, bridges, squares; waterworks and water supply, sewage, disposal and treatment of municipal wastewater, maintenance of cleanliness and order and sanitary facilities, landfills and disposal of municipal waste; electricity, heat and gas supply; activities in the field of telecommunications; local public transport; healthcare; running care centres and institutions; municipal housing construction; public education; markets and market halls. Poviats conduct activities in the field of public utility related to (Art. 4, Sec.1 of the Act of 5 July

¹⁰ Journal of Laws of 2021, item 679.

¹¹ E.g., Energa Joint-Stock Company with its seat in Gdańsk, PKP Polish Railway Lines Joint-Stock Company with its seat in Warsaw; Polish Post Joint-Stock Company with its seat in Warsaw, Polish Defence Holding Limited Liability Company with its seat in Warsaw, Tauron Polska Energia Joint-Stock Company with its seat in Katowice.

¹² The provision of Art. 18 and following of the Act of August 27, 2009, on Public Finances, i.e., Journal of Laws of 2021, item 305.

¹³ Journal of Laws of 2022, item 559, hereinafter A.M.S.G.

1998 on Poviats Self-Government¹⁴): public education, health protection, public transport and public roads; maintenance of district public utilities and facilities. Self-government voivodships provide public services in the following scope (Art. 14, Sec.1 of the Act of 5 June 1998 on Voivodship Self-Government¹⁵): public education, including higher education; health protection; public transport and public roads; activities in the field of telecommunications.

Special provisions may result in other tasks of local self-government units relating to public utility services, e.g. construction or operation of telecommunications infrastructure and telecommunications networks and acquisition of the right to telecommunications infrastructure and telecommunications networks; provision of telecommunications networks or access to telecommunications infrastructure; services for: telecommunications undertakings and end users (Art. 3, Sec.1 of the Act of 7 May 2010 on Supporting the Development of Telecommunications Services and Networks¹⁶). The activity of local self-government units in the construction of telecommunications infrastructure and telecommunications networks may be undertaken if in a given area: there are no telecommunications infrastructure or telecommunications networks; the existing telecommunications infrastructure and telecommunications networks are not available or do not meet the needs of the local self-government unit (Art. 3, Sec.1a of the Act of 7 May 2010 on Supporting the Development of Telecommunications Services and Networks). Other acts specify the scope and manner of implementing a specific task, e.g., two acts indicate how to meet housing needs and to implement construction of apartments by a commune. These are the Act of 26 October 1995 on Certain Forms of Support for Housing Construction,¹⁷ the Act of 8 December 2006 on Financial Support for the Creation of Residential Premises for Rent, Sheltered Flats, Night Shelters, and Shelters for the Homeless, Heating Facilities and Temporary Rooms.¹⁸ The Act of 15 April 2011 on Medical Activities¹⁹ specifies the scope of running hospitals, medical clinics and the organizational and legal forms in which the activity in question is carried out, i.e., limited liability company, joint-stock company, budgetary unit, or independent public health care facility.

14 Journal of Laws of 2022, item 1526, hereinafter A.P.S.G.

15 Journal of Laws of 2022, item 547, hereinafter A.V.S.G.

16 Journal of Laws of 2022, item 884.

17 Journal of Laws of 2019, item 2195.

18 Journal of Laws of 2018, item 2321.

19 Journal of Laws of 2022, item 633.

Private entrepreneurs may provide public utility services and perform them in the following organizational and legal forms: commercial companies, associations, foundations, and individual entrepreneurs, unless a specific regulation indicates the need to use a certain organizational and legal form. Private entities sometimes provide services in the field of general interest free of charge, e.g., care for dependent persons,²⁰ education, and medical care. Private entrepreneurs obtain means for this type of activity from the transferred 1% tax from natural persons, from donations, funds received from the state budget or local self-government units. In the latter case, public sector entities perform public tasks through private entities, which perform commissioned public tasks for funds from the state budget or local self-government units. Public services can be performed by private entrepreneurs for payment (e.g., public transport of natural persons by coach) or partially for payment i.e., when the beneficiaries only bear part of the costs of public services they use (e.g., the possibility of using a private swimming pool by the residents of the commune, which subsidizes the tickets purchased by the locals).

It is sometimes difficult to distinguish when public services are provided and when commercial services are provided by public finance sector entities or by private entities. Municipalities and voivodships may conduct commercial activities, i.e., outside the public utility sphere. Poviats do not have such a possibility, which results from Art. 6, Sec. 2 of A.M.P.G. The municipalities have the widest possibilities in this respect, *inter alia*, they can establish commercial law companies and joint companies dealing with banking, insurance, advisory, promotional, educational and publishing activities for the local self-government; as well as other companies important for the development of the commune, operating in the field of housing for rent, including the right to the tenant to acquire ownership of the premises in the future; and sports clubs operating in the form of a capital company (Art. 10, Sec. 3 of A.M.S.G.). The provision of Art. 13, Sec. 2 of A.V.S.G. provides that a voivodeship may establish and join limited liability companies and joint-stock companies if the activities of the companies consist in the performance of promotional, educational, publishing activities and in telecommunications activities aimed at the development of the voivodeship. Each level of local self-government in Poland may deal with educational activities in the field of public utility, i.e., municipalities run kindergartens, primary schools and secondary schools; poviats run secondary schools; and self-government voivodeships may run higher education institutions. The provisions of Art. 10, Sec. 3 of A.M.S.G and Art. 13, Sec. 2 of A.V.S.G. indicate

²⁰ More on the concept of dependent people see: W. Gonet, *Finanse publiczne wobec zmian demograficznych*, in: M. Ziolo (ed.) *Finanse publiczne*, Warsaw 2021, p. 154.

that municipal and voivodeship capital companies may engage in educational activities. In this case, interpretation doubts arise when the activities in the field of education carried out by municipalities and self-governmental voivodships are of public utility nature, and when they are commercial activities. A distinction can be made in this respect based on the criterion of payment or partial payment for the provided services. When learners do not pay for their education, it can be assumed that these are public services, and when learners pay for education, it is a commercial activity. However, this will not be a criterion allowing for a precise distinction between public and commercial services, as it may happen that the costs of educational courses organized by municipalities or local self-government voivodships will be financed from external funds, e.g., from private entities that provided the municipality with funds for a specific purpose. In addition, in educational institutions run for children and adolescents, it may happen that children's parents will voluntarily pay partial fees, e.g., for the repair and tuning of instruments in local and state music schools, for equipment with devices used to conduct experiments.

Private entrepreneurs can also provide public services— free of charge, partially for payment or for full payment. It depends on whether the costs of providing the services are covered from sources other than from the beneficiaries.

Public sector entities, i.e., government administration and entities created by them, local self-government units and entities created by them, as well as private entities, including churches and religious associations, provide services of general interest in Poland. The latter are most active in helping dependent and indigent people. Private entities, such as non-governmental organizations, operate as associations or foundations and their activities are not focused on profit, but on the provision of various services of general interest to support dependent people and people in need of periodic financial, psychological, and organizational support.

5. Conclusions

The range of services of general interest varies and is constantly evolving. It happens that some services at the initial stage of development were provided only by state-owned enterprises, for example, passenger rail transport, telephone services, so after a while, private entrepreneurs were allowed to provide these services. It also happens that some services, originally created by the private sector, become so important to the functioning of the society that the public administration is forced to subject the provision of these services to regulation and supervision to ensure continuity, low cost, and thus universal access to these services. An example is the provision of access to reliable and cheap Internet, without which the economy,

society and education cannot function, especially during the Coronavirus pandemic that has lasted since the end of 2019. Public services are distinguished by their importance to the society as a whole. It is not possible to make a simple distinction between public and commercial services by the criterion of their profitability for the service provider, as both can be profitable and non-profitable. It is also impossible to distinguish public utility services by the criterion of the entity that performs them, as they are provided by entities related to the public and private sectors. The lack of payment for the provided services may indicate that they are public utility services, and they can be performed by both public and private entities. Whether a given service is of public utility is evidenced by its importance to the society, economy, a specific social group, or the region.

The provision of public services in Poland and Belarus takes place in different political and economic conditions, which makes it difficult to compare them. In Belarus, it is visible that services of general interest are identified with the activity of the state, state-owned enterprises, and the activity of regions and communes. Activities in the field of public utility by private entities are limited to activities in the field of sports and recreational activities and encounter difficulties on the part of the government administration in obtaining permission to start such activities.

In Poland, operating in the field of public utility is possible by entities from the government, local government and the private sector. Private non-profit organizations, such as associations or foundations, can provide services free of charge, as they may receive a part of the income tax paid by natural persons, provided that these persons declare that they donate a part of the tax for the activities of these organizations. In this way, they are independent in the provision of public services from financial support from the public sector.

Bibliography

- Budget of the Republic of Belarus for 2021, <https://www.minfin.gov.by/upload/bp/budjet/budjet2021.pdf>.
- Лемешевский И. М., Деревяго И. П., Национальная экономика Беларуси, Минск, 2012.
- Horubski K., *Pojęcie zadań użyteczności publicznej w ustawie o gospodarce komunalnej*, "Przegląd Prawa i Administracji" 2014, no. 98, pp. 35–45.
- Khan A., *The Economics of Regulation, Principles and Institutions*, vol. I, Cambridge 1988.
- Official website of the National Statistics Committee of the Republic of Belarus, <http://belstat.gov.by>.
- Samuelson P.A., Nordhaus W.D., *Ekonomia*, Poznań, 2019.

Wojciechowski E., *Samorząd terytorialny w warunkach gospodarki rynkowej*, Warsaw 1997.

Zioło M. (ed.), *Finanse publiczne*, Warsaw 2021.

The individual parts were written by:

1., 2. W. Gonet, J. Własiuk

3. J. Własiuk

4., 5. W. Gonet

CYTOWANIE

Gonet W., Własiuk J., *Public Utility Services in Poland and Belarus*, „Acta Iuris Stetinensis” 2023, nr 2 (vol. 43), 61–77, DOI: 10.18276/ais.2023.43-04.



Acta Juris Stetinensis

2023, nr 2 (vol. 43), 79–106
ISSN (print) 2083-4373 ISSN (online) 2545-3181
DOI: 10.18276/ais.2023.43-05



Tomasz Kotarski

mgr

Akademia Leona Koźmińskiego

e-mail: 851-PSD@kozminski.edu.pl

ORCID: 0000-0002-9623-288X

OPEN ACCESS



Problem stosowania niektórych przepisów o ochronie konsumenta do osób fizycznych prowadzących działalność gospodarczą

Streszczenie

Celem artykułu jest analiza i próba skomentowania zmian wprowadzonych do Kodeksu cywilnego i ustawy o prawach konsumenta, na mocy których część przepisów konsumenckich stosuje się do osób fizycznych prowadzących działalność gospodarczą. Przy analizie zastosowano metodę dogmatyczną – egzegezę przepisów prawa, a ponadto dokonano badania piśmiennictwa prawniczego i stanowisk judykatury dotyczących omawianych zagadnień. Rozważania poczynione w artykule doprowadziły do sformułowania wniosków stanowiących, m.in. że wprowadzone przepisy mogą stanowić przejaw nadprodukcji prawa, a cel nowelizacji, w postaci przeciwdziałania niedostatecznej ochronie tej kategorii podmiotów, można było osiągnąć na podstawie dotychczas obowiązujących przepisów dotyczących konsumentów – poczynając od samej definicji konsumenta. Nawet jeśli zmiany mające na celu zwiększenie ochrony osób fizycznych prowadzących działalność gospodarczą były pożądane, to przyjęte rozwiązania prawne należy uznać za wybiórcze i niekompletne.

Słowa kluczowe: osoba fizyczna będąca przedsiębiorcą, ochrona konsumencka, działalność gospodarcza, konsument, przedsiębiorca

Wprowadzenie

Ustawą z dnia 31 lipca 2019 r. o zmianie niektórych ustaw w celu ograniczenia obciążeń regulacyjnych¹ (dalej: ustawa lub nowelizacja) znowelizowano wiele aktów prawa powszechnie obowiązującego. Potrzeba podjęcia działań legislacyjnych wynikała m.in. z diagnozy postawionej w ramach rządowej Strategii na rzecz Odpowiedzialnego Rozwoju, która zwraca uwagę na problem dużej liczby regulacji, ich niespójności i niejednoznaczności oraz nakładanie licznych obowiązków na obywateli, w tym tych będących przedsiębiorcami². Celem nowelizacji było uproszczenie prawa oraz zapewnienie lepszych warunków do prowadzenia działalności gospodarczej, a także uwolnienie potencjału do dalszego rozwoju biznesu w Polsce³.

Jedną ze zmian w zakresie prawa cywilnego materialnego było rozciągnięcie w pewnym zakresie praw przysługujących dotychczas konsumentom na osoby fizyczne prowadzące działalność gospodarczą (dalej: osoba fizyczna będąca przedsiębiorcą). Objęcie osób fizycznych będących przedsiębiorcami częścią przepisów konsumenckich miało na celu przeciwdziałanie problemowi niedostatecznej ochrony tej kategorii podmiotów⁴ i odbyło się przez nowelizację Kodeksu cywilnego⁵ (dalej także: k.c.) oraz ustawy o prawach konsumenta⁶ (dalej także: u.p.k.). Zmienione przepisy Kodeksu cywilnego oraz ustawy o prawach konsumenta stosuje się do umów zawartych po 1 stycznia 2021 roku⁷. Osłą krytyczną niniejszego artykułu jest teza, zgodnie z którą omawiane zmiany stanowią przejaw *superfluum*, a cel ustawy można osiągnąć, powołując się na przepisy dotychczas obowiązujące, zapewniające zwiększoną ochronę konsumentom. Ponadto wybiórcze ujęcie normatywne tylko jednej kategorii przedsiębiorców należy uznać za nieuzasadnioną ingerencję w wolność konkurencji.

1 Ustawa z dnia 31 lipca 2019 r. o zmianie niektórych ustaw w celu ograniczenia obciążeń regulacyjnych (Dz.U. z 2019 r., poz. 1495).

2 Rada Ministrów, *Strategia na rzecz Odpowiedzialnego Rozwoju do roku 2020 (z perspektywą do 2030 r.)*, Warszawa 2017, s. 219, www.gov.pl/documents/33377/436740/SOR.pdf (dostęp 3.12.2021).

3 *Uzasadnienie do Rządowego projektu ustawy o zmianie niektórych ustaw w celu ograniczenia obciążeń regulacyjnych (druk nr 3622)*, s. 2, www.sejm.gov.pl/sejm8.nsf/druk.xsp?nr=3622 (dostęp 25.11.2021).

4 *Uzasadnienie do Rządowego projektu...*, s. 3 (dostęp 9.12.2021).

5 Ustawa z dnia 23 kwietnia 1964 r. – Kodeks cywilny (tekst jedn. Dz.U. z 2020 r., poz. 1740 ze zm.).

6 Ustawa z dnia 30 maja 2014 r. o prawach konsumenta (tekst jedn. Dz.U. z 2020 r., poz. 287 ze zm.).

7 Ustawa z dnia 31 lipca 2019 r. o zmianie niektórych ustaw..., art. 70 ust. 1 *in principio* i ust. 2.

Zmiany w Kodeksie cywilnym

W ramach zmian do Kodeksu cywilnego w zakresie ogólnych przepisów o zobowiązaniach umownych dodano art. 385⁵, który stanowi, że przepisy dotyczące konsumenta w przedmiocie: definicji i przesłanek klauzul niedozwolonych (art. 385¹ k.c.), kryteriów oceny umowy (art. 385² k.c.) oraz katalogu klauzul niedozwolonych (art. 385³ k.c.), stosuje się do osoby fizycznej zawierającej umowę bezpośrednio związaną z jej działalnością gospodarczą, gdy z treści tej umowy wynika, że nie ma ona dla tej osoby charakteru zawodowego, wynikającego w szczególności z przedmiotu wykonywanej przez nią działalności gospodarczej, udostępnionego na podstawie przepisów o Centralnej Ewidencji i Informacji o Działalności Gospodarczej (dalej: CEIDG).

Należy zaznaczyć, że nowelizacja nie kreuje nowej kategorii podmiotu prawa, odnosi się ona do osób fizycznych prowadzących działalność gospodarczą – przedsiębiorców w rozumieniu art. 43¹ k.c. Omawiana ustawa nie zmienia również definicji konsumenta⁸ – nakazuje jedynie stosowanie wybranych przepisów dotychczas regulujących tę kategorię podmiotów do osób fizycznych będących przedsiębiorcami. Wymienione powyżej zmiany w zakresie niedozwolonych postanowień umownych przez swój horyzontalny charakter znajdują zastosowanie do wszystkich umów zawartych przez osobę fizyczną będącą przedsiębiorcą, które nie mają dla tej osoby charakteru zawodowego, ale są bezpośrednio związane z prowadzoną działalnością gospodarczą. Ponadto zmiany skutkujące dodaniem analogicznej treści objęły również przepisy regulujące rękojmię za wady (art. 556 i n. k.c., z wyjątkiem art. 558 § 1 zd. drugie, art. 563 i art. 567 § 2 k.c.) oraz roszczenia sprzedawcy w związku z wadliwością rzeczy sprzedanej (art. 576¹–576⁴ k.c.). Z dniem 1 stycznia 2023 r. dział II¹ tytułu XI księgi trzeciej kodeksu cywilnego został uchylony, więc omówienie zmian w zakresie roszczeń sprzedawcy w związku z wadliwością rzeczy sprzedanej ma już wyłącznie charakter analizy historycznej, a nie *de lege lata*.

W zakresie przepisów o rękojmi za wady oraz roszczeń sprzedawcy w związku z wadliwością rzeczy sprzedanej należy zwrócić uwagę na trzy aspekty. Po pierwsze, ochrona prawna przysługująca konsumentowi, polegająca na niemożności

⁸ W początkowym okresie prac nad nowelizacją proponowano dodanie do art. 22¹ k.c. kolejnej jednostki redakcyjnej – § 2, o treści: „Przepisy o ochronie konsumentów stosuje się do przedsiębiorcy, będącego osobą fizyczną, dokonującego czynności prawnej z innym przedsiębiorcą, gdy z treści tej czynności wynika, że nie posiada ona dla niego charakteru zawodowego, wynikającego w szczególności z przedmiotu wykonywanej przez niego działalności gospodarczej, udostępnionego na podstawie przepisów o Centralnej Ewidencji i Informacji o Działalności Gospodarczej” – zob. P.M. Wiórek, *Ochrona konsumencka dla niektórych przedsiębiorców. Rozwiązanie godne pochwały czy chybiony pomysł legislacyjny?*, „Przegląd Sejmowy” 2020, nr 2, s. 127.

ograniczenia lub wyłączenia odpowiedzialności sprzedawcy z tytułu rękojmi, nie została rozciągnięta na osoby fizyczne będące przedsiębiorcami, co skutkuje uznaniem tej kategorii podmiotów za profesjonalistów. Kontraktowa zmiana odpowiedzialności jest zatem w pełni możliwa na zasadzie swobody umów – w odróżnieniu od modyfikacji wobec konsumentów, w ramach której ograniczenie lub wyłączenie odpowiedzialności dopuszcza się w przypadkach ściśle określonych przepisami szczególnymi – np. art. 568 § 1 zd. 2 k.c. Taki profesjonalny charakter stron umowy implikuje więc możliwość umownego określenia zmniejszonej albo wyłączonej odpowiedzialności sprzedawcy z tytułu rękojmi. Może się zatem zdarzyć, że sprzedawca w używanym wzorcu umowy umieści postanowienia, na mocy których swoją odpowiedzialność względem kupującego – osoby fizycznej będącej przedsiębiorcą ograniczy, a nawet wyłączy, a ten kupujący z powodu niedostatecznego rozeznania lub staranności umowę z takim postanowieniem zawrze. Takie ukształtowanie praw osoby fizycznej będącej przedsiębiorcą w kontekście celu nowelizacji można uznać za niezrozumiałe i niespójne. Z jednej bowiem strony ustawodawca stawia sobie za cel ochronę takich przedsiębiorców, jednocześnie nie przyznając im zwiększonej ochrony w zakresie dochodzenia roszczeń w związku z zakupioną rzeczą. Z drugiej strony kupujący – osoba fizyczna będąca przedsiębiorcą nie traci uprawnień z tytułu rękojmi, jeżeli nie zbadał rzeczy w odpowiednim czasie i nie zawiadomił niezwłocznie o wadzie. Rozszerzenie obowiązywania tego przepisu na osoby fizyczne będące przedsiębiorcami sprawia, że dla tej kategorii przedsiębiorców zmniejszono oczekiwanie działania z odpowiednim rozmysłem i rozważą czy starannością wymaganą od danej kategorii podmiotu prowadzącego działalność gospodarczą⁹ i zminimalizowano skutki dla ryzyka prowadzenia działalności, które jest immanentną cechą prowadzenia działalności gospodarczej. Po trzecie, w przedmiocie roszczeń sprzedawcy w związku z wadliwością rzeczy sprzedanej nastąpiła modyfikacja uprawnień w przypadku wykonania przez osobę fizyczną będącą przedsiębiorcą uprawnienia z tytułu rękojmi za wady.

Należy przy tym podkreślić dość niefortunne zastosowanie powtórzonej treści przepisu dodanego także w uprzednio omawianych regulacjach dotyczących

⁹ Wyrok SA w Łodzi z dnia 15 lipca 2020 r., I ACa 414/19, Legalis nr 2530547. W wyroku sąd stwierdził, że „należyta staranność dłużnika w zakresie prowadzonej przez niego działalności gospodarczej określa się przy uwzględnieniu zawodowego charakteru tej działalności. W takim wypadku profesjonalizm dłużnika powinien przejawiać się w dwóch podstawowych cechach jego zachowania: postępowaniu zgodnym z regułami fachowej wiedzy oraz sumienności”. Jeśli zatem przedsiębiorcę zwalnia się z obowiązku zbadania rzeczy i nie dokonuje on sprawdzenia oraz nie informuje drugiej strony o stwierdzonych wadach, nie wydaje się uzasadnione uznanie, że w zakresie zawartej umowy taka osoba fizyczna będąca przedsiębiorcą wykonuje swoje obowiązki w sposób sumienny.

postanowień niedozwolonych i rękojmi. Komentowane przepisy uchylonego już działu II¹ miały bowiem zastosowanie, jak sam tytuł działu wskazuje, do uprawnień sprzedawcy, a występowanie w przepisie pojęcia konsumenta (i zgodnie z normą art. 576⁵ k.c. – osoby fizycznej będącej przedsiębiorcą) tworzyło jedynie jedną z przesłanek, której wystąpienie wraz z pozostałymi przesłankami wyrażonymi w art. 576¹ k.c. warunkowało możliwość dochodzenia przez sprzedawcę czyniącego zadość roszczeniu z tytułu rękojmi odszkodowania od poprzedniego sprzedawcy. Normy art. 576¹ i n. k.c. nie przydawały zatem nowych uprawnień kupującemu – osobie fizycznej będącej przedsiębiorcą. Rozszerzały jedynie katalog podmiotów będących stroną umowy sprzedaży, które wykonując uprawnienia z tytułu rękojmi, otwierały sprzedawcy możliwość dochodzenia roszczeń wobec poprzednich sprzedawców rzeczy wadliwej. Skutkiem, prawdopodobnie niezamierzonym, gdyż niewynikającym z uzasadnienia do ustawy, było zatem zwiększenie uprawnień wszystkich sprzedawców, niezależnie od formy prowadzenia działalności gospodarczej, przez rozszerzenie katalogu przesłanek dochodzenia odszkodowania od podmiotu, od którego rzecz uprzednio nabył sprzedawca.

Zmiany w ustawie o prawach konsumenta

Nowe uprawnienia osoby fizycznej będącej przedsiębiorcą objęły także zakres odstąpienia od umów zawieranych w okolicznościach atypowych. W związku z dodaniem art. 38a¹⁰ do ustawy o prawach konsumenta o treści tożsamej ze zmianami deregulacyjnymi w Kodeksie cywilnym osoby fizyczne będące przedsiębiorcami uzyskały ustawowe prawo odstąpienia od umowy po czasie do namysłu i bez podania przyczyny.

Na marginesie przedmiotowych rozważań należy zaznaczyć, że umieszczenie przepisów, które nie dotyczą relacji przedsiębiorca–konsument w ustawie o prawach konsumenta, bez zmiany jej tytułu można uznać za przykład niedbałości

10 Przepis uchylony z dniem 1 stycznia 2023 r., obecnie tę materię reguluje art. 7aa ustawy o prawach konsumenta w brzmieniu: „przepisy dotyczące konsumenta zawarte w rozdziałach 4, 5a i 5b stosuje się do osoby fizycznej zawierającej umowę bezpośrednio związaną z jej działalnością gospodarczą, gdy z treści tej umowy wynika, że nie ma ona dla tej osoby charakteru zawodowego, wynikającego w szczególności z przedmiotu wykonywanej przez nią działalności gospodarczej, udostępnionego na podstawie przepisów o Centralnej Ewidencji i Informacji o Działalności Gospodarczej”. W związku ze zmianami w ustawie o prawach konsumenta od 1 stycznia 2023 r. osoby fizyczne prowadzące działalność gospodarczą mogą dodatkowo powoływać się na przepis dotyczące niezgodności towaru z umową zobowiązującą do przeniesienia własności towaru (rozdział 5a) oraz w zakresie umów dotyczących treści cyfrowych lub usług cyfrowych (rozdział 5b). Te przepisy nie zostały jednak szerzej omówione w niniejszym artykule.

legislacyjnej czy nawet sprzeczności z zasadami poprawnej legislacji. Zgodnie z zasadami techniki prawodawczej¹¹ tytuł ustawy określa bowiem jej przedmiot, adekwatnie informujący o jej treści. Ponadto w ustawie nie zamieszcza się przepisów, które regulowałyby sprawy wykraczające poza wyznaczony przez nią zakres przedmiotowy (stosunki, które reguluje) oraz podmiotowy (krąg podmiotów, do których się odnosi)¹².

Wracając jednak do meritum rozważań, w związku z nowelizacją ustawy o prawach konsumenta przepisy dotyczące konsumenta zawarte w rozdziale dotyczącym odstąpienia od umowy (art. 27–38 u.p.k.) stosuje się bez wyłączeń do osoby fizycznej zawierającej umowę bezpośrednio związaną z jej działalnością gospodarczą, gdy z treści tej umowy wynika, że nie ma ona dla tej osoby charakteru zawodowego, wynikającego w szczególności z przedmiotu wykonywanej przez nią działalności gospodarczej, udostępnionego na podstawie przepisów o CEIDG. Omawiając zmiany wprowadzone do ustawy o prawach konsumenta, należy również wskazać, że odstąpienie od umowy *ad nutum* i w ramach *tempus ad deliberandum* przez osobę fizyczną będącą przedsiębiorcą wprowadza uprzywilejowanie pozycji tej grupy przedsiębiorców w stosunkach z innymi przedsiębiorcami, co w pewnych sytuacjach może przeczyć zapisanej, chociażby w ustawie – Prawo przedsiębiorców¹³, zasadzie niedyskryminacji i wolności konkurencji. Mając na uwadze, że w ramach prowadzenia działalności gospodarczej, wiele umów zawieranych jest poza lokalem przedsiębiorstwa – w tym na targach i podczas innych spotkań, odbywanych poza siedzibami przedsiębiorstw – a przynajmniej poza lokalem przedsiębiorstwa-proponenta, komentowana zmiana może mieć wpływ na trwałość stosunków gospodarczych pomiędzy przedsiębiorcami i negatywnie wpływać na pewność obrotu prawnego¹⁴. Ten negatywny wpływ może przejawiać się w większej skłonności osób fizycznych będących przedsiębiorcami do wycofywania się z zawartych umów przez korzystanie z prawa odstąpienia, co stanowić będzie działanie wbrew zasadzie trwałości umów. W warunkach dużej konkurencji rynkowej, a także cyfryzacji dostępu do usług i możliwości zakupów dóbr za pośrednictwem internetu, powszechne jest zawieranie umów w okolicznościach atypowych. Wśród przedsiębiorców składanie

11 Rozporządzenie Prezesa Rady Ministrów z dnia 20 czerwca 2002 r. w sprawie „Zasad techniki prawodawczej” (tekst jedn. Dz.U. z 2016 r., poz. 283), § 18 ust. 1.

12 Rozporządzenie Prezesa Rady Ministrów z dnia 20 czerwca 2002 r. w sprawie „Zasad techniki prawodawczej”, § 3 ust. 2.

13 Ustawa z dnia 6 marca 2018 r. – Prawo przedsiębiorców (tekst jedn. Dz.U. z 2021 r., poz. 162).

14 Pewność obrotu jest fundamentalną zasadą prawa prywatnego – tak K. Kańska, *Pojęcie konsumenta w kodeksie cywilnym na tle tendencji europejskich*, „Kwartalnik Prawa Prywatnego” 2004, z. 1, s. 10–11.

ofert i zawieranie umów w siedzibach przedsiębiorców-adherentów jest praktyką częstszą niż w przypadku relacji przedsiębiorca-konsument.

Biorąc pod uwagę, że umowy zawierane przez osoby fizyczne będące przedsiębiorcami mogą dotyczyć rzeczy znacznie większej wartości niż umowy zawierane przez przeciętnego konsumenta, objęcie tych przedsiębiorców konsumenckim prawem odstąpienia może powodować szczególną dotkliwość dla przedsiębiorców-proponentów, polegającą na podwyższeniu ryzyka związanego z prowadzoną działalnością gospodarczą materializującego się w wyższych stratach finansowych. Wprowadzenie do ustawy o prawach konsumenta praktycznie bezwarunkowego prawa odstąpienia miało zagwarantować, że konsument, który podejmuje decyzję o związaniu się umową w okolicznościach atypowych, w związku z którymi na podjętą przez niego decyzję mogą mieć wpływ czynniki takie jak zaskoczenie czy brak odpowiedniego zorientowania, będzie mógł bez konsekwencji odstąpić w oznaczonym czasie od takiej umowy. W przypadku osób fizycznych będących przedsiębiorcami zawierających umowę np. w ramach spotkania biznesowego, wymienione czynniki nie powinny być brane pod uwagę, gdyż co do zasady celem tego typu spotkań są negocjacje czy nawiązywanie stosunków gospodarczych, a sama okoliczność zawarcia umowy nie jest obiektywnie dla prowadzących działalność gospodarczą atypowa. Należy przypomnieć, że przepisy ustawy o prawach konsumenta stanowią transpozycję dyrektywy w sprawie praw konsumentów¹⁵. Przytoczona dyrektywa w swoich motywach dopuszcza wprawdzie rozszerzenie stosowania przepisów konsumenckich na inne podmioty niebędące konsumentami¹⁶, ale jednocześnie postuluje stworzenie jednolitych przepisów na poziomie Unii Europejskiej, na podstawie których konsumenci i przedsiębiorcy będą mieć możliwość korzystania z jednolitych ram regulacyjnych, opartych na jasno zdefiniowanych pojęciach prawnych w całej Unii¹⁷. Objęcie art. 27–38 u.p.k. osób fizycznych będących przedsiębiorcami jest zatem zgodne z motywami tej dyrektywy, jednakże należy mieć na uwadze, że przepisy dotyczące odstąpienia będą miały jedynie zastosowanie do umów zawieranych według prawa polskiego, co w kontekście ponadgranicznego charakteru transakcji zawieranych przez internet – czyli jednej z okoliczności atypowych wymienionych w ustawie o prawach konsumenta

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

16 Ibidem, motyw 13.

17 Ibidem, motyw 7.

– może nastrożać problemów dla słabiej zorientowanych osób fizycznych będących przedsiębiorcami, które mogą działać w przekonaniu, że zawarta przez nich umowa będzie mogła być przedmiotem instytucji odstąpienia.

Abstrahując od krytyki wprowadzenia konsumenckiego prawa odstąpienia dla osób fizycznych prowadzących działalność gospodarczą, należy zwrócić uwagę, że rozszerzenia konsumenckiego prawa odstąpienia od umowy nastąpiło z wyłączeniem umów dotyczących świadczenia usług finansowych zawieranych na odległość. W przypadku tych umów *tempus ad deliberandum* towarzyszące prawu konsumenckiemu byłoby nad wyraz uzasadnione ze względu na stopień skomplikowania i ważkość skutków związania się taką umową. Ponadto pominięto wiele innych przepisów, które mogą być również istotne z perspektywy zwiększonej ochrony osób fizycznych będących przedsiębiorcami: brak zobowiązania przedsiębiorcy-proponenta do spełnienia przedkontraktowych obowiązków informacyjnych wobec osób fizycznych będących przedsiębiorcami, brak objęcia tej kategorii podmiotów ochroną przez świadczeniami niezamówionymi (art. 5 u.p.k.) – ustawodawca nie chroni zatem osób fizycznych będących przedsiębiorcami przed możliwością powoływania się przez innego przedsiębiorcę na uznanie zawarcia umowy *per facta concludentia* – na podstawie art. 69 k.c.

Nasuwa się również kolejna wątpliwość, związana tym razem z badaniem zasadności przysługiwania prawa odstąpienia w sytuacji zawarcia przez osobę fizyczną będącą przedsiębiorcą umowy nieposiadającej charakteru zawodowego na podstawie wpisu w CEIDG, w sytuacji zmiany przedmiotu działalności przez tego przedsiębiorcę w terminie przepisany uprawniającym do odstąpienia na podstawie ustawy o prawach konsumenta, gdy zmiana taka spowoduje, że zawarta umowa nabierze charakteru zawodowego. Jest to oczywiście sytuacja wysoce hipotetyczna, jednakże jej przytoczenie służy zobrazowaniu kolejnych wątpliwości związanych z przyjętą konstrukcją i treścią przepisów wprowadzonych nowelizacją. Stosując wykładnię systemową, której wynik prowadzi do wniosku, że badanie ewentualnego prawa odstąpienia należy przeprowadzić według stanu na dzień zawarcia umowy (analogicznie do zasad oceny zgodności umowy z dobrymi obyczajami określonych w art. 385² k.c.), należy powyższą wątpliwość interpretować w ten sposób, że zmiana wpisu w CEIDG nie ma wpływu na ustawowe prawo odstąpienia od umowy.

Konsument *de lege lata* i ochrona konsumentkiej osoby fizycznej będącej przedsiębiorcą

Pojęcie konsumenta zostało wypracowane w nauce ekonomii, a następnie inkorporowane do języka prawnego i prawniczego¹⁸. Stąd też ważne jest określenie, jak na styku nauki prawa i ekonomii określa się konsumenta, może to bowiem stanowić asumpt do rozważań na temat genezy stosowania przepisów mających na celu ochronę konsumenta do osób fizycznych będących przedsiębiorcami. W literaturze konsumenta umiejscawia się w łańcuchu ekonomicznym jako ostatnie ogniwo¹⁹. Na konsumenta należy zatem patrzeć jako na końcowego odbiorcę nabywanego dobra, które ma być skonsumowane. Dobro to nie ma być przedmiotem dalszego obrotu na rynku²⁰ i nie może służyć pośrednio lub bezpośrednio do prowadzenia działalności gospodarczej²¹. Przytoczone desygnaty pojęcia konsumenta dotyczą konsumenta *sensu stricto*. Taka osoba, nieprofesjonalista, zużywający produkt lub korzystający z usługi w celu zaspokojenia potrzeb własnych bez celu zarobkowego, jest co do zasady podmiotem chronionym na gruncie prawa konsumentkiego, w tym wspomnianej już dyrektywy w sprawie praw konsumentów. Konsument *sensu largo* natomiast to podmiot w ogólności, który dane dobro konsumuje, zużywa²². W sensie ekonomicznym zatem podmiot profesjonalny jest również konsumentem, gdyż konsumuje dany towar lub usługę, jednakże cel ten jest zgoła inny i prowadzi w sposób pośredni lub bezpośredni do osiągnięcia celów prowadzonej działalności gospodarczej²³. Pojawia się zatem zagadnienie zasadności ochrony tego podmiotu profesjonalnego, który zużywa dane dobro (towar lub usługę) do prowadzenia działalności gospodarczej. Kryterium przeznaczenia danego dobra jest bowiem jednym z kluczowych wyróżników podmiotowego zakresu konsumentkich regulacji ochronnych²⁴.

18 K. Kańska, *Pojęcie konsumenta...*, s. 7 i przywołana tam literatura.

19 Por. E. Łętowska, *Prawo umów konsumentkich*, Warszawa 2002, s. 40.

20 B. Lewaszkiewicz-Petrykowska, *Pojęcie konsumenta*, w: G. Rokicka, *Model prawnej ochrony konsumenta*, Warszawa 1996, s. 29.

21 K. Kańska, *Pojęcie konsumenta...*, s. 9.

22 Ibidem.

23 Ibidem.

24 Ibidem. Jednocześnie K. Kańska stwierdza, że współczesne prawo konsumentkie dąży do wykluczenia konsumentów *sensu largo* z zakresu ochrony i opiera się na kategorii konsumenta *sensu stricto*. Do tego poglądu należy odnieść się z pewną krytyką, biorąc pod uwagę przedstawione chociażby w niniejszym opracowaniu efekty działań prawodawców w Polsce, Francji czy Niemczech, którzy dopuszczają stosowanie niektórych przepisów dotyczących konsumentów *sensu stricto* do innych podmiotów (choćby w zakresie klauzul niedozwolonych).

Kryterium bezpośredniego związku z działalnością gospodarczą lub zawodową znalazło się w definicji konsumenta w Kodeksie cywilnym. Istotne z punktu widzenia postawionej tezy oraz czynionych rozważań jest zatem omówienie definicji konsumenta zawartej w art. 22¹ k.c. Osoba fizyczna może występować w obrocie prawnym w różnym charakterze – jako konsument²⁵ lub przedsiębiorca²⁶. Problematyka definicji konsumenta, jej zakres podmiotowy i przedmiotowy, były przedmiotem ożywionej dyskusji w związku z wprowadzeniem do krajowego porządku prawnego tej kategorii podmiotu prawa i jest nadal aktualna²⁷. Z obecnej definicji²⁸ należy wyekstrahować następujące elementy konstytuujące konsumenta: (i) jest to osoba fizyczna (bez rozróżnienia, czy prowadzi ona działalność gospodarczą, czy nie), (ii) czynność prawna jest dokonywana przez tę osobę z przedsiębiorcą (*ergo* inną osobą fizyczną, prawną albo jednostką, o której stanowi art. 33¹ k.c., prowadzącą działalność gospodarczą lub zawodową; konsumentem nie jest zatem osoba fizyczna dokonująca czynności prawnej z inną osobą fizyczną), (iii) czynność prawna jest dokonywana bez bezpośredniego związku z prowadzoną działalnością gospodarczą albo zawodową tej osoby fizycznej. Kryterium prowadzenia działalności gospodarczej albo zawodowej przez osobę fizyczną jest zatem irrelevantne dla definicji konsumenta – kluczowe jest natomiast określenie bezpośredniości związku pomiędzy czynnością prawną dokonywaną z przedsiębiorcą a działalnością prowadzoną

25 Postulat *de lege ferenda*, proponujący objęcie zakresem pojęcia konsumenta także tzw. małego przedsiębiorcy, który podobnie jak osoba fizyczna niebędąca przedsiębiorcą „zawiera umowy, w ramach których nabywa wszelkiego rodzaju towary lub usługi”, sformułował m.in. T. Bourgoignie – zob. F. Grzegorzczak, *Prawo konsumenckie w Unii Europejskiej. Aspekty systemowe harmonizacji*, Warszawa 2009, LEX – teza 2.1.1. i przywołana tam literatura.

26 Art. 43¹ k.c.

27 Pierwsza definicja konsumenta (o szerokim zakresie podmiotowym i wąskim przedmiotowym – w zakresie nabywania rzeczy ruchomych) została zawarta w rozporządzeniu Rady Ministrów z dnia 30 maja 1995 r. w sprawie szczególnych warunków zawierania i wykonywania umów sprzedaży rzeczy ruchomych z udziałem konsumentów (Dz.U. z 1995 r., nr 64, poz. 328). Zgodnie z tym rozporządzeniem za konsumenta uważano każdego, kto nabywa towar dla celów niezwiązanych z działalnością gospodarczą. Następnie definicja konsumenta została umieszczona w art. 384 § 3 k.c. i odnosiła się podmiotowo do „osoby”, stwarzając tym samym pole do interpretacji i rozważań na temat zakwalifikowania danej osoby (fizycznej, prawnej), a nawet jednostki organizacyjnej nieposiadającej osobowości prawnej, której ustawa przyznaje zdolność prawną, jako konsumenta – zob. S. Koroluk, *Zmiana definicji konsumenta w Kodeksie cywilnym – propozycja interpretacji*, „Monitor Prawniczy” 2003, nr 10, Legalis, s. 2.

28 Definicja konsumenta została zmieniona i przeniesiona do części ogólnej k.c. ustawą z dnia 14 lutego 2003 r. o zmianie ustawy – Kodeks cywilny oraz niektórych innych ustaw (Dz.U. z 2003 r., nr 49, poz. 208).

przez osobę fizyczną²⁹. Można stwierdzić, że osoba fizyczna, która zawiera umowę bezpośrednio związaną ze swoją działalnością gospodarczą, ma status przedsiębiorcy w rozumieniu art. 43¹ k.c.³⁰

Jak zatem należy interpretować przesłankę braku bezpośredniego związania z czynnością prawną, o której mówi definicja konsumenta? Odpowiedź na to pytanie jest również istotna dla egzegezy przepisów wprowadzonych ustawą nowelizującą³¹. Zdefiniowanie określenia „bezpośredniego związku” *in abstracto*, w przypadku braku jego ustawowej definicji, jest zdecydowanie trudne i nie będzie prowadziło do wniosków uniwersalnych i jednoznacznych. Na ten problem zwrócił uwagę także Sąd Najwyższy, który stwierdził, że określenia bezpośredniego związania lub niezwiązania czynności prawnej z prowadzoną przez osobę fizyczną działalnością gospodarczą należy dokonywać *ad casum* z uwzględnieniem konkretnych okoliczności istniejących w czasie dokonywania czynności prawnej, typowego charakteru tej czynności ze względu na prowadzoną działalność gospodarczą i przeznaczenia nabywanego dobra (towaru lub usługi), a osoba fizyczna będąca przedsiębiorcą nie może automatycznie powoływać się na status konsumenta tylko dlatego, że zawarła umowę wykraczającą poza jej branżę³². W doktrynie prawa również podejmowane są próby zinterpretowania tego zagadnienia. Postuluje się np., aby pośrednie (*ergo* niezwiązane bezpośrednio) związanie czynności prawnej z działalnością gospodarczą interpretować na podstawie znaczenia w języku potocznym – w jednym ze znaczeń – jako mające niektóre cechy wspólne³³. Taka interpretacja „niezwiązania bezpośredniego” jest również elementem definiującym umowy o mieszanym (podwójnym) charakterze, których przedmiot ma na celu zaspokojenie potrzeb związanych z działalnością gospodarczą, ale cel jest na tyle pomijalny i nieznaczący (albo niemający wprost za zadanie osiągnięcia celu gospodarczego), że osoba fizyczna będąca przedsiębiorcą będzie uznana za konsumenta. Inna doktrynalna dyrektywa interpretacji, uwzględniająca przytoczone wcześniej stanowisko SN,

29 Por. M. Rządkowski, *Pojęcie konsumenta a umowy mieszanego użytku w prawie polskim*, „Monitor Prawniczy” 2016, nr 17, Legalis, s. 5.

30 Por. J. Wiak, *Rozszerzenie ochrony konsumentekiej w kodeksie cywilnym*, „Przegląd ustawodawstwa gospodarczego” 2020, nr 5, s. 35.

31 J. Wiak twierdzi, że przesłankę bezpośredniego związku, o której stanowią przepisy ustawy nowelizującej, należy interpretować z uwzględnieniem definicji konsumenta – zob. J. Wiak, *Rozszerzenie ochrony...*, s. 35.

32 Wyrok SN z dnia 3 października 2014 r., V CSK 630/13, LEX nr 1509115.

33 M. Korpalski, „Nieprofesjonalista”, czyli kodeks cywilny pomiędzy konsumentem a przedsiębiorcą, „Forum Prawnicze” 2012, nr 4, s. 25–26. M. Korpalski odnosi jednakże pojęcie „pośredniości” do podmiotu czynności prawnej, który może być w sytuacji „pozostawania pomiędzy sprawnością przedsiębiorcy i nieporadnością konsumenta”.

stanowi, że bezpośredni związek będą miały czynności (umowy) specyficzne dla branży, w której działa dany przedsiębiorca, lub dla niej typowe³⁴. Pozostałe umowy zaś mają na celu zapewnienie egzystencji przedsiębiorcy i powinny być uznane jako pośrednio związane z działalnością gospodarczą – umowy niespecyficzne dla branży, w której działa przedsiębiorca³⁵ i zawierane przez niego incydentalnie.

Kierując się takim rozumieniem braku bezpośredniego związku, należy stwierdzić, że za każdym razem, gdy osoba fizyczna będąca przedsiębiorcą dokonuje czynności, względem której nie jest profesjonalistą, w ujęciu obiektywnym nie ma fachowej wiedzy w zakresie tej czynności prawnej, wynikającej ze specyfiki branży i wymaganej od podmiotu w tej branży działającego. Ten brak wiedzy może zatem sytuować takiego przedsiębiorcę na dużo słabszej pozycji negocjacyjnej powodowanej asymetrią informacyjną czy brakiem odpowiednich kompetencji, które to elementy legły u podstaw prawa ochrony konsumentów³⁶. Należy jednakże podkreślić stanowisko zajęte przez Sąd Najwyższy – w przypadku osób fizycznych będących przedsiębiorcami nie ma zastosowania swoisty automatyzm w uznaniu ich za konsumentów i każdy przypadek (każda czynność prawna) powinna być analizowana indywidualnie. Poza jakąkolwiek wątpliwością pozostaje natomiast to, że status konsumenta może posiadać *de lege lata* przedsiębiorca będący jedynie osobą fizyczną³⁷. Osoba fizyczna będąca przedsiębiorcą może zatem korzystać z ochrony konsumenckiej, jeżeli w ramach danego stosunku prawnego dokonuje czynności niezwiązanych bezpośrednio z jej działalnością gospodarczą lub zawodową. Brak bogatego orzecznictwa wskazuje jednak, że czynione w tym zakresie rozważania nie przekładają się na stosowanie przepisu o konsumencie do osób fizycznych będących przedsiębiorcami w praktyce³⁸.

34 Ibidem, s. 28, a także: K. Kańska, *Pojęcie konsumenta...*, s. 43–44, J. Wiak, *Rozszerzenie ochrony...*, s. 35.

35 M. Korpalski, „*Nieprofesjonalista*”..., s. 29. Odmiennie J. P. Naworski, który stwierdza, że umowy zawierane przez osobę fizyczną dla potrzeb prowadzonej działalności gospodarczej, wykraczające poza zwykły zakres wykonywanych w ramach działalności czynności, np. zakup przez adwokata kserokopiarki czy systemu alarmowego przez księgarza, „są związane bezpośrednio z prowadzoną działalnością gospodarczą, skoro służą realizacji zadań związanych z tą działalnością i pozostają z nią w normalnym, funkcjonalnym związku” – J.P. Naworski, *Przedsiębiorca versus konsument w prawie polskim*, „*Studia Prawa Prywatnego*” 2018, z. 1, s. 50.

36 Komisja Europejska, *Wytyczne dotyczące wykładni i stosowania dyrektywy Rady w sprawie nieuczciwych warunków w umowach konsumenckich* (Dz. Urz. UE C 323 z dnia 27.09.2019 r., s. 4), s. 9.

37 W orzecznictwie Trybunału Sprawiedliwości dopuszczono, w pewnych okolicznościach, rozszerzenie zakresu podmiotowego pojęcia konsumenta na inne podmioty prawa – zob. sprawa C-329/19, *Condominio di Milano przeciwko Eurothermo SPA*, ECLI:EU:C:2020:263, pkt 34.

38 Jednym z powodów odmiennego od założonych działania przepisu w praktyce może być notoryczne przekonanie, że wystawienie dokumentu księgowego (rachunku, faktury) „na firmę”

Na marginesie należy zauważyć, że przepisy ustawy nowelizującej wskazują jedynie na działalność gospodarczą, nie wskazują natomiast na prowadzenie działalności zawodowej, jak ma to miejsce w omawianej definicji konsumenta³⁹, a także że definicja konsumenta posługuje się pojęciem szerszym – czynności prawnej, natomiast przepisy ustawy nowelizującej posługują się pojęciem umowy.

Perspektywa europejska – orzecznictwo i perspektywa prawnoporównawcza

Z punktu widzenia rozważań na temat definicji konsumenta i możliwości powoływania się na status konsumenta przez osoby fizyczne będące przedsiębiorcami istotne dla omawianej tematyki wydaje się przedstawienie perspektywy prawno-porównawczej, gdyż rozwiązania w zakresie objęcia ochroną przysługującą konsumentom innych podmiotów funkcjonują w prawie państw europejskich od wielu lat⁴⁰. W celu omówienia rozwiązań legislacyjnych w wybranych państwach europejskich w niniejszym opracowaniu przyjęto za cel analizę aktów prawnych wdrażających do krajowych porządków prawnych przepisy dyrektywy w sprawie praw konsumentów i definicyjne ujęcie konsumenta jako centralnego odniesienia dla omawianej problematyki.

W modelu francuskim⁴¹ wprowadzono rozróżnienie na: konsumenta (fr. *consommateur*), nieprofesjonalistę (fr. *non-professionnel*) i profesjonalistę (fr. *professionnel*). Odpowiednio za konsumenta będzie uważana osoba fizyczna działająca w celach, które nie są częścią jej działalności handlowej, przemysłowej, rzemieślniczej

jednoznacznie przesądza o niekonsumenckim charakterze transakcji – co zauważa ustawodawca, dając temu wyraz w uzasadnieniu do ustawy nowelizującej – zob. *Uzasadnienie do Rządowego projektu...*, s. 3 (dostęp 2.05.2022). Innym ze wskazywanych powodów może być brak dostatecznej wiedzy osób fizycznych będących przedsiębiorcami o możliwości powoływania się na status konsumenta – zob. J. Ojczyk, *Urzędy toczą spór o prawa konsumenckie dla przedsiębiorców*, www.prawo.pl/biznes/czy-przedsiębiorca-może-byc-traktowany-jak-konsument,425722.html (dostęp 3.05.2022) i przywołane tam wypowiedzi.

39 J. Wiak stwierdza, że pojęcie działalności gospodarczej obejmuje również działalność zawodową, która nie może być jednak utożsamiana wyłącznie z wykonywaniem wolnych zawodów – J. Wiak, *Rozszerzenie ochrony...*, s. 34.

40 Por. P. Kukuryk, *Uwagi o objęciu ochroną konsumencką niektórych przedsiębiorców jednoosobowych*, „Kwartalnik Prawa Prywatnego” 2021, z. 4, s. 832, a także: Minister Przedsiębiorczości i Technologii, *Ocena skutków regulacji z dnia 24 maja 2019 r. do projektu ustawy o zmianie niektórych ustaw w celu ograniczenia obciążeń regulacyjnych*, s. 18, <https://legislacja.rcl.gov.pl/projekt/12321366/katalog/12577133> (dostęp 25.04.2022).

41 Code de la consommation, version au 01 avril 2022, www.legifrance.gouv.fr/codes/texte_lc/LEGITEXT000006069565 (dostęp 5.05.2022), dalej: francuski kodeks konsumenta.

niczej, wolnego zawodu lub działalności rolniczej⁴². Nieprofesjonalistą określa się natomiast osobę prawną, która nie działa w celach zawodowych, a za profesjonalistę uważana jest każda osoba fizyczna lub prawna (publiczna lub prywatna) działająca w ramach swojej działalności handlowej, przemysłowej, rzemieślniczej, wolnego zawodu lub działalności rolniczej, także wtedy, gdy działa w imieniu lub na rzecz innego profesjonalisty⁴³. Osoba fizyczna, która zawiera umowę niezwiązaną z jej działalnością zarobkową, może powołać się na status konsumenta i przysługujące takiemu podmiotowi prawa, natomiast osoba prawna może powoływać się na status nieprofesjonalisty w przypadku zawarcia umowy niezwiązanej z celem jej działalności zawodowej. Do nieprofesjonalisty stosować się zatem będzie niektóre przepisy francuskiego kodeksu konsumenta – np. w zakresie klauzul niedozwolonych⁴⁴, transparentności umowy (wzorca) i dotyczących interpretacji postanowień niejednoznacznych na korzyść konsumenta (nieprofesjonalisty)⁴⁵, zakresu informacji przedkontraktowych⁴⁶ czy przepisy odnoszące się do umów o dostarczanie energii elektrycznej lub gazu⁴⁷. W zakresie tych ostatnich prawodawca przyjął jednak pewne ograniczenia ilościowe – umowy zawierane przez powołującego się na status nieprofesjonalisty mogą dotyczyć dostarczania na jego rzecz energii elektrycznej – do 36 kVa lub gazu ziemnego do 30 000 kWh rocznie⁴⁸.

O możliwości stosowania wybranych przepisów konsumenckich do nieprofesjonalistów wyrokował również francuski Sąd Kasacyjny (fr. *Cour de Cassation*), stwierdzając jednak, że dopuszczalność rozciągnięcia tego rodzaju ochrony na nieprofesjonalistów podlega ocenie *ad casum*⁴⁹. Zaznaczyć należy, że osoba fizyczna będąca przedsiębiorcą może na gruncie francuskiego kodeksu konsumenckiego być jedynie konsumentem albo profesjonalistą. Status nieprofesjonalistów mogą mieć jedynie osoby prawne. Na modelu francuskim być może częściowo wzorował się ustawodawca polski⁵⁰, choć – jak już wspomniano – nie wykreowano nowego podmiotu prawa tak jak w przypadku francuskiego kodeksu konsumenta, a jedynie

42 Ibidem, art. liminaire, 1°.

43 Ibidem, art. liminaire, 2°–3°.

44 Ibidem, art. L212-2 w zw. z art. L212-1.

45 Ibidem, art. L211-4 w zw. z art. L211-1–211-3.

46 Ibidem, art. D111-8.II.

47 Ibidem, art. L224-1.I.

48 Ibidem.

49 M.P. Ziemniak, *Przedsiębiorca prawie konsumentem. Kilka uwag na tle art. 1 oraz art. 55 ustawy o zmianie niektórych ustaw w celu ograniczenia obciążeń regulacyjnych*, „Przeгляд Sądowy” 2020, nr 7–8, s. 74.

50 P.M. Wiórek, *Ochrona konsumencka...*, s. 138.

założono możliwość stosowania części przepisów konsumenckich do osób fizycznych będących przedsiębiorcami.

W Wielkiej Brytanii na status konsumenta mogą powoływać się osoby fizyczne działające w celach, które w całości lub głównej części nie są związane z ich działalnością handlową, gospodarczą, rzemieślniczą lub zawodową⁵¹. Konsumentem jest zatem tylko osoba fizyczna i tylko w sytuacji, gdy umowa jest zawierana w całości lub przeważającym zakresie w celach niezwiązanych z działalnością zarobkową (gospodarczą, zawodową itp.) tej osoby fizycznej⁵². Przyjęcie przesłanki przeważającego zakresu oznacza zatem, że osoba fizyczna będąca przedsiębiorcą może powoływać się na status konsumenta i korzystać z przysługującej mu ochrony, jeżeli tylko przedmiot umowy w pomijalnym zakresie związany jest z działalnością zarobkową tej osoby⁵³. Regulacja brytyjska pozostawia więc ocenę danego stanu faktycznego (stwierdzenie, czy dane działanie osoby fizycznej będącej przedsiębiorcą odbywało się w głównej mierze w celu gospodarczym czy *stricte* konsumenckim) judykaturze.

Niemiecki kodeks cywilny⁵⁴ definiuje konsumenta jako osobę fizyczną dokonującą czynności prawnej w celu, który w przeważającej mierze nie może być przypisany do działalności gospodarczej albo zawodowej tej osoby fizycznej⁵⁵. Przedsiębiorcą jest natomiast osoba fizyczna, prawna lub spółka osobowa posiadająca zdolność prawną, która dokonując czynności prawnej, działa w ramach swojej działalności gospodarczej lub zawodowej⁵⁶. Do osób niebędących konsumentami stosuje się w pewnym zakresie przepisy o postanowieniach niedozwolonych⁵⁷ oraz przepisy dotyczące handlu elektronicznego – w zakresie udostępnienia w związku z zawarciem umowy, wzorca tej umowy w sposób umożliwiający jego zapisanie⁵⁸. Mimo że przepisy dotyczące konsumenta odnoszą się do przesłanki przeważającego charakteru czynności prawnej, judykatura niemiecka w sprawach związanych z powołaniem się na status konsumenta przez osoby fizyczne będące przedsiębior-

51 Consumer Rights Act 2015 (2015 c.15), www.legislation.gov.uk/ukpga/2015/15/section/2 (dostęp 5.05.2022), section 2(3).

52 *Explanatory Notes to Consumer Rights Act 2015*, www.legislation.gov.uk/ukpga/2015/15/section/2/notes (dostęp 5.05.2022), pkt 36.

53 Ibidem, gdzie stwierdza się „osoba prowadząca jednoosobową działalność gospodarczą w prywatnym mieszkaniu, która kupuje drukarkę, z której 95% korzysta do celów prowadzonej działalności, nie będzie prawdopodobnie uznana za konsumenta”.

54 Bürgerliches Gesetzbuch in der Fassung der Bekanntmachung vom 2. Januar 2002 (BGBl. I S. 42, 2909; 2003 I S. 738), www.gesetze-im-internet.de/bgb (dostęp 5.05.2022).

55 Ibidem, § 13.

56 Bürgerliches Gesetzbuch..., § 14.

57 P.M. Wiórek, *Ochrona konsumencka...*, s. 138.

58 Bürgerliches Gesetzbuch..., § 312i ust. 2 w zw. z § 312i ust. 1 pkt 4.

cami zdaje się także brać pod uwagę kryterium wiedzy i doświadczenia w ocenie danego zagadnienia, mając na uwadze cel przepisów konsumenckich w postaci ochrony mniej doświadczonej strony czynności prawnej⁵⁹.

Wartym opisanie jest inne rozwiązanie przyjęte we włoskim kodeksie konsumenckim, definiującym konsumenta jako osobę fizyczną, która działa w celach niezwiązanych z jej działalnością handlową, gospodarczą, rzemieślniczą lub zawodową⁶⁰. Definicja ta jest zatem bardzo wąska i nie posługuje się przesłanką przeważającego zakresu, braku bezpośredniego związku czynności z działalnością gospodarczą czy inną przesłanką pozwalającą judykaturze na kwalifikację umowy zawartej przez osobę fizyczną będącą przedsiębiorcą jako konsumenckiej.

Podobne rozwiązanie przyjął ustawodawca czeski. Kodeks cywilny stanowi, że konsumentem jest każdy człowiek, który poza zakresem swojej działalności gospodarczej lub wykonywania swojego zawodu zawiera umowę z przedsiębiorcą lub w inny sposób z nim współpracuje⁶¹. Należy zaznaczyć, że czeska ustawa o ochronie konsumenta posługuje się inną definicją konsumenta, a mianowicie konsumentem jest osoba fizyczna, która nie działa w ramach prowadzonej przez siebie działalności gospodarczej lub w ramach wykonywania swojego zawodu⁶².

Celem przytoczonych przykładów rozwiązań legislacyjnych w wybranych państwach europejskich jest uwypuklenie przyjętych rozwiązań w zakresie definicji konsumenta i możliwości powoływania się na status konsumenta przez osoby fizyczne będące przedsiębiorcami. Istotna dla czynionych rozważań jest również perspektywa orzecznicza. Jak stwierdzono powyżej, osoby fizyczne będące przedsiębiorcami mogą korzystać, w pewnych okolicznościach, z prawnej ochrony konsumenckiej. Taka interpretacja znajduje swoje podstawy w dyrektywie w sprawie praw konsumentów⁶³ oraz w orzecznictwie europejskim. Jak już wspomniano, osoby fizyczne będące przedsiębiorcami, które działają w celach niezwiązanych bezpośrednio z ich działalnością gospodarczą lub zawodową, mogą pod pewnymi warunkami być traktowane jako konsumenci – mogą zatem powoływać się na

59 Por. K. Kańska, *Pojęcie konsumenta...*, s. 33–35 i przywołane tam orzecznictwo.

60 Codice del consumo (GU n. 235 del 8.10.2005 - Suppl. Ordinario n. 162), www.normattiva.it/uri-res/N2Ls?urn:nir:stato:decreto.legislativo:2005-09-06;206!vig= (dostęp 5.05.2022), art. 3 ust. 1 lit. a, dalej: włoski kodeks konsumencki.

61 Zákon ze dne 3. února 2012 občanský zákoník (č. 89/2012 Sb), <https://aplikace.mvcr.cz/sbirka-zakonu/> (dostęp 5.05.2022), § 419.

62 Zákon ze dne 16. prosince 1992 o ochraně spotřebitele (č. 634/1992 Sb), <https://aplikace.mvcr.cz/sbirka-zakonu/> (dostęp 5.05.2022), § 2 ust. 1 lit. a.

63 Zob. motyw 13 i motyw 17 dyrektywy Parlamentu Europejskiego i Rady 2011/83/UE z dnia 25 października 2011 r. w sprawie praw konsumentów...

ochronę przysługującą konsumentom także w przypadku umów o „podwójnym charakterze”, gdy umowa zawierana jest w celach, które są częściowo związane z działalnością gospodarczą danej osoby, ale cel ten jest ograniczony i niedominujący w ogólnym kontekście umowy.

Takie motywy towarzyszą m.in. wyrokowi Gruber przeciwko Bay Wa AG⁶⁴. Trybunał uznał, że kwalifikacja, czy do zawartej umowy należy stosować ochronę konsumentką, czy przepisy niedotyczące konsumentów, opiera się na stwierdzeniu, czy dana umowa została zawarta w celu zaspokojenia, w niepomijalnym zakresie, potrzeb wynikających z działalności gospodarczej danej osoby, czy raczej użytek gospodarczy odgrywał zaledwie nieznaczącą rolę w związku z daną umową. Umowa o podwójnym charakterze będzie zatem podlegała ochronie konsumentkiej, jeżeli element gospodarczy, zawodowy, jest w niej nieznaczący⁶⁵. Ocena charakteru, w jakim występuje podmiot umowy, polegać będzie zatem na zbadaniu, czy stosunek umowny wpisuje się w ramy działalności podejmowanej jako działalność zawodowa⁶⁶. Nie można więc wykluczyć możliwości zakwalifikowania strony umowy jako konsumenta, gdy strona ta działa w celach niemieszczących się w zakresie jego działalności zawodowej⁶⁷. Ponadto Trybunał Sprawiedliwości orzekł, że pojęcie konsumenta ma charakter obiektywny i należy je odnosić do kryterium funkcjonalnego, polegającego na ocenie, czy dany stosunek umowny mieści się w ramach czynności niezwiązanych z wykonywaniem zawodu⁶⁸.

Interesujące w kontekście czynionych rozważań jest stanowisko Rzecznika Generalnego, zaaprobowane przez Trybunał, w sprawie *Komisia za zashtita na*

64 Sprawa C-464/01, *Johann Gruber przeciwko Bay Wa AG*, ECLI:EU:C:2005:32.

65 Por. dyrektywa Parlamentu Europejskiego i Rady 2011/83/UE z dnia 25 października 2011 r. w sprawie praw konsumentów..., motyw 17. Zgodnie z przytoczonym motywem, „w przypadku umów o podwójnym charakterze, gdy umowa zawierana jest w celach, które częściowo są związane z działalnością handlową danej osoby, a częściowo nie są z nią związane, a cel handlowy jest do tego stopnia ograniczony, że nie jest dominujący w ogólnym kontekście umowy, taka osoba również powinna być uznawana za konsumenta”.

66 Sprawa C-147/16, *Karel de Grote – Hogeschool Katholieke Hogeschool Antwerpen VZW przeciwko Susan Romy Jozef Kuijpers*, ECLI:EU:C:2018:320.

67 Sprawa C361/89, *Postępowanie karne przeciwko Patrice Di Pinto*, ECLI:EU:C:1991:118, a także sprawa C110/14, *Horățiu Ovidiu Costea przeciwko SC Volksbank România SA*, ECLI:EU:C:2015:538.

68 Sprawa C535/16, *Michael Tibor Bachman przeciwko FAER IFN SA*, ECLI:EU:C:2017:321. Do innych orzeczeń, w których Trybunał zajął analogiczne stanowisko dotyczące pojęcia konsumenta, zaliczyć można m.in. orzeczenia w sprawach C-534/15, *Pavel Dumitruș i Mioara Dumitruș przeciwko BRD Groupe Société Générale – sucursala Satu Mare*, ECLI:EU:C:2016:700; sprawa C74/15, *Dumitru Tarcău i Ileana Tarcău przeciwko Banca Comercială Intesa Sanpaolo România SA Arad*, ECLI:EU:C:2015:772.

*potřebitelite przeciwko Kamenovej*⁶⁹. Zgodnie z treścią stanowiska jednym z elementów oceny statusu stron umowy jest dysponowanie przez stronę informacjami i umiejętnościami technicznymi dotyczącymi oferowanych produktów w ten sposób, że zajmuje pozycję korzystniejszą w porównaniu z drugą stroną umowy⁷⁰. Przytoczyć należy, że Trybunał orzekł również możliwości rozszerzenia stosowania ochrony konsumentów na podmioty prawa, które według dyrektywy nie są przez nią chronione⁷¹.

Na marginesie rozważań warto przytoczyć wyrok Trybunału w sprawie *Faber przeciwko Autobedrijf Hazet Ochten BV*. Trybunał orzekł bowiem, że sąd rozstrzygający w sprawie przed nim zawisłej zobowiązany jest ustalić, czy kupujący może być uznany za konsumenta, nawet jeśli dany kupujący nie powołał się wyraźnie na status konsumenta⁷².

Ochrona przed niedozwolonymi postanowieniami umów

Kolejnym argumentem krytycznym należy objąć wprowadzoną ochronę osób fizycznych będących przedsiębiorcami przed niedozwolonymi postanowieniami umów. Komentowana nowelizacja nie rozszerzyła kompetencji Prezesa Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów (dalej: Prezes UOKiK) w zakresie przeciwdziałania praktykom naruszającym zbiorowe interesy tej grupy podmiotów czy abstrakcyjnej

⁶⁹ Sprawa C-105/17, *Komisia za zashtita na potrebitelite przeciwko Evelinie Kamenovej*, ECLI:EU:C:2018:808.

⁷⁰ Ibidem, pkt 38. Trybunał określił przesłanki rozstrzygnięcia, czy mimo wykonywania działalności handlowej sprzedawca może zostać uznany za konsumenta. W innym orzeczeniu Trybunał podkreśla jednak, że pojęcie konsumenta ma charakter obiektywny i jest niezależne od konkretnego zasobu wiedzy, jaki może mieć dana osoba, czy też od posiadanych przez nią w rzeczywistości informacji – zob. sprawa C110/14, *Horatiu Ovidiu Costea...* Oznacza to, że za uznaniem strony za konsumenta nie będzie przemawiać poziom wiedzy z danego obszaru, a kryterium dokonywania czynności w prywatnym celu i charakterze.

⁷¹ Co do zasady zwiększona ochrona konsumenta przysługuje konsumentowi-osobie fizycznej, jednakże w pewnych okolicznościach pojęcie konsumenta można rozszerzyć w krajowym orzecznictwie w taki sposób, by przepisy ochrony konsumentów miały zastosowanie również do umowy zawartej z przedsiębiorcą przez podmiot prawa niebędący osobą fizyczną – zob. Komisja Europejska, *Wytyczne dotyczące wykładni i stosowania dyrektywy Parlamentu Europejskiego i Rady 2011/83/UE w sprawie praw konsumentów* (Dz. Urz. UE C 525 z dnia 29.12.2021 r., s. 1), s. 6.

⁷² Sprawa C497/13, *Froukje Faber przeciwko Autobedrijf Hazet Ochten BV*, ECLI:EU:C:2015:357. Postulat badania z urzędu przez sąd rozpoznający spór dotyczący umowy, z uwzględnieniem wszystkich okoliczności sprawy i dowodów, czy daną stroną umowy można zakwalifikować jako konsumenta, Trybunał wysuwa także w innych swoich orzeczeniach – zob. przywołane powyżej postanowienie w sprawie C74/15, *Dumitru Tarcău...* lub sprawa C110/14, *Horatiu Ovidiu Costea...*

kontroli klauzul w umowach zawieranych z osobami fizycznymi będącymi przedsiębiorcami – tak jak ma to miejsce w przypadku konsumentów. W związku z tym osoby fizyczne będące przedsiębiorcami w celu dochodzenia roszczeń w związku z niedozwolonymi postanowieniami umowy korzystają z dotychczas dostępnych narzędzi ochrony prawnej w postaci powództwa do sądu powszechnego (kontrola incydentalna postanowień umowy). Ponadto postępowaniu w zakresie uznania postanowienia w umowie z osobami fizycznymi będącymi przedsiębiorcami za niedozwolone nie nadano szczególnego charakteru, więc będzie ono prowadzone zgodnie z przepisami kodeksu postępowania cywilnego, co do zasady w postępowaniu odrębnym – postępowaniu w sprawach gospodarczych. Brak wspomnianej kontroli Prezesa UOKiK w zakresie klauzul niedozwolonych sprawia, że w przypadku uznania przez sąd danego postanowienia za abuzywne⁷³, ma ono skutek jedynie w stosunkach *inter partes*, a nie wobec wszystkich osób fizycznych będących przedsiębiorcami, które zawarły z danym przedsiębiorcą umowę zawierającą postanowienie uznane za niedozwolone w myśl art. 385¹ w zw. z art. 385⁵ k.c.

Na marginesie bieżących rozważań warto zadać pytanie, czy treść zakwestionowanych już postanowień umów z konsumentami, które znajdują się w rejestrze klauzul niedozwolonych (rejestrze decyzji Prezesa UOKiK), można odnosić do umów z osobami fizycznymi będącymi przedsiębiorcami i określać prawdopodobieństwo stwierdzenia ich abuzywności przez sąd powszechny w zakresie relacji między przedsiębiorcami. Przedmiotowa wątpliwość powstaje w związku z innym zakresem podmiotowym badania skutkującego wydaniem decyzji o stwierdzeniu abuzywności klauzuli. W omawianym zakresie nie mamy bowiem do czynienia z konsumentem (od którego wymaga się dostatecznej uważności i ostrożności) będącym w stosunku umownym z przedsiębiorcą, od którego oczekuje się dostatecznego poinformowania rzeczowego konsumenta – elementy tak zwanego wzorca przeciętnego konsumenta, o którym stanowi motyw 18 dyrektywy dotyczącej nieuczciwych praktyk handlowych⁷⁴. W przypadku relacji inny przedsiębiorca–osoba fizyczna będąca przedsiębiorcą z jednej strony nie ma wymogu spełnienia przez przedsiębiorcę–proponenta przedkontraktowych obowiązków informacyjnych

⁷³ Termin „abuzywny”, jako zapożyczony do polskiego języka prawniczego z języka angielskiego, będzie w niniejszym tekście używany zamiennie z terminem „postanowienie niedozwolone”.

⁷⁴ Dyrektywa 2005/29/WE Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 11 maja 2005 r. dotycząca nieuczciwych praktyk handlowych stosowanych przez przedsiębiorstwa wobec konsumentów na rynku wewnętrznym oraz zmieniająca dyrektywę Rady 84/450/EWG, dyrektywy 97/7/WE, 98/27/WE i 2002/65/WE Parlamentu Europejskiego i Rady oraz rozporządzenie (WE) nr 2006/2004 Parlamentu Europejskiego i Rady (Dyrektywa o nieuczciwych praktykach handlowych) (Dz. Urz. UE L 139 z dnia 2.06.2005 r., s. 22). Także art. 2 pkt 8 ustawy z dnia 23 sierpnia 2007 r. o przeciwdziałaniu nieuczciwym praktykom rynkowym (tekst jedn.: Dz.U. z 2017 r., poz. 2070 ze zm.).

wynikających z art. 8 lub art. 12 i n. ustawy o prawach konsumenta – z wyjątkiem informacji o prawie odstąpienia⁷⁵, a z drugiej strony od adherenta – osoby fizycznej będącej przedsiębiorcą oczekuje się staranności wymaganej w stosunkach danego rodzaju, a nie jedynie uważności i ostrożności wymaganej od przeciętnego konsumenta⁷⁶. Ponadto realizacja skutku podobnego do skutku abuzywności mogłaby być możliwa na podstawie innych instytucji prawa cywilnego. Ocena postanowień umowy, której celem jest stwierdzenie ewentualnej ich abuzywności, polega na ustaleniu, czy przedmiotowe postanowienia umowy w chwili jej zawarcia kształtują prawa i obowiązki konsumenta (a na podstawie art. 385⁵ k.c. także osoby fizycznej będącej przedsiębiorcą) w sposób sprzeczny z dobrymi obyczajami, rażąco naruszając jego interesy⁷⁷. Klauzula dobrych obyczajów, zgodnie z orzecznictwem sądów powszechnych, może być interpretowana jako szeroko rozumiany szacunek dla drugiego człowieka, który w stosunkach z konsumentami powinien wyrażać się rzetelnym informowaniem ich o uprawnieniach wynikających z umowy, a także nie wykorzystywaniem uprzywilejowanej pozycji profesjonalisty przy zawieraniu umowy i jej realizacji⁷⁸.

⁷⁵ Podobnie T. Czech, który stwierdza: „ilekroć przepisy rozdziału 4 komentowanej ustawy odwołują się do przepisów rozdziału 3, powinno się je również w pełni stosować do umów zawieranych z indywidualnymi przedsiębiorcami. W konsekwencji sądzę, że na przedsiębiorcy, który zawiera – na odległość lub poza lokalem przedsiębiorstwa – umowę z indywidualnym przedsiębiorcą, ciążyą obowiązki informacyjne określone w art. 12 ust. 1 pkt 9. Na etapie przedkontraktowym powinien mu przekazać odpowiednie wiadomości dotyczące prawa do odstąpienia (...)” – T. Czech, *Prawa konsumenta. Komentarz*, Warszawa 2020, LEX – tezy 54–55.

⁷⁶ Wyrok SA w Białymstoku z dnia 4 marca 2016 r., sygn. akt I ACa 975/15, LEX nr 2016301.

⁷⁷ Należy zauważyć, że art. 353¹ § 1 k.c. posługuje się odmiennym pojęciem niż implementowana dyrektywa Rady 93/13/EWG z dnia 5 kwietnia 1993 r. w sprawie nieuczciwych warunków w umowach konsumenckich (Dz. Urz. WE L 95 z dnia 21.04.1993 r., s. 29), która stanowi o dobrej wierze. W literaturze znaleźć można jednakże poglądy stanowiące, że klauzula dobrej wiary ma to samo znaczenie co dobre obyczaje – zob. R. Longchamps de Bérier, który twierdził: „W znaczeniu obiektywnym dobra wiara oznacza to samo, co dobre obyczaje: pewną obiektywną miarę dla oceny czyjś zachowania się, jako odpowiedniego z punktu widzenia norm etycznych przyjętych w obrocie. W tym znaczeniu mówimy na przykład o działaniu zgodnym lub sprzecznym z zasadami dobrej wiary” – R. Longchamps de Bérier, *Zobowiązania*, Lwów 1938, s. 139.

⁷⁸ Por. wyrok Sądu Apelacyjnego w Warszawie z dnia 9 maja 2013 r., VI ACa 1433/12, Legalis nr 722888. Podobnie stwierdza P. Machnikowski: „Prowadzenie przez dłużnika działalności profesjonalnej uzasadnia zwiększone oczekiwania otoczenia co do jego umiejętności, wiedzy, skrupulatności i rzetelności, zapobiegliwości i zdolności przewidywania. Te zwiększone oczekiwania każe ustawa mieć na względzie i z nich budować wzorzec należytej staranności dla przedsiębiorcy. Będzie to zatem wzorzec surowszy niż odnoszący się do osób wykonujących podobne zobowiązania poza zakresem działalności gospodarczej lub zawodowej” – P. Machnikowski, *Komentarz do art. 355 k.c.*, w: E. Gniewek, P. Machnikowski (red.), *Kodeks cywilny. Komentarz*, Warszawa 2021, Legalis, teza 9.

Sprzeczne z dobrymi obyczajami będzie zatem działanie mające na celu niedoinformowanie, wprowadzenie dezorientacji lub wywołanie błędnego przekonania poprzez wykorzystanie niewiedzy lub naiwności konsumenta⁷⁹. Osoba fizyczna będąca przedsiębiorcą zamiast opierać swoje roszczenie na przesłance sprzeczności postanowienia umowy z dobrymi obyczajami, może korzystać z innych instytucji kodeksowych – np. powołać się na sprzeczność z treścią zasady swobody umów, w tym zasadami współżycia społecznego.

Clausula generalis zasad współżycia społecznego ujęta w art. 5 k.c., powtórzona także w art. 353¹ k.c. oraz art. 58 § 2 k.c., może być interpretowana w ten sposób, że postanowienia umowy powinny odpowiadać zasadom etycznego i uczciwego postępowania⁸⁰. Katalog przykładowych wartości, których nieposzanowanie może prowadzić do uznania postanowień jako niezgodnych z zasadami współżycia społecznego, jest uzupełniany przez orzecznictwo i stanowiska przedstawicieli piśmiennictwa prawniczego. Do katalogu tych wartości należy zaliczyć m.in. równość faktyczną stron, wolną konkurencję oraz słuszność kontraktową⁸¹. Słuszność kontraktowa powinna być natomiast pojmowana jako uczciwość obrotu gospodarczego przewidująca możliwie równomierny rozkład obciążeń i korzyści pomiędzy stronami stosunku prawnego⁸². Porównując zatem klauzulę dobrych obyczajów oraz klauzulę współżycia społecznego, dostrzec można *iunctim* w postaci postulatu poszanowania interesów i praw wszystkich stron umowy. W piśmiennictwie można również odnaleźć postulat uznania pojęcia dobrych obyczajów za część składową pojęcia zasad współżycia społecznego⁸³. Ze względu na postulowaną zbieżność znaczeniową tych klauzul generalnych, oparcie powództwa osoby fizycznej będącej przedsiębiorcą przeciwko innemu przedsiębiorcy na stwierdzeniu nieważności umowy na zasadach współżycia społecznego może powodować skutek tożsamy z powództwem związanym z naruszeniem dobrych obyczajów w kontraktowaniu. Inną instytucją Kodeksu cywilnego, która znajdzie zastosowanie w zakresie roszczenia o uznanie umowy za niewiążącą, może być powołanie się na instytucję wyzysku – w kontekście wykorzystania niedoświadczenia osoby fizycznej

79 Ibidem.

80 Wyrok SN z dnia 23 maja 2013 r., IV CSK 660/12, Legalis nr 728657.

81 M. Gutowski, *Komentarz do art. 353¹ k.c.*, w: M. Gutowski (red.), *Kodeks cywilny. Komentarz: art. 353–626*, Warszawa 2019, Legalis, teza 52.

82 Wyrok SN z dnia 19 września 2013 r., I CSK 651/12, OSNC 2014/7-8/76, na ten temat również w wyroku SA w Warszawie z dnia 23 lipca 2012 r., I ACa 1299/11, LEX nr 1283315.

83 T. Knypl, K. Trzciniński, *Znaczenie zwyczajów i dobrych obyczajów w prawie cywilnym i handlowym*, „Przegląd Prawa Handlowego” 1997, nr 8, s. 22.

będącej przedsiębiorcą w kontraktowaniu jako sprzecznego z zasadami współżycia społecznego⁸⁴.

Trudności interpretacyjne

Kolejnym, niemniej ważnym aspektem jest wykładnia przepisów wprowadzonych ustawą i stosowanie przedmiotowych przepisów w praktyce. Ze względu na identyczny rdzeń treściowy omawianych przepisów (wprowadzonych do Kodeksu cywilnego i ustawy o prawach konsumenta) analizie poddany zostanie element wspólny o następującym brzmieniu: przepisy dotyczące konsumenta stosuje się do osoby fizycznej zawierającej umowę bezpośrednio związaną z jej działalnością gospodarczą, gdy z treści tej umowy wynika, że nie posiada ona dla tej osoby charakteru zawodowego, wynikającego w szczególności z przedmiotu wykonywanej przez nią działalności gospodarczej, udostępnionego na podstawie przepisów o CEIDG. O problematyce charakteru zawodowego wzmiankowano powyżej. Trudności interpretacyjne powodowane są także przez przyjęcie przez ustawodawcę kryterium przedmiotu wykonywanej działalności zgodnie z CEIDG jako głównego (*expressis verbis* wyrażonego w przepisie, choć nie jest to jedyna przesłanka, na co wskazuje umieszczenie sformułowania „w szczególności”). Ze względu na to, że wpis do CEIDG ma charakter deklaratoryjny, kreujący domniemanie prawdziwości zawartych tam danych⁸⁵, powinien on być narzędziem pomocniczym, współdefiniującym przedmiot i charakter działalności zawodowej⁸⁶, a nie oś przesłanki uznania umowy z osobą fizyczną będącą przedsiębiorcą za podlegającą przepisom wprowadzonym ustawą. Pewnym rozwiązaniem może być zawarcie w umowie oświadczenia osoby fizycznej będącej przedsiębiorcą, że dana umowa jest zawierana w związku z jej działalnością gospodarczą, ale nie ma dla tej osoby charakteru zawodowego. Na wpisanie wprost stosownego postanowienia do umowy wskazuje komentowany przepis poprzez zawarcie dyrektywy interpretacji w odniesieniu do treści umowy. Ułomnością takiego rozwiązania jest jednak możliwość powszechnego

84 O możliwości zastosowania wymienionych przepisów k.c. do kontroli treści umów podlegających art. 385¹ i n. k.c. także W. Popiołek, *Komentarz do art. 385¹ k.c.*, w: K. Pietrzykowski (red.), *Kodeks cywilny. Komentarz do artykułów 1–449*¹⁰, Warszawa 2020, Legalis, teza 4. Należy również mieć na uwadze nowelizację przepisów o wyzysku, która wprowadza dodatkową przesłankę uznania postępowania strony za wyzysk, polegającą na wykorzystaniu braku dostatecznego rozeznania strony.

85 Wyrok WSA w Poznaniu z dnia 3 listopada 2010 r., IV SA/Po 646/10, LEX nr 758574.

86 P. Mikłaszewicz, *Komentarz do art. 385⁵ k.c.*, w: K. Osajda (red.), *Kodeks cywilny. Komentarz*, Warszawa 2021, Legalis, teza 6.

deklarowania braku zawodowego charakteru danej czynności prawnej oraz przeniesienie *onus probandi* – ciężar udowodnienia właściwego stanu spoczywać będzie na drugiej stronie umowy, która zgodnie z zasadą *ei incumbit probatio qui dicit, non qui negat* obowiązana będzie dowieść, że dana umowa została zawarta w celu związanym z działalnością zawodową osoby fizycznej będącej przedsiębiorcą. Jeśli oświadczenie takiej osoby fizycznej będącej przedsiębiorcą okazałoby się nieprawdziwe, za słuszny trzeba będzie przyjąć pogląd, że taka osoba w tej sytuacji nie powinna zasługiwać na ochronę konsumencką, gdyż jej zachowanie naruszyło zasady współżycia społecznego⁸⁷.

Problematiczną sferą interpretacyjną, o której wspomniano już przy omawianiu definicji konsumenta, może okazać się określenie związku bezpośredniego zawieranej umowy z działalnością gospodarczą. Poczynione rozważania na temat umów o podwójnym charakterze pozwalają stwierdzić, że poruszony problem wydaje się istotnym zagadnieniem, a jego rozwiązanie nie jest jednoznaczne w kontekście działania normy w praktyce⁸⁸. Ostatnią z obserwacji dotyczących nowelizacji jest pewna niespójność legislacyjna. Przepisy m.in. art. 385³ k.c. stosować należy do osób fizycznych będących przedsiębiorcami. Zawarty w tym artykule katalog klauzul niedozwolonych opisuje przesłankę uznania postanowienia za niedozwolone w sytuacji, gdy umowa zawiera postanowienia, z którymi konsument (a także osoba fizyczna będąca przedsiębiorcą) nie miał możliwości zapoznania się przed zawarciem umowy. Z drugiej strony jednak ustawodawca nie nałożył na innego przedsiębiorcę, w relacji z osobą fizyczną będącą przedsiębiorcą, spełnienia przedkontraktowych obowiązków informacyjnych zawartych chociażby w art. 8 i n. u.p.k. (poza informacją o prawie odstąpienia od umowy). Powstaje zatem pytanie, czy w relacji między przedsiębiorcami, z których przynajmniej jeden jest osobą fizyczną i zawiera umowę o niezawodowym charakterze, wymieniona instytucja może być stosowana. Może się bowiem zdarzyć, że niektóre dokumenty składające się na wzorec umowy zostaną zwyczajowo udostępnione osobie fizycznej w taki sposób, że osoba ta będzie mogła z łatwością zapoznać się z ich treścią, ale nie nastąpi faktyczne doręczenie wzorców przed zawarciem umowy, o którym stanowi art. 384 § 1 k.c.⁸⁹ Przedsiębiorca korzysta zatem z wyłączenia dostarczenia wzorca osobie

87 P. Kukuryk, *Uwagi o objęciu ochroną...*, s. 845.

88 Aktualne pozostają rozważania czynione przez przedstawicieli doktryny dotyczące określenia bezpośredniego i niebezpośredniego związku czynności prawnej w kontekście definicji konsumenta – zob. M. Rządkowski, *Pojęcie konsumenta...*, Legalis, s. 5–6.

89 Uwagi w zakresie inkorporacji wzorców w obrocie profesjonalnym – zob. M. Olczyk, *Inkorporacja wzorców w obrocie profesjonalnym*, <https://sip.lex.pl/komentarze-i-publikacje/komentarze-praktyczne/inkorporacja-wzorcow-umownych-w-obrocie-profesjonalnym-469832111> (dostęp 17.02.2022).

fizycznej będącej przedsiębiorcą na podstawie art. 384 § 2 k.c., ponieważ podmiot ten nie mieści się w hipotezie zdania drugiego art. 384 § 2 k.c. W konsekwencji może dojść do sytuacji, że osoba fizyczna będąca przedsiębiorcą nie miała możliwości zapoznania się z częścią postanowień mimo dochowania staranności wymaganej w stosunkach danego rodzaju i będzie powoływała się na nieprawidłowe działania proponenta. Ponadto w szczególności w przypadku umów o charakterze ciągłym, w sytuacji zmiany wzorca (zmiany warunków umowy) może dojść do okoliczności, w której proponent umieści w zwyczajowym miejscu nowy wzorec i będzie oczekiwał, że adherent zapozna się z jego treścią, a przystąpienie do realizacji umowy oznaczać będzie wyrażenie zgody na związanie się nowymi warunkami i utwierdzenie proponenta w przekonaniu, że wzorec został prawidłowo inkorporowany. Takie zachowanie proponenta zostało uznane jako bezprawne w stosunkach z konsumentami⁹⁰. Otwarte pozostaje zatem pytanie, czy można oczekiwać podobnego orzeczenia sądu w tożsamym stanie faktycznym z udziałem osoby fizycznej będącej przedsiębiorcą jako adherenta.

Wnioski

Omówione zmiany do Kodeksu cywilnego oraz ustawy o prawach konsumenta należy ocenić jako nadmierną ingerencję ze strony ustawodawcy i przejaw *superfluum* ustawowego. Postulowane uproszczenie prawa i zniwelowanie obciążeń regulacyjnych, które zgodnie z uzasadnieniem do ustawy nowelizującej miało być efektem wprowadzonych zmian, nie zostało osiągnięte. Nawet gdyby uznać, że wprowadzone przepisy stanowią istotny element ochrony osób fizycznych będących przedsiębiorcami, to jest to element niekompletny, pozbawiony wielu instytucji niezbędnych do jego prawidłowego działania, a czasami zawierający przepisy, co do których można zaobserwować sprzeczność. Stwierdzono, że istnieje możliwość stosowania przepisów konsumenckich do osób fizycznych będących przedsiębiorcami i w określonych sytuacjach objąć ochroną konsumencką takie osoby bez potrzeby zmian w obowiązujących regulacjach⁹¹. Poza tym umieszczenie przepisów, które nie dotyczą relacji przedsiębiorca–konsument w ustawie o prawach konsumenta, można uznać za przykład niedbałości legislacyjnej czy nawet sprzeczność z zasadami poprawnej legislacji. Nowelizacja nie zmieniła pojęcia konsumenta, więc kontrola postanowień umowy odbywa się na drodze powództwa

90 Wyrok SO – SOKiK z dnia 9 marca 2011 r., XVII AmC 3356/10, Legalis nr 750187.

91 R. Strugała, *Komentarz do art. 21¹ k.c.*, w: E. Gniewek, P. Machnikowski (red.), *Kodeks cywilny...*, Legalis, teza 13, a także: P.M. Wiórek, *Ochrona konsumencka...*, s. 135.

przed sąd powszechny – Prezes Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów nie uzyskał kompetencji w zakresie abstrakcyjnej kontroli wzorców umów zawieranych z osobami fizycznymi będącymi przedsiębiorcami. Sądy mogą zostać zatem obciążone dodatkową pracą i może nastąpić dalsze spowolnienie ich działania⁹². Postanowienie uznane za niedozwolone będzie nieskuteczne jedynie w stosunkach *inter partes*, inne osoby fizyczne będące przedsiębiorcami będą musiały wnosić powództwo o uznanie postanowienia w ich umowie za niedozwolone w ramach powództw indywidualnych. Omawiana nowelizacja spotkała się także z zasadniczą krytyką przedstawicieli doktryny, którzy są co do zasady zgodni, że stanowi ona nadprodukcję prawa⁹³. Zmiany mogą także nastroczać problemów w zakresie ich stosowania przez uczestników obrotu prawnego. Omawiane modyfikacje mogą wprowadzić, a w niektórych sytuacjach pogłębić nierówność kontraktową pomiędzy przedsiębiorcami poprzez objęcie szczególną ochroną jednej kategorii przedsiębiorców. Taką dysproporcję praw można uznać za sprzeczną z postulatem niedyskryminacji i wolności konkurencji. W części przypadków bowiem osoby fizyczne będące przedsiębiorcami mogą mieć nie tylko wiedzę, lecz także środki finansowe pozwalające na zlecenie odpowiedniej obsługi prawnej w celu np. analizy postanowień umowy spełniającej przesłanki, o których stanowi nowelizacja, podczas gdy od przedsiębiorców nieobjętych tymi przepisami nadal oczekuje się specjalistycznej wiedzy w zakresie każdej z zawieranych umów i pozostawia się ich bez szczególnej ochrony normatywnej. Z aksjologicznego punktu widzenia taka wycinkowa nowelizacja jest zatem niezrozumiała i spreczna z postulatem przyjaznej legislacji. Tak jak pojawienie się konsumenta w prawie zobowiązań zmieniło aksjologię całego systemu prawa cywilnego, a nawet wprowadziło jego destabilizację⁹⁴, tak rozciągnięcie ochrony konsumenckiej na inne podmioty może nieść za sobą pogłębienie destabilizacji w zakresie stosunków zobowiązaniowych. W ocenie autora rozszerzenie ochrony na omawianą kategorię podmiotów zwiększa co najmniej niepewność obrotu prawnego – chociażby przez objęcie osób fizycznych będących przedsiębiorcami możliwością odstąpienia od umowy, do której zastosowanie ma ustawa o prawach konsumenta, *ad nutum* i po czasie do namysłu.

92 Średni czas dochodzenia należności z umów drogą sądową w Polsce wynosi 685 dni i jest to jeden z najdłuższych terminów wśród badanych krajów UE – zob. *Strategia...*, s. 219.

93 W. Popiołek, *Komentarz do art. 385⁵ k.c.*, w: K. Pietrzykowski (red.), *Kodeks cywilny...*, Legalis, teza 5, także: K. Zagrobelny, *Komentarz do art. 385⁵ k.c.*, w: E. Gniewek, P. Machnikowski (red.), *Kodeks cywilny. Komentarz*, Warszawa 2019, Legalis – teza 1 oraz P. Mikłaszewicz, *Komentarz do art. 385⁵ k.c.*..., a także J. Wiak, *Rozszerzenie ochrony...*, s. 33 – autorka stwierdza ponadto, że zmiany pogłębiają istniejący chaos terminologiczny.

94 K. Kańska, *Pojęcie konsumenta...*, s. 10.

Na koniec nie można jednakże odmówić racji postulującym zwiększoną ochronę najmniejszych przedsiębiorców, którzy prowadzą działalność w małej skali i bez odpowiedniego zaplecza finansowego czy prawnego⁹⁵ i mogą nie być wyposażeni w odpowiednią wiedzę profesjonalną obejmującą zakres zawieranych przez nich umów, które zwierają incydentalnie lub które nie są bezpośrednio związane z przedmiotem ich działalności. Taką dysproporcję kontraktową zauważył również ustawodawca⁹⁶, natomiast, jak starano się argumentować w niniejszym artykule, ustawa nowelizująca nie realizuje tego postulatu w sposób skuteczny, wyczerpujący i kompleksowy.

Bibliografia

- Chojcka M., Nowak A., *Ocena dorobku legislacyjnego i orzeczniczego kształtującego definicję konsumenta na gruncie art. 22¹ Kodeksu cywilnego*, „Internetowy Kwartalnik Antymonopolowy i Regulacyjny” 2016, nr 3.
- Czech T., *Prawa konsumenta. Komentarz*, Warszawa 2020.
- Grzegorzczak F., *Prawo konsumenckie w Unii Europejskiej. Aspekty systemowe harmonizacji*, Warszawa 2009.
- Gutowski M., *Komentarz do art. 353¹ k.c.*, w: M. Gutowski (red.), *Kodeks cywilny. Komentarz: art. 353–626*, Warszawa 2019.
- Kańska K., *Pojęcie konsumenta w kodeksie cywilnym na tle tendencji europejskich*, „Kwartalnik Prawa Prywatnego” 2004, z. 1.
- Knypl T., Trzciniński K., *Znaczenie zwyczajów i dobrych obyczajów w prawie cywilnym i handlowym*, „Przegląd Prawa Handlowego” 1997, nr 8.
- Koroluk S., *Zmiana definicji konsumenta w Kodeksie cywilnym – propozycja interpretacji*, „Monitor Prawniczy” 2003, nr 10.
- Korpalski M., „*Nieprofesjonalista*”, czyli kodeks cywilny pomiędzy konsumentem a przedsiębiorcą, „Forum Prawnicze” 2012, nr 4.
- Kukuryk P., *Uwagi o objęciu ochroną konsumencką niektórych przedsiębiorców jednoosobowych*, „Kwartalnik Prawa Prywatnego” 2021, z. 4.
- Lewaszkiwicz-Petrykowska B., *Pojęcie konsumenta*, w: G. Rokicka, *Model prawnej ochrony konsumenta*, Warszawa 1996.
- Longchamps de Bérier R., *Zobowiązania*, Lwów 1938.

⁹⁵ Słuszny wydaje się postulat wprowadzenia do k.c. kategorii „drobnego przedsiębiorcy”. Status ten przynależałby tylko osobom fizycznym prowadzącym działalność gospodarczą osiągającym przychody do określonej wysokości. Podmioty takie objęte byłyby ochroną prawną przewidzianą dla konsumentów – zob. M. Rządkowski, *Pojęcie konsumenta...*, Legalis, s. 8. Tak też: J. Ojczyk, *Urzędy toczą spór...*

⁹⁶ *Uzasadnienie do Rządowego projektu...*, s. 3 (dostęp 2.05.2022).

- Łętowska E., *Prawo umów konsumenckich*, Warszawa 2002.
- Machnikowski P., *Komentarz do art. 355 k.c.*, w: E. Gniewek, P. Machnikowski (red.), *Kodeks cywilny. Komentarz*, Warszawa 2021.
- Mikłaszewicz P., *Komentarz do art. 385⁵ k.c.*, w: K. Osajda (red.), *Kodeks cywilny. Komentarz*, Warszawa 2021.
- Naworski J.P., *Przedsiębiorca versus konsument w prawie polskim*, „*Studia Prawa Prywatnego*” 2018, z. 1.
- Ojczyk J., *Urzędy toczą spór o prawa konsumenckie dla przedsiębiorców*, www.prawo.pl/biznes/czy-przedsiębiorca-może-być-traktowany-jak-konsument,425722.html.
- Olczyk M., *Inkorporacja wzorców w obrocie profesjonalnym*, <https://sip.lex.pl/komentarze-i-publicacje/komentarze-praktyczne/inkorporacja-wzorców-umownych-w-obrocie-profesjonalnym-469832111>.
- Popiołek W., *Komentarz do art. 385¹ k.c.*, w: K. Pietrzykowski (red.), *Kodeks cywilny. Komentarz do artykułów 1–449¹⁰*, Warszawa 2020.
- Popiołek W., *Komentarz do art. 385⁵ k.c.*, w: K. Pietrzykowski (red.), *Kodeks cywilny. Komentarz do artykułów 1–449¹⁰*, Warszawa 2020.
- Rządkowski M., *Pojęcie konsumenta a umowy mieszanego użytku w prawie polskim*, „*Monitor Prawniczy*” 2016, nr 17.
- Strugała R., *Komentarz do art. 21¹ k.c.*, w: E. Gniewek, P. Machnikowski (red.), *Kodeks cywilny. Komentarz*, Warszawa 2021.
- Wiak J., *Rozszerzenie ochrony konsumenckiej w kodeksie cywilnym*, „*Przegląd ustawodawstwa gospodarczego*” 2020, nr 5.
- Wiórek P.M., *Ochrona konsumencka dla niektórych przedsiębiorców. Rozwiązanie godne pochwały czy chybiony pomysł legislacyjny?*, „*Przegląd Sejmowy*” 2020, nr 2.
- Wyżykowski B., *Ochrona „konsumencka” niektórych osób fizycznych prowadzących działalność gospodarczą – wybrane zagadnienia*, „*Internetowy Kwartalnik Antymonopolowy i Regulacyjny*” 2020, nr 7.
- Zagobelny K., *Komentarz do art. 385⁵ k.c.*, w: E. Gniewek, P. Machnikowski (red.), *Kodeks cywilny. Komentarz*, Warszawa 2019.
- Ziemniak M.P., *Przedsiębiorca prawie konsumentem. Kilka uwag na tle art. 1 oraz art. 55 ustawy o zmianie niektórych ustaw w celu ograniczenia obciążeń regulacyjnych*, „*Przegląd Sądowy*” 2020, nr 7–8.

The Problem of Application of Certain Consumer Protection Laws to Sole Traders

Abstract

The purpose of this paper was to analyse and comment on changes introduced to the Civil Code and the Consumer Rights Act, under which some consumer regulations apply to sole traders. The analysis was carried out on the basis of the dogmatic method, i.e., the exegesis of legal texts, as well as the examination of legal literature and judicial decisions concerning the discussed issues. The considerations made in the article led to the formulation of conclusions stating, *inter alia*, that the introduced provisions may be a manifestation of an overproduction of the law, and the objective of the amendment, in the form of counteracting inadequate protection of this category of entities, could be achieved based on the existing provisions on consumers – starting with the very definition of a consumer. Even if this proposal was rejected and it was stated that the changes aimed at increasing the protection of sole traders were desirable, the legal solutions adopted were considered selective and incomplete.

Keywords: natural person as a sole trader, consumer protection, business activity, consumer, entrepreneur

CYTOWANIE

Kotarski T., *Problem stosowania niektórych przepisów o ochronie konsumenta do osób fizycznych prowadzących działalność gospodarczą*, „Acta Iuris Stetinensis” 2023, nr 2 (vol. 43), 79–106, DOI: 10.18276/ais.2023.43-05.



Dominika Skoczylas
dr
Uniwersytet Szczeciński
e-mail: dominika.skoczylas@usz.edu.pl
ORCID: 0000-0003-1231-8078



Cyberbezpieczeństwo sektora bankowego i infrastruktury rynków finansowych

Streszczenie

W artykule poruszono problematykę cyberbezpieczeństwa w sektorze bankowym i infrastruktury rynków finansowych. Rozważania w tym zakresie przeprowadzono na podstawie analizy przepisów ustawy o krajowym systemie cyberbezpieczeństwa. Ponadto uwzględniono aktualne zasady cyberbezpieczeństwa w kontekście zadań Komisji Nadzoru Finansowego. W pracy wykorzystano metodę dogmatycznoprawną.

Celem artykułu jest scharakteryzowanie zagrożeń występujących w sektorze bankowym i infrastruktury rynków finansowych w związku ze świadczeniem tzw. e-usług w cyberprzestrzeni. Przedmiotem rozważań jest ponadto przedstawienie i ocena aktualnych zasad cyberbezpieczeństwa oraz zadań Komisji Nadzoru Finansowego (organu właściwego do spraw cyberbezpieczeństwa). Kluczowym aspektem jest również wskazanie działań podejmowanych przez właściwy Zespół Reagowania na Incydenty Bezpieczeństwa Komputerowego (CSIRT KNF), szczególnie w kontekście klasyfikacji oraz obsługi incydentów sieciowych. Analiza tematu pozwoli odpowiedzieć na pytanie: jakie kwestie należy wziąć pod uwagę przy wdrożeniu polityki cyberbezpieczeństwa w sektorze bankowym i infrastruktury rynków finansowych.

Autorka pracy ustaliła, że współczesny wymiar bezpieczeństwa finansowego państwa to również wymiar bezpieczeństwa e-finansów. Biorąc pod uwagę powyższe, kluczowym aspektem jest wdrożenie optymalnej polityki cyberbezpieczeństwa, ale również rozwój umiejętności (kompetencji) cyfrowych aktorów rynku finansowego.

Słowa kluczowe: cyberbezpieczeństwo, cyberzagrożenia, Komisja Nadzoru Finansowego, sektor bankowy i infrastruktury rynków finansowych, usługi kluczowe

Wprowadzenie

Nowoczesne technologie informacyjno-komunikacyjne (dalej: ICT) są podstawowym warunkiem rozwoju organizacji oraz świadczenia usług na odległość. Co więcej, korzystanie z nowoczesnych narzędzi teleinformatycznych dotyczy zarówno sektora usług publicznych, jak i usług prywatnych. Współcześnie wspólnym mianownikiem dla bezpieczeństwa publicznego i jednostkowego jest cyberbezpieczeństwo. Ukształtowanie nowego sposobu postępowania organów administracji publicznej, tj. działania w cyberprzestrzeni, pozwala na określenie dwóch podstawowych komponentów cyberbezpieczeństwa. Pierwszym z nich jest ochrona infrastruktury krytycznej (zapewnienie ciągłości świadczenia e-usług), drugim osiągnięcie celów użyteczności publicznej, przy zachowaniu prywatności i bezpieczeństwa danych przetwarzanych w systemach teleinformatycznych¹. Tak przedstawione determinanty cyberbezpieczeństwa są jednak zbyt dużym uproszczeniem, w rzeczywistości bowiem wskazany termin wymaga większej konkretyzacji odnośnie do funkcji, roli i zadań organów właściwych do spraw cyberbezpieczeństwa oraz potencjalnych zagrożeń cyberprzestrzeni.

Zważywszy na liczne incydenty występujące w szczególności w sektorze usług kluczowych i usług cyfrowych, *sine qua non* nieprzerwanego świadczenia usług jest wdrożenie kompleksowej polityki cyberbezpieczeństwa. Należałoby zatem ocenić pozytywnie zaliczenie bezpieczeństwa w cyberprzestrzeni do tzw. globalnych dóbr publicznych oraz wprowadzenie do katalogu dyscyplin naukowych – nauki o bezpieczeństwie w cyberprzestrzeni (tzw. securitologia)². W kontekście podejmowanych rozważań istotne jest sprecyzowanie kluczowych czynników mających wpływ na wypracowanie zasad cyberbezpieczeństwa. Do pierwszej grupy należy rozwój oraz popularyzacja ICT w usługach. Mówiąc o nich, należy wskazać na rozbudowany, a jednocześnie różnorodny katalog e-usług, takich jak: handel elektroniczny, *e-learning* czy *cloud computing*. Ze względu na aspekt użyteczności publicznej pryncypialne znaczenie przypisuje się funkcjonowaniu elektronicznej administracji oraz świadczeniu tzw. usług kluczowych. W odniesieniu do e-administracji

1 T. Hoffmann, *Wybrane aspekty cyberbezpieczeństwa w Polsce*, Poznań 2018, s. 20.

2 Zob. C. Banasiński, *Podstawowe pojęcia i podstawy prawne bezpieczeństwa w cyberprzestrzeni*, w: C. Banasiński (red.), *Cyberbezpieczeństwo. Zarys wykładu*, Warszawa 2018, s. 35–37.

M. Błazewski podkreśla, że „środki komunikacji elektronicznej służą ułatwieniu przekazywania informacji m.in. wewnątrz administracji publicznej oraz pomiędzy podmiotami prywatnymi a organami administracji publicznej i podmiotami administrującymi”³. Z kolei A. Monarcha-Matlak wskazuje na istotną rolę prawa komunikacji elektronicznej, które „powoduje, że powstaje nowa jakość działania, nowy sposób pracy oraz nowe struktury administracyjne”⁴. Z powyższego wynika, że na organach administracji publicznej ciąży obowiązek ciągłego doskonalenia procesów związanych z zarządzaniem organizacją, lecz także budowanie bezpiecznego środowiska e-usług dla użytkowników. Podobne działania powinny też podjąć podmioty realizujące usługi kluczowe w cyberprzestrzeni.

W celu usystematyzowania, podkreślenia wymagają trzy podstawowe determinanty, pozwalające na wdrożenie skutecznych zasad cyberbezpieczeństwa, tj. prawne, społeczne i technologiczne. Pierwsze z nich nie budzą większych wątpliwości, aczkolwiek podstawy prawne cyberbezpieczeństwa powinny odzwierciedlać przyjęte przez społeczność międzynarodową rozwiązania oraz uwzględniać aktualne zagrożenia prawidłowego funkcjonowania cyberprzestrzeni. Wyzwaniem są potrzeby społeczeństwa informacyjnego, dla którego dostęp do informacji i ich przetwarzanie (współcześnie również za pomocą środków komunikacji elektronicznej) jest najwyższą wartością, dobrem szczególnego rodzaju⁵. Kluczowa jest w tym przypadku zasada równego dostępu do usług. Spoiwem aspektów prawnych i społecznych są nowe technologie, aspekty cyfryzacji, takie jak interoperacyjność, transgraniczność, a nawet sztuczna inteligencja⁶. Szczególnie skomplikowane wydaje się zapewnienie cyberbezpieczeństwa świadczenia usług kluczowych,

3 M. Błazewski, *Środki komunikacji elektronicznej w prawie zamówień publicznych*, „Research Papers of Wrocław University of Economics” 2017, nr 497, s. 272, DOI: 10.15611/pn.2017.497.19 (dostęp 1.06.2022).

4 A. Monarcha-Matlak, *Komunikacja elektroniczna, prawo komunikacji elektronicznej, Europejski kodeks łączności elektronicznej i ich wpływ na rozwój jurysdykcji administracyjnej*, w: M. Szewczyk, L. Staniszevska, M. Kruś (red.), *Kierunki rozwoju jurysdykcji administracyjnej*, Warszawa 2022, s. 270.

5 Zob. E. Żywucka-Kozłowska, R. Dziembowski, *Społeczeństwo informacyjne w perspektywie wybranych aktów prawnych Unii Europejskiej*, „Media – Kultura – Komunikacja Społeczna” 2021, nr 3 (16), s. 77–78, DOI: 10.31648/mkks.6620 (dostęp 1.06.2022).

6 Zob. D. Skoczylas, *Interoperacyjność, cyfrowość, transgraniczność technologii informacyjno-komunikacyjnych jako determinanty zrównoważonego rozwoju w XXI wieku*, w: M. Staniszevski, H.E. Kretek (red.), *Zrównoważony rozwój i europejski zielony ład wektorami na drodze doskonalenia warsztatu naukowca*, Gliwice 2021, s. 234–237.

do których ustawodawca zaliczył m.in. sektor bankowy i infrastruktury rynków finansowych⁷.

Prawidłowe, efektywne, a przede wszystkim bezpieczne funkcjonowanie tego sektora to niezbędny warunek rozwoju społeczno-gospodarczego państwa. Cyfryzacja dotyczy sektora bankowego w znaczącym stopniu (co niestety wiąże się również ze wzrostem skali zagrożeń). Celem artykułu jest zatem scharakteryzowanie zagrożeń występujących w sektorze bankowym i infrastruktury rynków finansowych w związku ze świadczeniem tzw. e-usług w cyberprzestrzeni. Przedmiotem rozważań jest przedstawienie i ocena aktualnych zasad cyberbezpieczeństwa oraz zadań Komisji Nadzoru Finansowego (organu właściwego do spraw cyberbezpieczeństwa dla operatorów usług kluczowych z sektora bankowego i infrastruktury rynków finansowych⁸), a także wskazanie działań podejmowanych przez właściwy Zespół Reagowania na Incydenty Bezpieczeństwa Komputerowego (CSIRT KNF). Analiza tematu pozwoli odpowiedzieć na pytanie: jakie kwestie należy wziąć pod uwagę przy wdrożeniu polityki cyberbezpieczeństwa w sektorze bankowym i infrastruktury rynków finansowych?

Cyberbezpieczeństwo a cyberzagrożenia sektora bankowego i infrastruktury rynków finansowych. Cyberbezpieczeństwo usług kluczowych

Środki komunikacji elektronicznej są obecne w wielu dziedzinach życia publicznego. Nie oznacza to jednak, że narzędzia teleinformatyczne całkowicie zastąpiły tradycyjne formy działania. Stały się natomiast istotnym elementem zmian w zakresie świadczenia usług oraz funkcjonowania organizacji. Pozytywnym aspektem jest to, że ICT tworzą nowego rodzaju relacje pomiędzy usługodawcą a usługobiorcą, organem a obywatelem, ponadto modernizują sposób świadczenia usług i realizacji zadań publicznych⁹. Wdrożenie środków komunikacji elektronicznej wymaga zapewnienia cyberbezpieczeństwa zarówno w aspekcie podmiotowym (użytkowników e-usług i podmiotów odpowiedzialnych za ich świadczenie), jak i przedmiotowym (nieprzerwany dostęp do usługi o wysokiej jakości i ochrona przed cyberzagrożeniami). Niemniej jednak należy wskazać kilka czynników mających

7 Zob. Załącznik nr 1 Sektory i podsektory oraz rodzaje podmiotów do ustawy z dnia 5 lipca 2018 r. o krajowym systemie cyberbezpieczeństwa (Dz.U. z 2022 r., poz. 655), dalej: u.k.s.c.

8 Zob. art. 41 pkt 4 u.k.s.c.

9 K. Drgas, *Przesłanki wdrażania cyfryzacji jednostek samorządu lokalnego finansowanej ze środków unijnych*, „Ruch Prawniczy, Ekonomiczny i Socjologiczny” 2019, nr 81 (1), s. 194–195, DOI: 10.14746/rpeis.2019.81.1.13 (dostęp 11.06.2022).

kluczowe znaczenie dla zapewnienia cyberbezpieczeństwa. Na ostateczny kształt polityki cyberbezpieczeństwa mają wpływ warunki społeczne (potrzeby społeczeństwa informacyjnego, e-użytkowników), organizacyjne (związane z e-zarządzaniem, popularyzacją e-usług w sektorze prywatnym i publicznym), kompetencje cyfrowe usługobiorców i usługodawców (bądź ich brak), rodzaj i częstotliwość występujących cyberzagrożeń, a także kwestie technologiczne.

Choć cyberbezpieczeństwo nie jest uregulowane konstytucyjnie, należy przyjąć, że podlega ono szczególnej ochronie organów władzy publicznej. Jest niewątpliwie jednym z rodzajów bezpieczeństwa¹⁰, rozumianego najczęściej jako bezpieczeństwo Internetu, bezpieczeństwo komputerowe czy bezpieczeństwo sieci. W przypadku zmiany konstytucji optymalnym zabiegiem byłoby wprowadzanie (choćby w minimalnym zakresie) kwestii odnoszących się do cyberbezpieczeństwa, które miałyby kluczowe znaczenie w kontekście określenia zasad bezpieczeństwa cybernetycznego w danym sektorze usług publicznych. W świetle powyżej przedstawionych rozważań, być może klasyfikacja cyberbezpieczeństwa jako pojęcia konstytucyjnego umożliwiłaby uzyskanie jednolitej definicji tego terminu. Istotny problem w tym zakresie zauważa G. Szpor. Wskazuje przede wszystkim na niespójności terminologiczne w zakresie używania pojęcia „cyberbezpieczeństwo” w ustawie o krajowym systemie cyberbezpieczeństwa¹¹ i w tzw. akcie o cyberbezpieczeństwie¹². Zauważyć przy tym należy, że ze względu na prawidłowe i efektywne funkcjonowanie usług kluczowych czy prowadzenie działalności cyfrowej niezbędne jest „wyraźne rozstrzygnięcie czy cyberbezpieczeństwo to odporność czy działania niezbędne do

10 Art. 5 Konstytucji Rzeczypospolitej Polskiej z dnia 2 kwietnia 1997 r. (Dz.U. nr 78, poz. 483 ze zm.) dalej: Konstytucja RP stanowi, że Rzeczpospolita Polska strzeże niepodległości i nienaruszalności swojego terytorium, zapewnia wolności i prawa człowieka i obywatela oraz bezpieczeństwo obywateli, strzeże dziedzictwa narodowego oraz zapewnia ochronę środowiska, kierując się zasadą zrównoważonego rozwoju.

11 Zgodnie z art. 2 pkt 4 u.k.s.c, cyberbezpieczeństwo to odporność systemów informacyjnych na działania naruszające poufność, integralność, dostępność i autentyczność przetwarzanych danych lub związanych z nimi usług oferowanych przez te systemy.

12 Art. 2 pkt 1 Rozporządzenia Parlamentu Europejskiego i Rady (UE) 2019/881 z dnia 17 kwietnia 2019 r. w sprawie ENISA (Agencji Unii Europejskiej ds. Cyberbezpieczeństwa) oraz certyfikacji cyberbezpieczeństwa w zakresie technologii informacyjno-komunikacyjnych oraz uchynienia rozporządzenia (UE) nr 526/2013 (akt o cyberbezpieczeństwie) (Dz. Urz. UE L nr 151 z dnia 17.04.2019 r., s. 15) stanowi, że: cyberbezpieczeństwo oznacza działania niezbędne do ochrony sieci i systemów informatycznych, użytkowników takich systemów oraz innych osób przed cyberzagrożeniami. Z kolei za cyberzagrożenie uznaje się wszelkie potencjalne okoliczności, zdarzenie lub działanie, które mogą wyrządzić szkodę, spowodować zakłócenia lub w inny sposób niekorzystnie wpłynąć w przypadku sieci i systemów informatycznych, użytkowników takich systemów oraz innych osób (art. 2 pkt 8 aktu o cyberbezpieczeństwie).

ochrony przed cyberzagrożeniami¹³”. Tym samym bez przesadzania o tym, która z definicji jest ważniejsza, ustawodawca w przypadku nowelizacji u.k.s.c mógłby zastanowić się nad uzupełnieniem definicji cyberbezpieczeństwa o kwestie związane z podmiotową i przedmiotową płaszczyzną ochrony przed cyberzagrożeniami, w szczególności gdy mowa o cyberbezpieczeństwie usług kluczowych. Do tej grupy należy sektor bankowy i infrastruktury rynków finansowych.

Sektor bankowy i infrastruktury rynków finansowych został umieszczony w wykazie tzw. usług kluczowych, za które uznaje się te posiadające wyjątkową, kluczową rolę dla utrzymania krytycznej działalności społecznej lub gospodarczej¹⁴. Współcześnie trudno sobie wyobrazić, aby sektor finansowy funkcjonował bez nowych technologii informacyjno-komunikacyjnych. Wiedząc, że tworzy go wiele podmiotów, m.in.: instytucje kredytowe, bank krajowy, oddziały banków zagranicznych, oddziały instytucji kredytowych, spółdzielcze kasy oszczędnościowo-kredytowe czy podmioty prowadzące rynek regulowany¹⁵, koniecznym zabiegiem wydaje się utworzenie skutecznej, ale jednocześnie efektywnej polityki cyberbezpieczeństwa. Oczywiście, mając na uwadze różnorodność struktur wewnętrznych oraz częstotliwość występowania incydentów, strategia cyberbezpieczeństwa powinna być dostosowana do potrzeb organizacji. Zresztą podmioty odpowiedzialne za przygotowanie polityki cyberbezpieczeństwa w tym sektorze oprócz celu głównego (ograniczenie występowania cyberzagrożeń i zapewnienie ciągłości świadczenia usług), powinny zapewnić „równoważony wzrost gospodarczy oraz stabilność systemu finansowego”¹⁶. Na szczególną uwagę zasługują regulacje związane przede wszystkim z określeniem statusu i zadań operatorów usług kluczowych w odniesieniu do incydentów, czyli zdarzeń, które mają lub mogą mieć niekorzystny wpływ na cyberbezpieczeństwo (art. 2 pkt 5 u.k.s.c.) oraz innego rodzaju cyberzagrożeń (głównie cyberprzestępstw). Podstawową przesłanką uznania podmiotu za operatora usługi kluczowej jest świadczenie tego typu usługi za pomocą systemów informacyjnych. Dodatkową determinantą, która uzasadnia zakres obowiązków operatorów usług kluczowych, jest możliwość wystąpienia incydentu. Ustawodawca dokonuje zresztą

13 G. Szpor, *Nowelizacja siatki pojęciowej cyberbezpieczeństwa*, „Monitor Prawniczy” 2020, nr 22, s. 1192.

14 Zob. art. 2 pkt 16 u.k.s.c.

15 Zob. Załącznik nr 1 do u.k.s.c. Sektory i podsektory oraz rodzaje podmiotów.

16 P. Klepacka, E. Kowalewska, *Instrumenty polityki pieniężnej w działalności Narodowego Banku Polskiego*, w: W. Bożek, E. Kowalewska (red.), *Bank i pieniądz w Polsce i na świecie*, Szczecin 2017, s. 191.

ich klasyfikacji¹⁷ i słusznie wskazuje na podstawowe problemy związane z obniżeniem jakości lub przerwaniem ciągłości świadczenia usługi kluczowej czy wyrządzeniem znacznej szkody.

De lege lata w przepisach wyznaczono wprost obowiązki związane z tzw. obsługą incydentu (art. 2 pkt 10 u.k.s.c.) czy szacowaniem ryzyka (art. 2 pkt 13 u.k.s.c.). Przedmiotowe obowiązki polegają na zarządzaniu bezpieczeństwem informacji. Można je podzielić na trzy podstawowe grupy. Do pierwszej z nich należą zadania związane z szacowaniem ryzyka wystąpienia incydentu (potencjalnych okoliczności sprzyjających powstaniu zagrożenia). Drugą grupą są odpowiednie środki techniczne i organizacyjne służące zapewnieniu bezpieczeństwa i ciągłości dostawy usług. Ostatnią grupę stanowią działania następcze, na które składają się czynności zarządzania incydentami i działania polegające na przywróceniu świadczenia usług. Pozytywnie ocenić należy także działania informacyjne dotyczące zapewnienia dostępu do informacji na temat cyberzagrożeń dla użytkownika usługi kluczowej, m.in. za pomocą informacji o incydentach na stronie internetowej usługodawcy¹⁸.

Niestety, zważywszy na liczbę i różnorodność cyberzagrożeń, a także wzrost kompetencji cyfrowych (zaawansowanie technologiczne) cyberprzestępców, działania podejmowane wyłącznie przez operatorów usług kluczowych nie byłyby wystarczające. Ustawodawca wprowadził dlatego inne podmioty odpowiedzialne (i wspierające) za zapewnienie cyberbezpieczeństwa, m.in. organ właściwy do spraw cyberbezpieczeństwa, sektorowe zespoły cyberbezpieczeństwa czy Zespoły Reagowania na Incydenty Bezpieczeństwa Komputerowego. W tym miejscu należy odnotować, że w przypadku sektora bankowego i infrastruktury rynków finansowych podmioty odpowiedzialne za zagwarantowanie cyberbezpieczeństwa stoją przed bardzo trudnym zadaniem. Wynika to z tego, że sektor finansowy jest częstym celem cyberataków, które przyjmują różne postaci. Obok klasycznych cyberzagrożeń, takich jak: wirusy, robaki, złośliwe oprogramowanie (*malware*), bomby logiczne, konie trojańskie¹⁹, spam, pojawiają się coraz bardziej zaawansowane metody nieuprawnionego dostępu do sieci. Szczególnie niebezpieczne są: *phishing* (podszywanie się w celu wyłudzenia informacji), *pharming* (przekierowanie na niewłaściwy serwer, stronę) czy szpiegostwo internetowe (tzw. *spyware*, stosowanie

17 Incydentami tymi są: incydent krytyczny (art. 2 pkt 6 u.k.s.c.), incydent poważny (art. 2 pkt 7 u.k.s.c.), incydent istotny (art. 2 pkt 8 u.k.s.c.), incydent w podmiocie publicznym (art. 2 pkt 9 u.k.s.c.).

18 F. Krzyżankiewicz, *Ustawa o krajowym systemie cyberbezpieczeństwa. Identyfikacja i rejestracja operatorów usług kluczowych*, „Informacja w administracji publicznej” 2019, nr 1, s. 72.

19 T.R. Aleksandrowicz, *Bezpieczeństwo w cyberprzestrzeni ze stanowiska prawa międzynarodowego*, „Przegląd Bezpieczeństwa Wewnętrznego” 2016, nr 15 (8), s. 15.

programów szpiegowskich)²⁰. Skutkiem pojawienia się powyższych cyberzagrożeń jest nie tylko przerwanie ciągłości świadczenia usługi kluczowej, lecz także utrata danych osobowych i środków finansowych zgromadzonych na rachunkach. K. Chałubińska-Jentkiewicz podkreśla, że to właśnie „dane udostępniane w sieci teleinformatycznej mogą jednak stanowić źródło zagrożeń dla bezpieczeństwa informacyjnego²¹”. Z kolei T. Hoffmann wskazuje, że banki działające jako instytucje zaufania publicznego powinny prowadzić skuteczną politykę cyberbezpieczeństwa w celu zapewnienia ciągłości świadczenia usług i ochrony danych osobowych swoich klientów. Należy podkreślić, że zapewnienie jednolitego bezpieczeństwa w skali całego kraju dla całego sektora bankowego i infrastruktury rynków finansowych utrudnia choć w minimalnym zakresie sposób zarządzania bezpieczeństwem cyberprzestrzeni oraz zakres świadczonych usług²². W obliczu licznych cyberzagrożeń warto zatem scharakteryzować zadania właściwych podmiotów odpowiedzialnych za politykę cyberbezpieczeństwa w sektorze bankowym i infrastruktury rynków finansowych, w szczególności Komisji Nadzoru Finansowego oraz sektorowego zespołu cyberbezpieczeństwa.

Zadania Komisji Nadzoru Finansowego oraz Zespołu Reagowania na Incydynty Bezpieczeństwa Komputerowego (CSIRT KNF)

Z aprobatą należy odnieść się do umieszczenia sektora bankowego i infrastruktury rynków finansowych w wykazie usług kluczowych. Warto przy tym zaznaczyć, że zapewnienie cyberbezpieczeństwa w tym sektorze ma wpływ na rozwój społeczno-gospodarczy w kilku aspektach, tj. funkcjonowania instytucji finansowych (ciągłość świadczenia usług), ochrony użytkowników indywidualnych (bezpieczeństwo obrotu gotówkowego i bezgotówkowego) oraz płynności finansowej państwa (oddziaływanie na gospodarkę). Jeżeli chodzi o świadczenie e-usług w sektorze finansowym, kluczowe jest rejestrowanie czynności w e-systemach, co pozwala na „identyfikację rodzaju przetwarzanych informacji, określenie podstawy prawnej

20 K. Bartczak, M. Bodych-Biernacka, *Rodzaje cyberzagrożeń i prawne sposoby im przeciwdziałania w kontekście stosowania cyfrowych platform technologicznych w Polsce i UE*, „Przegląd Organizacji” 2021, nr 3 (974), s. 42–43, DOI: 10.33141/po.2021.3.05 (dostęp 20.06.2022).

21 K. Chałubińska-Jentkiewicz, *Bezpieczeństwo prawne danych osobowych w nowych warunkach cyfrowych*, „Zeszyty Naukowe Katolickiego Uniwersytetu Lubelskiego Jana Pawła II” 2018, nr 61 (1), s. 186, DOI: 10.31743/zn.2018.61.1.179-196 (dostęp 20.06.2022).

22 T. Hoffmann, *Wybrane...*, s. 87–88.

ich wykorzystywania, w tym polityki bezpieczeństwa i oceny jej skutków²³. Przedmiotowe działania obejmują zarówno politykę cyberbezpieczeństwa w znaczeniu makro (usług), jak i mikro (indywidualnych użytkowników). Tym bardziej, że na cyberatak mogą być narażone różnego rodzaju transakcje internetowe czy mobilne, dokonywane przy użyciu kart płatniczych czy za pomocą bliku.

W związku z powyższym należy określić tzw. obszary cyberbezpieczeństwa w sektorze finansowym. Rozważania zawarte w pracy wskazują, że istotną kwestią jest zapewnienie cyberbezpieczeństwa danych przetwarzanych w systemach informatycznych. W tym zakresie polityka cyberbezpieczeństwa powinna uwzględniać zasady określone w rozporządzeniu o ochronie danych osobowych²⁴ oraz uzupełniająco treść ustawy o ochronie danych osobowych²⁵. Zachowanie integralności, dostępności i poufności danych jest jednym z elementów mających wpływ na zapewnienie bezpieczeństwa transakcji płatniczych. Jednocześnie polityka cyberbezpieczeństwa musi również zawierać klarowny opis obsługi incydentów, czynności podejmowanych w celu ochrony infrastruktury krytycznej, serwerów i systemów bankowych oraz zachowania ciągłości połączeń (nieprzerwanego świadczenia e-usług). T. Terlikowski wskazuje wprost, że

problem bezpieczeństwa w cyberprzestrzeni wynika z faktu jej znaczenia dla funkcjonowania państwa (...) współczesnego społeczeństwa, administracji rządowej, samorządowej, gospodarczej i wszystkich innych uczestników życia społeczno-polityczno-gospodarczego²⁶.

Cybererryzko w obszarze finansowym związane jest nie tylko ze stratą o *stricte* finansowym charakterze czy też zawieszeniem prawidłowego funkcjonowania infrastruktury (odmowa wykonania usługi). Banki i instytucje finansowe jako podmioty tzw. zaufania publicznego w przypadku wystąpienia cyberzagrożenia narażone są również na tzw. straty marketingowe, do których należą m.in.: „utrata przychodów wynikających z wyłączeń systemu, koszty utraty klientów i pozyskiwania nowych,

23 D. Skoczylas, *Przetwarzanie danych osobowych a prawo do bycia zapomnianym i prawo do przenoszenia danych na gruncie RODO*, „Acta Iuris Stetinensis” 2018, nr 4 (24), s. 98, DOI: 10.18276/ais.2018.24-04 (dostęp 20.06.2022).

24 Rozporządzenie Parlamentu Europejskiego i Rady (UE) 2016/679 z dnia 27 kwietnia 2016 r. w sprawie ochrony osób fizycznych w związku z przetwarzaniem danych osobowych i w sprawie swobodnego przepływu takich danych oraz uchylenia dyrektywy 95/46/WE (ogólne rozporządzenie o ochronie danych) (Dz. Urz. UE L nr 119 z dnia 4.05.2016 r., s. 1).

25 Ustawa z dnia 10 maja 2018 r. o ochronie danych osobowych (Dz.U. z 2019 r., poz. 1781).

26 T. Terlikowski, *Bezpieczeństwo cyberprzestrzeni wyzwaniem naszych czasów. System cyberbezpieczeństwa w Polsce (w świetle obowiązującego prawa)*, „Zeszyty Naukowe Szkoły Głównej Służby Pożarniczej” 2019, nr 71/3, s. 84.

utrata reputacji i zmniejszenie wartości firmy”²⁷. W konkluzji przedstawionych stwierdzeń można odnieść wrażenie, że w tak kluczowym sektorze niezbędna jest współpraca właściwych podmiotów w celu maksymalizacji cyberbezpieczeństwa świadczenia e-usług. W istocie ustawodawca oceniając ryzyko wystąpienia cyberzagrożenia jako wysokie i uwzględniając różnorodność rynku finansowego w skali makro (usługi bankowe, płatnicze, kapitałowe, ubezpieczeniowe czy emerytalne), określił funkcje i zadania właściwych podmiotów odpowiedzialnych za cyberbezpieczeństwo w tym sektorze.

Organem właściwym do spraw cyberbezpieczeństwa dla sektora bankowego i infrastruktury rynków finansowych jest Komisja Nadzoru Finansowego – dalej: KNF (art. 41 pkt 4 u.k.s.c.). Rola KNF jako podmiotu sprawującego nadzór nad sektorem bankowym jest istotna zarówno w kontekście „dbałości o uczestników rynku”, jak i „podejmowania działań służących prawidłowemu funkcjonowaniu rynku finansowego oraz działań mających na celu rozwój rynku finansowego i jego konkurencyjności”²⁸. Ogólne obowiązki KNF jako organu właściwego do spraw cyberbezpieczeństwa *de lege lata* wskazano m.in. w art. 42 ust. 1 u.k.s.c. Można stąd wywnioskować trzy podstawowe kategorie zadań obejmujące: prowadzenie bieżącej analizy podmiotów w danym sektorze lub podsektorze pod kątem uznania (bądź nieuznania) ich za operatora usługi kluczowej (w tym wydawania decyzji w zakresie uznania, stwierdzenia wygaśnięcia takiego statusu), kontrole operatorów usług kluczowych i dostawców usług cyfrowych (oraz bieżący monitoring stosowania przepisów ustawy), a także współpracy w zakresie cyberbezpieczeństwa z m.in.: ministrem właściwym ds. informatyzacji, z zespołami CSIRT (NASK, GOV, MON)²⁹, organami państw członkowskich Unii Europejskiej. Wyzwania stojące przed KNF odnoszą się do zapewnienia cyberbezpieczeństwa transakcji w skali makro, tj. przede wszystkim handlu elektronicznego i gospodarki elektronicznej. Istotnie, należy stworzyć warunki niezbędne dla bezpieczeństwa dostawców usług

27 A. Krawczyk-Jeziarska, *Koszty instytucji finansowych w świetle zagrożeń cybernetycznych*, „Przeгляд Ustawodawstwa Gospodarczego” 2019, nr 8 (854), s. 29.

28 P. Pisarewicz, E. Kowalewska, *Wybrane zagadnienia regulacji prawa bankowego i nadzoru nad rynkiem finansowym w kontekście praktyki ochrony klientów sektora bankowego*, „Zarządzanie i Finanse. Journal of Management and Finance” 2017, nr 2/1, s. 38.

29 CSIRT GOV to Zespół Reagowania na Incydenty Bezpieczeństwa Komputerowego działający na poziomie krajowym, prowadzony przez Szefa Agencji Bezpieczeństwa Wewnętrznego (art. 2 pkt 1 u.k.s.c.), CSIRT MON to Zespół Reagowania na Incydenty Bezpieczeństwa Komputerowego działający na poziomie krajowym, prowadzony przez Ministra Obrony Narodowej (art. 2 pkt 2 u.k.s.c.), CSIRT NASK – Zespół Reagowania na Incydenty Bezpieczeństwa Komputerowego działający na poziomie krajowym, prowadzony przez Naukową i Akademicką Sieć Komputerową – Państwowy Instytut Badawczy (art. 2 pkt 3 u.k.s.c.).

(np. banków, instytucji pieniądza elektronicznego czy instytucji kredytowych) oraz użytkowników usług (np. posiadaczy kart płatniczych, rachunków bieżących, kredytobiorców)³⁰.

Potrzeba podjęcia działań związanych z zapewnieniem cyberbezpieczeństwa w sektorze bankowym i infrastruktury rynków finansowych stała się impulsem do powstania sektorowego zespołu cyberbezpieczeństwa znanego pod nazwą Zespół Reagowania na Incydynty Bezpieczeństwa Komputerowego polskiego sektora finansowego (dalej: CSIRT KNF). CSIRT KNF ściśle współpracuje z innymi krajowymi zespołami CSIRT. Do jego zadań należy również koordynacja działań i wsparcie czynności wykonywanych przez operatorów usług kluczowych, dotyczących w szczególności obsługi incydentów poważnych, występujących w podmiotach rynku finansowego świadczących usługi kluczowe. Ponadto CSIRT KNF zajmuje się także analizą incydentów i potencjalnych zagrożeń cyberbezpieczeństwa³¹.

Kolejny moduł aktywności w zakresie cyberbezpieczeństwa dotyczy funkcjonowania Departamentu Cyberbezpieczeństwa Urzędu KNF (dalej: DCB). DCB powstało w celu zapewnienia wysokiego poziomu cyberbezpieczeństwa Urzędu KNF oraz wykonywania zadań przewidzianych dla podmiotu publicznego oraz organu właściwego. Zajmuje się kwestiami analitycznymi, tj. opracowuje kryteria oceny i procedury kontrolne dotyczące podmiotów nadzorowanych, i kontrolnymi, tj. planuje i wykonuje czynności kontrolne w zakresie obszarów technologii informacyjnej i bezpieczeństwa środowiska teleinformatycznego (czego skutkiem są m.in. raporty czy zalecenia pokontrolne). Odpowiada również za przygotowywanie projektów decyzji Komisji, opracowuje dobre praktyki oraz rekomendacje dla rynku finansowego, zarządza incydentami w obszarze cyberbezpieczeństwa, współpracuje m.in. z ministrem właściwym ds. informatyzacji oraz z zespołami CSIRT³². Rozbudowanie schematu organizacyjnego Urzędu KNF, tj. pojawienie się Departamentu Cyberbezpieczeństwa, należy ocenić pozytywnie. Dodatkowa komórka zajmująca się cyberbezpieczeństwem pozwoli odciążyć (czy też wesprzeć) działania KNF-u w przedmiocie zapewnienia wysokiego poziomu bezpieczeństwa sektora bankowego i infrastruktury rynków finansowych. Podejmowane przez nią działania są szczególnie istotne w kontekście tzw. czynności prewencyjnych, polegających

30 P. Widawski, *Cyberbezpieczeństwo w usługach płatniczych*, w: C. Banasiński (red.), *Cyberbezpieczeństwo...*, s. 340.

31 Komisja Nadzoru Finansowego, *Zespół Reagowania na Incydynty Bezpieczeństwa Komputerowego polskiego sektora finansowego*, www.knf.gov.pl/dla_ryнку/CSIRT_KNF (dostęp 21.06.2022). Por. art. 44 u.k.s.c.

32 Komisja Nadzoru Finansowego, *Departament Cyberbezpieczeństwa (DCB)*, www.knf.gov.pl/o_nas/urząd_komisji/dane_teleadresowe_struktura?articleId=65223&p_id=18 (dostęp 21.06.2022).

na opracowaniu dobrych praktyk oraz rekomendacji dla rynku finansowego. Warto wspomnieć, że działania KNF, CSIRT KNF oraz DCB powinny poprawić jakość świadczenia usług „pod względem interoperacyjności sieci na poziomie transgranicznym”³³, dlatego polityka cyberbezpieczeństwa stanowi nieodzowny element funkcjonowania tego sektora.

Na kanwie przedstawionych rozważań należy odnieść się do wniosku dotyczącego rozporządzenia Parlamentu Europejskiego i Rady w sprawie operacyjnej odporności cyfrowej sektora finansowego³⁴. Rozporządzenie konstruuje jednolite zasady bezpieczeństwa sieci i systemów operacyjnych wykorzystywanych w procesach biznesowych przez podmioty finansowe (m.in.: instytucje płatnicze, instytucje pieniądza elektronicznego czy firmy inwestycyjne). DORA podkreśla podstawowe zadania związane z zapewnieniem cyberbezpieczeństwa rynku finansowego. Odnoszą się one do zarządzania ryzykiem związanym z ICT, klasyfikacji i zgłaszania incydentów, testowania operacyjnej odporności cyfrowej, nadzoru nad kluczowymi zewnętrznymi dostawcami usług ICT, wymiany informacji o cyberzagrożeniach³⁵. Harmonizacja przepisów w tym zakresie w założeniu pozwoli osiągnąć wysoki wspólny poziom operacyjnej odporności cyfrowej, ograniczyć ryzyko zakłócenia świadczenia usługi kluczowej (ochrona usługodawców i usługobiorców), tym samym umożliwi wzrost konkurencyjności na rynku finansowym. Powyższe nie zmienia jednak tego, że oprócz regulacji prawnych istotne znaczenie w kontekście poprawy cyberbezpieczeństwa mają kompetencje cyfrowe aktorów cyberprzestrzeni. Należy zgodzić się ze stanowiskiem wyrażonym przez R. Pitera, że „za poprawę bezpieczeństwa odpowiada sam użytkownik, który jest tym elementem, który obecnie bywa najczęściej narażony na potencjalny atak ze strony hakerów”³⁶. Jednocześnie warto zaznaczyć, że umiejętności cyfrowe nie są wystarczającą determinantą w walce z cyberzagrożeniami. Niezbędne warunki cyberbezpieczeństwa obejmują przede wszystkim kwestie technologiczne i prawne.

33 D. Skoczylas, *The Act on the National Cybersecurity System and Other Legal Regulations in the Context of Ensuring State Cybersecurity. Selected Issues*, „Roczniki Nauk Prawnych” 2020, t. XXX, nr 2, s. 96, DOI: 10.18290/rnp20302-7 (dostęp 21.06.2022).

34 Wniosek dotyczący rozporządzenia Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 24 września 2020 r. w sprawie operacyjnej odporności cyfrowej sektora finansowego i zmieniające rozporządzenia (WE) nr 1060/2009, (UE) nr 648/2012, (UE) nr 600/2014 oraz (UE) nr 909/2014 (COM(2020) 595 final), dalej: DORA.

35 Zob. art. 1 DORA.

36 R. Pitera, *Współczesne problemy i zagrożenia cyberbezpieczeństwa w sektorze usług bankowości elektronicznej*, „Przegląd Nauk o Obronności” 2017, nr 2 (4), s. 190.

Wnioski

Reasumując, sektor bankowy i infrastruktury rynków finansowych należy do tzw. usług kluczowych. Zapewnienie niezakłóconego funkcjonowania rynku finansowego sprzyja nie tylko konkurencyjności usług, lecz także ma kluczową rolę dla utrzymania krytycznej działalności społecznej i gospodarczej. Niewątpliwie polityka pieniężna państwa ma fundamentalne znaczenie w kontekście rozwoju społeczno-gospodarczego. Zważywszy na liczne i różnorodne zagrożenia związane z użytkowaniem cyberprzestrzeni (cyberzagrożenia), konieczne jest stworzenie optymalnych, a jednocześnie skutecznych ram bezpiecznego świadczenia e-usług, zawartych w tzw. polityce cyberbezpieczeństwa.

Przy wdrożeniu polityki cyberbezpieczeństwa w sektorze bankowym i infrastruktury rynków finansowych należy wziąć pod uwagę kilka istotnych czynników. Przede wszystkim analiza wymaga kwestia istniejących i potencjalnych cyberzagrożeń, skali ich występowania, a także szkód, które mogą spowodować. Taka klasyfikacja pomoże m.in. przyjąć ogólne zasady postępowania w odniesieniu do analizy ryzyka oraz obsługi incydentów. Nie bez znaczenia są także zadania podmiotów odpowiedzialnych za cyberbezpieczeństwo rynku finansowego. Z aprobatą należy odnieść się do tego, że w przypadku sektora bankowego i infrastruktury rynków finansowych oprócz wskazania zadań organu właściwego do spraw cyberbezpieczeństwa, tj. Komisji Nadzoru Finansowego, wyodrębniono i przypisano liczne obowiązki Zespołowi Reagowania na Incydenty Bezpieczeństwa Komputerowego polskiego sektora finansowego (CSIRT KNF). W tym miejscu warto wspomnieć o funkcjonowaniu Departamentu Cyberbezpieczeństwa Urzędu KNF, którego celem jest zapewnienie wysokiego poziomu cyberbezpieczeństwa Urzędu KNF oraz wykonywanie zadań przewidzianych dla podmiotu publicznego oraz organu właściwego. Mając na uwadze powyższe, można stwierdzić, że polityka cyberbezpieczeństwa powinna opierać się na wspólnych działaniach podjętych przez podmioty wchodzące w skład sektora bankowego i infrastruktury rynków finansowych, KNF, Ministra Finansów i odzwierciedlać założenia zawarte w Strategii Cyberbezpieczeństwa Rzeczypospolitej Polskiej.

Wreszcie podkreślenia wymaga tzw. triada czynników umożliwiająca wprowadzenie efektywnej polityki cyberbezpieczeństwa. Należą do niej niewątpliwie dbałość o aktualność rozwiązań prawnych (strategia cyberbezpieczeństwa a powszechnie obowiązujące akty prawa) oraz kwestie (przystosowanie) technologiczne (oprogramowania, sprzęt, jakość sieci). Nie dziwi zatem wzrost zainteresowania nowymi technologiami na rynku finansowym. Spoiwem tych dwóch elementów są umiejętności (kompetencje) cyfrowe operatorów usług kluczowych, organów administracji publicznej, inwestorów, użytkowników indywidualnych.

W konkluzji należy przyznać, że współczesny wymiar bezpieczeństwa finansowego państwa to również wymiar bezpieczeństwa e-finansów. Kluczowym aspektem jest wdrożenie optymalnej polityki cyberbezpieczeństwa, ale również rozwój umiejętności (kompetencji) cyfrowych aktorów rynku finansowego.

Bibliografia

- Aleksandrowicz T.R., *Bezpieczeństwo w cyberprzestrzeni ze stanowiska prawa międzynarodowego*, „Przegląd Bezpieczeństwa Wewnętrznego” 2016, nr 15 (8).
- Banasiński C., *Podstawowe pojęcia i podstawy prawne bezpieczeństwa w cyberprzestrzeni*, w: C. Banasiński (red.), *Cyberbezpieczeństwo. Zarys wykładu*, Warszawa 2018.
- Bartczak K., Bodych-Biernacka M., *Rodzaje cyberzagrożeń i prawne sposoby im przeciwdziałania w kontekście stosowania cyfrowych platform technologicznych w Polsce i UE*, „Przegląd Organizacji” 2021, nr 3 (974).
- Błażewski M., *Środki komunikacji elektronicznej w prawie zamówień publicznych*, „Research Papers of Wrocław University of Economics” 2017, nr 497, DOI: 10.15611/pn.2017.497.19.
- Chałubińska-Jentkiewicz K., *Bezpieczeństwo prawne danych osobowych w nowych warunkach cyfrowych*, „Zeszyty Naukowe Katolickiego Uniwersytetu Lubelskiego Jana Pawła II” 2018, nr 61 (1), DOI: 10.31743/zn.2018.61.1.179-196.
- Drgas K., *Przesłanki wdrażania cyfryzacji jednostek samorządu lokalnego finansowanej ze środków unijnych*, „Ruch Prawniczy, Ekonomiczny i Socjologiczny” 2019, nr 81 (1), DOI: 10.14746/rpeis.2019.81.1.13.
- Hoffmann T., *Wybrane aspekty cyberbezpieczeństwa w Polsce*, Poznań 2018.
- Klepacka P., Kowalewska E., *Instrumenty polityki pieniężnej w działalności Narodowego Banku Polskiego*, w: W. Bożek, E. Kowalewska (red.), *Bank i pieniądz w Polsce i na świecie*, Szczecin 2017.
- Komisja Nadzoru Finansowego, *Departament Cyberbezpieczeństwa (DCB)*, www.knf.gov.pl/o_nas/urząd_komisji/dane_teleadresowe_struktura?articleId=65223&p_id=18.
- Komisja Nadzoru Finansowego, *Zespół Reagowania na Incydenty Bezpieczeństwa Komputerowego polskiego sektora finansowego*, www.knf.gov.pl/dla_ryнку/CSIRT_KNF.
- Krawczyk-Jeziarska A., *Koszty instytucji finansowych w świetle zagrożeń cybernetycznych*, „Przegląd Ustawodawstwa Gospodarczego” 2019, nr 8 (854).
- Krzyżankiewicz F., *Ustawa o krajowym systemie cyberbezpieczeństwa. Identyfikacja i rejestracja operatorów usług kluczowych*, „Informacja w administracji publicznej” 2019, nr 1.

- Monarcha-Matlak A., *Komunikacja elektroniczna, prawo komunikacji elektronicznej, Europejski kodeks łączności elektronicznej i ich wpływ na rozwój jurysdykcji administracyjnej*, w: M. Szewczyk, L. Staniszevska, M. Kruś (red.), *Kierunki rozwoju jurysdykcji administracyjnej*, Warszawa 2022.
- Pisarewicz P., Kowalewska E., *Wybrane zagadnienia regulacji prawa bankowego i nadzoru nad rynkiem finansowym w kontekście praktyki ochrony klientów sektora bankowego*, „Zarządzanie i Finanse. Journal of Management and Finance” 2017, nr 2/1.
- Pitera R., *Współczesne problemy i zagrożenia cyberbezpieczeństwa w sektorze usług bankowości elektronicznej*, „Przegląd Nauk o Obronności” 2017, nr 2 (4).
- Skoczylas D., *Interoperacyjność, cyfrowość, transgraniczność technologii informacyjno-komunikacyjnych jako determinanty zrównoważonego rozwoju w XXI wieku*, w: M. Staniszevski, H.E. Kretek (red.), *Zrównoważony rozwój i europejski zielony ład wektorami na drodze doskonalenia warsztatu naukowca*, Gliwice 2021.
- Skoczylas D., *Przetwarzanie danych osobowych a prawo do bycia zapomnianym i prawo do przenoszenia danych na gruncie RODO*, „Acta Iuris Stetinensis” 2018, nr 4 (24), DOI: 10.18276/ais.2018.24-04.
- Skoczylas D., *The Act on the National Cybersecurity System and Other Legal Regulations in the Context of Ensuring State Cybersecurity. Selected Issues*, „Roczniki Nauk Prawnych” 2020, t. XXX, nr 2, DOI: 10.18290/rnp20302-7.
- Szpor G., *Nowelizacja siatki pojęciowej cyberbezpieczeństwa*, „Monitor Prawniczy” 2020, nr 22.
- Terlikowski T., *Bezpieczeństwo cyberprzestrzeni wyzwaniem naszych czasów. System cyberbezpieczeństwa w Polsce (w świetle obowiązującego prawa)*, „Zeszyty Naukowe Szkoły Głównej Służby Pożarniczej” 2019, nr 71/3.
- Widawski P., *Cyberbezpieczeństwo w usługach płatniczych*, w: C. Banasiński (red.), *Cyberbezpieczeństwo. Zarys wykładu*, Warszawa 2018.
- Żywucka-Kozłowska E., Dziembowski R., *Spółczeństwo informacyjne w perspektywie wybranych aktów prawnych Unii Europejskiej*, „Media – Kultura – Komunikacja Społeczna” 2021, nr 3 (16), DOI: 10.31648/mkks.6620.

Cybersecurity of the Banking Sector and Financial Markets Infrastructure

Abstract

The article deals with the issue of cybersecurity in the banking sector and financial markets infrastructure. Considerations in this regard were carried out on the basis of an analysis of the provisions of the Act on the National Cybersecurity System. In addition, the current

principles of cybersecurity in the context of the tasks of the Financial Supervision Commission were taken into account. The paper uses the dogmatic-legal method.

The aim of the article is to characterise threats occurring in the banking sector and financial market infrastructure in connection with the provision of the so-called e-services in cyberspace. The subject of consideration is also the presentation and assessment of the current rules of cybersecurity and the tasks of the Financial Supervision Commission (competent authority for cybersecurity). A key aspect is also to indicate the activities undertaken by the right Computer Security Incident Response Team (CSIRT), especially in the context of classification and handling of network incidents. The analysis of the topic will answer the following question: what issues should be taken into account when implementing a cybersecurity policy in the banking sector and financial markets infrastructure.

The author of the paper has established that the contemporary dimension of the state financial security is also the dimension of e-financial security. Considering the above, the key aspect is the implementation of an optimal cybersecurity policy, but also the development of skills (competences) of digital actor of the financial market.

Keywords: cybersecurity, cyberthreats, Financial Supervision Commission, banking sector and financial market infrastructures, key services

CYTOWANIE

Skoczylas D., *Cyberbezpieczeństwo sektora bankowego i infrastruktury rynków finansowych*, „Acta Iuris Stetinensis” 2023, nr 2 (vol. 43), 107–122, DOI: 10.18276/ais.2023.43-06.



Marcin Walczak

mgr

Uniwersytet Szczeciński

e-mail: m.walczak@kancelariadobra.szczecin.pl

ORCID: 0000-0003-1239-5073

OPEN ACCESS



Algorytmy i sztuczna inteligencja jako narzędzie i źródło niedozwolonych praktyk ograniczających konkurencję w świetle art. 101 Traktatu o funkcjonowaniu Unii Europejskiej

Streszczenie

Celem artykułu jest prezentacja potencjalnych zagrożeń dla konkurencji wynikających z szerokiego zastosowania algorytmów i sztucznej inteligencji w działalności rynkowej przedsiębiorstw przez pryzmat art. 101 Traktatu o funkcjonowaniu Unii Europejskiej¹ (dalej: TFUE) oraz próba oceny, czy wskazana regulacja prawna oraz wypracowana na jej bazie praktyka wynikająca z działalności orzeczniczej Komisji Europejskiej (dalej KE) i Trybunału Sprawiedliwości Unii Europejskiej (dalej: TSUE) oraz regulacje prawa wtórnego Unii Europejskiej z zakresu konkurencji tworzą adekwatny wobec prezentowanych zagrożeń system jej ochrony. W pierwszej kolejności omówiono techniczne uwarunkowania algorytmów i sztucznej inteligencji istotne dla dalszych rozważań. Następnie, analizując art. 101 TFUE oraz wybrane orzecznictwo KE i TSUE, dokonano prezentacji i oceny prawnej prawdopodobnych praktyk zagrażających konkurencji, mogących powstać wskutek zastosowania wspomnianej technologii. W ostatniej części publikacji wskazano propozycje przeciwdziałania omówionym zagrożeniom konkurencji, opierając się na analizie wybranych aktów wtórnego prawa

¹ Traktat o funkcjonowaniu Unii Europejskiej (Dz. Urz. UE C 326 z dnia 26.10.2012 r., s. 47).

Unii Europejskiej z zakresu ochrony konkurencji oraz koncepcjach obrazujących przypuszczalne kierunki przyszłych rozwiązań.

Słowa kluczowe: algorytmy, sztuczna inteligencja, praktyki ograniczające konkurencję, prawo ochrony konkurencji Unii Europejskiej

Wprowadzenie

Rynek cyfrowy stał się znaczącym źródłem zysku przedsiębiorstw i najbardziej zaawansowanym technologicznie kanałem dystrybucji dóbr, zaś przedsiębiorstwa mają do dyspozycji niedostępne gdzie indziej środki wpływania na czynniki, od których bezpośrednio lub pośrednio zależy wielkość osiąganego zysku – w tym algorytmy komputerowe, a coraz częściej także sztuczną inteligencję. Pewne korzyści, ale też obawy związane z algorytmizacją obrotu znalazły odzwierciedlenie w wynikach badania sektora handlu elektronicznego przeprowadzonego przez KE w latach 2015–2016². Wskazano pierwsze wątpliwości związane ze stosunkowo prostymi algorytmami monitorowania cen, za pomocą których większość przedsiębiorstw prowadzących sprzedaż w internecie obserwuje – w zasadzie w czasie rzeczywistym – ceny konkurentów i które pozwalają jednocześnie na tej podstawie kształtować ich własne ceny, co może ułatwiać koordynację cenową na rynku, umożliwiając działania odwetowe wobec podmiotów odstępujących od określonego poziomu cen³. Zwrócono także uwagę na zautomatyzowaną wymianę wrażliwych danych handlowych między konkurentami⁴. W 2019 roku KE uznała upowszechnienie i technologiczny rozwój algorytmów w działalności gospodarczej za jedno z głównych wyzwań dla unijnej polityki konkurencji⁵. Dość powiedzieć, że w 2018 roku KE wydała w tym samym dniu decyzje w czterech odrębnych sprawach algorytmicznego monitorowania i ustalania na tej podstawie internetowych cen odsprzedaży

2 Komisja Europejska, *Sprawozdanie Komisji dla Rady i Parlamentu Europejskiego. Sprawozdanie końcowe na temat badania sektora handlu elektronicznego COM/2017/0229 final z 10 maja 2017 r.*, <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PL/TXT/PDF/?uri=CELEX:52017DC0229&from=pl> (dostęp 18.04.2021).

3 Ibidem.

4 Ibidem.

5 Komisja Europejska, *Sprawozdanie Komisji dla Parlamentu Europejskiego, Rady, Europejskiego Komitetu Ekonomiczno-Społecznego i Komitetu Regionów. Sprawozdanie dotyczące polityki konkurencji za rok 2018 COM(2019) 339 final z 15 lipca 2019 r.*, <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PL/TXT/PDF/?uri=CELEX:52019DC0339&from=pl> (dostęp 10.08.2019).

przez producentów elektroniki użytkowej, utrzymywanych potem poprzez system sankcji stosowanych wobec wyłamujących się z porozumienia detalistów⁶.

Pojawiają się głosy, że postęp technologiczny może wymusić zmianę metod wykrywania antykonkurencyjnych praktyk, choć prawdopodobnie nie przyczyni się do powstania ich nowych form, wymagających zmian prawnych⁷. Błyskawiczny postęp technologiczny wzmaga jednak wątpliwości dotyczące gotowości na zjawiska generowane przez maszyny, a zwłaszcza działania algorytmów funkcjonujących autonomicznie, z ograniczonym udziałem człowieka lub w ogóle bez jego udziału. Obowiązujące regulacje mogą okazać się niewystarczające do kontroli oderwanych od czynników rynkowych i zasad konkurencji zmian cen oraz innych konsekwencji aktywności algorytmów. Kiedy maszyny przejmą rolę człowieka w kształtowaniu i prowadzeniu polityki rynkowej przedsiębiorstw, spektrum możliwych form naruszeń konkurencji może wykroczyć poza tradycyjnie rozumianą zmowę, zaś mechanizm samouczących się algorytmów wymknąć poza granice kontroli prawnej⁸. Analizy wymaga nie tylko, czy algorytmy mogą ułatwiać zmowę (albo inne formy niedozwolonego współdziałania) w szerszym niż w przypadku tradycyjnych metod zakresie uwarunkowań rynkowych, lecz także czy dzięki algorytmom przedsiębiorstwa mogłyby osiągać antykonkurencyjne cele, nie naruszając prawa⁹.

Celem artykułu jest wprowadzenie do tematyki zagadnień wielostronnych praktyk ograniczających konkurencję mogących objawiać się w wyniku upowszechnienia sztucznej inteligencji i algorytmów komputerowych w działalności gospodarczej oraz weryfikacja stanowiska, zgodnie z którym stan obowiązujących regulacji z zakresu prawa ochrony konkurencji UE jest wystarczający, by uznać je za skuteczne narzędzie ochrony konkurencji w świetle rodzaju prezentowanych zagrożeń.

6 Decyzja Komisji Europejskiej z dnia 24 lipca 2018 r. w sprawie AT.40465 – ASUS; Decyzja Komisji Europejskiej z dnia 24 lipca 2018 r. w sprawie AT.40469 – Denon&Marantz; Decyzja Komisji Europejskiej z dnia 24 lipca 2018 r. w sprawie AT.40181 – Philips; Decyzja Komisji Europejskiej z dnia 24 lipca 2018 r. w sprawie AT.40182 – Pioneer, https://ec.europa.eu/competition-policy/competition-case-search-0_en (dostęp 25.06.2020).

7 M. McLennan, *Whish urges restraint on algorithmic collusion*, 5.07.2017 r., Global Competition Review, <https://globalcompetitionreview.com/article/1144015/whish-urges-restraint-on-algorithmic-collusion> (dostęp 4.07.2020).

8 J. Blockx, *Antitrust in Digital Markets in the EU: Policing Price Bots*, Radboud Economic Law Conference 9 June 2017, s. 2, <https://ssrn.com/abstract=2987705> (dostęp 21.10.2019).

9 A. Capobianco, P. Gonzaga, *Algorithms and Competition: Friends or Foes?*, 14.07.2017 r., CPI Antitrust Chronicle, www.competitionpolicyinternational.com/algorithms-and-competition-friends-or-foes (dostęp 9.10.2019).

Uwarunkowania technologiczne

Źródła wielu algorytmicznych zagrożeń dla konkurencji upatruje się w sferze projektowania, programowania i sposobu funkcjonowania algorytmów. Niezbędne jest więc przybliżenie, przynajmniej w ogólnym zarysie, podstawowych aspektów technologicznych i siatki pojęciowej użytej w niniejszej publikacji.

Nie istnieje jedna powszechnie przyjęta definicja algorytmu. Komitet Organizacji Współpracy Gospodarczej i Rozwoju (dalej: OECD) ds. Konkurencji przyjął definicję R.A. Wilsona i F.C. Keila:

Algorytm to jednoznaczny i precyzyjny zespół prostych operacji stosowanych mechanicznie i systematycznie do określonego zestawu znaków lub obiektów (np. konfiguracji figur szachowych, liczb, składników ciasta itp.). Stan początkowy zestawu elementów, na których dokonuje się operacji stanowi dane wejściowe; stan końcowy, po ich przeprowadzeniu to dane wyjściowe¹⁰.

Sztuczna inteligencja to termin odnoszący się do systemów, które wykazują inteligentne zachowanie, dzięki analizie otoczenia i podejmowaniu działań – do pewnego stopnia autonomicznie – by osiągnąć konkretne cele¹¹. Sztuczna inteligencja jest również dziedziną informatyki zajmującą się projektowaniem i badaniami nad jednostkami zdolnymi wykonywać zadania o wysokim stopniu skomplikowania w sposób, który można uznać za inteligentny¹².

Jednym z podzbiorów problematyki sztucznej inteligencji i jednocześnie formą technologii w niej wykorzystywanej jest **uczenie maszynowe (samouczenie się maszyn)** – dziedzina projektowania inteligentnych maszyn z wykorzystaniem algorytmów, które w sposób powtarzalny uczą się na podstawie dostarczanych danych oraz nabywanego doświadczenia¹³, mimo że nie zostały do tego wprost zaprogramowane. W ramach metod uczenia maszynowego wyróżnić należy uczenie nadzorowane, nienadzorowane i wzmacniające. W uczeniu nadzorowanym algorytm wykorzystuje do tego – stanowiące wzorzec – zestawy uprzednio oznaczonych

¹⁰ OECD, *Algorithms and Collusion: Competition Policy in the Digital Age*, 14.09.2017 r., s. 8, www.oecd.org/competition/algorithms-collusion-competition-policy-in-the-digital-age.htm (dostęp 30.01.2020).

¹¹ Komisja Europejska, *Komunikat Komisji do Parlamentu Europejskiego, Rady Europejskiej, Europejskiego Komitetu Ekonomiczno-Społecznego i Komitetu Regionów Sztuczna inteligencja dla Europy COM/2018/237 final z 25 kwietnia 2018 r.*, <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PL/TXT/?uri=CELEX%3A52018DC0237> (dostęp 1.05.2020).

¹² OECD, *Algorithms...*, s. 9.

¹³ Ibidem.

danych, by przetwarzając je, poznać ogólną zasadę (prawidłowość)¹⁴. Zestawy danych mają charakter treningowy i pozwalają, przy zaistnieniu kolejno po sobie zachodzących zdarzeń, odszyfrować dalszy ciąg danej prawidłowości, co w dużym stopniu odpowiada temu, jak człowiek nabiera wiedzy o otaczającym go świecie¹⁵. Jedną z najbardziej zaawansowanych metod wykorzystywanych przy uczeniu nadzorowanym jest uczenie głębokie i związane z nim sztuczne sieci neuronowe. Wymaga ona dostarczenia algorytmowi ogromnej ilości danych wejściowych, wobec czego wyodrębnienie z nich elementów istotnych następuje w sposób zautomatyzowany. Technologia ta pozwala osiągnąć poziom abstrakcyjności nieznanym prostszym formom uczenia maszynowego. Algoritmy uczenia głębokiego uczą się szybciej, w sposób bardziej dokładny i bardziej bezbłędny niż te oparte na konwencjonalnym uczeniu maszynowym¹⁶. W ustalone z góry, wypreparowane zestawy danych nie zaopatruje się algorytmów uczenia nienadzorowanego. Kluczowy jest tu element różnicowania (grupowania) elementów podobnych i wykrywania anomalii (elementów nowych), a uczenie się następuje przez wykrywanie odmienności¹⁷. Pozbawione dostępu do wstępnego zestawu danych są także algoritmy uczenia wzmacniającego, którego podstawą jest uczenie metodą prób i błędów¹⁸. Algoritm z każdą kolejną decyzją nabiera doświadczenia, ograniczając prawdopodobieństwo podjęcia decyzji w danych okolicznościach nieprawidłowej.

Algoritmiczne zagrożenia dla konkurencji

Algoritmy mogą zostać użyte jako narzędzie wdrożenia i utrzymania uprzednio dokonanych między przedsiębiorstwami antykonkurencyjnych uzgodnień. Wykonują w tym przypadku wyłącznie bezpośrednie instrukcje użytkownika i służą głównie komunikacji i przekazywaniu informacji. U źródła zмовы lub uzgodnionej praktyki nie leży aktywność algorytmu, ale czysto ludzka inicjatywa. Algoritm, monitorując realizację niedozwolonej praktyki, dostarcza zaś uczestnikom informacji o jej przebiegu i ewentualnych krokach wskazujących na odstępstwo od wspólnych uzgodnień¹⁹. Wybór algorytmu do realizacji uprzednich ustaleń stron

14 Ibidem.

15 A. Deng, *An Antitrust Lawyer's Guide to Machine Learning*, „Antitrust” 2018, Vol. 32, No. 2, s. 83.

16 OECD, *Algorithms...*, s. 11-12.

17 A. Deng, *An Antitrust...*, s. 84.

18 Ibidem, s. 85.

19 A. Ezrachi, M.E. Stucke, *Artificial Intelligence & Collusion: When Computers Inhibit Competition*, „University of Illinois Law Review” 2017, nr 5, s. 1784.

ma znaczenie drugorzędne z punktu widzenia stosowania art. 101 TFUE. Bez znaczenia dla negatywnej oceny danej praktyki pozostanie również ewentualne niepowodzenie algorytmu w wypełnieniu przewidzianej dla niego roli. Organ ochrony konkurencji dysponując dowodami komunikacji przedsiębiorstw wyrażającej zgodną wolę niedozwolonego współdziałania, może odwołać się do utrwalonej już w orzecznictwie sądów europejskich praktyki²⁰ i sytuacja ta nie powinna rodzić problemów na gruncie prawa materialnego.

W wyniku wykorzystania przez wielu konkurentów rynkowych tego samego lub podobnie działającego algorytmu może dojść do sytuacji odpowiadającej kartelowi *hub-and-spoke*, co pozwoliłoby konkurentom odgórnie regulować ceny lub w ujednolicony sposób reagować na zmiany warunków rynkowych²¹. Uwaga doktryny skupia się w tym wypadku na działaniu algorytmów cenowych. Elektroniczne przesyłanie podmiotowi trzeciemu (dostawcy algorytmu – np. przedsiębiorstwu stojącemu na wyższym szczeblu obrotu) przez wielu konkurentów informacji o ponoszonych kosztach pozwoliłoby temu podmiotowi sugerować albo nawet od razu wdrażać takie ceny towarów lub usług konkurentów, które byłyby najbardziej optymalne dla maksymalizacji zysku²². Do podobnej sytuacji doszłoby, gdyby na stronach internetowych konkurentów zaimplementowano narzędzia śledzenia cen, przesyłające wspólnemu algorytmowi zebrane dane²³. Dla oceny prawnej konkretnego przypadku istotne byłyby raczej nie szczegóły techniczne przyjętych rozwiązań, ale świadomość przedsiębiorstw, że takie narzędzia zaimplementowano oraz że dane zebrane przez nie albo przekazane przez same przedsiębiorstwa bezpośrednio algorytmowi dotrą za jego pośrednictwem do konkurentów.

Algorytmy mogą ułatwiać powstanie i utrzymanie w dłuższym okresie, nienaruszającej prawa ochrony konkurencji, niemej zmowy²⁴ zastępującej jawne niedozwolone porozumienie. Skutkiem korzystania przez konkurentów niezależnie od siebie,

20 Zob. m.in.: sprawa T-41/96, *Bayer AG przeciwko Komisji Wspólnot Europejskich*, ECLI:EU:T:2000:242; sprawa T-208/01, *Volkswagen AG przeciwko Komisji Wspólnot Europejskich*, ECLI:EU:T:2003:326; sprawa C-74/04, *Komisja Wspólnot Europejskich przeciwko Volkswagen AG*, ECLI:EU:C:2006:460.

21 A. Ezrachi, M. E. Stucke, *Artificial...*, s. 1787.

22 Ibidem, s. 1788.

23 J. Blockx, *Antitrust...*, s. 6.

24 Inaczej: milcząca zмова; świadomy paralelizm – zjawisko polegające na samodzielnym podejmowaniu przez przedsiębiorstwa decyzji dotyczących swoich zachowań na rynku na podstawie własnej obserwacji sytuacji rynkowej i analizy zachowania konkurentów; A. Jurkowska-Gomułka, G. Materna, D. Miąsik, *Art. 101*, w: K. Kowalik-Bańczyk, M. Szwarc-Kuczer, A. Wróbel (red.), *Traktat o funkcjonowaniu Unii Europejskiej. Komentarz. Tom II (art. 90–222)*, Warszawa 2012, <https://sip.lex.pl/#/commentary/587648062/445502> (dostęp 25.08.2020).

w efekcie samodzielnych decyzji, z algorytmów może być koordynacja cen. Umożliwia ją podobieństwo algorytmów powodowane uwzględnieniem na etapie projektowania prawdopodobnego stanu rozwoju i parametrów algorytmów konkurentów, które mają uzyskiwać przewidywalne rezultaty działania i reagować w określony sposób na zmieniające się warunki rynkowe. Upowszechnienie w danej branży podobnie działających algorytmów może skutkować powstaniem sieci współzależnych decyzji podejmowanych przez maszyny, owocując antykonkurencyjnym skutkiem²⁵. Każdy z konkurentów wdraża do swej działalności algorytm, mając na uwadze wyłącznie indywidualny interes ekonomiczny, zaś same algorytmy nie wchodzą ze sobą w niedozwolone prawnie kontakty, a jedynie reagują na zmiany parametrów rynkowych zgodnie z zaprogramowanym celem, tj. maksymalizacją zysku użytkownika²⁶. Wydajność algorytmów zależy od dostatecznej transparentności rynku, bowiem operują na pozyskiwanych z niego danych. Jednocześnie same przyczyniają się do jej wzrostu. Rosnąca transparentność ogranicza przy tym czynnik niepewności w ustalaniu strategii rynkowej²⁷. Do kalibracji ogólnej strategii algorytmu można wykorzystać historyczne dane rynkowe. W takich warunkach algorytmy mogą wzajemnie błyskawicznie przewidywać swoje ruchy i określać wpływ możliwych reakcji na poziom zysku²⁸. W wyniku samouczenia algorytmy mogą także, wykrywając odstępstwo konkurenta od koordynacji, podejmować kroki zmierzające do eliminacji tendencji secesjonistycznych. Reakcja na odstępstwo zaburzające koordynację będzie racjonalną odpowiedzią na niepożądane, bo skutkujące spadkiem zysku zdarzenie, które trzeba wyeliminować²⁹. W ten sposób, za sprawą algorytmów, stan paralelizmu może ulec petryfikacji.

Obawy te nie uwzględniają jednak istotnej cechy rynków cyfrowych, jaką jest wysoki stopień zindywidualizowania ofert kierowanych do konsumentów i każdej transakcji konsumenckiej, do której dochodzi na rynku. Każdą z nich postrzegać można jako jednorazową, skończoną relację, co utrudnia utrzymanie niemej umowy. Połączenie algorytmicznej indywidualizacji ofert cenowych (dyskryminacja cenowa, dyskryminacja behawioralna) i algorytmicznie kształtowanej dynamicznej polityki cenowej skutkowałoby w zasadzie nieskończoną liczbą stosowanych w tym samym czasie cen, co skutecznie uniemożliwiłoby koordynację³⁰. Mimo tego

25 A. Ezrachi, M.E. Stucke, *Artificial...*, s. 1783.

26 Ibidem, s. 1790.

27 Ibidem.

28 Ibidem, s. 1791.

29 Ibidem, s. 1790.

30 N. Petit, *Antitrust and Artificial Intelligence: A Research Agenda*, „Journal of European Competition Law & Practice” 2017, Vol. 8, Issue 6, s. 361.

podnosi się, że zaawansowane algorytmy zdolne do samouczenia i przewidywania, dostosowujące własne działania do zachowań innych uczestników rynku, mogą doprowadzić do zмовы bez jakiegokolwiek intencjonalnej interwencji ze strony człowieka i bez zaprogramowania do tego. W odpowiednio sprzyjających zмовы warunkach ekonomicznych na rynku algorytmy uczące się szybciej niż ludzie, metodą prób i błędów, mogą dojść we wzajemnych interakcjach do stanu zмовы³¹. W tym przypadku nie są one zaprojektowane, by w konkretnych okolicznościach reagować w ustalony z góry sposób. Głównym ich celem jest maksymalizacja zysku użytkownika osiągnana środkami samodzielnie uznanymi przez maszynę za najbardziej optymalne³². Nie można wykluczyć, że algorytm, poszukując najwłaściwszej strategii działania, będzie starał się zwiększyć transparentność rynku i przyczyni się do rozwoju koordynacji cenowej, której, jako niezabronionej prawnie, nie obejmują zaimplementowane algorytmowi przez projektantów ograniczenia ostrożnościowe, związane z podejmowaniem zachowań prawnie niedozwolonych. Zмова nie będzie rezultatem sposobu zaprojektowania algorytmu, lecz konsekwencją samouczenia, doskonalenia i autonomicznie podejmowanych przez algorytm inicjatyw rynkowych³³.

Teoria algorytmicznej zмовы, którą formułowali pierwotnie A. Eizrachi i M.E. Stucke, została w pewnym zakresie zweryfikowana w drodze najnowszych badań nad algorytmami³⁴. Zarzucano jej brak oparcia formułowanych hipotez na przekonujących dowodach empirycznych oraz nieadekwatność i niereprezentatywność przytaczanych przypadków jednostkowych³⁵.

W jednym z badań porównano aktywność 25 algorytmów różnych technologii, w tym stworzonego na potrzeby badania zaawansowanego algorytmu uczenia wzmacniającego, zdolnego generować i reagować na sygnały z zewnątrz w sposób zbliżony do ludzkiego pod kątem przynoszącej korzyści kooperacji algorytmów między sobą i z ludźmi w szerokim spektrum scenariuszy, w których interesy uczestników były w pewnym zakresie rozbieżne, a każdy z nich miał w maksymalnym stopniu osiągnąć własne partykularne cele. Stworzony na potrzeby badania algorytm podjął współpracę zarówno z ludźmi, jak i innymi algorytmami na poziomie

31 OECD, *Algorithms...*, s. 31.

32 A. Eizrachi, M.E. Stucke, *Artificial...*, s. 1783–1784.

33 Ibidem, s. 1795.

34 Szerzej o prowadzonych badaniach zob. źródła wskazane w przypisach 36 i 41.

35 A. Ittoo, N. Petit, *Algorithmic Pricing Agents and Tacit Collusion: A Technological Perspective*, w: H. Jacquemin, A. De Streel (red.), *L'intelligence artificielle et le droit*, Bruxelles, Larcier 2017, s. 246.

porównywalnym z kooperacją międzyludzką³⁶. Ustalono też, że w różnych okolicznościach nie wszystkie algorytmy uczą się współpracy równie efektywnie³⁷. Stworzenie algorytmów zdolnych nauczyć się współpracy jest procesem złożonym i skomplikowanym, wymagającym sprostania wielu wyzwaniom technicznym. Niepowodzenie przekreślałoby szansę współdziałania algorytmów w obliczu konfliktu między interesem własnym maszyny a kooperacją. Zatem choć nie można wykluczyć takiej możliwości, szansa na zaprojektowanie algorytmów szczególnie wprawnych w zmaganiu się, zwłaszcza z nieznanym im partnerem, jest raczej niewielka³⁸. Zauważono również, że zaawansowana technologia nie gwarantuje większej skuteczności w kooperacji. Algorytmy oparte na głębokiej sieci neuronowej okazały się zawodne w stworzonym przez badaczy symulowanym środowisku opartym na tzw. dylemacie więźnia, a wielu autorów, w tym m.in. A. Ezrachi i M.E. Stucke, z tą technologią wiązało największe obawy, wskazując, że obecny stan nauki nie pozwala na odtworzenie procesu decyzyjnego takich algorytmów³⁹. Należy również pamiętać, że badania nad algorytmami prowadzone są zwykle w sztucznie stworzonym środowisku. W rzeczywistym świecie rynkowej konkurencji, przy wysokim poziomie niepewności, proces podejmowania decyzji gospodarczych ma charakter daleko bardziej złożony⁴⁰.

W innym badaniu obserwacji poddano odmianę niewymagającego wcześniejszej wiedzy o środowisku operacyjnym algorytmu opartego na technice uczenia wzmacniającego (tzw. *Q-learning*). Ustalono, że algorytmy te, metodą prób i błędów, stopniowo uczą się koordynacji, zwykle wymuszonej reakcją na odstępstwo od paralelizmu, bez pozostawiania śladów koordynacji, gdyż nie komunikują się ze sobą, ani nie są zaprojektowane czy poinstruowane, by dążyć do zмовы⁴¹. W badaniu tym posłużono się teoretycznym modelem otoczenia gospodarczego, co nie oddaje w pełni realizmu rzeczywistego rynku, a ponadto obserwacje objęły algorytmy tego samego typu (tożsamość, a przynajmniej podobieństwo algorytmów

36 J.W. Crandall i in., *Cooperating with machines*, „Nature Communications” 2018, nr 9, article No. 233, s. 3, DOI: 10.1038/s41467-017-02597-8 (dostęp 29.12.2019).

37 A. Deng, *When Machines Learn to Collude: Lessons from a Recent Research Study on Artificial Intelligence*, 30.08.2017 r., s. 4, <https://ssrn.com/abstract=3029662> (dostęp 13.07.2020).

38 A. Deng, *When...*, s. 5.

39 Ibidem.

40 A. Deng, *An Antitrust...*, s. 86.

41 E. Calvano i in., *Artificial Intelligence, Algorithmic Pricing and Collusion*, 11.12.2019 r., s. 35, <https://ssrn.com/abstract=3304991> (dostęp 11.07.2020).

jest jednym z czynników ułatwiających koordynację). Nie badano zdolności kooperacyjnych algorytmów wykorzystujących różne technologie⁴².

Ostatnim, najbardziej zbliżonym do sfery fantastyki scenariuszem znowy jest antykonkurencyjne działanie wrogiej sztucznej inteligencji jako tworu, który wbrew intencjom człowieka całkowicie samodzielnie zdecydowałby o wyłączeniu zaimplementowanych zabezpieczeń przed podjęciem antykonkurencyjnych działań oraz zmienił zasady swego funkcjonowania lub zmodyfikował własny kod w celu osiągnięcia określonego rezultatu, wyswobodzając się w pełni spod ludzkiej kontroli. Co prawda obecny stan nauki nie pozwala na stworzenie takiego typu maszyn, niemniej gdyby rozważać ten hipotetyczny stan w świetle obowiązujących przepisów, nasuwać się może analogia do sytuacji pracownika działającego wbrew polityce zatrudniającego go przedsiębiorstwa⁴³.

Rozważenia wymaga również możliwość uznania niektórych działań algorytmicznych za praktykę uzgodnioną na podstawie art. 101 TFUE. Wykazanie istnienia kartelu wymaga bezpośredniego lub przynajmniej pośredniego dowodu zawiązania formalnej współpracy przez przedsiębiorstwa. Ze względu na techniczne aspekty działania algorytmów może się to okazać skomplikowane albo nieosiągalne. Wreszcie, do takiego porozumienia mogłoby faktycznie w ogóle nie dojść. Kwalifikacja zachowań przedsiębiorstw jako uzgodnionej praktyki mogłaby w wielu wypadkach trafnie oddawać algorytmicznie generowane ograniczenia konkurencji i być pomocna przy braku dowodów zawarcia porozumienia.

Zbliżona sytuacja miała już prawdopodobnie miejsce we Francji w przypadku algorytmu o nazwie *Partneo*, zaprojektowanego dla ustalania maksymalnych cen, jakie konsumenci byliby skłonni zapłacić za widoczne części samochodowe (np. zderzaki). Według ustaleń medialnych w latach 2010–2018 producenci samochodów z grupy PSA (Peugeot, Citroën, DS, Opel i Vauxhall) dzięki *Partneo* znacząco zwiększyli przychód, windując ceny części. Antykonkurencyjny wątek sprawy dotyczył nie samego wykorzystania algorytmu, ale sposobu, w jaki producenci samochodów podjęli decyzję o jego użyciu. Accenture miała przekonać producentów samochodów do przyjęcia *Partneo*, prezentując im dane o przychodach, jakie uzyskał w wyniku jego zastosowania ich konkurent z branży – Renault. Accenture miała uczestniczyć w koordynacji cen koncernu PSA oraz Renault, a niewykluczone, że zaaranżowała również sekretne spotkanie przedstawicieli wspomnianych

42 Ibidem, s. 35–36.

43 M.K. Derdak, *Czy androidy śnią o znowach cenowych? Algorytmy cenowe, sztuczna inteligencja i prawo konkurencji*, „Internetowy Kwartalnik Antymonopolowy i Regulacyjny” 2018, nr 8 (7), s. 81, DOI: 10.7172/2299-5749.IKAR.8.7.3 (dostęp 25.06.2020).

przedsiębiorstw, by zarządzający Renault potwierdzili skuteczność *Partneo* w maksymalizacji zysku⁴⁴.

Na unijną koncepcję uzgodnionej praktyki składają się: a) występowanie koordynacji między przedsiębiorstwami, nieprowadzącej jednak do zawarcia formalnego porozumienia, zastępującej ryzyko związane z działaniem niezakłóconego mechanizmu konkurencji; b) bezpośrednio lub pośrednio kontakty w celu przyjęcia wspólnego zachowania lub dokonywanie wymiany informacji bez konieczności uprzedniego planowania takich zachowań; c) związek przyczynowo-skutkowy między zachowaniem przedsiębiorstw a skutkami na rynku (które jednak nie muszą wcale powstać); d) ograniczenie lub eliminacja niepewności co do zachowań rynkowych konkurentów⁴⁵. Przy algorytmicznie wspomaganiej uzgodnionej praktyce szczególną trudność sprawić może wykazanie wystąpienia dwóch pierwszych elementów. Co prawda domniemywa się (z zastrzeżeniem przeciwdowodu) związek przyczynowo-skutkowy między wymianą informacji przez przedsiębiorstwa a ich zachowaniem rynkowym, jeśli do kontaktów dochodzi regularnie i przez dłuższy czas⁴⁶, a nawet, gdyby kontakt miał charakter jednorazowy, zwłaszcza gdyby cel spotkania był niezgodny z prawem⁴⁷, ale organ ochrony konkurencji musiałby w pierwszej kolejności udowodnić, że w ogóle do kontaktów doszło, a ich przedmiotem była wymiana wrażliwych danych handlowych.

Odnosząc to do sprawy *Accenture*, jeśli organ byłby w stanie wykazać, że doszło do spotkania przedstawicieli *Accenture* i koncernów samochodowych, domniemanie to znalazłoby zastosowanie. Przeniesienie komunikacji i przekazu danych na grunt oprogramowania algorytmicznego mogłoby znacząco utrudnić albo nawet uniemożliwić wykrycie niedozwolonych kontaktów przedsiębiorstw, co otworzyłoby im pole do przeciwdowodu wskazującego na inne wiarygodne wytłumaczenie paralelizmu⁴⁸ jako wyniku zastosowania identycznego algorytmu, a nie kontaktu między konkurentami. W takich okolicznościach ważna mogłaby

44 K. Gnirke, *Unternehmensberatung soll Renault und Peugeot bei Preisabsprachen geholfen haben*, „Der Spiegel”, 31.05.2018 r., www.spiegel.de/auto/aktuell/accenture-verhalf-renault-und-psa-zu-milliardengewinn-bei-ersatzteilen-a-1210152.html (dostęp 15.07.2020).

45 A. Maziarz, *Pojęcie uzgodnionej praktyki w świetle art. 101 Traktatu o funkcjonowaniu Unii Europejskiej*, „Palestra” 2013, nr 58/1–2 (661–662), s. 106.

46 Sprawa C-49/92, *Komisja Wspólnot Europejskich przeciwko Anic Participazioni SpA.*, ECLI:EU:C:1999:356.

47 Sprawa C-8/08, *T-Mobile Netherlands BV, KPN Mobile NV, Orange Nederland NV i Vodafone Libertel NV przeciwko Raad van bestuur van de Nederlandse Mededingingsautoriteit*, ECLI:EU:C:2009:343.

48 Połączone sprawy 29 i 30/83, *Compagnie royale asturienne des mines SA i Rheinzink GmbH przeciwko Komisji Wspólnot Europejskich*, ECLI:EU:C:1984:130.

być wiedza przedsiębiorstw o sposobie działania algorytmu jako przekaznika danych, by wykazać świadomy charakter paralelizmu. Jest to niezbędne do stwierdzenia, że stanowi on element niedozwolonej uzgodnionej praktyki⁴⁹, zwłaszcza że do przyjęcia uzgodnienia wystarczy przekazanie informacji, bez jakichkolwiek innych działań czy towarzyszących temu oświadczeń, zaś wyraźne zdystansowanie się od otrzymywanych informacji lub zawiadomienie organu ochrony konkurencji mogłoby przesądzić o braku uzgodnień między stronami⁵⁰. Niewykluczone, że za formę odżegnania się od kontaktu płynącego od innego przedsiębiorstwa można by uznać rezygnację odbiorcy z użycia algorytmu albo przeprogramowanie algorytmu tak, by blokował napływ danych nie pochodzących od użytkownika, a przynajmniej je ignorował.

Oceny wymagałaby także rola Accenture w powstaniu uzgodnionej praktyki. Skojarzenie konkurentów oraz udostępnienie im tego samego algorytmu przy powodzeniu dowodzenia istnienia uzgodnionej praktyki może być uznane za aktywne pośrednictwo w powstaniu antykonkurencyjnej praktyki⁵¹.

Działania zapobiegawcze

Do ograniczenia niekorzystnych efektów działań algorytmów mogą przyczynić się samoregulacyjne zdolności rynku oraz prawa rządzące popytem i podażą. Przedsiębiorstwa mogą podjąć rywalizację w celu zapewnienia algorytmom jak najlepszych parametrów, ograniczania błędów czy manipulacji procesem decyzyjnym maszyn. Konsumenci zaś mogą świadomie odmówić korzystania z określonych usług wykorzystujących algorytmy lub użyć dostępnych im narzędzi technologii cyfrowej np. do ochrony swojej prywatności przed algorytmicznym pozyskiwaniem ich danych⁵². Może to jednak okazać się nieefektywne, bowiem algorytmy byłyby zapewne zdolne powiązać ze sobą pojedyncze, z pozoru nieistotne informacje i przetworzyć je, samodzielnie wypełniając luki powstałe wskutek powściągliwości konsumentów⁵³. Przedsiębiorstwa mogą sięgać po algorytmy nie tylko przy transakcjach konsumenckich (B2C), lecz także we wzajemnych relacjach handlowych

49 Połączone sprawy 40–48, 50, 54–56, 111, 113, 114/73, *Coöperatieve Vereniging „Suiker Unie” UA i inni przeciwko Komisji Wspólnot Europejskich*, ECLI:EU:C:1975:174.

50 Sprawa C-74/14, *„Eturas” UAB i in. przeciwko Lietuvos Respublikos konkurencijos taryba*, ECLI:EU:C:2016:42.

51 Sprawa C194/14, *AC-Treuhand AG przeciwko Komisji Europejskiej*, ECLI:EU:C:2015:717.

52 OECD, *Algorithms...*, s. 46.

53 A. Ezrachi, M.E. Stucke, *Artificial...*, s. 1800.

(B2B) i jako kupujący, w obrocie profesjonalnym, mogą być zainteresowane technicznymi środkami osłabiania algorytmów sprzedawców. Popyt na taką technologię może zaowocować powstaniem całego rynku systemów zwalczania algorytmów⁵⁴, przyczyniając się do stłumienia, niektórych przynajmniej, niekorzystnych efektów ich działania.

Samoregulacja rynku może okazać się zawodna. Antykonkurencyjne efekty działania algorytmów mogą być niedostrzegalne na pierwszy rzut oka, zaś największe przedsiębiorstwa, dysponujące pokaźnymi środkami na rozwój, mogą wdrażać coraz bardziej zaawansowane instrumenty, zawsze o krok wyprzedzając organy ochrony konkurencji⁵⁵, niekoniecznie dbając, by ich oprogramowanie nie oddziaływało niekorzystnie na konkurencję. Konsumenci z kolei mogą być nieświadomi, że internetowe transakcje odbywają się w asyście algorytmu. O fiasku samoregulacji przesądzić może również brak przejrzystości projektowania i funkcjonowania algorytmów, ograniczający zdolność konsumentów do podejmowania świadomych wyborów zakupowych, powstanie nowych, podyktowanych dostępem do danych i zaawansowanych technologii barier wejścia na rynek dla mniejszych przedsiębiorstw oraz efekt *spill-over* związany z wybiórczym wykorzystaniem informacji przez algorytmy⁵⁶. Mimo zarysowanych problemów samoregulacja może okazać się korzystniejsza niż głęboko ingerujące w obrót gospodarczy zmiany prawodawcze i interwencjonizm urzędowy, mogące przyczynić się do ograniczenia innowacji i powstania nowych barier wejścia na rynek dla przedsiębiorstw⁵⁷.

W stosunku do legislacyjnej regulacji potencjalnych zagrożeń algorytmicznych dla konkurencji podnosi się, że unijne organy ochrony konkurencji nie pozostają bezradne wobec zwiastowanych problemów, a prawa ochrony konkurencji raczej nie czeka rewolucja. Z drugiej strony pojawiają się propozycje dość głębokich zmian.

Elastyczność regulacji niedozwolonych porozumień i uzgodnionych praktyk może ułatwiać ich zastosowanie do algorytmicznie inspirowanych zagrożeń. Antropocentryzm unijnego prawa ochrony konkurencji nie musi skutkować niekompatybilnością ze stanami faktycznymi obejmującymi aktywność algorytmów. Orzecznictwo unijnych sądów silnie akcentuje aspekt woluntarystyczny porozumień, ale istotniejsze znaczenie przypisuje podejmowanym przez strony

54 N. Petit, *Antitrust...*, s. 361.

55 A. Ezrachi, M.E. Stucke, *Virtual Competition*, „Journal of European Competition Law & Practice” 2016, Vol. 7, No. 9, s. 586, DOI:10.1093/jeclap/lpw083 (dostęp 5.05.2020).

56 OECD, *Algorithms...*, s. 45.

57 *Ibidem*, s. 46.

działaniami jako faktycznej realizacji woli uczestników niedozwolonej praktyki⁵⁸. O ile zatem maszyny nie są zdolne wyrażać zamiar czy wolę, o tyle ich działania i skutki tych działań przyjmują postać namacalną, możliwą do oceny na gruncie art. 101 TFUE. Antropocentrycznie nacechowany jest też aspekt zgodności woli ich uczestników, choć nie powinien stanowić przeszkody w świetle znaczenia wzajemnych kontaktów przedsiębiorstw, przekazywania wrażliwych informacji handlowych oraz dorozumianej akceptacji uczestnictwa w antykonkurencyjnej praktyce wobec braku wyraźnego zdystansowania się od sygnałów wysyłanych przez inne przedsiębiorstwo⁵⁹.

Pomocne w przypadku stwierdzenia naruszenia art. 101 TFUE może być zastosowanie adekwatnych **środków behawioralnych** (ewentualnie strukturalnych) na podstawie art. 7 ust. 1 rozporządzenia 1/2003 Rady (WE) z 16 grudnia 2002 roku w sprawie wprowadzenia w życie reguł konkurencji ustanowionych w art. 81 i 82 Traktatu (dalej: Rozporządzenie 1/2003)⁶⁰. W ten sposób KE mogłaby, nakazując zaprzestania naruszenia konkurencji, zobowiązać przedsiębiorstwa np. do powstrzymania się od dalszego użytkowania szkodliwego algorytmu, implementacji odpowiednich środków technicznych zabezpieczających przed działaniami algorytmów skutkującymi naruszeniem art. 101 TFUE lub innego sposobu przeprogramowania algorytmu.

Postuluje się również systemową zmianę podejścia do milczącej zmowy (świadomego paralelizmu) i uznanie tej praktyki, pod pewnymi warunkami, za niedozwoloną na równi z zachowaniami wielostronnymi przedsiębiorstw oraz redefinicję pojęcia porozumienia, by objęło również pewne formy algorytmicznej niemej zmowy⁶¹.

Wiele propozycji regulacyjnych odnosi się do urzędowej regulacji cen. Obawy budzi jednak ograniczona elastyczność tego rozwiązania. Regulacja cen może zniechęcić przedsiębiorstwa do innowacyjności oraz skutkować windowaniem cen do

58 J. Blockx, *Antitrust...*, s. 4–5 i przywołane tam orzeczenia: połączone sprawy 29 i 30/83, *Compagnie royale asturienne des mines SA i Rheinzink GmbH przeciwko Komisji Wspólnot Europejskich*, ECLI:EU:C:1984:130; sprawa T-41/96, *Bayer AG przeciwko Komisji Wspólnot Europejskich*, ECLI:EU:T:2000:242; połączone sprawy C-2 i C-3/01, *Bundesverband der Arzneimittel-Importeure eV i Komisja Wspólnot Europejskich przeciwko Bayer AG*, ECLI:EU:C:2004:2.

59 J. Blockx, *Antitrust...*, s. 5.

60 Rozporządzenie Rady (WE) 1/2003 z dnia 16 grudnia 2002 r. w sprawie wprowadzenia w życie reguł konkurencji ustanowionych w art. 81 i 82 Traktatu (Dz. Urz. UE L 1 z dnia 4.01.2003 r., s. 1).

61 A. Capobianco, P. Gonzaga, *Algorithms...*, s. 4–5 i wskazane tam formy niemej zmowy, które mogłyby zostać uznane za niedozwolone.

maksymalnego dopuszczalnego poziomu, co paradoksalnie może okazać się źródłem koordynacji⁶².

Odgórnej regulacji można również poddać czynniki rynku sprzyjające powstaniu zмовy, w tym ograniczyć transparentność rynku przez określenie zakresu i rodzaju informacji handlowych, które przedsiębiorstwa mogłyby upubliczniać⁶³. Inna propozycja zakłada urzędową regulację dopuszczalnego tempa modyfikacji cen w odpowiedzi na podobny ruch konkurenta. Wydaje się to jednak nadmierną ingerencją w stosunki gospodarcze. Faworyzowałoby to przedsiębiorstwo, które jako pierwsze obniżyłoby ceny. Ono bowiem, przy odpowiednio długim opóźnieniu reakcji konkurentów, odniosłoby największy profit, przyciągając klientów i zwiększając sprzedaż. Ograniczenie regulacji wyłącznie do dopuszczalnego tempa podnoszenia cen mogłoby z kolei spowodować, że konkurent, który obniżył ceny jako pierwszy (wyłamał się z milczącej zмовy, gdyby taka na rynku istniała), mógłby nie tylko niczego nie zyskać, lecz także stracić na takiej strategii. Algorytmy konkurentów mogłyby bowiem natychmiast zareagować jeszcze większą obniżką, by ukarać odstępcę pozbawionego możliwości podniesienia cen szybciej, niż zezwalałyby na to regulacje prawne. Odstępca nie tylko nie przyczyniłby się do rozbicia koordynacji cenowej i nie osiągnął zysku, lecz także prawdopodobnie straciłby na tym ruchu i ustąpił pola rynkowego konkurentom⁶⁴.

Proponuje się również uregulowanie zasad projektowania algorytmów, w tym określenie kategorii informacji rynkowych, które algorytmy powinny ignorować. Rozwiązanie to mogłoby jednak przyczynić się do ograniczenia technologicznego przedsiębiorstw⁶⁵.

Nie ulega wątpliwości, że organy ochrony konkurencji powinny przygotować się pod względem naukowo-technicznym do wyzwań związanych z kontrolą algorytmicznych praktyk rynkowych. Bez zrozumienia mechanizmów funkcjonowania algorytmów i wobec braku odpowiednich narzędzi nadzór nad algorytmami może okazać się iluzoryczny. Rozwiązaniem pozwalającym działać *ex ante* mogłoby być opracowanie przez organy ochrony konkurencji własnego oprogramowania audytywno-monitorującego umożliwiającego „prześwietlenie” algorytmu pod kątem ewentualnych rozwiązań o antykonkurencyjnym charakterze⁶⁶. Podobną rolę odgrywałoby powołanie instytucji certyfikujących systemy bezpieczeństwa

62 OECD, *Algorithms...*, s. 49–50.

63 Ibidem, s. 50.

64 A. Ezrachi, M.E. Stucke, *Artificial...*, s. 1805.

65 OECD, *Algorithms...*, s. 50.

66 Ibidem, s. 42.

stosowane w oprogramowaniu algorytmicznym dla zapobiegania zachowaniom zagrażającym konkurencji⁶⁷.

Źródłem wiedzy na temat stopnia podatności konkretnego rynku albo branży na szkodliwe zjawiska algorytmiczne i wskazówek dotyczących sprzyjających im czynników mogą stać się badania sektorowe oraz dochodzenia podejmowane przez KE na podstawie art. 17 ust. 1 Rozporządzenia 1/2003 w przypadku podejrzenia ograniczenia lub zakłócenia konkurencji⁶⁸. Dochodzenie może zostać wszczęte w odniesieniu do określonego sektora gospodarki lub szczególnego typu porozumień w różnych sektorach gospodarki, gdy zaobserwowane tendencje w handlu między państwami członkowskimi, sztywność cen lub inne okoliczności wskazują, że konkurencja na obszarze wspólnego rynku została ograniczona lub zakłócona⁶⁹.

Nie ulega wątpliwości, że twórcy i użytkownicy algorytmów muszą zapewnić, by działały zgodnie z prawem. Słuszne wydaje się włączenie przez przedsiębiorstwa zasad projektowania i wykorzystania sztucznej inteligencji do sfery *compliance* i inkorporowanie odpowiednich reguł do kodeksów postępowania i dobrych praktyk.

Przedsiębiorstwa powinny również zapewnić przejrzystość i rozliczalność wszelkich działań związanych z algorytmami od projektowania, przez programowanie, a skończywszy na algorytmicznym procesie decyzyjnym, np. za pomocą algorytmicznych mechanizmów pozwalających prześledzić tok procesu decyzyjnego sztucznej inteligencji, co przy aktualnym stanie wiedzy może jednak okazać się technicznie niewykonalne w stosunku do najbardziej zaawansowanych autonomicznych algorytmów, których *modus operandi* nie został jeszcze naukowo rozpoznany⁷⁰. Niemniej mechanizm ten, nazwany „czarną skrzynką” algorytmu, rejestrując dane dotyczące wszystkich operacji wykonywanych przez maszynę oraz kroków logicznych, które prowadziły do podjęcia decyzji⁷¹, mogłyby okazać się jednym z kluczowych elementów algorytmicznego bezpieczeństwa.

Przedsiębiorstwa mogłyby również aktywnie zwalczać zjawiska algorytmiczne ograniczające konkurencję. W przypadku algorytmicznej niemej zмовы przedsiębiorstwa upatrujące korzyści ekonomicznych w wyłamaniu się ze zмовы lub niedopuszczeniu do jej powstania mogłyby same, wykorzystując stosowane przez

67 Ibidem, s. 46.

68 A. Ezrachi, M.E. Stucke, *Artificial...*, s. 1806.

69 Rozporządzenie Rady (WE) 1/2003 z dnia 16 grudnia 2002 r. w sprawie wprowadzenia w życie reguł konkurencji ustanowionych w art. 81 i 82 Traktatu (Dz. Urz. UE L 1 z dnia 4.01.2003 r., s. 1).

70 OECD, *Algorithms...*, s. 47–48.

71 Ministerstwo Cyfryzacji, *Założenia do strategii AI w Polsce*, Warszawa 2018, s. 135, www.gov.pl/web/cyfryzacja/ai (dostęp 9.10.2019).

siebie algorytmy, przyczynić się do obniżenia cen lub zapobieżenia próbom ich windowania ponad pułap osiągalny w warunkach niezakłóconego rynku, choćby programując algorytm, by realizował strategię przeciwną koordynacji, ograniczając maksymalizację zysku na rzecz poszerzania udziału w rynku. Strategia ta byłaby skuteczna, gdyby algorytmy konkurentów nie nauczyły się stosować działań odwetowych⁷².

Wnioski

Rozpowszechnienie algorytmów komputerowych i sztucznej inteligencji w działalności gospodarczej może zrodzić poważne problemy w zakresie ochrony konkurencji. W ocenie autora zasadniczy przebieg podziału powagi identyfikowanych problemów skorelowany jest ze stopniem zaawansowania technologicznego narzędzi stosowanych przez przedsiębiorców oraz sposobu ich zastosowania.

Stosunkowo najmniej obaw budzą przypadki czysto instrumentalnego wykorzystania algorytmów i sztucznej inteligencji do wdrożenia uprzednio zawartych w tradycyjny sposób wyraźnych niedozwolonych porozumień między przedsiębiorcami oraz uskutecznienia praktyk uzgodnionych. Rodzaj zastosowanego narzędzia nie może bowiem wpływać na ocenę prawną praktyki podejmowanej przez przedsiębiorców. Potencjalne wyzwania stojące przed organami ochrony konkurencji w tym zakresie dotyczą przede wszystkim sfery dowodowej. Wykorzystanie algorytmów i sztucznej inteligencji do realizacji naruszających konkurencję porozumień i uzgodnionych praktyk może znacząco wpłynąć na zdolność organów ochrony konkurencji do skutecznego pozyskania dowodów wzajemnych kontaktów uczestników tej niedozwolonej praktyki. Wydaje się jednak, że wynikające z dorobku orzeczniczego TFUE i Sądu UE domniemania i standardy dowodzenia – zwłaszcza w przedmiocie ustaleń dotyczących komunikacji między uczestnikami praktyki, wymiany informacji pozyskiwanych w wyniku tej komunikacji oraz wykorzystywania ich w sposób świadomy w celu realizacji wspólnej strategii – mogą znaleźć zastosowanie również w sprawach podejrzenia praktyk naruszających konkurencję realizowanych z wykorzystaniem technologii algorytmicznej i sztucznej inteligencji.

Na przeciwnym biegunie zagrożeń plasują się problemy odnoszące się do ryzyka zaistnienia zainspirowanej aktywności algorytmów i sztucznej inteligencji niemej zмовы. Zjawisko to w ekonomii jest powszechnie uznawane za niepożądane, bowiem wywołuje antykonkurencyjne skutki w zasadzie tożsame z tymi,

72 A. Ezrachi, M.E. Stucke, *Artificial...*, s. 1801.

które są wynikiem niedozwolonych porozumień i uzgodnionych praktyk. Mimo swej nazwy niema zmowa nie ma jednak charakteru multilateralnego. Wynika ona z podejmowania przez poszczególnych przedsiębiorców indywidualnych działań i decyzji w konsekwencji inteligentnego, racjonalnego dostosowywania się do warunków panujących na rynku, co jednak skutkuje faktyczną koordynacją, przy czym brak występującej w przypadku wyraźnych porozumień oraz uzgodnionych praktyk współpracy przedsiębiorców w ramach wzajemnej komunikacji i wymiany wrażliwych informacji gospodarczych uniemożliwia objęcie niemej umowy dyspozycją przepisów art. 101 TFUE. Potencjalna zdolność oprogramowania algorytmicznego (zwłaszcza opartego na uczeniu maszynowym) oraz sztucznej inteligencji – w tym działających w pewnym zakresie autonomicznie – do znaczącego ułatwienia powstania i rynkowego utrwalenia zjawiska niemej umowy może wymagać aktywności legislacyjnej jako przypadek pozostający poza sferą zdolności organów ochrony konkurencji do skutecznego jej zwalczania, zwłaszcza że mimo pewnych przeciwności technologicznych prawdopodobieństwa objawienia się omawianego problemu nie można wykluczać.

Bez względu na to, czy ewentualne zmiany legislacyjne dotknęłyby bezpośrednio prawa ochrony konkurencji, przy ich projektowaniu konieczne byłoby wyważenie interesu publicznego związanego z ochroną stanu konkurencji oraz zapewnienie, by projektowane zmiany nie stanowiły czynnika nadmiernie krępującego innowacyjność postrzeganą powszechnie jako faktor sprzyjający rozwojowi konkurencji. W sferze aktów prawnych o charakterze ogólnym odnotować należy projekt rozporządzenia Parlamentu Europejskiego i Rady ustanawiającego zharmonizowane przepisy dotyczące sztucznej inteligencji (akt w sprawie sztucznej inteligencji) i zmieniający niektóre akty ustawodawcze Unii z dnia 24 kwietnia 2021 roku⁷³, który przechodzi w tej chwili procedurę legislacyjną. Analiza treści wspomnianego projektu pozwala stwierdzić, że do regulacji prawnej obszaru sztucznej inteligencji zdecydowano się zastosować podejście oparte na ryzyku (*risk-based approach*), co należy oceniać pozytywnie, mając na uwadze szybkość postępu technicznego oraz wskazywaną konieczność zapewnienia odpowiedniego poziomu elastyczności regulacji i powstrzymania się od zbyt głębokich działań legislacyjnych.

Zbyt optymistyczne wydaje się natomiast założenie o skuteczności środków pozaprawnych jako sile mogącej znacząco wpłynąć na ograniczenie czy zażegnanie identyfikowanych problemów, w tym w szczególności zdolności konsumentów

⁷³ Projekt Rozporządzenia Parlamentu Europejskiego i Rady ustanawiającego zharmonizowane przepisy dotyczące sztucznej inteligencji (akt w sprawie sztucznej inteligencji) i zmieniającego niektóre akty ustawodawcze Unii COM(2021) 206 final, 2021/0106(COD) z dnia 24 kwietnia 2021 r., <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PL/TXT/?uri=CELEX:52021PC0206> (dostęp 25.11.2021).

do przeciwstawienia się zaawansowanej technologii, którymi dysponują przedsiębiorcy oraz samoregulacyjnych zdolności rynków.

Mimo że w znacznej mierze obawy o algorytmicznie powodowane zagrożenia konkurencji mają wciąż charakter hipotetyczny, a w konsekwencji równie hipotetyczne i wymagające weryfikacji są proponowane środki zaradcze, należy w stosunku do formułowanych propozycji zachować daleko idącą ostrożność, zwłaszcza że wiele z nich może okazać się bronią obosieczną, w ostatecznym rozrachunku nie mniej szkodliwą dla konkurencji niż źródła zagrożeń.

Bibliografia

- Blockx J., *Antitrust in Digital Markets in the EU: Policing Price Bots*, Radboud Economic Law Conference 9 June 2017, <https://ssrn.com/abstract=2987705>.
- Calvano E., Calzolari G., Denicolò V., Pastorello S., 11.12.2019 r., *Artificial Intelligence, Algorithmic Pricing and Collusion*, <https://ssrn.com/abstract=3304991>.
- Capobianco A., Gonzaga P., *Algorithms and Competition: Friends or Foes?*, 14.07.2017 r., CPI Antitrust Chronicle, www.competitionpolicyinternational.com/algorithms-and-competition-friends-or-foes.
- Crandall J.W., Oudah M., Tennom, Ishowo-Oloko F., Abdallah S., Bonnefon J-F., Cebrian M., Shariff A., Goodrich M.A., Rahwan I., *Cooperating with machines*, „Nature Communications” 2018, nr 9, DOI: 10.1038/s41467-017-02597-8.
- Deng A., *An Antitrust Lawyer’s Guide to Machine Learning*, „Antitrust” 2018, Vol. 32, No. 2.
- Deng A., *When Machines Learn to Collude: Lessons from a Recent Research Study on Artificial Intelligence*, 30.08.2017 r., <https://ssrn.com/abstract=3029662>.
- Derdak M.K., *Czy androidy śnią o zмовach cenowych? Algorytmy cenowe, sztuczna inteligencja i prawo konkurencji*, „Internetowy Kwartalnik Antymonopolowy i Regulacyjny” 2018, nr 8 (7), DOI: 10.7172/2299-5749.IKAR.8.7.3.
- Ezrachi A., Stucke M.E., *Artificial Intelligence & Collusion: When Computers Inhibit Competition*, „University of Illinois Law Review” 2017, nr 5.
- Ezrachi A., Stucke M.E., *Virtual Competition*, „Journal of European Competition Law & Practice” 2016, Vol. 7, No. 9, DOI:10.1093/jeclap/lpw083.
- Gnirke K., *Unternehmensberatung soll Renault und Peugeot bei Preisabsprachen geholfen haben*, „Der Spiegel”, 31.05.2018 r., www.spiegel.de/auto/aktuell/accenture-verhalf-renault-und-psa-zu-milliardengewinn-bei-ersatzteilen-a-1210152.html.
- Ittoo A., Petit N., *Algorithmic Pricing Agents and Tacit Collusion: A Technological Perspective*, w: H. Jacquemin, A. De Streel (red.), *L’intelligence artificielle et le droit*, Bruxelles, Larcier 2017.

- Jurkowska-Gomułka A., Materna G., Miąsik D., *Art. 101*, w: K. Kowalik-Bańczyk, M. Szwarc-Kuczer, A. Wróbel (red.), *Traktat o funkcjonowaniu Unii Europejskiej. Komentarz. Tom II (art. 90–222)*, Warszawa 2012, <https://sip.lex.pl/#/commentary/587648062/445502>.
- Komisja Europejska, *Komunikat Komisji do Parlamentu Europejskiego, Rady Europejskiej, Europejskiego Komitetu Ekonomiczno-Społecznego i Komitetu Regionów Sztuczna inteligencja dla Europy COM/2018/237 final z 25 kwietnia 2018 r.*, <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PL/TXT/?uri=CELEX%3A52018DC0237>.
- Komisja Europejska, *Sprawozdanie Komisji dla Parlamentu Europejskiego, Rady, Europejskiego Komitetu Ekonomiczno-Społecznego i Komitetu Regionów. Sprawozdanie dotyczące polityki konkurencji za rok 2018 COM(2019) 339 final z 15 lipca 2019 r.*, <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PL/TXT/PDF/?uri=CELEX:52019DC0339&from=pl>.
- Komisja Europejska, *Sprawozdanie Komisji dla Rady i Parlamentu Europejskiego. Sprawozdanie końcowe na temat badania sektora handlu elektronicznego COM/2017/0229 final z 10 maja 2017 r.*, <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PL/TXT/PDF/?uri=CELEX:52017DC0229&from=pl>.
- Maziarz A., *Pojęcie uzgodnionej praktyki w świetle art. 101 Traktatu o funkcjonowaniu Unii Europejskiej*, „Palestra” 2013, nr 58/1–2 (661–662).
- McLennan M., *Whish urges restraint on algorithmic collusion*, 5.07.2017 r., Global Competition Review, <https://globalcompetitionreview.com/article/1144015/whish-urges-restraint-on-algorithmic-collusion>.
- Ministerstwo Cyfryzacji, *Założenia do strategii AI w Polsce*, Warszawa 2018, www.gov.pl/web/cyfryzacja/ai.
- OECD, *Algorithms and Collusion: Competition Policy in the Digital Age*, 14.09.2017 r., www.oecd.org/competition/algorithms-collusion-competition-policy-in-the-digital-age.htm.
- Petit N., *Antitrust and Artificial Intelligence: A Research Agenda*, „Journal of European Competition Law & Practice” 2017, Vol. 8, Issue 6.

Algorithms and Artificial Intelligence as a Tool and Source of Prohibited Competition-Restricting Practices in the Light of Art. 101 of the Treaty on the Functioning of the European Union

Abstract

The article aims to present potential perils to competition resulting from the wide use of algorithms and artificial intelligence in the market activities of firms through the prism of anticompetitive practices covered by Art. 101 of the Treaty on the Functioning of the European

Union (hereinafter: TFEU) and an attempt to assess whether the indicated legal regulation and the practice developed on its basis resulting from the jurisprudence of the European Commission (hereinafter: the EC) and the Court of Justice of the European Union (hereinafter: the CJEU) and the competition regulations of the European Union's secondary law creates an adequate protection to the presented threats. First, the technical determinants of algorithms and artificial intelligence, relevant for further considerations, were discussed. Then, by analysing Art. 101 TFEU and selected case law of the EC and the CJEU, a presentation and legal assessment of probable anticompetitive practices that may arise as a result of the use of the aforementioned technology were made. The last part of the publication indicates proposals to counteract the discussed competition threats based on an analysis of selected acts of secondary European Union competition law and concepts illustrating the possible directions of future solutions.

Keywords: algorithms; artificial intelligence; anticompetitive practices; EU antitrust law

CYTOWANIE

Walczak M., *Algorytmy i sztuczna inteligencja jako narzędzie i źródło niedozwolonych praktyk ograniczających konkurencję w świetle art. 101 Traktatu o funkcjonowaniu Unii Europejskiej*, „Acta Iuris Stetinensis” 2023, nr 2 (vol. 43), 123–143, DOI: 10.18276/ais.2023.43-07.



Acta Juris Stetinensis

2023, nr 2 (vol. 43), 145–158
ISSN (print) 2083-4373 ISSN (online) 2545-3181
DOI: 10.18276/ais.2023.43-08



Jacek Wantoch-Rekowski
prof. UMK, dr hab.
Nicolaus Copernicus University in Toruń
e-mail: rekowski@umk.pl
ORCID: 0000-0002-1606-7790



Martyna Wilmanowicz-Słupczewska
MA
Interdisciplinary Doctoral School of Social Sciences
Nicolaus Copernicus University in Toruń
e-mail: mws@umk.pl
ORCID: 0000-0003-1847-9905

Evolution of the Internal Structure of the Social Insurance Fund

Summary

The focus of the article is the Social Insurance Fund, which has been operating since 1 January 1999, and is a state special purpose fund with a specific structure. Separate funds function and operate within its framework. The number of these funds has already changed twice. The aim of the article is to analyse the legislative changes concerning the components of the Social Insurance Fund and to evaluate them. The study is dominated by the dogmatic-legal research method, and the historical-legal method is of auxiliary use.

Key words: social insurance finances, Social Insurance Fund, earmarked funds, reserve funds

Introduction

Pursuant to Article 51(1) of the Act of 13 October 1998 on the social insurance system,¹ the Social Insurance Fund (Fundusz Ubezpieczeń Społecznych – FUS) is a state special purpose fund established to implement tasks in the area of social insurance, whose administrator (pursuant to Article 51(2)) is the Social Insurance Institution (Zakład Ubezpieczeń Społecznych – ZUS). As indicated in the literature and in case law, granting ZUS the role of the administrator of FUS means that the funds accumulated therein are not the property of the Social Insurance Institution, but are of a public-law nature. ZUS manages the separated property of the State Treasury on a trust basis, without being the owner of that property.² The entity under the name “Social Insurance Fund” was established by the Act of 25 November 1986 on the organization and financing of social insurance.³ However, with the entry into force of the Act on the Social Insurance System, it was liquidated, and its funds, receivables, and liabilities were taken over by a pension fund isolated within the current Social Insurance Fund (Article 116(1) of the System Act).⁴

The Act of 27 August 2009 on Public Finances⁵ in Article 29(1) stipulates that the state special purpose fund is created pursuant to a separate act. In turn, according to Article 29(2) of this act, the revenues of the state special purpose fund come from public funds and costs are incurred for the implementation of separate state tasks. The Social Insurance Fund is a fund established by a separate act (the Act on the Social Insurance System), its revenues come from public funds (these are mainly social insurance contributions), and its expenditures are incurred for the implementation of separate state tasks (payment of social insurance benefits – pensions, allowances, etc.).

The Social Insurance Fund, in operation since 1 January 1999, has a specific, collective structure, as separate funds were and are operating within it. The number of these funds has changed twice. The aim of this article is to analyse legislative changes concerning components of the Social Insurance Fund and to assess them.

1 Consolidated text: Dz.U. (Journal of Laws) of 2021 item 423 as amended (hereinafter referred to as the System Act).

2 I. Sierocka, *Podmioty ubezpieczeń społecznych*, in: *System ubezpieczeń społecznych. Część ogólna*, A. Wypych-Żywicka (ed.), Warszawa 2020, p. 443; Decision of the Supreme Court – Civil Chamber of 19 September 2002 (V CKN 1223/00, Legalis no. 55866).

3 Consolidated text: Journal of Laws of 1989 no. 25, item 137 as amended.

4 J. Wantoch-Rekowski, *System ubezpieczeń społecznych a budżet państwa – studium prawnofinansowe*, Warszawa 2014, pp. 117–118.

5 Consolidated text: Journal of Laws of 2021, item 305 as amended.

The dogmatic and legal research method dominates in the study, while the historical and legal method is used as an auxiliary tool.

The Social Insurance Fund as a state special purpose fund

The organization of the financing of social security benefits may be based on a budget system or a fund system. In the budget system, social insurance is included in the state budget, and contributions are, in practice, taxes. An alternative system is the fund system – a fund is understood as a separation of certain resources coming from social insurance contributions and allocating them to finance insurance expenses. The fund system may function as a system of separate special purpose funds separated from the budget. However, this does not exclude periodical or permanent financing of expenditures from the budget – in a smaller or larger part. These are special purpose funds of a budgetary type, which do not have legal personality.⁶ The financial system of social insurance is based on funds.⁷ The revenues of the Social Insurance Fund are mainly contributions paid by insured persons and payers. Other sources of income are listed in Articles 52 and 53 of the System Act. As noted by I. Jędrasik-Jankowska, the fund model of financing social insurance benefits was consolidated by the social insurance reform of 1999.⁸

Special-purpose funds are an important element of the State's financial system in Poland, functioning within this system in close relation to the other elements, including the budget.⁹ Financial plans of state special purpose funds are the elements of the Budget Act, included in the Annex to this Act.¹⁰ The financial plan of the Social Insurance Fund is also an annex to the annual budget act. However, it should be emphasized that financial plans of special purpose funds are not included in statements which would have an aggregate character.¹¹ What is more, the state

6 J. Wantoch-Rekowski, *Składki na ubezpieczenie emerytalne – konstrukcja i charakter prawny*, Toruń 2005, pp. 25–26.

7 M. Klimas, *Fundusz Ubezpieczenia Społecznego*, in: *Postępowanie sądowe w sprawach z zakresu ubezpieczeń społecznych*, Warszawa 2013.

8 I. Jędrasik-Jankowska, *Pojęcia i konstrukcje prawne ubezpieczenia społecznego*, Warszawa 2020, p. 45.

9 J. Szołno-Koguc, *Pozabudżetowe fundusze celowe w Polsce (ewolucja problemu)*, in: J. Głuchowski, C. Kosikowski, J. Szołno-Koguc (eds.), *Nauka finansów publicznych i prawa finansowego w Polsce. Dorobek i kierunki rozwoju. Księga Jubileuszowa Profesor Alicji Pomorskiej*, Lublin 2008, p. 226.

10 A. Borodo, *Polskie prawo finansowe. Zarys ogólny*, Toruń 2010, p. 50.

11 B. Kucia-Guściora, *Status prawny funduszy celowych*, "Ruch Prawniczy, Ekonomiczny i Socjologiczny" 2004, no. 4, p. 13.

special-purpose fund is a separate bank account held by the minister designated in the law creating the fund or by another body indicated in the law.¹² At the same time, a fund is not an organisational unit. In legal and economic terms, a special-purpose fund should be understood as a monetary resource.¹³ “A fund is a resource of money derived from specific sources and earmarked for specific purposes.”¹⁴

J. Szolno-Koguc points out that the essence and character of public purpose funds is usually formulated by comparing them to the institution of the budget. The most important difference lies in a respect for budget principles. The creation of public purpose funds is, after all, a departure from the classic rules of the universality and material unity of the budget. The two institutions differ in scope and degree of specialization. The budget is a universal device, used to collect revenue from various sources and allowing the resources obtained to be spent on various purposes/tasks. A special-purpose fund, on the other hand, is a special-purpose instrument created to finance a narrow group of objectives, on the basis of precisely defined sources.¹⁵

The reasons for creating special-purpose funds are analysed quite extensively in the literature – they are usually political in nature, less often related to the rationality of public financial management.¹⁶ According to C. Kosikowski,

special purpose funds were created mainly for political reasons. It was believed that the separation of a certain part of public funds from the budget and their allocation to a strictly defined purpose would allow for the better implementation of tasks related to that purpose. Special-purpose funds were created to meet environmental, occupational, or territorial needs. It would be more difficult to identify other motives for creating special-purpose funds, especially those that would result from the rationalization of public financial management.¹⁷

12 Art. 29 (4) of Public Finance Act of August 27, 2009. Journal of Laws 2022, item 1634.

13 K. Sawicka, *Art. 29*, in: M. Karlikowska, M. Miemieć, Z. Ofiarski, K. Sawicka, *Ustawa o finansach publicznych*, 2010, p. 82 as cited in: E. Kowalczyk, *Art. 29*, in: *Ustawa o finansach publicznych. Komentarz*, A. Mikos-Sitek (ed.), 2022.

14 K. Sawicka, *Formy prawno-organizacyjne jednostek sektora finansów publicznych*, in: *System Prawa Finansowego*, vol. II, *Prawo finansowe sektora finansów publicznych*, 2010, p. 65 as cited in: E. Kowalczyk, *Art. 29*.

15 J. Szolno-Koguc, *Fundusze związane z ubezpieczeniami społecznymi w polskim systemie finansów publicznych*, “*Studia Ekonomiczne. Zeszyty Naukowe Uniwersytetu Ekonomicznego w Katowicach*” 2018, no. 358, p. 244.

16 C. Kosikowski, *System funduszy celowych i niektórych innych jednostek sektora finansów publicznych*, in: *Finanse publiczne i prawo finansowe*, C. Kosikowski, E. Ruśkowski (eds.), Warszawa 2006, p. 421.

17 C. Kosikowski, *System funduszy celowych i niektórych innych jednostek sektora finansów publicznych*, p. 424.

The literature further indicates that there are also reasons for creating special purpose funds of a socio-technical nature. It is easier to gain social approval of the introduction of a new fiscal burden if it is linked to a specifically indicated objective which is substantively related to that burden.¹⁸ Moreover, the functioning of special purpose funds enables more flexible management of financial resources.¹⁹

State special purpose funds act as *statio fisci* in civil law transactions – the State Treasury is responsible for their liabilities. A consequence of the lack of legal personality of special purpose funds is also the fact that their legal subjectivity is limited only to the budgetary sphere.²⁰

A special purpose fund is an organizational and legal form, the essence of which lies in the fact that specific tasks of the state are assigned – as a source of financing – separate public revenues.²¹ The state special purpose fund, by definition, should be understood as a stock of financial resources established on the basis of separate acts. The revenues of the state special purpose fund come from public funds and the costs are allocated to the implementation of separate state tasks.²² However, the literature emphasizes that linking a particular expense to a particular source of financing makes sense when that source is financially efficient.²³ In the case of the Social Insurance Fund such a link exists – between contributions (the main revenue²⁴) and social insurance benefits (expenditure).

The opinion of J. Jończyk, presented in the critical gloss to the ruling of the Supreme Court of 19 September 2002, is worth noting here. It stated that the systematic nature of the System Act, as well as the difference in expressions, indicate the instrumental character of FUS in relation to ZUS. In other words, the Social Insurance Fund is a tool for the implementation of tasks that are legally assigned

18 E. Malinowska-Misiąg, *Jednostki sektora finansów publicznych*, in: *Ustawa o finansach publicznych. Ustawa o odpowiedzialności za naruszenie dyscypliny finansów publicznych. Komentarz*, W. Misiąg (ed.), Warszawa 2019, p. 111.

19 P. Lenio, *Państwowe fundusze celowe*, in: *Prawo finansów publicznych z kazuami i pytaniami*, W. Miemiec (ed.), Warszawa 2018, p. 111.

20 W. Bożek, P. Mańczyk, *Gospodarka finansowa państwowego funduszu celowego*, in: *Ustawa o finansach publicznych. Komentarz*, Z. Ofiarski (ed.), Warszawa 2019, p. 215.

21 E. Malinowska-Misiąg, *Jednostki sektora finansów publicznych*, p. 110.

22 B. Kucia-Guściora, *Fundusz Przeciwdziałania COVID-19 – antidotum finansowe na czas pandemii*, “Kwartalnik Prawno-Finansowy” 2020, no. 1, p. 29.

23 J. Wantoch-Rekowski, W. Morawski, *Podstawy prawa finansów publicznych. Podręcznik akademicki*, Toruń 2019, p. 64.

24 K. Bielawska, *Rola pozaskładkowych źródeł w finansowaniu świadczeń z ubezpieczenia społecznego wypłacanych z Funduszu Ubezpieczeń Społecznych*, “Ubezpieczenia społeczne. Teoria i praktyka” 2016, no. 2, p. 5.

to ZUS as a state legal person, unrelated to the State Treasury. FUS funds do not participate in civil law transactions and do not fall within the scope of liabilities, receivables, and liability for which it would be necessary to indicate the owner of these funds. Therefore, the separation of FUS is not significant for its relationship with the State Treasury.²⁵

The internal structure of the Social Security Fund in 1999

The internal structure of the Social Insurance Fund was and still is regulated in Article 55(1) of the Act on the Social Insurance System. Since 1 January 1999 the following funds have been separated within FUS:

- 1) pension fund which financed pension payments;
- 2) disability pension fund, which financed payments of disability pensions, training pensions, family pensions, supplements to family pensions for orphans, nursing allowances, funeral allowances, and benefits ordered by the Social Insurance Institution to be paid subject to financing from the state budget, as well as costs of disability prevention;
- 3) sickness fund, from which benefits specified in separate regulations were financed;
- 4) accident insurance fund, from which benefits specified in separate regulations were financed;
- 5) reserve funds for:
 - (a) disability and sickness insurance,
 - (b) accident insurance.

The four funds (pension, disability, sickness, and accident funds) are basic funds, linked to their respective contributions and benefits.²⁶ The legislative changes concerning Article 55 of the System Act did not concern these funds.

The judiciary points out that the Social Insurance Fund, set out in the Act on the Social Insurance System, is a state special purpose fund established in order to implement tasks in the area of social insurance, comprising several smaller

²⁵ J. Jończyk, *Glosa do postanowienia SN z dnia 19 września 2002 r.*, V CKN 1223/00, OSP 2004, nr 7–8, p. 97. LEX, <https://sip-1lex-1pl-100078a8d01e0.han3.uci.umk.pl/#/publication/385919864/jonczyk-jan-glosa-do-postanowienia-sn-z-dnia-19-wrzesnia-2002-r-v-ckn-1223-00?keyword=V%20CKN%201223~2F00&csm=SFIRST> (accessed: 1.04.2023).

²⁶ The literature is dominated by analyses of Social Security Funds and the Pension Fund, other funds are exceptionally the subject of academic studies, see: e.g., J. Wantoch-Rekowski, *O funduszu wypadkowych – uwagi de lege lata i de lege ferenda*, “Prawo Budżetowe Państwa i Samorządu” 2014, no. 1, pp. 115–123.

sub-funds (Article 55). Adopted in Article 1 of the System Act, the social insurance was divided into four separate types of insurance, i.e., pension, disability, sickness, and accident insurance.²⁷ The case law is not indifferent to the Social Insurance Fund, which has repeatedly pointed to the essence of the Social Insurance Fund as a special-purpose fund created from social security contributions.²⁸

It should be noted that Article 55(1)(5) regulates two reserve funds – the first relates to disability and sickness insurance, the second – to accident insurance.

It needs to be stressed that in the structure of the Social Insurance Fund there has been no reserve fund for the most important of the funds, i.e., the pension fund. The reserve fund for the pension fund is the Demographic Reserve Fund (*Fundusz Rezerwy Demograficznej*–FRD), regulated in Articles 58–65 and having legal personality. It operates on the basis of the provisions of the System Act and the statute granted by the minister competent for social security by way of an ordinance. The authority of the Demographic Reserve Fund is the Social Insurance Institution (ZUS), which disposes of FRD funds and represents FRD in relations to other entities.

There are also studies analysing statistical data in the literature. One of them resulted in the conclusion that the income from contributions to the Social Insurance Fund (FUS), like the expenses, was systematically growing, however, the growth rate of the income from contributions is clearly lower than that of the expenses, which indicate the lack of self-sufficiency of the pension insurance financing system.²⁹ However, it should not be forgotten that the social security system is based in particular on the principle of self-financing.³⁰ Nevertheless, there is a belief that tasks financed from earmarked funds have guaranteed continuity and sustainability of financing, and therefore are less dependent on the current decision of politicians.³¹

The construction of the Social Insurance Fund raises an obvious question whether the individual components of the Social Insurance Funds are independent funds, or are only a ‘technical’ element of the Social Insurance Fund. In other

27 Judgment of the Court of Appeal in Rzeszow of 7 June 2017, III AUa 981/16, LEX no. 2335194; D. Wajda, *Fundusz Ubezpieczeń Społecznych*, in: *Ustawa o systemie ubezpieczeń społecznych. Komentarz*, B. Gudowska, J. Strusińska-Żukowska (eds.), Warszawa 2014, p. 767.

28 D. Wajda, *Fundusz Ubezpieczeń Społecznych*, p. 758.

29 T. Sowiński, *Status Funduszu Ubezpieczeń Społecznych*, in: *Finanse ubezpieczeń emerytalnych*, Warszawa 2009; data analysis covered the period 1999–2004.

30 D. Wajda, *Fundusz Ubezpieczeń Społecznych*, p. 762.

31 J. Wantoch-Rekowski, *Fundusz ubezpieczeń społecznych*, in: *Ustawa o systemie ubezpieczeń społecznych. Komentarz*, J. Wantoch-Rekowski (ed.), Warszawa 2015, pp. 499–500.

words, one should ask whether the division of the Social Insurance Fund into particular funds is merely of an organizational character, or it is an organizational and financial-legal division as well. Indicating greater financial independence of the funds

Twenty years ago, it was already pointed out in the literature that there was a number of arguments in favour of the thesis that the separation of particular funds within the framework of FUS were of only an organizational character. Subsidies and loans constituted revenue of FUS, not of its particular funds, and the financial plan (being an annex to the Budget Act) covered the revenue and expenditure of FUS as a special purpose fund.³²

At present, there is no doubt that the division of the Social Insurance Fund into respective funds is basically of an organizational nature. In the situation of a permanent shortfall of contributions in relation to expenditure on benefits, the financial problems of the Social Insurance Fund are perceived with regard to the Fund as a whole. Although the deficit of FUS is caused mainly by the pension fund (followed by the disability fund), it is a deficit of FUS as a special purpose fund.³³

Sources of financing of reserve funds and their significance

In the original text of the System Act, the issue of financing reserve funds was regulated in Art. 56. According to paragraph 1, reserve funds were created:

- a) for disability and sickness insurance from the funds remaining on 31 December of each year on the accounts of the funds referred to in Article 55, items 2 and 3, reduced by amounts necessary to ensure payment of benefits falling in the first month of the following year;
- b) for accident insurance from the funds remaining on 31 December of each year in the accident fund account, less the amounts necessary to ensure payment of benefits falling in the first month of the following year;
- c) from interest on deposited reserve funds.

The purpose of the funds accumulated within the reserve funds is defined in Article 56(2), according to which the reserve funds may only be used to replenish shortfalls in the disability, sickness, and accident funds.

The regulation stipulated in Article 56(3), concerning the financial management of reserve funds, had only theoretical significance. This is because the legislator

32 J. Wantoch-Rekowski, *O charakterze prawnym Funduszu Ubezpieczeń Społecznych*, in: *Studia z prawa publicznego*, K. Lubiński (ed.), Toruń 2001, p. 75.

33 J. Wantoch-Rekowski, *System ubezpieczeń społecznych*, p. 119.

indicated that the funds of the reserve funds could only be invested in bank deposits and in securities issued by the State Treasury, unless the Council of Ministers, at the request of the President of the Institution, allowed the funds to be invested in another way. In practice, the reserve funds did not hold any funds. It was not possible for the disability, sickness, or accident fund to have such surpluses at the end of a given year that, after ensuring the financing of benefit payments in January of the following year, a single zloty would remain unused.

Change in the internal structure of the Social Security Fund in 2014

The problem of the need to liquidate reserve funds has been signaled in the literature. J. Wantoch-Rekowski pointed out that

it should be considered whether, as part of the next reform of social insurance finances, changes should be made regarding funds which are part of the Social Insurance Fund. First and foremost, reserve funds should be liquidated, as in practice they have no revenues. Their significance for nearly fifteen years of the reformed system's functioning has been identical, i.e., non-existent.³⁴

As of 1 February 2014, *inter alia*, Articles 55 and 56 of the Social Insurance Act were amended – pursuant to Article 5, items 20 and 21 of the Act of 6 December 2013 on amending certain acts in connection with determining the rules for payment of pensions from funds accumulated in open pension funds.³⁵ As a result of changes in the structure of FUS, only one reserve fund remained – for disability, sickness, and accident insurance. Therefore, the reserve funds were merged. The revised Art. 56, item 1 of the System Act stipulated that a reserve fund is created:

- a) from the funds remaining on 31 December of each year in the bank account of the Social Insurance Fund (FUS) less amounts necessary to ensure payment of benefits falling in the first month of the following year;
- b) from interest on the funds deposited in the reserve fund.

No fundamental changes have been made to the sources of financing of the reserve fund. It was difficult to expect any innovative or original solutions in this respect.

³⁴ J. Wantoch-Rekowski, *System ubezpieczeń społecznych*, p. 119.

³⁵ Journal of Laws of 2013, item 1717.

The current internal structure of the Social Security Fund

Pursuant to Article 1(20) of the Act of 24 June 2021 amending the Act on the social insurance system and certain other acts,³⁶ the reserve fund was liquidated. As of 18 September 2021, the Social Insurance Fund consists of only four funds: pension, disability, sickness, and accident funds.

In the justification of 11 May 2021 to the bill³⁷ it was aptly pointed out that FUS is an important element of the public finance sector, and the financial situation of this fund has a major impact on the entire system of public finance. FUS is a deficit fund, which means that current revenues from social insurance contributions do not cover all the expenses of this fund. Therefore, the legislator has stipulated that the state is the guarantor of the solvency of social insurance benefits. The expression of such state guarantees is – above all – the subsidy for this fund planned annually in the Budget Act. The aim of the bill, as indicated in the justification, was to structure the social insurance system, to rationalize it, introduce uniform solutions for granting and paying benefits, and to improve the functioning of ZUS in the context of financial management and settlements with contribution payers.

Regarding the liquidation of the reserve fund, it was indicated that: “The existing provisions provide for the necessity for ZUS to create a reserve fund from the funds remaining in the FUS bank account on 31 December each year. Taking into consideration the fact that there is a continuous shortage of funds in the FUS, and the necessity of subsidizing that fund from the state budget in order to ensure funds for benefit payments, these provisions are impossible to implement by ZUS. At the end of the year, it may transpire that the subsidy from the state budget is the main source of funds remaining on the FUS account as of 31 December and at the same time the prerequisite for creating a reserve fund arises, which would lead to a situation where the reserve fund would be created from the subsidy from the state budget. In view of the above, a rational solution in this situation is the liquidation of provisions imposing that obligation on ZUS, as they are inapplicable and unjustified in the current financial situation of the FUS, particularly as this matter was in subsequent years the subject of interest of the Supreme Chamber of Control (NIK), which during its annual audit of the execution of the budget and financial plans expected explanations on the reasons for ZUS’s failure to fulfil its statutory task and to create a reserve fund.”

³⁶ Journal of Laws of 2021, item 1621.

³⁷ Parliamentary printed matter no. 1188 of 2021.

In principle, the justification for the bill in the part concerning liquidation of the reserve fund should be regarded as accurate. An exception is the comment concerning the results of an audit conducted by the Supreme Audit Office (NIK), which “expected explanations about the reasons for ZUS’s failure to perform its statutory task and for not creating a reserve fund.” It is true that NIK in some of its post-audit reports pointed to the lack of separation of reserve funds (when two existed) or a reserve fund, but this was based on a statement of a specific factual situation, which was in line with the law. For example, it can be pointed out that in the *Post-audit Report* of 2013³⁸ on the execution of the state budget in 2012, part 73 referring to Social Insurance Institution and execution of financial plans of the Social Insurance Fund, Demographic Reserve Fund, Bridging Pension Fund, and financial plan of the Social Insurance Institution – as a state legal entity, it was indicated that: “Reserve funds for disability and sickness and accident insurance are separated within the FUS. In 2012 – as in previous years - the Social Insurance Institution did not separate these funds. The reason was the failure to meet the statutory premise, i.e., the lack of sufficient financial resources remaining on 31 December of each year in the account of the disability, sickness, and accident fund, reduced by the amounts necessary to ensure payment of benefits falling in the first month of the following year.” In the *Post-audit Report*, it was indicated that the balance of funds in the fund accounts at the end of 2011 and 2012, was as follows:

- a) disability fund – PLN 2,139.4 thousand in 2011 and PLN 18.1 thousand in 2012;
- b) sickness fund – PLN 365.3 thousand in 2011 and PLN 11.8 thousand in 2012;
- c) accident fund – PLN 240.3 thousand in 2011 and PLN 18.2 thousand in 2012.

According to the data, in 2011 the balance of funds in their accounts ranged from 0.03% to 0.06% in relation to the benefits paid for the month of January, and in 2012 this relation fell to 0.001% – 0.004% respectively. Therefore, there is no doubt that the lack of separation of reserve funds (since 2014 – the reserve fund) by ZUS was not the result of the wrong actions of ZUS, but the lack of occurrence of statutory prerequisites, for which it is difficult to blame ZUS.

Conclusion

Creating reserve funds within the Social Insurance Fund would not be a bad solution if these funds had ‘external’ sources of financing other than social insurance contributions. The idea adopted by the legislature that the resources of reserve funds constitute unused resources of basic funds in a given year was misguided.

³⁸ Ref. no. KPS-4100-06-01/2013, P/13/108 (data relating to reserve funds, p. 43).

All existing forecasts indicated that both the Social Insurance Fund as a whole, as well as each of the funds separately, would not be able to achieve a positive financial result annually in the long term.

It should be stressed that there are several provisions that guarantee the payment of social insurance benefits, regardless of the financial condition of the Social Insurance Fund. For example, it can be pointed out that Article 2(3) of the Social Insurance System Act indicates that the payment of social insurance benefits is guaranteed by the state. Therefore, regardless of the state of financial resources within particular funds, insurance benefits financed from them must be realized, and the source of deficient financial resources is the state budget.

It may come as a surprise that the legislature took a very long time to ‘mature’ with respect to the liquidation of the facade reserve funds. In fact, it did so gradually – the two reserve funds functioning until 2014 were replaced by one, which was finally liquidated in 2021.

The current internal structure of the Social Insurance Fund corresponds to the existing types of contributions and types of benefits, it is a simple and transparent structure. It can be assumed that the internal structure of the Social Insurance Fund is adequate to its role and tasks, and that the existing funds (pension, disability, sickness, and accident funds) correspond to the financial model of social insurance implemented in Poland.

Literature

- Bielawska K., *Rola pozaskładowych źródeł w finansowaniu świadczeń z ubezpieczenia społecznego wypłacanych z Funduszu Ubezpieczeń Społecznych*, “Ubezpieczenia społeczne. Teoria i praktyka” 2016, no. 2, pp. 3–17.
- Borodo A., *Polskie prawo finansowe. Zarys ogólny*, Toruń 2010.
- Bożek W., Mańczyk P., *Gospodarka finansowa państwowego funduszu celowego*, in: *Ustawa o finansach publicznych. Komentarz*, Z. Ofiarski (ed.), Warszawa 2019.
- Jędrasik-Jankowska I., *Pojęcia i konstrukcje prawne ubezpieczenia społecznego*, Warszawa 2020.
- Jończyk J., *Glosa do postanowienia SN z dnia 19 września 2002 r.*, V CKN 1223/00, OSP 2004/7-8/97, LEX, <https://sip-lex-1pl-100078a8d01e0.han3.uci.umk.pl/#/publication/385919864/jonczyk-jan-glosa-do-postanowienia-sn-z-dnia-19-wrzesnia-2002-r-v-ckn-1223-00?keyword=V%20CKN%201223~2F00&cm=SFIRST> (accessed 1.04.2023).
- Klimas M., *Fundusz Ubezpieczenia Społecznego*, in: *Postępowanie sądowe w sprawach z zakresu ubezpieczeń społecznych*, Warszawa 2013.

- Kosikowski C., *System funduszy celowych i niektórych innych jednostek sektora finansów publicznych*, in: *Finanse publiczne i prawo finansowe*, C. Kosikowski, E. Ruśkowski (eds.), Warszawa 2006.
- Kowalczyk E., *Art. 29*, in: *Ustawa o finansach publicznych. Komentarz*, A. Mikos-Sitek (ed.), 2022.
- Kucia-Guściora B., *Fundusz Przeciwdziałania COVID-19 – antidotum finansowe na czas pandemii*, “Kwartalnik Prawno-Finansowy” 2020, no. 1, pp. 26–51, DOI: 10.34616/kpf.2020.1.26.51.
- Kucia-Guściora B., *Status prawny funduszy celowych*, “Ruch Prawniczy, Ekonomiczny i socjologiczny” 2004, no. 4, pp. 5–25.
- Lenio P., *Państwowe fundusze celowe*, in: *Prawo finansów publicznych z kazusami i pytaniami*, W. Miemiec (ed.), Warszawa 2018.
- Malinowska-Misiąg E. *Jednostki sektora finansów publicznych*, in: *Ustawa o finansach publicznych. Ustawa o odpowiedzialności za naruszenie dyscypliny finansów publicznych. Komentarz*, W. Misiąg (ed.), Warszawa 2019.
- Sawicka K., *Art. 29*, in: M. Karlikowska, M. Miemiec, Z. Ofiarski, K. Sawicka, *Ustawa o finansach publicznych*, Wrocław 2010.
- Sawicka K., *Formy prawno-organizacyjne jednostek sektora finansów publicznych* in: *System Prawa Finansowego*, vol. II, *Prawo finansowe sektora finansów publicznych*, eds. vol. II, Warszawa 2010.
- Sierocka I., *Podmioty ubezpieczeń społecznych*, in: *System ubezpieczeń społecznych. Część ogólna*, A. Wypych-Żywicka (ed.), Warszawa 2020.
- Sowiński T., *Status Funduszu Ubezpieczeń Społecznych*, in: *Finanse ubezpieczeń emerytalnych*, Warszawa 2009.
- Szołno-Koguc J., *Fundusze związane z ubezpieczeniami społecznymi w polskim systemie finansów publicznych*, “Studia Ekonomiczne. Zeszyty Naukowe Uniwersytetu Ekonomicznego w Katowicach” 2018, no. 358, pp. 243–252.
- Szołno-Koguc J., *Pozabudżetowe fundusze celowe w Polsce (ewolucja problemu)*, in: *Nauka finansów publicznych i prawa finansowego w Polsce. Dorobek i kierunki rozwoju. Księga Jubileuszowa Profesor Alicji Pomorskiej*, J. Głuchowski, C. Kosikowski and J. Szołno-Koguc (eds.), Lublin 2008.
- Wajda D., *Fundusz Ubezpieczeń Społecznych*, in: *Ustawa o systemie ubezpieczeń społecznych. Komentarz*, B. Gudowska, J. Strusińska-Żukowska (eds.), Warszawa 2014.
- Wantoch-Rekowski J., *Fundusz ubezpieczeń społecznych*, in: *Ustawa o systemie ubezpieczeń społecznych. Komentarz*, J. Wantoch-Rekowski (ed.), Warszawa 2015.
- Wantoch-Rekowski J., Morawski W., *Podstawy prawa finansów publicznych. Podręcznik akademicki*, Toruń 2019.
- Wantoch-Rekowski J., *O charakterze prawnym Funduszu Ubezpieczeń Społecznych*, in: *Studia z prawa publicznego*, K. Lubiński (ed.), Toruń 2001.
- Wantoch-Rekowski J., *O funduszu wypadkowym – uwagi de lege lata i de lege ferenda*, “Prawo Budżetowe Państwa i Samorządu” 2014, no. 1, pp. 115–123.

Wantoch-Rekowski J., *Składki na ubezpieczenie emerytalne – konstrukcja i charakter prawny*, Toruń 2005.

Wantoch-Rekowski J., *System ubezpieczeń społecznych a budżet państwa – studium prawnofinansowe*, Warszawa 2014.

List of legal acts:

Act of 25 November 1986 on the Organization and Financing of Social Security (consolidated text: Journal of Laws of 1989 No 25, item 137, as amended).

Act of 13 October 1998 on the Social Insurance System (consolidated text: Journal of Laws of 2021, item 423 as amended).

Act of 27 August 2009 on Public Finance (consolidated text: Journal of Laws of 2021, item 305 as amended).

Act of 6 December 2013 on amending certain acts in connection with determining the rules for payment of pensions from funds accumulated in open pension funds (Journal of Laws of 2013, item 1717).

Act of 24 June 2021 amending the Act on social insurance system and certain other acts (Journal of Laws of 2021, item 1621).

Other sources

Explanatory Memorandum of 11 May 2021 to the draft Act on amending the Act on social insurance system and certain other acts (parliamentary printed matter No. 1188 of 2021). Decision of the Supreme Court - Civil Chamber of 19 September 2002 (V CKN 1223/00, Legalis no. 55866).

Judgment of the Court of Appeal in Rzeszów of 7 June 2017 (III AUa 981/16, LEX no. 2335194).

Post-Audit Report of the Supreme Chamber of Control (NIK) of 2013. (ref. KPS-4100-06-01/2013, P/13/108).

CYTOWANIE

Wantoch-Rekowski J., Wilmanowicz-Słupczewska M., *Evolution of the Internal Structure of the Social Insurance Fund*, „Acta Iuris Stetinensis” 2023, nr 2 (vol. 43), 145–158, DOI: 10.18276/ais.2023.43-08.

ZE SZCZECIŃSKIEJ WOKANDY

Z WOKANDY SĄDU APELACYJNEGO W SZCZECINIE



Wyrok Sądu Apelacyjnego w Szczecinie III Wydział Pracy i Ubezpieczeń Społecznych z dnia 26 listopada 2020 r. (III AUa 268/20)

Podstawą do powstania obowiązku ubezpieczenia społecznego z mocy art. 6 ust. 1 pkt 5 ustawy z dnia 13 października 1998 r. o systemie ubezpieczeń społecznych jest faktyczne wykonywanie działalności pozarolniczej (art. 13 pkt 4 tej ustawy), w tym działalności gospodarczej, czyli rzeczywiste podjęcie i prowadzenie działalności zarobkowej, wykonywanej w sposób zorganizowany i ciągły.

O prowadzeniu (rzeczywistym) działalności gospodarczej, a w konsekwencji istnieniu ważnego tytułu ubezpieczeń społecznych decyduje cały zespół różnych okoliczności faktycznych i ich ocena przez sąd orzekający w sprawie z odwołania od decyzji organu rentowego.

Przewodniczący SSA Gabriela Horodnicka-Stelmaszczuk (sprawozdawca)

Sędziowie: SA Urszula Iwanowska, SA Romana Mrotek

Sąd Apelacyjny po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 26 listopada 2020 r. w Szczecinie sprawy A.Z. przeciwko Zakładowi Ubezpieczeń Społecznych Oddział w K., o ustalenie istnienia obowiązku podlegania ubezpieczeniom społecznym, na skutek apelacji ubezpieczonej od wyroku Sądu Okręgowego w Koszalinie z dnia 18 marca 2020 r., sygn. akt IV U 1330/19, oddalił apelację (punkt 1) oraz zasądził od A.Z. na rzecz Zakładu Ubezpieczeń Społecznych Oddział w K. kwotę 240 zł tytułem zwrotu kosztów zastępstwa procesowego w postępowaniu apelacyjnym (punkt 2).

Uzasadnienie

Zakład Ubezpieczeń Społecznych Oddział w K. decyzją nr (...) z dnia 21 czerwca 2019 r., wydaną na podstawie art. 83 ust. 1 pkt 1, art. 6 ust. 1 pkt 5, art. 11 ust. 2, art. 12 ust. 1, art. 13 pkt 4, art. 38 ust. 1, art. 68 ust. 1 pkt 1 lit a ustawy z dnia 13 października 1998 r. o systemie ubezpieczeń społecznych (Dz.U. z 2017 r. poz. 1778) stwierdził, że A.Z. jako osoba prowadząca pozarolniczą działalność gospodarczą nie podlega obowiązkowo ubezpieczeniom: emerytalnemu, rentowym i wypadkowemu oraz dobrowolnemu ubezpieczeniu chorobowemu od 8 stycznia 2016 r. do 30 września 2018 r.

Odwołanie od powyższej decyzji wniosła A.Z. Domagała się uchylenia decyzji w całości i zasądzenia na jej rzecz kosztów postępowania, w tym kosztów zastępstwa procesowego wg norm przepisanych oraz 17 zł opłaty od pełnomocnictwa.

W odpowiedzi na odwołanie organ rentowy wniosł o jego oddalenie oraz zasądzenie od ubezpieczonej kosztów zastępstwa procesowego wg norm przepisanych, powtarzając argumentację użytą w zaskarżonej decyzji.

Wyrokiem z dnia 18 marca 2020 r. Sąd Okręgowy w Koszalinie oddalił odwołanie oraz zasądził od ubezpieczonej A.Z. na rzecz Zakładu Ubezpieczeń Społecznych Oddziału w K. kwotę 180,00 zł tytułem zwrotu kosztów zastępstwa procesowego.

Sąd Okręgowy oparł swoje rozstrzygnięcie na następujących ustaleniach faktycznych i rozważaniach prawnych:

A.Z. (ur. (...)) z wykształcenia jest magistrem rachunkowości. Działalność gospodarczą pod firmą Usługi (...) założyła 8 listopada 2001 r.

Od 1 lutego 2002 r. do 30 września 2018 r. zgłoszona była do ubezpieczeń społecznych, a do dobrowolnego ubezpieczenia zdrowotnego od 1 lutego 2002 r. do 31 maja 2014 r. i od 7 sierpnia 2014 r. do 30 września 2018 r.

Wnioskodawczyni początkowo prowadziła działalność w zakresie sprzedaży. W 2002 r. otworzyła sklepik szkolny, w którym handlowała artykułami spożywczymi. Działał on do około 2009–2010 r.

D.W. od 1996 r. prowadzi działalność gospodarczą pod nazwą Hurtownia (...). Zajmuje się sprzedażą artykułów papierniczych. Hurtownia czynna jest w godzinach od 8.00 do 16.00.

Na stanowisku sprzedawcy artykułów papierniczych od 2015 r. zatrudnia jednego pracownika.

D.W. i A.Z. są siostrami.

A.Z. od początku prowadzenia działalności współpracowała z siostrą.

W latach 2016–2018 A.Z. pomagała siostrze w ramach prowadzonej przez nią działalności. Miały zawartą w formie ustnej umowę, zgodnie z którą ubezpieczona

zajmowała się pozyskiwaniem oraz obsługą klientów siostry, zamawianiem towarów oraz dowożeniem i odbiorem towarów.

W związku z prowadzoną działalnością wnioskodawczynie wystawiła na rzecz D.W. następujące faktury VAT (dotyczące sprzedaży usług):

- nr (...) z 31 lipca 2017 r., na kwotę: 3.567 zł., płatność: gotówka,
- nr (...) z 6 sierpnia 2017 r., na kwotę: 1.200 zł., płatność: gotówka,
- nr (...) z 26 stycznia 2018 r. na kwotę 150 zł; płatność: gotówka,
- nr (...) z dnia 14 lipca 2018 r., na kwotę 1.476 zł; płatność: gotówka.

Przychód wykazany z tytułu działalności gospodarczej w 2016 r. wyniósł 0, natomiast w 2017 r. kwotę 4.100 zł.

Ze świadczeń z systemu ubezpieczeń społecznych korzystała w następujących okresach:

- 6 listopada 2014 r. – 8 stycznia 2015 r. (zasilek chorobowy);
- 9 stycznia 2015 r. – 7 stycznia 2016 r. (zasilek macierzyński);
- 11 stycznia 2016 r. – 13 lipca 2016 r. (zasilek chorobowy);
- 14 lipca 2016 r. – 12 lipca 2017 r. (zasilek macierzyński);
- 7 sierpnia 2017 r. – 24 stycznia 2018 r. (zasilek chorobowy);
- 26 stycznia 2018 r. – 2 lutego 2018 r. (zasilek opiekuńczy);
- 3 lutego 2018 r. – 11 lutego 2018 r. (zasilek opiekuńczy);
- 12 lutego 2018 r. – 19 lutego 2018 r. (zasilek opiekuńczy);
- 20 lutego 2018 r. – 2 marca 2018 r. (zasilek chorobowy);
- 30 maja 2018 r. – 8 czerwca 2018 r. (zasilek opiekuńczy);
- 11 czerwca 2018 r. – 18 czerwca 2018 r. (zasilek opiekuńczy);
- 20 czerwca 2018 r. – 6 lipca 2018 r. (zasilek opiekuńczy);
- 16 lipca 2018 r. – 20 sierpnia 2018 r. (zasilek chorobowy);
- 22 sierpnia 2018 r. – 30 września 2018 r. (zasilek chorobowy).

Wnioskodawczynie zamknęła działalność 30 września 2018 r.

Organ rentowy wszczął kontrolę w celu ustalenia, czy od 8 stycznia 2016 r. do 30 września 2018 r. ubezpieczona prowadziła działalność gospodarczą.

Zaskarżoną decyzją z 21 czerwca 2019 r. nr (...) stwierdził, że A.Z. jako osoba prowadząca pozarolniczą działalność gospodarczą nie podlega obowiązkowo ubezpieczeniom: emerytalnemu, rentowym i wypadkowemu oraz dobrowolnemu ubezpieczeniu chorobowemu od 8 stycznia 2016 r. do 30 września 2018 r.

Na podstawie tak dokonanych ustaleń Sąd Okręgowy uznał odwołanie za uzasadnione podnosząc, iż zgodnie z ustawą z dnia 13 października 1998 r. o systemie ubezpieczeń społecznych (t.j. Dz.U. z 2019r. poz. 300), obowiązkowo ubezpieczeniom emerytalnemu, rentowemu i wypadkowemu podlegają osoby fizyczne, które na obszarze Rzeczypospolitej Polskiej są osobami prowadzącymi pozarolniczą działalność gospodarczą oraz osobami z nimi współpracującymi. Obowiązek

ubezpieczeń osób prowadzących działalność gospodarczą powstaje od dnia rozpoczęcia wykonywania działalności do dnia zaprzestania wykonywania tej działalności, z wyłączeniem okresu, na który wykonywanie działalności zostało zawieszona na podstawie przepisów ustawy o swobodzie działalności gospodarczej (art. 6 ust. 1 pkt 5, art. 12 ust. 1 oraz art. 13 ust. 4 w/w ustawy). Natomiast stosownie do art. 11 ust. 1 ww. ustawy, osoby prowadzące pozarolniczą działalność gospodarczą, objęte obowiązkowo ubezpieczeniami emerytalnymi i rentowymi z tego tytułu, podlegają na swój wniosek dobrowolnie ubezpieczeniu chorobowemu.

Sąd orzekający wskazał, że ocena, czy wykonywana jest działalność gospodarcza należy przede wszystkim do sfery ustaleń faktycznych, a dopiero następnie do ich kwalifikacji prawnej (tak też stwierdził Sąd Apelacyjny w Łodzi w wyroku z dnia 15 lipca 2015 r. sygn. akt III AUa 1394/14).

Sąd Okręgowy dostrzegł, że A.Z. do 7 stycznia 2016 r. przebywała na zasiłku macierzyńskim. Następnie po zaledwie kilku dniach, skorzystała z długotrwałego zwolnienia lekarskiego w związku z kolejną ciążą, a kolejno, z zasiłku macierzyńskiego. W dalszej kolejności była wielokrotnie niezdolna do pracy ze względu na choroby własne i dzieci. Działalność została ostatecznie zamknięta 30 września 2018 r.

Sąd orzekający wyjaśnił, że pojęcie osoby prowadzącej działalność pozarolniczą zostało zdefiniowane na potrzeby ww. ustawy systemowej w art. 8 ust. 6. Za osobę prowadzącą pozarolniczą działalność ustawa uznaje m.in. osobę prowadzącą pozarolniczą działalność gospodarczą na podstawie przepisów ustawy z dnia 6 marca 2018 r. – Prawo przedsiębiorców lub innych przepisów szczególnych.

Sąd Okręgowy zważył też, że w treści art. 2 poprzednio obowiązującej ustawy z 2 lipca 2004 r. o swobodzie działalności gospodarczej (t.j. Dz.U. z 2015 r., poz. 584 ze zm.) wskazano, że za działalność gospodarczą należy rozumieć zarobkową działalność wytwórczą, budowlaną, handlową, usługową oraz poszukiwanie, rozpoznawanie i wydobywanie kopalin ze złóż, a także działalność zawodową, wykonywaną w sposób zorganizowany i ciągły. Zgodnie z definicją sformułowaną w art. 3 obowiązującej od dnia 30.04.2018 r. ustawy Prawo przedsiębiorców z dnia 6 marca 2018 r., działalnością gospodarczą jest zorganizowana działalność zarobkowa, wykonywana we własnym imieniu i w sposób ciągły. Według stanowiska Sądu Najwyższego zawartego w uchwale z 6 grudnia 1991 r. (III CZP 117/91), do cech działalności gospodarczej należą: a) zawodowy, a więc stały charakter, b) powtarzalność podejmowanych działań, c) podporządkowanie zasadzie racjonalnego gospodarowania, d) uczestnictwo w obrocie gospodarczym, e) cel zarobkowy. Przesłanki te muszą być spełnione kumulatywnie. Podstawą do powstania obowiązku ubezpieczeń jest zatem faktyczne wykonywanie działalności pozarolniczej, w tym gospodarczej, co oznacza, że wykonywanie tej działalności to rzeczywista działalność zarobkowa

wykonywana w sposób zorganizowany i ciągły. Prowadzenie działalności gospodarczej stanowi tytuł podlegania ubezpieczeniom społecznym, o ile faktyczna osoba ubezpieczona wykonuje tę działalność, choć stopień natężenia jej aktywności może być różny. W orzecznictwie Sądu Najwyższego (wyrok z 16 stycznia 2014 r., I UK 235/13; wyrok z 13 września 2016 r., I UK 455/15) przyjmuje się, że dla zakwalifikowania danej działalności jako działalności gospodarczej istotne znaczenie ma jej ciągłość i zarobkowy charakter. Ciągłość działalności gospodarczej ma dwa aspekty. Pierwszy to powtarzalność czynności, pozwalająca na odróżnienie działalności gospodarczej od jednostkowej umowy o dzieło lub zlecenia albo umowy o świadczenie usług, które same w sobie nie składają się jeszcze na działalność gospodarczą, drugi aspekt zaś to zamiar niekrótkiego prowadzenia działalności gospodarczej. Przesłanka zarobkowego charakteru jest spełniona wtedy, gdy prowadzenie działalności gospodarczej nastawione jest na uzyskanie dochodu, choć może się zdarzyć, że działalność ta w danym okresie przynosi straty. W tej mierze istotny jest jednak wyznaczony przez przedsiębiorcę cel, który przez realizację zamierzonych przedsięwzięć musi zakładać dany wynik finansowy. Zarobkowy charakter jest nastawiony na zysk, który powinien co najmniej pokryć koszty założenia i prowadzenia przedsięwzięcia (zob. wyrok Naczelnego Sądu Administracyjnego z 24 listopada 2008 r., II GSK 1219/10).

Dalej Sąd Okręgowy wywiódł, że działalność gospodarcza musi być ponadto prowadzona w sposób zorganizowany. W judykaturze wskazuje się, że powszechne rozumienie słowa „organizowanie” związane jest z przygotowaniem, zakładaniem (tak zob. wyrok WSA w Opolu z dnia 7 maja 2008 r., I SA/Op 18/08). Zorganizowanie jako cecha działalności gospodarczej oznacza więc, że jej wykonywanie jest zaplanowane pod względem prawnym i faktycznym. Podmiot wykonujący działalność gospodarczą musi podjąć wiele czynności o charakterze organizacyjnym, których celem jest przygotowanie do wykonywania tej działalności. Zatem jako zorganizowanie działalności gospodarczej należy rozumieć czynności zmierzające do jej podjęcia i wykonywania.

W piśmiennictwie wskazuje się na materialny i formalny aspekt zorganizowania działalności gospodarczej. Formalne zorganizowanie działalności gospodarczej należy rozumieć jako prawnie określony zakres obowiązków związanych z wykonywaną działalnością gospodarczą. Należy tutaj zaliczyć rejestrację działalności gospodarczej, zgłoszenia podatkowe oraz statystyczne, obowiązki związane z ubezpieczeniem społecznym, konieczność prowadzenia działalności gospodarczej w określonej formie organizacyjno-prawnej, konieczność uzyskania określonych aktów administracyjnych, tj. koncesji, zezwolenia. Jeśli chodzi o warunki materialne, to wymienia się listę czynności organizacyjnych w zakresie uzyskania środków finansowych na podjęcie działalności gospodarczej, zatrudnienia

pracowników, wynajęcia czy też zakupu lokalu. Te wszystkie wskazane czynności organizacyjne jednoznacznie przesądzają, iż działalność gospodarcza jest aktywnością, która nie ma charakteru przypadkowego (tak M. Szydło, *Swoboda...*, s. 50). Prowadzenie działalności gospodarczej to przecież proces polegający na stworzeniu odpowiednich warunków do jej wykonywania, a nie tylko faktyczne jej wykonywanie (wyrok WSA w Warszawie z dnia 28 stycznia 2009 r., VII SA/Wa 1374/08, LEX nr 489317). Zorganizowanie to zatem racjonalny proces obejmujący nie tylko czynności organizacyjne, lecz także te, które są zaliczane do przedmiotu działalności przedsiębiorcy (tak S. Koroluk [i in.], *Ustawa...*, red. A. Powałowski, 2009).

Sąd Okręgowy powołał się na treść wyroku Sądu Apelacyjnego w Szczecinie z 30 października 2014 r., sygn. III AUa 110/14, zgodnie z którym formalne zorganizowanie działalności gospodarczej należy rozumieć jako prawnie określony zakres obowiązków związanych z wykonywaną działalnością gospodarczą. Należy tutaj zaliczyć rejestrację działalności gospodarczej, zgłoszenia podatkowe oraz statystyczne, obowiązki związane z ubezpieczeniem społecznym, konieczność prowadzenia działalności gospodarczej w określonej formie organizacyjno-prawnej, konieczność uzyskania określonych aktów administracyjnych, tj. koncesji, zezwolenia. Jeśli chodzi o warunki materialne, to wymienia się listę czynności organizacyjnych w zakresie uzyskania środków finansowych na podjęcie działalności gospodarczej, zatrudnienia pracowników, wynajęcia czy też zakupu lokalu. Prowadzenie działalności gospodarczej to przecież proces polegający na stworzeniu odpowiednich warunków do jej wykonywania, a nie tylko faktyczne jej wykonywanie.

Analizując całość materiału dowodowego, Sąd Okręgowy podzielił stanowisko organu rentowego, iż działalność gospodarcza utrzymywana była przez A.Z. po to, aby uzyskać długoterminowe korzyści finansowe z systemu ubezpieczeń społecznych. W jej działalności brak było bowiem elementu zorganizowania charakteryzującego się wpisaniem własnego przedsięwzięcia gospodarczego w określone ramy organizacyjne. Ponadto A.Z. nie prowadziła firmy w sposób samodzielny i niepodporządkowany. Wnioskodawczyni nie posiadała własnego lokalu, w którym prowadziła działalność gospodarczą oraz własnego asortymentu, którym by handlowała. Nie posiadała własnych klientów, a obsługiwała wyłącznie klientów siostry. Obsługiwała ich bezpośrednio w hurtowni (...), dodatkowo korzystając z samochodu, aby rozwieźć zamówiony towar. Brakuje również aktu prawnego – umowy zawartej z D.W., która określałaby zakres obowiązków związanych z zarejestrowaną w ewidencji działalnością gospodarczą. W tych okolicznościach nie można uznać, że działalność gospodarcza była prowadzona w sposób zorganizowany. Były to czynności wykonywane na rzecz zorganizowanej działalności gospodarczej prowadzonej przez D.W. Ubezpieczona działała wyłącznie na rzecz

rozwoju firmy siostry. Nie było więc mowy o jakiegokolwiek samodzielności i zorganizowaniu w ramach jej własnej działalności gospodarczej.

Zdaniem Sądu Okręgowego z powyższymi ustaleniami korespondują wiarygodne zeznania świadków: K.W., A.W., A.S., M.B., P.P. Zeznaniami siostry wnioskodawczynie – D.W. Sąd pierwszej instancji dał wiarę częściowo. Na ich podstawie ustalił, że A.Z. wspomagała siostrę w prowadzonej przez nią firmie. Świadkowie jednoznacznie wskazali, że A.Z. usługi świadczyła wyłącznie dla D.W., w należącej do niej hurtowni. Do jej zadań należała obsługa klientów hurtowni, wystawianie w imieniu siostry faktur, zamawianie dla niej towarów oraz jego dowóz do klientów D.W. Natomiast w czasie krótkotrwałych przerw pomiędzy kolejnymi okresami zasiłkowymi (tj. od 8 stycznia 2016r.) wnioskodawczynie w dalszym ciągu nie prowadziła samodzielnie i w sposób zorganizowany działalności gospodarczej, dalej pomagała siostrze w prowadzeniu firmy. Sąd Okręgowy nie dał wiary zeznaniom D.W., w zakresie w którym świadek zeznała, że wnioskodawczynie posiadała własnych klientów. Przeczy bowiem temu pozostały materiał dowodowy zgromadzony w sprawie z którego wynika, że A.Z. obsługiwała wyłącznie klientów, którzy zamierzali zakupić towar w hurtowni (...). Zdaniem Sądu orzekającego nie ulega wątpliwości, że wnioskodawczynie działalności gospodarczej nie wykonywała w sposób zorganizowany oraz we własnym imieniu.

Sąd Okręgowy dostrzegł nadto, że poza przedstawionymi czterema fakturami VAT, opłaconymi zresztą w formie gotówkowej, brakowało jakiegokolwiek wiarygodnych dowodów na to, że A.Z. prowadziła działalność gospodarczą. Brakowało też dowodów z dokumentów potwierdzających wykonywanie na rzecz siostry innych czynności poza opisanymi (dokumenty księgowe, dokumenty związane z organizowanymi przetargami). Zdaniem Sądu Okręgowego sam fakt opłacania składek na ubezpieczenia społeczne oraz dobrowolne ubezpieczenie chorobowe nie świadczy jeszcze o prowadzeniu działalności. Sąd orzekający dostrzegł także, że wnioskodawczynie od 2003 r. wielokrotnie korzystała z zasiłku chorobowego i opiekuńczego. W 2014 r., mając już świadomość kolejnej ciąży i faktu korzystania z dobrodziejstw systemu ubezpieczeń społecznych wyraźnie podniosła podstawę wymiaru składek. Po zakończeniu okresu pobierania zasiłku macierzyńskiego (tj. w dniu 7 stycznia 2016 r.), zaledwie po kilku dniach korzystała z kolejnego długotrwałego zwolnienia lekarskiego w związku z kolejną ciążą, a później z kolejnego zasiłku macierzyńskiego. W dalszej kolejności, aż do zamknięcia działalności wielokrotnie korzystała z zasiłku opiekuńczego i chorobowego. Ubezpieczona przyznała, że po zabiegu operacyjnym przepukliny, który przeszła w 2018 r. miała przerwę w wykonywaniu działalności trwająca 88 dni, w czasie której nie pracowała i nie posiadała zwolnienia lekarskiego.

Mając na uwadze wynik przeprowadzonego postępowania dowodowego, Sąd Okręgowy nie miał wątpliwości, że A.Z. w okresie od 8 stycznia 2016 r. do 30 września 2018 r., nie prowadziła już we własnym imieniu działalności zarobkowej w sposób ciągły i zorganizowany. Nie ujęła prowadzonej działalności w ramy pozwalające na uznanie jej zaplanowanego i uporządkowanego charakteru. Czynności wykonywane przez wnioskodawczynię dla siostry D.W. świadczone były, zdaniem Sądu pierwszej instancji, w ramach pomocy członkowi rodziny na podstawie ustnej umowy, którą z dużą ostrożnością można zakwalifikować jako umowę o świadczenie usług.

W konsekwencji Sąd Okręgowy uznał, że wnioskodawczyni od 8 stycznia 2016 r. do 30 września 2018 r. nie prowadziła działalności gospodarczej, która stanowiłaby tytuł do polegania obowiązkowym ubezpieczeniom społecznym zgodnie z art. 6 ust. 1 pkt 5, art. 12 ust. 1 oraz art. 13 ust. 4 ww. ustawy o systemie ubezpieczeń społecznych oraz tytuł do podlegania dobrowolnemu ubezpieczeniu chorobowemu stosownie do art. 11 ust. 1 ww. ustawy.

Sąd Okręgowy na podstawie art. 477 (14) § 1 k.p.c. oddalił odwołanie ubezpieczonej A.Z. od decyzji organu rentowego z dnia z 21 czerwca 2019 r. (nr (...)), o czym orzeczono w pkt 1 sentencji wyroku.

O kosztach postępowania orzeczono w pkt 2 sentencji wyroku na podstawie art. 98 k.p.c. w zw. z § 9 ust. 2 rozporządzenia Ministra Sprawiedliwości z dnia 22 października 2015r. w sprawie opłat za czynności radców prawnych (t.j. Dz.U. z 2018r., poz. 265), ustalając, że A.Z. powinna zwrócić organowi rentowemu koszty zastępstwa procesowego w kwocie 180 zł.

Z wyrokiem w całości nie zgodziła się ubezpieczona. Rozstrzygnięciu zarzuciła:

1. Błąd w ustaleniach faktycznych mający istotny wpływ na wynik sprawy polegający na pominięciu przy ustalaniu stanu faktycznego, faktów wynikających z zebranych w sprawie dowodów, które zostały uznane za wiarygodne, tj. Sąd pierwszej instancji nie ustalił, że: 1) A.Z. w ramach prowadzonej działalności gospodarczej od dnia zarejestrowania działalności do dnia 30 września 2018 roku wykonywała następujące czynności:

a) zgłosiła firmę do Centralnej Ewidencji Działalności Gospodarczej, prowadziła dokumentację swojej firmy, tj. w szczególności rozliczała VAT, składała deklarację do ZUS-u, wystawiała faktury, składała do urzędu skarbowego pliki JPK, złożyła dokumenty związane z wykreśleniem działalności z ewidencji;

b) na rzecz działalności gospodarczej Hurtowni (...) prowadzonej przez jej siostrę D.W. wykonywała następujące usługi: obsługiwała klientów, doradzała klientom, przyjmowała zamówienia, kompletowała zamówienia, wydawała towar klientom w hurtowni, przygotowywała oferty i przetargi, przygotowywała faktury, przyjmowała towar, zamawiała towar, dowoziła towar do klientów, prowadziła

dokumentację firmy (...), tj. w szczególności w szczególności rozliczała VAT, składała deklarację DRA do ZUS-u, składała do urzędu skarbowego pliki JPK;

c) A.Z. czynności w zakresie swojej działalności gospodarczej wykonywała w hurtowni (...), w siedzibie swojej działalności, gdzie przygotowywała m.in. oferty i przetargi oraz wyszukiwała potencjalnych klientów, a także „w terenie” jeżdżąc do przedsiębiorców i innych podmiotów, którzy mogli być zainteresowani nabyciem artykułów papierniczych w celu zaoferowania im nabycia asortymentu hurtowni;

d) nie zachowała się korespondencja mailowa związana ze świadczonymi przez A.Z. usługami, gdyż korzystała ze skrzynki pocztowej, w której wiadomości archiwizowane są przez 30 dni, a następnie automatycznie usuwane,

e) w ramach współpracy gospodarczej A.Z. i D.W. nie było konieczności wytwarzania odrębnych dokumentów, zamówienia najczęściej były składane drogą telefoniczną, ewentualnie spisywane na kartce, która nie była archiwizowana, gdyż potwierdzeniem ilości zamówionego i sprzedanego towaru były faktury VAT (protokół elektroniczny z dnia 6.03.2020 roku 00:04:53–00:32:58; protokół elektroniczny z dnia 5 lutego 2020 roku 00:10:30–00:12:20–00:28:24; 00:34:47–00:44:31, 00:44:31–00:50:18, 00:50:18–00:56:11; 00:56:11–00:56:11–01:07:34; 01:07:34–01:12:32; 01:12:32–01:35:37).

2) A.Z. w ramach prowadzonej przez siebie działalności gospodarczej Usługi (...) współpracowała z D.W. w ramach prowadzonej przez nią działalności gospodarczej Hurtowni (...) w takiej samej formie przez okres około 16 lat (protokół elektroniczny z dnia 6.03.2020 roku 00:04:53–00:32:58; protokół elektroniczny z dnia 5 lutego 2020 roku 00:10:30–00:12:20–00:28:24; 00:34:47–00:44:31; 00:44:31–00:50:18, 00:50:18–00:56:11; 00:56:11–00:56:11–01:07:34; 01:12:32–01:35:37).

3) A.Z. do pracy potrzebowała jedynie komputera z dostępem do Internetu i telefonu oraz samochodu, który użyczała od D.W. (protokół elektroniczny z dnia 6.03.2020 roku 00:04:53–00:32:58; protokół elektroniczny z dnia 5 lutego 2020 roku 00:10:30–00:28:24 oraz 01:12:32–01:35:37).

4) Wynagrodzenie A.Z., jakie otrzymywała od D.W. za świadczone przez nią na jej rzecz usługi obejmowało wynagrodzenie ryczałtowe (za prowadzenie dokumentacji księgowej, rozwożenie towarów, przyjmowanie towaru, obsługę klientów w hurtowni, oferowanie towarów w hurtowni) oraz prowizyjne, które zależało od wartości towarów sprzedanych przez A.Z. na rzecz swoich klientów, (protokół elektroniczny z dnia 6.03.2020 roku 00:04:53–00:32:58; protokół elektroniczny z dnia 5 lutego 2020 roku 00:10:30–00:28:24 oraz 01:12:32–01:35:37).

5) Jedynym źródłem dochodu A.Z. w latach 2001 do września 2018 była jej działalność gospodarcza (protokół elektroniczny z dnia 6.03.2020 roku 00:04:53–00:32:58; protokół elektroniczny z dnia 5 lutego 2020 roku 00:10:30–00:28:24 oraz 01:12:32–01:35:37).

6) A.Z. zamierzała prowadzić działalność gospodarczą zarówno w latach 2016 do 2018, jak i później i planowała wraz z D.W. rozszerzenie działalności o sprzedaż internetową, którą miała prowadzić A.Z. (protokół elektroniczny z dnia 6.03.2020 roku 00:04:53–00:32:58; protokół elektroniczny z dnia 5 lutego 2020 roku 00:10:30–00:28:24 oraz 01:12:32–01:35:37).

7) A.Z. zakończyła działalność gospodarczą i podjęła pracę w banku, gdyż praca w hurtowni była pracą fizyczną wymagającą m.in. dźwigania ciężkich towarów, a praca w banku nie wymagała wysiłku fizycznego, który ze względu na stan jej zdrowia był przeciwwskazany (protokół elektroniczny z dnia 6.03.2020 roku 00:04:53 – 00:32:58; protokół elektroniczny z dnia 5 lutego 2020 roku 00:10:30–00:28:24 oraz 01:12:32–01:35:37).

8) Od czasu, gdy A.Z. nie współpracuje z D.W., klienci A.Z. nie kupują asortymentu z hurtowni (...) (protokół elektroniczny z dnia 6.03.2020 roku 00:04:53–00:32:58; protokół elektroniczny z dnia 5 lutego 2020 roku 00:10:30–00:28:24 oraz 01:12:32–01:35:37).

9) Od czasu zakończenia działalności gospodarczej A.Z. nie wykonuje usług na rzecz hurtowni (...), Hurtownia (...) nie prowadzi sprzedaży internetowej, którą miała zorganizować i którą miała się zajmować się A.Z., nikt z hurtowni (...) nie jeździ do klientów i nie zbiera od nich zamówień, klienci obsługiwani są tylko w hurtowni, prowadzenie dokumentacji przejęła księgowa M.B. (protokół elektroniczny z dnia 6.03.2020 roku 00:04:53–00:32:58; protokół elektroniczny z dnia 5 lutego 2020 roku 00:10:30–00:28:24 oraz 01:12:32–01:35:37; 00:56:01:05:59).

10) W 2015 roku zmarła mama A.Z., z którą ta mieszkała i która pomagała jej w opiece nad dziećmi (protokół elektroniczny z dnia 6.03.2020 roku 00:04:53–00:32:58; protokół elektroniczny z dnia 5 lutego 2020 roku 00:10:30–00:28:24 oraz 01:12:32–01:35:37).

11) A.Z. w latach 2016 do 2018 była matką samotnie mieszkającą i wychowującą 4 dzieci, dwójkę z byłym mężem (M.Z. ur. (...) i N.Z. ur. (...)) oraz dwójkę z nowym partnerem (A.K. ur. (...) i H.K. ur. (...)). Z nowym partnerem zamieszkała dopiero w 2019 roku. W latach 2016 do 2018 A.Z. samodzielnie zajmowała się dziećmi, w opiece pomagała czasami babcia najmłodszych dzieci (protokół elektroniczny z dnia 6.03.2020 roku 00:04:53–00:32:58; protokół elektroniczny z dnia 5 lutego 2020 roku 00:10:30–00:28:24 oraz 01:12:32–01:35:37).

12) A.Z. cierpi na nawracające bóle kręgosłupa, stwierdzono zwężenie przestrzeni międzykręgowych, zespół bólowy kręgosłupa L-S, dyskopatię LT/S1. Bóle kręgosłupa nasiliły się od lipca/sierpnia 2017 roku, ból ograniczał jej możliwość poruszania się, w okresie od 4 grudnia 2017 roku do 15 grudnia 2017 roku, 6 czerwca 2018 roku do 18 czerwca 2018 roku, 7 stycznia 2019 roku do 18 stycznia 2019 roku, przeszła zabiegi rehabilitacyjne fizjoterapeutyczne (zaświadczenie o stanie zdrowia

z dnia 29 marca 2018 roku, protokół elektroniczny z dnia 6.03.2020 roku 00:04:53 – 00:32:58; protokół elektroniczny z dnia 5 lutego 2020 roku 00:10:30–00:28:24 oraz 01:12:32–01:35:37).

13) W okresie od grudnia 2017 roku u A.Z. wystąpiła również przepuklina pachwinowa lewostronna, która w miarę postępowania uniemożliwiała jej wysiłek fizyczny i ograniczała możliwość poruszania się. Dnia 22 marca 2018 roku A.Z. przeszła zabieg na przepuklinę, po zabiegu otrzymała zwolnienie na 30 dni (zaświadczenie o stanie zdrowia z dnia 29 marca 2018 roku), po upływie 30 dni od zabiegu na przepuklinę pachwinową A.Z. w dalszym ciągu miała problemy z poruszaniem się (protokół elektroniczny z dnia 6.03.2020 roku 00:04:53–00:32:58; protokół elektroniczny z dnia 5 lutego 2020 roku 00:10:30–00:28:24 oraz 01:12:32–01:35:37).

14) W okresie po zabiegu operacyjnym przepukliny, z uwagi na stan zdrowia w dalszym ciągu nie była w stanie pracować, nie posiadała zwolnienia lekarskiego, ponieważ Zakład Ubezpieczeń Społecznych odmówił jej wypłaty świadczeń od czego się nie odwoływała, z uwagi na zbyt duży stres, który w tamtym okresie nie był dla niej wskazany (protokół elektroniczny z dnia 6.03.2020 roku 00:04:53–00:32:58; protokół elektroniczny z dnia 5 lutego 2020 roku 00:10:30–00:28:24).

15) A.Z. nie widziała potrzeby w uzyskiwaniu zwolnienia lekarskiego na czas po operacji przepukliny, skoro prowadziła własną działalność i nie musiała zgłaszać nikomu powodu swojej absencji w pracy, zwolnienie lekarskie byłoby wymagane jedynie dla ZUS-u, a skoro ten odmówił jej świadczeń, a z czym A.Z. nie miała siły walczyć, nie było potrzeby uzyskiwania zwolnienia lekarskiego (protokół elektroniczny z dnia 6.03.2020 roku 00:04:53–00:32:58; protokół elektroniczny z dnia 5 lutego 2020 roku 00:10:30–00:28:24 oraz 01:12:32–01:35:37).

16) Od sierpnia 2018 roku A.Z. zaczęła mieć problemy z przydatkami (protokół elektroniczny z dnia 6.03.2020 roku 00:04:53–00:32:58; protokół elektroniczny z dnia 5 lutego 2020 roku 00:10:30–00:28:24 oraz 01:12:32–01:35:37).

17) W latach 2016 do 2018 dzieci A.Z. często chorowały, w związku z czym musiała ona się nimi opiekować, ojcowie jej dzieci nie mieszkali z nią i nie wykazywali zainteresowania pomocą w opiece nad dziećmi (protokół elektroniczny z dnia 6.03.2020 roku 00:04:53–00:32:58; protokół elektroniczny z dnia 5 lutego 2020 roku 00:10:30–00:28:24 oraz 01:12:32–01:35:37).

Apelująca zarzuciła również:

2. Naruszenie przepisów postępowania mające istotny wpływ na wynik sprawy, tj. art. 233 k.p.c. w zw. z 230 k.p.c., poprzez ustalenie stanu faktycznego z pominięciem istotnej części materiału dowodowego oraz nieustalenie jako bezspornego faktu, że:

1) Zakład Ubezpieczeń Społecznych w 2018 roku prowadził kontrolę celem ustalenia, czy w przerwie między zwolnieniami lekarskimi od 7 lipca 2018 roku do 15 lipca 2018 roku prowadziła działalność gospodarczą. W wyniku kontroli Zakład Ubezpieczeń Społecznych nie stwierdził nieprawidłowości i przesłanek do kwestionowania faktu prowadzenia przez A.Z. działalności gospodarczej usług pośrednictwa handlowego (pismo Zakładu Ubezpieczeń Społecznych z 12 września 2018 roku);

2) Zakład Ubezpieczeń Społecznych prowadził kontrolę celem weryfikacji uprawnień do świadczeń pieniężnych z ubezpieczenia społecznego za okres 2017 roku i 2018 roku. W wyniku kontroli Zakład Ubezpieczeń Społecznych nie stwierdził nieprawidłowości i przesłanek do kwestionowania faktu prowadzenia przez A.Z. działalności gospodarczej usług pośrednictwa handlowego, (protokół elektroniczny z dnia 6.03.2020 roku 00:04:53–00:32:58; protokół elektroniczny z dnia 5 lutego 2020 roku 00:10:30–00:28:24);

3. Naruszenie przepisów postępowania mające istotny wpływ na wynik sprawy, tj. art. 233 k.p.c. poprzez odmowę wiarygodności zeznaniom D.W., w zakresie w jakim wskazała, że A.Z. posiadała własnych klientów, podczas gdy zeznania D.W. są w całości spójne, logiczne i niesprzeczne z zeznaniami pozostałych świadków oraz A.Z., z których wynika, że wynagrodzenie A.Z. zależało m.in. od wartości towarów sprzedanych swoim klientom, co do których A.Z. jeździła do ich siedziby, odbierała zamówienia i przywoziła im towar, co doprowadziło do błędnego ustalenia, że „A.Z. nie posiadała własnych klientów, a obsługiwała wyłącznie klientów siostry. Obsługiwała ich bezpośrednio w hurtowni (...), dodatkowo korzystając z samochodu, aby rozwiązać zamówiony towar”.

4. Naruszenie przepisów postępowania mające istotny wpływ na wynik sprawy, tj. art. 233 k.p.c. poprzez sprzeczną z zasadami logiki i doświadczenia życiowego ocenę dowodów, tj. zeznań świadków: K.W. 00:34:47–00:42:07, k. 48; A.W. 00:44:31, k. 48; A.S. 00:50:18, k. 48–49; M.B. 00:56:11–01:05:59, k. 49; P.P. 01:07:34, k. 49 oraz częściowo D.W. 01:12:32–01:27:40, k. 49–50), co doprowadziło do ustalenia, że „w latach 2016–2018 A.Z. pomagała siostrze w ramach prowadzonej przez nią działalności”.

5. Błąd w ustaleniach faktycznych mający istotny wpływ na wynik sprawy, poprzez ustalenie, że:

1) „A.Z. działała wyłącznie na rzecz rozwoju firmy siostry” (protokół elektroniczny z dnia 6.03.2020 roku 00:04:53–00:32:58; protokół elektroniczny z dnia 5 lutego 2020 roku 00:10:30–00:12:20–00:28:24; 00:34:47–00:44:31, 00:44:31–00:50:18, 00:50:18–00:56:11; 00:56:11–00:56:11–01:07:34; 01:07:34–01:12:32; 01:12:32–01:35:37);

2) „Brak jest aktu prawnego - umowy zawartej z D.W., która określałaby zakres obowiązków związanych z zarejestrowaną w ewidencji działalnością gospodarczą”;

podczas gdy D.W. i A.Z. na początku działalności zawarły umowę pisemną, a później łączyła je umowa ustna (protokół elektroniczny z dnia 6.03.2020 roku 00:04:53–00:32:58; protokół elektroniczny z dnia 5 lutego 2020 roku 00:10:30–00:28:24 oraz 01:12:32–01:35:37).

6. Naruszenie przepisów prawa materialnego, tj. art. 3 ustawy z dnia 6 marca 2018 roku Prawo przedsiębiorców poprzez błędną wykładnię pojęcia „w imieniu własnym” polegającą na utożsamieniu go z pojęciem „na własny rachunek”.

7. Naruszenie przepisów prawa materialnego, tj. art. 8 ust. 6 pkt 1 ustawy z dnia 13 października 1998 r. o systemie ubezpieczeń społecznych w zw. z art. 4 ust. 1 ustawy z dnia 6 marca 2018 roku Prawo przedsiębiorców w zw. z art. 3 ustawy z dnia 6 marca 2018 roku Prawo przedsiębiorców w zw. z art. 3531 Kodeksu cywilnego w zw. z art. 734 § 1 Kodeksu cywilnego w zw. z art. 750 Kodeksu cywilnego w zw. z art. 758 k.c. poprzez błędne przyjęcie, że:

1) świadczenie usług przez jednego przedsiębiorcę na rzecz innego przedsiębiorcy wymaga podpisania umowy w formie pisemnej;

2) świadczenie przez przedsiębiorcę usług na rzecz innego przedsiębiorcy, działanie na rzecz rozwoju działalności innego przedsiębiorcy, pośredniczenie za wynagrodzeniem, przy zawieraniu z klientami umów na rzecz innego przedsiębiorcy oraz zawieranie ich w jego imieniu, a także obsługiwanie klientów innego przedsiębiorcy, stanowi o podporządkowaniu, braku samodzielności i braku zorganizowania wykonywanej działalności;

3) do prowadzenia działalności gospodarczej niezbędne jest posiadanie własnego asortymentu i lokalu;

4) w ramach prowadzonej działalności przedsiębiorca nie może używać samochodu od innego przedsiębiorcy;

8. Naruszenie przepisów prawa materialnego, tj. art. 6 ust. 1 pkt 5 ustawy z dnia 13 października 1998 r. o systemie ubezpieczeń społecznych w zw. z art. 11 ust 2 ustawy z dnia 13 października 1998 r. o systemie ubezpieczeń społecznych w zw. z art. 12 ust. 1 ustawy z dnia 13 października 1998 r. o systemie ubezpieczeń społecznych poprzez ich niezastosowanie.

9. Naruszenie przepisów prawa materialnego, tj. art. 8 ust. 6 pkt 1 ustawy z dnia 13 października 1998 r. o systemie ubezpieczeń społecznych w zw. z art. 4 ust. 1 ustawy z dnia 6 marca 2018 roku Prawo przedsiębiorców w zw. z art. 3 ustawy z dnia 6 marca 2018 roku Prawo przedsiębiorców, poprzez ich niewłaściwe zastosowanie.

Na podstawie tak sformułowanych zarzutów ubezpieczona wniosła o:

1. Zmianę zaskarżonego wyroku w całości przez:

a) ustalenie, że A.Z. jako osoba prowadząca pozarolniczą działalność gospodarczą podlega obowiązkowo ubezpieczeniom: emerytalnym, rentowym, wypad-

kowym od 8 stycznia 2016 roku do 30 września 2018 roku oraz dobrowolnie ubezpieczeniu chorobowemu od 8 stycznia 2016 roku do 30 września 2018 roku;

b) zasądzenie na rzecz A.Z. od Zakładu Ubezpieczeń Społecznych kosztów postępowania przed Sądem pierwszej instancji, w tym kosztów zastępstwa procesowego według norm przepisanych;

2. Zasądzenie na rzecz A.Z. od Zakładu Ubezpieczeń Społecznych kosztów postępowania apelacyjnego, w tym kosztów zastępstwa procesowego według norm przepisanych.

W odpowiedzi na apelację organ wniósł o jej oddalenie oraz o zasądzenie od ubezpieczonej na rzecz organu kosztów zastępstwa procesowego według norm przepisanych.

Sąd Apelacyjny zważył, co następuje:

Apelacja ubezpieczonej nie zasługiwała na uwzględnienie.

Sąd Apelacyjny w przeważającej części podzielił i uznał za własne ustalenia faktyczne poczynione przez sąd pierwszej instancji, ponieważ w całości znajdują one oparcie w zebranych w sprawie materiale dowodowym, a które to dowody Sąd Okręgowy, wbrew twierdzeniom apelującej, ocenił w granicach zakreślonych przepisem art. 233 § 1 k.p.c. Sąd Apelacyjny ustalił jednak dodatkowo (Sąd pierwszej nie zrobił tego w sposób stanowczy), że w spornym okresie (2016–2018) ubezpieczona nie prowadziła działalności gospodarczej, a jedynie okazjonalnie (cztery wystawione faktury) pomagała siostrze przy prowadzeniu jej działalności.

W ocenie Sądu Apelacyjnego, zaskarżony wyrok odpowiada również właściwemu prawu materialnemu, które zostało zastosowane prawidłowo, niemniej Sąd odwoławczy za słuszne uznał rozwinięcie argumentacji prawnej, a to wobec konieczności zaakcentowania, że nie każde usługi składają się na działalność gospodarczą, co w przedmiotowej sprawie jest zagadnieniem pierwszoplanowym.

Po pierwsze wskazuje, że działalność gospodarcza jako tytuł podlegania ubezpieczeniom społecznym (art. 6 ust. 1 pkt 5 ustawy o systemie ubezpieczeń społecznych) tym różni się od tytułów opartych na zatrudnieniu (pracowniczym lub zleceniobiorcy – art. 6 ust. 1 pkt 1 i 4), że ubezpieczenie zależy od przedsiębiorcy. Jest zwykłą pochodną działalności gospodarczej (art. 6 ust. 1 pkt 5 i art. 13 pkt 4). Warunkiem działalności przedsiębiorcy nie jest zależność od drugiej strony zatrudnienia (pracodawcy, zleceniodawcy). Działalność gospodarcza jest jednak określoną sytuacją faktyczną i prawną, czyli o jej zaistnieniu nie decyduje tylko wola zainteresowanego.

Ubezpieczenie społeczne nie jest celem głównym działalności gospodarczej. Celem tym jest zarobek, czyli dochód pokrywający w pełni koszty działalności, w tym ubezpieczenia społecznego, a ponadto wystarczający na utrzymanie

oraz rozwój przedsiębiorcy. Oczywiście sytuacja finansowa może ulegać zmianie. Wykracza jednak poza normalne granice ryzyka prowadzenia działalności gospodarczej sytuacja stale skrajnie nieprawidłowa. Polega ona na rozpoczynaniu i utrzymywaniu przez rejestrującego działalność gospodarczą stanu, w którym możliwe do osiągnięcia dochody są znikome w relacji do ponoszonych kosztów. Wola i świadomość mają wówczas znaczenie, bo same dowodzą, że rejestrujący działalność co najmniej godzi się na taką sytuację. Powstaje jednak pytanie w jakim celu, skoro tak prowadzona (utrzymywana) działalność od początku jest weryfikowana przez konsumentów oferowanych usług (rynek). Działalność gospodarcza powinna mieć charakter zarobkowy. Wykonywanie działalności z reguły (definicji) polega na powtarzalności podjętych działań, które podporządkowane są regułą zysku i opłacalności. Ubezpieczenia społeczne są wówczas jedynie pochodną takiej działalności (pracy), dlatego założeniem wyjściowym rejestrowanej działalności gospodarczej nie powinno być tylko uzyskanie zasiłków z ubezpieczenia chorobowego.

Nie każde więc usługi składają się na działalność gospodarczą. Z tej przyczyny w niniejszej sprawie zakwestionować należało przesłankę ciągłości działalności gospodarczej, co też nie było oderwane od oceny braku zarobkowego jej charakteru (art. 2 ustawy o swobodzie działalności gospodarczej). Ciągłość w działalności gospodarczej ma dwa aspekty. Pierwszy to powtarzalność czynności (na co wskazywał Sąd pierwszej instancji), tak aby odróżnić prowadzoną działalność gospodarczą od jednostkowej umowy o dzieło lub zlecenia albo umowy o świadczenie usług, które same w sobie nie stanowią lub nie składają się jeszcze na działalność gospodarczą. Drugi aspekt, wynikający zresztą z pierwszego, to zamiar długotrwałego prowadzenia działalności gospodarczej. Oba aspekty zależą od zachowania osoby podejmującej działalność gospodarczą.

W rozpoznawanej sprawie ustalono następstwo zdarzeń, które ocenić należało jako brak cechy ciągłości w zarejestrowanej działalności. Ocena ta nie wynika ze stanu zdrowia ubezpieczonej i jej dzieci, lecz z uwzględnienia wszystkich okoliczności składających się na sytuację ocenioną przez organ rentowy.

Dostrzeżenia bowiem wymaga, że ubezpieczona w spornym okresie z tytułu prowadzenia działalności gospodarczej, tj. od 8.01.2016 r. do 30.09.2018 r. wykazała łącznie kilkumiesięczny okres zdolności do jej wykonywania oraz przychód nieporównanie niski (w 2016 roku zerowy) w stosunku do świadczeń pobranych z Funduszu Ubezpieczeń Społecznych. Natomiast, samo incydentalne wykonywanie przez ubezpieczoną czynności zgodnych z PKD wykazanim we wpisie do ewidencji działalności gospodarczej i to na rzecz jedyne go usługobiorcy będącego jej siostrą, nie świadczy o prowadzeniu działalności gospodarczej w sposób stały.

Podkreślenia wymaga, że praktycznie od 2014 roku ubezpieczona przez większość czasu korzystała ze świadczeń z ubezpieczenia społecznego, tak jak ustalili

to Sąd Okręgowy, a po okresie prowadzenia sklepiku szkolnego w 2010 r. wyłącznym klientem ubezpieczonej była jej siostra prowadząca hurtownię.

W odpowiedzi na zarzuty apelacji wskazać również trzeba, że w ocenie sądu odwoławczego bezzasadny jest zarzut naruszenia art. 233 k.p.c.

Dla skuteczności zarzutu naruszenia art. 233 § 1 k.p.c. nie wystarcza stwierdzenie o wadliwości dokonanych ustaleń faktycznych, odwołujące się do stanu faktycznego, który w przekonaniu skarżącego odpowiada rzeczywistości. Konieczne jest tu wskazanie przyczyn dyskwalifikujących postępowanie sądu w tym zakresie. W szczególności skarżący powinien wskazać, jakie kryteria oceny naruszył sąd przy ocenie konkretnych dowodów, uznając brak ich wiarygodności i mocy dowodowej lub niesłuszne im je przyznając (por. stanowisko Sądu Najwyższego wyrażone między innymi w: postanowieniu z dnia 23 stycznia 2001 r., IV CKN 970/00, LEX nr 52753; wyroku z dnia 12 kwietnia 2001 r., II CKN 588/99, LEX nr 52347; w postanowieniu z dnia 10 stycznia 2002 r., II CKN 572/99, LEX nr 53136).

Tymczasem ubezpieczona w szeroko rozbudowanym zarzucie naruszenia art. 233 § 1 k.p.c. faktycznie prezentuje jedynie własne, korzystne dla strony skarżącej ustalenia faktyczne, oparte na własnej, korzystnej dla strony ocenie materiału dowodowego. Wbrew argumentom skarżącej, Sąd Apelacyjny ocenił, że Sąd pierwszej instancji logicznie powiązał wnioski z zebranymi dowodami, wnioskowanie to nie wykroczyło poza schematy logiki formalnej i było zgodne z zasadami doświadczenia życiowego. W szczególności Sąd Okręgowy trafnie powiązał przyczyny działań podejmowanych przez ubezpieczoną oraz prawidłowo ustalił wynikające z tych działań skutki. Stąd przeprowadzona przez sąd pierwszej instancji ocena dowodów nie została skutecznie podważona.

W pierwszej kolejności apelująca zarzuca jakoby Sąd pierwszej instancji nie ustalił faktów związanych z formalnym prowadzeniem działalności, mianowicie jej rejestracją, rozliczaniem podatku VAT itp.

Wbrew twierdzeniom skarżącej Sąd pierwszej instancji ujął powyższe w ramach dokonanych ustaleń faktycznych. Sąd odwoławczy nie przeczy, by A.Z. podjęła i dopełniała formalności związanych z prowadzoną działalnością, tym bardziej, że organ nie negował jej wykonywania do stycznia 2016 roku, jednakże orzecznictwo Sądu Najwyższego jednoznacznie wskazuje, że podleganie ubezpieczeniom społecznym wynika nie ze zgłoszenia prowadzenia działalności gospodarczej, ale z faktu jej rzeczywistego wykonywania. W wyroku z dnia 13 listopada 2008 r. (II UK 94/08, Lex nr 960472) Sąd Najwyższy podniósł, że obowiązkowi ubezpieczeń społecznych podlega osoba faktycznie prowadząca działalność gospodarczą (a więc wykonująca tę działalność), a nie osoba jedynie figurująca w ewidencji działalności gospodarczej na podstawie uzyskanego wpisu, która działalności tej nie prowadzi (nie wykonuje). W uzasadnieniu orzeczenia podniesiono, że art. 13

pkt 4 ustawy systemowej jednoznacznie kładzie nacisk na rozpoczęcie wykonywania pozarolniczej działalności i zaprzestanie wykonywania tej działalności, a nie na moment dokonania w ewidencji działalności gospodarczej stosownego wpisu o zarejestrowaniu działalności oraz chwilę jego wykreślenia. W konsekwencji obowiązkowi ubezpieczeń społecznych podlega osoba faktycznie prowadząca działalność gospodarczą (a więc wykonująca tę działalność), a nie osoba jedynie figurująca w ewidencji działalności gospodarczej na podstawie uzyskanego wpisu, która działalności tej nie prowadzi (nie wykonuje). Skoro więc podleganie obowiązkowi ubezpieczenia społecznego jest pochodną prowadzenia (wykonywania) działalności gospodarczej, a nie wpisu w ewidencji, to nie podlega przymusowi ubezpieczenia zarówno osoba, która pomimo zgłoszenia działalności gospodarczej do ewidencji i uzyskania stosownego wpisu nie podjęła jej z różnych przyczyn, jak i osoba, która – mimo faktycznego niewykonywania działalności gospodarczej po jej podjęciu – jest wpisana do ewidencji, gdyż nie zgłoszono zawiadomienia o zaprzestaniu prowadzenia tej działalności. Inne rozumienie art. 13 pkt 4 ustawy systemowej mogłoby prowadzić do przypadków legalizacji fikcyjnego rejestrowania działalności gospodarczej wyłącznie w celu uzyskania ochrony ubezpieczeniowej. Podobny wniosek płynie także z innych orzeczeń Sądu Najwyższego (por. wyroki Sądu Najwyższego z dnia 21 czerwca 2001 r., II UKN 428/00, OSNAPiUS 2003 nr 6, poz. 158; z dnia 11 stycznia 2005 r., I UK 105/04, OSNP 2005 nr 13, poz. 198; z dnia 25 listopada 2005 r., I UK 80/05, OSNP 2006 nr 19–20, poz. 309; z dnia 30 listopada 2005 r., I UK 95/05, OSNP 2006 nr 19–20, poz. 311; z dnia 19 marca 2007 r., III UK 133/06, OSNP 2008 nr 7–8, poz. 114).

W związku z powyższym, aby ocenić, czy decyzja organu rentowego z dnia 21.06.2019 r. była prawidłowa, ustalić należało, czy wnioskodawczyni A.Z. faktycznie, w spornym okresie, wykonywała działalność gospodarczą. Znamienne jest, że całość apelacji koncentruje się na próbie wykazania, że o wykonywaniu przez ubezpieczoną działalności gospodarczej świadczą mają czynności podejmowane przez nią wyłącznie na rzecz D.W. Apelująca w treści apelacji niejako utożsamia prowadzenie przez ubezpieczoną działalności z wykonywaniem czynności na rzecz D.W. prowadzącej hurtownię (...). Podaje, że od czasu gdy ubezpieczona nie współpracuje z D.W. klienci nie kupują asortymentu z hurtowni (...), że hurtownia nie prowadzi sprzedaży internetowej, którą miała zorganizować, a następnie zajmować się ubezpieczona. Podkreślenia wymaga także przyczyna zakończenia działalności, na który wskazuje A.Z., a mianowicie fakt, iż praca w hurtowni była pracą fizyczną wymagającą m.in. dźwigania ciężkich towarów (co przeczy rodzajowi prowadzonej działalności). Już zatem argumentacja podniesiona przez samą apelującą dowodzi, że faktycznie czynności wykonywane przez ubezpieczoną na rzecz D.W. odmienne od profilu wykonywanej działalności były zwykłą pomocą udzielaną w rodzinie.

Zeznania tak ubezpieczonej, D.W., jak i pozostałych świadków: K.W., A.W., A.S., M.B. potwierdzają jedynie fakty wykonywania przez ubezpieczoną czynności na rzecz jej siostry i w miejscu prowadzenia przez siostrę działalności gospodarczej. Świadkowie wskazują, że A.Z. przebywała w hurtowni siostry, zdarzyło się jej przygotować fakturę, spisać zamówienie, niekiedy dostarczała towar, czy przyjmowała telefoniczne zamówienia. Jednakże nawet tych działań ubezpieczonej świadkowie nie potrafili z dokładnością umiejscowić w czasie. W sprawie brakuje jakiegokolwiek innego podmiotu, który korzystałby z usług ubezpieczonej. Nie naprowadzono żadnego dowodu na tę okoliczność. 6 oświadczeń od firm, które przedłożyła ubezpieczona, a które potwierdzić miały, iż A.Z. dostarczała im artykuły biurowe to wyjaśnienia z Przedsiębiorstwa (...) w W., (...) w W., sklepu (...), Powiatowego Urzędu Pracy w W., Usług (...). Pracownicy tych firm potwierdzili jednak wyłącznie, że apelująca przyjmowała i realizowała zamówienia oraz dostarczała artykuły biurowe z hurtowni jej siostry.

Abstrahując od powyższego, trudno zweryfikować nawet i fakt rzeczywistego wykonywania przez apelującą usług dla Hurtowni (...), ponieważ uzyskana dokumentacja jest znikoma. Opisane oświadczenia nie są poparte żadnymi dokumentami (fakturami, rachunkami) mogącymi potwierdzić, że zakupy artykułów biurowych były rzeczywiście realizowane z inicjatywy ubezpieczonej. Nie są określone konkretne daty tych dostaw, a jedynie wskazany okres od 2010 r. Ponadto nie ma żadnej pewności, że ubezpieczona osobiście dostarczała zamówiony towar, a jeśli tak, to czy te czynności wykonywała w ramach zawartej współpracy, czy okazjonalnie pomagała siostrze. Z wyjaśnień D.W. wynika, że w hurtowni byli zatrudnieni również inni członkowie rodziny (szwagier – M.Z., córka – M.W.), więc sytuacja ta jest wielce prawdopodobna. Poza tym D.W. nie nawiązała już z nikim takiej współpracy, jaką zaferowała właśnie swojej siostrze. Nie zatrudniła również pracownika, który na czas nieobecności A.Z. wykonywałby powierzone jej uprzednio zadania. Sama przejęła obowiązki.

Dostrzeżenia wymagało także, iż od momentu przerwy w dobrowolnym ubezpieczeniu chorobowym i ponownym zgłoszeniu się przez Panią A.Z. do dobrowolnego ubezpieczenia chorobowego, tj. 07.08.2014 r. zadeklarowała ona nader wysoką podstawę wymiaru składek na to ubezpieczenie – 8000 zł. Po okresie niezdolności do pracy związanej z ciążą i pobytem na zasiłku macierzyńskim, co trwało łącznie od 6.11.2014 r. do 7.01.2016 r., wykonywała działalność jedynie przez 130 dni, a 996 dni była niezdolna do pracy. Znikome przychody wynikające z informacji udostępnionej organowi przez Naczelnika Urzędu Skarbowego (w 2016 r. 0 zł) przemawiają za uznaniem, że faktycznie działalność nie była wykonywana. Utrzymywany był jedynie tytuł do ubezpieczeń dzięki któremu A.Z. korzystała z wypłaty świadczeń z ubezpieczenia chorobowego.

Kolejne argumenty apelującej wskazują, że organ uprzednio kontrolując okres prowadzenia przez nią działalności gospodarczej nie stwierdził nieprawidłowości. Kwestię tę wyjaśnił już sam organ. Rzecz w tym, że po przeprowadzeniu postępowania wyjaśniającego dotyczącego krótkiego okresu prowadzonej przez A.Z. działalności gospodarczej nie stwierdził przesłanek do kwestionowania faktu, że ww. prowadziła ją w przerwie pomiędzy zwolnieniami lekarskimi od 7.07.2018 r. do 15.07.2018 r. Dostarczoną przez A.Z. dokumentację oraz oświadczenia świadków potwierdzających jej pobyt w Hurtowni (...) i wykonywaną pracę organ początkowo uznał za wiarygodne. Dopiero analiza całego materiału, w szczególności porównanie okresu czasu, w którym A.Z. rzeczywiście mogła świadczyć swoją działalność do czasu, w którym była niezdolna do pracy takie wątpliwości organu wzbudziła. Nadto organ dostrzegł, że A.Z. wykonywała usługi dla swojej siostry D.W., która prowadzi Hurtownię (...) w W. Z tego względu jej oświadczenia okazały się dla organu mało wiarygodne. Powyższe w powiązaniu z ww. okolicznościami (wysokiej składki, krótkotrwałej zdolności do pracy) spowodowały ostateczne wydanie zaskarżanej decyzji.

W ocenie Sądu Apelacyjnego działalność ubezpieczonej nie była prowadzona w sposób określony w art. 2 ustawy o swobodzie działalności gospodarczej, albowiem postępowanie dowodowe wykazało, że nie prowadziła działalności w sposób stały, zorganizowany i ciągły oraz w celu zarobkowym.

Po pierwsze, dostrzec trzeba, że płatnik w całym okresie zgłoszenia do ubezpieczeń społecznych z tytułu prowadzenia działalności gospodarczej wykazała łącznie niespełna 5 miesięcy okresu zdolności do jej wykonywania oraz przychód nieporównanie niski w stosunku do świadczeń pobranych z Funduszu Ubezpieczeń Społecznych (155 503, 95 zł).

Zgodnie z najnowszym orzecnictwem Sądu Najwyższego (wyrok z dnia 6 kwietnia 2017 r., II UK 98/16) zarobkowy charakter musi być nastawiony na zysk, który powinien co najmniej pokryć koszty założenia i prowadzenia przedsięwzięcia. Z kolei w wyroku z dnia 6 września 2012 r., sygn. II UK 36/12, Sąd Najwyższy przypomniał, że ubezpieczenia społeczne opierają się na zasadzie wzajemności, która polega na tym, że nabycie prawa do świadczenia ubezpieczeniowego i jego wysokość są uzależnione od wkładu finansowego wniesionego przez ubezpieczonego do systemu ubezpieczeniowego w postaci składek.

Po drugie, ubezpieczona *de facto* nie promowała swojej działalności, nie składała ofert innym podmiotom, nie poszukiwała samodzielnie klientów, opierała się na pomocy siostrze w prowadzonej przez nią hurtowni.

Ubezpieczona nie zmierzała do zapewnienia ciągłości oferowanych usług, co w przekonaniu Sądu odwoławczego, świadczy o działaniu wbrew zasadzie racjonalnego gospodarowania, a nadto o nietraktowaniu prowadzonej działalności jako

źródła utrzymania. Faktycznym źródłem utrzymania ubezpieczonej były pobierane z Funduszu Ubezpieczeń Społecznych świadczenia: zasiłki chorobowe, macierzyńskie i opiekuńcze, otrzymywane w związku z podleganiem do ubezpieczeń jako osoby prowadzącej działalność gospodarczą.

Sąd Apelacyjny ocenił, że wykonywane przez odwołującą się usługi nie miały charakteru zawodowego, nie były też prowadzone w sposób zorganizowany i ciągły. Usługi świadczone wyłącznie u własnej siostry.

Również moment zakończenia prowadzenia działalności gospodarczej przez płatnika budzi uzasadnione podejrzenia co do rzeczywistego wykonywania działalności. Zbiega się on bowiem z zakończeniem kolejnego okresu zasiłkowego.

Zważywszy, że prowadzenie działalności gospodarczej powinno być działaniem konsekwentnym i przemyślanym pod względem organizacyjnym, ekonomicznym, Sąd Apelacyjny za Sądem Okręgowym przyjął, że warunkom takim nie odpowiadają działania podjęte przez A.Z. w spornym okresie.

Ubezpieczona nie przedstawiła dowodów pozwalających na przyjęcie, że poniesione przez nią koszty w celu uzyskania dochodu w porównaniu z osiągniętymi przychodami, osiągnęły taki poziom, który pozwoliłby na opłacenie składek od zadeklarowanej podstawy wymiaru składek 8000 zł i co ważniejsze, przyniósł dochody pozwalające na utrzymanie siebie i rodziny.

Reasumując, stwierdzić należało, że Sąd pierwszej instancji prawidłowo ocenił, że w przedmiotowej sprawie zachodziły podstawy do wyłączenia wnioskodawczyni w okresie objętym zaskarżoną decyzją z ubezpieczeń emerytalnego, rentowych, wypadkowego i chorobowego, bowiem faktycznie nie wykonywała ona pozarolniczej działalności gospodarczej.

Mając na uwadze powyższe, Sąd Apelacyjny na podstawie art. 385 k.p.c. oddalił apelację ubezpieczonej (pkt 1).

O kosztach postępowania Sąd Apelacyjny orzekł na podstawie art. 98 k.p.c. oraz w zw. z § 10 ust. 1 pkt 2 rozporządzenia Ministra Sprawiedliwości z dnia 22 października 2015 r. w sprawie opłat za czynności radców prawnych (Dz.U.2018.265 j.t. ze zm.) – pkt 2 sentencji.



Wyrok Sądu Apelacyjnego w Szczecinie II Wydział Karny z dnia 7 czerwca 2022 r. (II AKa 75/21)

Zdarzenie zarzucone i przypisane oskarżonej oraz to objęte postanowieniem prokuratora z dnia 23 czerwca 2016 r. o umorzeniu śledztwa, *de facto*, stanowi ten sam czyn, a różnice w jego opisach i w konsekwencji w kwalifikacji prawnej, wynikają wyłącznie z tego, że w opisach tych wyeksponowano różne, aczkolwiek tylko niektóre okoliczności tego samego zachowania T.W. Czyniąc te spostrzeżenia, oczywiście nie sposób nie zauważyć, że wspomniane postanowienie prokuratora z dnia 23 czerwca 2016 r. zostało wydane w fazie *in rem* prowadzonego wówczas postępowania przygotowawczego. Rzecz jednak w tym, że nie zostało ono wzruszone przez prokuratora poprzez zastosowanie instytucji przewidzianej w art. 327 § 1 kpk, a to, jak przekonuje utrwalone w tym zakresie orzecznictwo Sądu Najwyższego (postanowienie Sądu Najwyższego z dnia 8 stycznia 2008 r., V KK 416/07, OSNKW 2008, nr 5, poz. 36, wyrok Sądu Najwyższego z dnia 9 października 2008 r., V KK 252/08, OSNwSK 2008, nr 1, poz. 1992, postanowienie Sądu Najwyższego z dnia 28 października 2009 r., I KZP 21/09, OSNKW 2010, nr 1, poz. 1, postanowienie Sądu Najwyższego z dnia 19 listopada 2009 r., V KO 78/09, LEX nr 608808) oraz sądów powszechnych (postanowienie Sądu Apelacyjnego w Katowicach z dnia 27 lipca 2011 r., II AKz 416/11, LEX nr 1102930, wyrok Sądu Okręgowego w Krakowie z dnia 13 listopada 2013 r., IV Ka 67/13, LEX nr 1715357, wyrok Sądu Apelacyjnego w Poznaniu z dnia 27 lutego 2019 r., II AKa 6/19, LEX nr 2682521) oznacza, że po prawomocnym umorzeniu postępowania, do którego to doszło na podstawie postanowienia z dnia 23 czerwca 2016 r., oskarżyciel publiczny bezpowrotnie utracił możliwość oskarżenia

T.W. o czyn polegający na przywłaszczeniu prawa własności, które przysługiwało S.K. do połowy nieruchomości znajdującej się M. w Portugalii. W konsekwencji również i Sąd Okręgowy utracił możliwość, a precyzując, nie był uprawniony do wydania orzeczenia rozstrzygającego o sprawstwie i winie T.W. w zakresie wspomnianego czynu. Skoro to jednak uczynił, to taka sytuacja materializuje bezwzględna przyczynę odwoławczą, u podstaw której pozostaje ujemna przesłanka procesowa przewidziana, bądź to w art. 17 § 1 pkt 7 kpk.

Przewodniczący: SSA Piotr Brodniak (spr.)

Sędziowie: SA Małgorzata Jankowska, SA Janusz Jaromin

Protokolant: st. sekr. sądowy Anita Jagielska

Sąd Apelacyjny w S. II Wydział Karny przy udziale prokuratora Prokuratury Rejonowej w S. M.M.Ł. po rozpoznaniu w dniu 26 maja 2022 r. sprawy T.W. oskarżonej z art. 284 § 1 kk na skutek apelacji wniesionej przez obrońcę oskarżonej od wyroku Sądu Okręgowego w Szczecinie z dnia 18 stycznia 2021 r. sygn. akt III K 349/19:

- I. Na podstawie art. 439 § 1 pkt 8 k.p.k. uchyla zaskarżony wyrok i na podstawie art. 17 § 1 pkt 7 k.p.k. umarza postępowanie karne prowadzone wobec T.W. o czyn z art. 284 § 1 k.k. w zw. z art. 294 § 1 k.k. polegający na tym, że w dniu 19 listopada 2012 r. w T. w Portugalii przywłaszczyła sobie prawo majątkowe S.K. w postaci prawa własności połowy nieruchomości położonej w M., w Portugalii, gmina S. (...), powiat T., o wartości 100.000 euro, czyli 435.979,50 złotych, wpisanej do Rejestru Nieruchomości w T. nr (...), w ten sposób, że na mocy aktu notarialnego zbyła M.W. należące do pokrzywdzonego prawo własności wymienionej nieruchomości za kwotę 33.887,55 euro, stanowiącą 217.985,25 złotych, czym działała na szkodę S.K.
- II. Kosztami procesu obciąża Skarb Państwa.

UZASADNIENIE		
Formularz UK 2	Sygnatura akt	II AKa 75/21
Załącznik dołącza się w każdym przypadku. Podać liczbę załączników:		1
1. CZĘŚĆ WSTĘPNA		
1.1. Oznaczenie wyroku sądu pierwszej instancji		
Wyrok Sądu Okręgowego w Szczecinie z dnia 18 stycznia 2021 r., sygn. akt III K 349/19.		
1.2. Podmiot wnoszący apelację		
<input type="checkbox"/> oskarżyciel publiczny albo prokurator w sprawie o wydanie wyroku łącznego		
<input type="checkbox"/> oskarżyciel posiłkowy		
<input type="checkbox"/> oskarżyciel prywatny		
<input checked="" type="checkbox"/> obrońca		

<input type="checkbox"/> oskarżony albo skazany w sprawie o wydanie wyroku łącznego				
<input type="checkbox"/> inny				
1.3. Granice zaskarżenia				
1.1.1. Kierunek i zakres zaskarżenia				
<input checked="" type="checkbox"/> na korzyść	<input checked="" type="checkbox"/> w całości	<input checked="" type="checkbox"/> co do winy		
		<input type="checkbox"/> co do kary		
<input type="checkbox"/> na niekorzyść	<input type="checkbox"/> w części	<input type="checkbox"/> co do środka karnego lub innego rozstrzygnięcia albo ustalenia		
1.1.2. Podniesione zarzuty				
Zaznaczyć zarzuty wskazane przez strony w apelacji				
<input type="checkbox"/>	art. 438 pkt 1 k.p.k. – obraza przepisów prawa materialnego w zakresie kwalifikacji prawnej czynu przypisanego oskarżonemu			
<input type="checkbox"/>	art. 438 pkt 1a k.p.k. – obraza przepisów prawa materialnego w innym wypadku niż wskazany w art. 438 pkt 1 k.p.k., chyba że pomimo błędnej podstawy prawnej orzeczenie odpowiada prawu			
<input checked="" type="checkbox"/>	art. 438 pkt 2 k.p.k. – obraza przepisów postępowania, jeżeli mogła ona mieć wpływ na treść orzeczenia			
<input checked="" type="checkbox"/>	art. 438 pkt 3 k.p.k. – błąd w ustaleniach faktycznych przyjętych za podstawę orzeczenia, jeżeli mógł on mieć wpływ na treść tego orzeczenia			
<input type="checkbox"/>	art. 438 pkt 4 k.p.k. – rażąca niewspółmierność kary, środka karnego, nawiązki lub niesłusznego zastosowania albo niezastosowania środka zabezpieczającego, przypadku lub innego środka			
<input type="checkbox"/>	art. 439 k.p.k.			
<input type="checkbox"/>	brak zarzutów			
1.4. Wnioski				
<input checked="" type="checkbox"/>	uchylenie	<input checked="" type="checkbox"/>	zmiana	
2. Ustalenie faktów w związku z dowodami przeprowadzonymi przez sąd odwoławczy				
1.5. Ustalenie faktów				
1.1.3. Fakty uznane za udowodnione				
Lp.	Oskarżony	Fakt oraz czyn, do którego fakt się odnosi	Dowód	Numer karty
2.1.1.1.				
1.1.4. Fakty uznane za nieudowodnione				
Lp.	Oskarżony	Fakt oraz czyn, do którego fakt się odnosi	Dowód	Numer karty
2.1.2.1.				
1.6. Ocena dowodów				

1.1.5. <i>Dowody będące podstawą ustalenia faktów</i>		
Lp. faktu z pkt 2.1.1	Dowód	Zwięźle o powodach uznania dowodu
1.1.6. <i>Dowody nieuwzględnione przy ustaleniu faktów</i> <i>(dowody, które sąd uznał za niewiarygodne oraz niemające znaczenia dla ustalenia faktów)</i>		
Lp. faktu z pkt 2.1.1 albo 2.1.2	Dowód	Zwięźle o powodach nieuwzględnienia dowodu
3. STANOWISKO SĄDU ODWOŁAWCZEGO WOBEC ZGŁOSZONYCH ZARZUTÓW i wniosków		
Lp.	Zarzut	
3.1.	<p>1. naruszenie przepisów postępowania tj. art. 7 w zw. z art. 410 k.p.k. poprzez dokonanie dowolnej, a nie swobodnej oceny dowodów, która przejawiała się w:</p> <p>a) bezkrytycznym uznaniu za wiarygodne zeznań świadka S.K. i dokonywaniu ustaleń faktycznych na podstawie dowolnie wybranych wersji zeznań tego świadka, z pominięciem wyjaśnień oskarżonej T.W., podczas gdy zgromadzony w sprawie materiał dowodowy świadczy o tym, iż świadek ten jest skonfliktowany z oskarżoną, w jego interesie pozostaje składanie zeznań obciążających oskarżoną, a przede wszystkim jego zeznania są wielokrotnie wewnętrznie sprzeczne, przedstawia on różne wersje tych samych zdarzeń, co z jednej strony uniemożliwia czynienie wyłączenie na ich podstawie ustaleń faktycznych obciążających oskarżoną, a z drugiej strony świadczy to w ocenie skarżonej o złej kondycji psychicznej świadka, co dostrzegł również Sąd I Instancji, a mimo tego przyjął winę oskarżonej w zasadzie wyłącznie na podstawie tychże zeznań;</p> <p>b) jedynie częściowe uwzględnienie wyjaśnień T.W. przy dokonywaniu ustaleń faktycznych w sprawie, podczas gdy jej wyjaśnienia były jasne, konsekwentne i częściowo znajdowały potwierdzenie w treści zgromadzonego w sprawie materiału dowodowego, a w pozostałej części brak było materiału dowodowego, który mógłby świadczyć o ich nieprawdziwości;</p> <p>c) nieuwzględnienie zeznań świadków K.D., M.J. (1), A.W. oraz A.A., których zeznania miały istotne znaczenie dla ustaleń faktycznych w sprawie, a podstawą odmowy uznania ich za wiarygodne według Sądu I Instancji był w zasadzie wyłącznie fakt pozostawiania tych osób w stosunkach rodzinnych lub koleżeńskich z oskarżoną, co nie przeszkadzało Sądowi w sposób odmienny dokonać oceny zeznań świadka J. S. pomimo, iż pozostawała ona bliską znajomą pokrzywdzonego;</p> <p>d) poczynienie ustaleń faktycznych w sprawie na korzyść pokrzywdzonego w oparciu o zeznania świadka J.S., podczas gdy zeznania te w żadnym wypadku nie potwierdzają wersji prezentowanej przez S.K., a wręcz jej przeczą, natomiast bezpośrednie przesłuchanie tego świadka nie było możliwe z uwagi śmierć w trakcie postępowania;</p> <p>2. naruszenie przepisów postępowania tj. art. 5 § 2 k.p.k. polegające na rozstrzygnięciu niedających się usunąć wątpliwości na niekorzyść oskarżonej, co przejawiało się w przyjęciu, że oskarżona wiedziała o odwołaniu przez S.K. pełnomocnictwa z dnia 13 lutego 2004 r. podczas gdy materiał dowodowy zgromadzony w niniejszej sprawie w tym zakresie sprowadza się jedynie do przeciwstawnych stanowisk</p>	<input type="checkbox"/> zasadny <input type="checkbox"/> częściowo zasadny <input type="checkbox"/> niezasadny

	<p>pokrzywdzonego oraz oskarżonej, którzy są ze sobą skonfliktowani, a zeznania pokrzywdzonego nie mogą być uznane za wiarogodnie z jednej strony z uwagi na jego interes w określonym rozstrzygnięciu niniejszej sprawy, a nadto są ze sobą wewnętrznie sprzeczne, co uniemożliwia uznanie ich za wiarygodny materiał dowodowy, a dodatkowo brak jest jakiegokolwiek obiektywnego materiału dowodowego, który mógłby potwierdzać tę okoliczność;</p> <p>3. naruszenie przepisów postępowania, które mogło mieć istotny wpływ na treść rozstrzygnięcia tj. art. 170 § 1 i 3 k.p.k. poprzez zaniechanie przez Sąd przeprowadzenia zawnioskowanego przez oskarżoną dowodu z nagrań na załączonych płytach CD, który to wniosek złożony został w piśmie z dnia 18 grudnia 2020 r. pomimo, iż wniosek ten miał istotne znaczenie dla rozstrzygnięcia sprawy, nie zachodziła żadna z przesłanek uzasadniających jego oddalenie, a nadto Sąd Okręgowy nie wydał postanowienia dowodowego w przedmiocie oddalenia tego wniosku i nie wyjaśnił przyczyn zaniechania jego przeprowadzenia;</p> <p>4. naruszenie przepisów postępowania tj. art. 7 w zw. z art. 410 k.p.k. w zw. z art. 9 k.p.k. poprzez dokonanie oceny materiału dowodowego z przekroczeniem granic swobodnej oceny dowodów, co przejawia się w dokonywaniu ustaleń faktycznych w zakresie wartości prawa majątkowego, którego dotyczy zarzut, odmiennie niż ma to miejsce w akcie oskarżenia, w oderwaniu od treści dokonanych czynności prawnych, a nadto bez zasięgnięcia dowodu z opinii biegłego sądowego, pomimo iż czynienie tego typu ustaleń faktycznych wymaga posiadania wiadomości specjalnych, a materiał dowodowy zgromadzony w aktach sprawy zawiera w tym zakresie w zasadzie głównie oświadczenia stron o różnej treści, które nie mogą stanowić podstawy zmiany przyjętej w tym zakresie wartości, która dodatkowo wywiera wpływ na kwalifikację prawną czynu przypisanego oskarżonej;</p> <p>5. błąd w ustaleniach faktycznych przyjętych za podstawę zaskarżonego orzeczenia, polegający w szczególności na uznaniu, że:</p> <p>a) oskarżona T.W. wiedziała o odwołaniu przez S.K. pełnomocnictwa z dnia 13 lutego 2004 r., pomimo iż materiał dowodowy zgromadzony w sprawie nie daje podstaw do przyjęcia takiego stanu rzeczy,</p> <p>b) pokrzywdzony nie wiedział ani o zamiarze, ani o fakcie zbycia na rzecz M.J. (1) udziału do 1/2 w prawie własności nieruchomości położonej w M. w Portugalii i nie wyrażał na to zgody, podczas gdy wniosek odmienny wynika zarówno z treści wyjaśnień oskarżonej, jak i częściowo zeznań samego pokrzywdzonego, a przede wszystkim z zeznań świadków K.D., M.J. (1), A.W. oraz A.A. oraz podpisanego przez niego oświadczenia,</p> <p>c) oskarżona zbyła udział do 1/2 w prawie własności nieruchomości położonej w M. w Portugalii na rzecz M.J. (1) bez wiedzy i zgody pokrzywdzonego, podczas gdy z treści zgromadzonego w sprawie materiału dowodowego wynika wniosek odmienny, a dowodem na tę okoliczność miały być dodatkowo nagrania na przedłożonych przez oskarżoną płytach CD, z których dowodu Sąd I Instancji nie przeprowadził,</p> <p>d) zamiarem oskarżonej było przywłaszczenie udziału do 1/2 w prawie własności nieruchomości położonej w M. w Portugalii podczas gdy z treści zgromadzonego w sprawie materiału dowodowego wynika, iż oskarżona udział ten zbyła za zgodą i wiedzą pokrzywdzonego, a cena uzyskana z jego sprzedaży została przeznaczona na rozliczenie zobowiązań pokrzywdzonego</p>	
--	---	--

	<p>wobec oskarżonej, co dodatkowo potwierdzić miały nagrania na przedłożonych przez oskarżoną płytach CD, z których dowodu Sąd I Instancji nie przeprowadził, a tym samym brak jest możliwości przyjęcia działania oskarżonej z kierunkowym zamiarem przywłaszczenia cudzej rzeczy lub prawa majątkowego,</p> <p>e) wartość udziału do 1/2 w prawie własności nieruchomości położonej w M. w Portugalii wyniosła na dzień zawarcia umowy sprzedaży z M.J. (1) co najmniej 100.000,00 euro, podczas gdy w materiałne dowodowym zgromadzonym w aktach sprawy brak jest dowodów pozwalających na przyjęcie, że wartość ta była wówczas faktycznie wyższa niż kwota ustalona jako cena sprzedaży tego udziału.</p>	
	Zwiążeł o powodach uznania zarzutu za zasadny, częściowo zasadny albo niezasadny	
	Wniosek	<input type="checkbox"/> zasadny <input type="checkbox"/> częściowo zasadny <input type="checkbox"/> niezasadny
	Zwiążeł o powodach uznania wniosku za zasadny, częściowo zasadny albo niezasadny.	
4.		
OKOLICZNOŚCI PODLEGAJĄCE UWZGLĘDNIENIU Z URZĘDU		
	Bezwzględna przyczyna odwoławcza przewidziana w art. 439 § 1 pkt 8 kpk.	
	Zwiążeł o powodach uwzględnienia okoliczności	
4.1.	<p>Inicjatywa odwoławcza obrońcy oskarżonej doprowadziła do ujawnienia na gruncie przedmiotowej sprawy bezwzględnej przyczyny odwoławczej, o której mowa w art. 439 § 1 pkt 8 kpk. Natomiast dla zobrazowania sytuacji, która zmaterializowała ową przyczynę, konieczne jest cofnięcie się do etapu postępowania przygotowawczego. To, zarówno w fazie <i>in rem</i>, jak i w fazie <i>in personam</i>, było prowadzone w formie śledztwa, a z postanowienia prokuratora z dnia 11 sierpnia 2015 r. o wszczęciu śledztwa (k(...)) wynika, że zostało ono zainicjowane w związku z uzasadnionym podejrzeniem popełnienia przez T.W. (wówczas W.- K.) dwóch przestępstw zakwalifikowanych z art. 272 kk i art. 284 § 1 kk. Pierwsze z nich, miało polegać na wyłudzeniu aktu notarialnego poświadczającego przeniesienie prawa własności S.K. do połowy nieruchomości złożonej z budynku jednokondygnacyjnego w M. gmina S. (...) na rzecz M.W. przez podstępne wprowadzenie w błąd notariusza w ten sposób, że w dniu 19 listopada 2012 r. posłużono się jako autentycznym dokumentem pełnomocnictwa, które uprzednio zostało wypowiedziane przez S.K. i wygasło. Natomiast drugie przestępstwo miało polegać na przywłaszczeniu w dniu 19 listopada 2012 r. kwoty 33 887,55 EUR, uzyskanej tytułem zapłaty za należący do S.K. udział w prawie własności nieruchomości. Postanowieniem z dnia 28 grudnia 2015 r. (k(...)), prowadzący śledztwo prokurator, w oparciu o przepis art. 17 § 1 pkt 1 kpk, umorzył je w zakresie obu wspomnianych wcześniej czynów. Postanowienie to, na skutek inicjatywy odwoławczej pełnomocnika pokrzywdzonego, postanowieniem Sądu Rejonowego z dnia 4 maja 2016 r. zostało uchylone, zaś sprawa zwrócona prokuratorowi celem kontynuowania śledztwa (k(...)). Postanowieniem z dnia 23 czerwca 2016 r. (k(...)), prokurator, na podstawie wyżej wymienionego przepisu, to jest art. 17 § 1 pkt 1 kpk, umorzył śledztwo w zakresie dotyczącym wyłudzenia aktu notarialnego poświadczającego przeniesienie prawa własności S.K. do połowy nieruchomości złożonej z budynku jednokondygnacyjnego w M. gmina S. (...) na rzecz M.W. przez podstępne wprowadzenie w błąd notariusza w ten sposób, że w dniu 19 listopada 2012 r. posłużono się jako autentycznym dokumentem pełnomocnictwa, które uprzednio zostało wypowiedziane przez S.K. i wygasło. Natomiast co do czynu z art. 284 § 1 kk, polegającego na przywłaszczeniu w dniu 19 listopada 2012 r. kwoty 33 887,55 EUR, uzyskanej tytułem zapłaty za należący do S.K. udział w prawie własności nieruchomości, prokurator stwierdził, że śledztwo wymaga kontynuowania. W konsekwencji, w postanowieniu z dnia 21 listopada 2016 r.</p>	

(k(...)), prokurator przedstawił T.W. zarzut, że w dniu 19 listopada 2012 roku w T., w Portugalii przywłaszczyła sobie pieniądze w kwocie 33 887,55 euro, które uzyskała od M.W. tytułem zapłaty za należący do S.K. udział w prawie własności nieruchomości położonej w M., w Portugalii, gmina S. (...), powiat T., wpisanej do Rejestru Nieruchomości w T. nr (...), czym działała na szkodę S.K., to jest zarzut popełnienia czynu z art. 284 § 1 kk. W dniu 14 grudnia 2016 r., prokurator postanowił zmienić postanowienie o przedstawieniu zarzutów z dnia 21 listopada 2016 r. i przedstawił T.W. zarzut popełnienia przestępstwa z art. 284 § 1 kk, polegającego na tym, że w dniu 19 listopada 2012 roku w T., w Portugalii przywłaszczyła sobie prawo majątkowe S.K. w postaci prawa własności połowy nieruchomości położonej w M., w Portugalii, gmina S. (...), powiat T., wpisanej do Rejestru Nieruchomości w T. nr (...), w ten sposób, że na mocy aktu notarialnego zbyła należące do pokrzywdzonego prawo własności wymienionej nieruchomości o wartości co najmniej 33 887,55 EURO M.W., czym działała na szkodę S.K. (k(...)). Następnie oskarżył T.W. o dokonanie tego przestępstwa, zaś Sąd Okręgowy, określając jedynie wartość przywłaszczonego prawa, finalnie przypisał to przestępstwo wymienionej w zaskarżonym wyroku.

Na kanwie przytoczonych uwarunkowań, już w tym miejscu stwierdzić należy, że prokurator, modyfikując w postanowieniu z dnia 14 grudnia 2016 r. zarzut postawiony oskarżonej, uczynił to w taki sposób, że ponownie ukierunkował postępowanie na zdarzenie, co do którego postępowanie to, na podstawie postanowienia z dnia 23 czerwca 2016 r., było już prawomocnie umorzone. Inaczej rzecz ujmując, tak zmienił zarzut sformułowany wobec oskarżonej, że w ramach tego rzutu powrócił na grunt zdarzenia, w zakresie to którego postępowanie zostało prawomocnie umorzone. Czyniąc te uwagi oczywiście nie sposób nie zauważyć, że opis czynu, co do którego postanowieniem prokuratora z dnia 23 czerwca 2016 r. śledztwo zostało prawomocnie umorzone oraz opis czynu odzwierciedlony w postanowieniu o zmianie zarzutów z dnia 14 grudnia 2016 r., a następnie w akcie oskarżenia i finalnie w zaskarżonym wyroku, bez wątplenia jest różny. Różna jest także jego kwalifikacja prawna. Pierwotnie był on bowiem kwalifikowany z art. 272 kk, a następnie z art. 284 § 1 kk. Nie zmienia to jednak faktu, że ów czyn, w ujęciu historycznym, stanowi to samo zdarzenie. Jego istota sprowadza się bowiem do wkroczenia w uprawnienia właścicielskie S.K., które były mu przynależne wobec konkretnej nieruchomości, a mianowicie połowy domu położonego w M. w Portugalii. Co więcej, przypisane oskarżonej przywłaszczenie prawa własności do tej części nieruchomości nastąpiło, jak ustalili to Sąd Okręgowy, w następstwie tego, że T.W., wiedząc o odwołaniu pełnomocnictwa udzielonego jej przez S.K., zataiła tę okoliczność przed notariuszem, który w dniu 19 listopada 2012 r., w akcie notarialnym z tego dnia, potwierdził zbycie przez S.K. prawa własności do połowy nieruchomości na rzecz M.W. Innymi więc słowy, wedle ustaleń poczynionych przez Sąd Okręgowy, T.W., wprowadzając w błąd notariusza co do tego, że udzielone jej przez S.K. pełnomocnictwo nie wygasło, wyłudziła akt notarialny poświadczający przeniesienie prawa własności S.K. do połowy nieruchomości, a co za tym idzie, urzeczywistniła swoim zachowaniem te wszystkie elementy (okoliczności), które zostały zawarte w opisie czynu, odnośnie to którego, postanowieniem prokuratora z dnia 23 czerwca 2016 r., śledztwo zostało prawomocnie umorzone. Dodać jednocześnie należy, a właściwie nie dodać lecz podkreślić, że to właśnie realizacja przez oskarżoną wspomnianych elementów (okoliczności), zmaterializowała stan polegający na przywłaszczeniu prawa własności przysługującego S.K. do połowy nieruchomości. Inaczej rzecz ujmując, owo przywłaszczenie nie nastąpiłoby, gdyby nie zmaterializowały się te wszystkie okoliczności, które zostały odzwierciedlone w opisie czynu, w zakresie to którego postępowanie zostało prawomocnie umorzone. A zatem, w obliczu zaprezentowanych uwag, należy więc jedynie powtórzyć, że zdarzenie zarzucone i przypisane oskarżonej oraz to objęte postanowieniem prokuratora z dnia 23 czerwca 2016 r. o umorzeniu śledztwa, de facto, stanowi ten sam czyn, a różnice w jego opisach i w konsekwencji w kwalifikacji prawnej, wynikają wyłącznie z tego, że w opisach tych wyeksponowano różne, aczkolwiek tylko niektóre okoliczności tego samego zachowania T.W. Czyniąc te spostrzeżenia oczywiście nie sposób nie zauważyć, że wspomniane postanowienie prokuratora z dnia 23 czerwca 2016 r. zostało wydane w fazie in rem prowadzonego wówczas postępowania przygotowawczego. Rzecz jednak w tym, że nie zostało ono wzruszone przez prokuratora poprzez zastosowanie instytucji przewidzianej w art. 327 § 1 kpk, a to, jak przekonuje utrwalone w tym zakresie orzecznictwo Sądu Najwyższego (postanowienie Sądu Najwyższego z dnia 8 stycznia 2008 r., V KK 416/07, OSNKW 2008, nr 5, poz. 36, wyrok Sądu Najwyższego z dnia 9 października 2008 r.,

	<p>V KK 252/08, OSNwSK 2008, nr 1, poz. 1992, postanowienie Sądu Najwyższego z dnia 28 października 2009 r., I KZP 21/09, OSNKW 2010, nr 1, poz. 1, postanowienie Sądu Najwyższego z dnia 19 listopada 2009 r., V KO 78/09, LEX nr 608808) oraz sądów powszechnych (postanowienie Sądu Apelacyjnego w Katowicach z dnia 27 lipca 2011 r., II AKz 416/11, LEX nr 1102930, wyrok Sądu Okręgowego w Krakowie z dnia 13 listopada 2013 r., IV Ka 67/13, LEX nr 1715357, wyrok Sądu Apelacyjnego w Poznaniu z dnia 27 lutego 2019 r., II AKA 6/19, LEX nr 2682521) oznacza, że po prawomocnym umorzeniu postępowania, do którego to doszło na podstawie postanowienia z dnia 23 czerwca 2016 r., oskarżyciel publiczny bezpowrotnie utracił możliwość oskarżenia T.W. o czyn polegający na przywłaszczeniu prawa własności, które przysługiwało S.K. do połowy nieruchomości znajdującej się M. w Portugalii. W konsekwencji, również i Sąd Okręgowy utracił możliwość, a precyzując, nie był uprawniony do wydania orzeczenia rozstrzygającego o sprawstwie i winie T.W. w zakresie wspomnianego czynu. Skoro to jednak uczynił, to taka sytuacja materializuje bezwzględną przyczynę odwoławczą, u podstaw której pozostaje ujemna przesłanka procesowa przewidziana, bądź to w art. 17 § 1 pkt 7 kpk (vide: wyrok Sądu Okręgowego w Krakowie z dnia 13 listopada 2013 r., IV Ka 67/13, LEX nr 1715357), bądź to w art. 17 § 1 pkt 9 (vide: wyrok Sądu Najwyższego z dnia 9 października 2008 r., V KK 252/08, OSNwSK 2008, nr 1, poz. 1992), lub w art. 17 § 1 pkt 11 kpk (vide: postanowienie Sądu Najwyższego z dnia 28 października 2009 r., I KZP 21/09, OSNKW 2010, nr 1, poz. 1, postanowienie Sądu Najwyższego z dnia 19 listopada 2009 r., V KO 78/09, LEX nr 608808). Istnienie takiego stanu rzeczy nie pozbawiało jednak i w dalszym ciągu nie pozbawia oskarżyciela publicznego do zainicjowania postępowania, którego przedmiotem może być taki czyn, o jakim mowa w postanowieniu o przedstawieniu zarzutów z dnia 21 listopada 2016 r. (k. 564), a mianowicie czyn polegający na przywłaszczeniu przez oskarżoną kwoty 33.887,55 euro, którą to wymieniona otrzymała od M.W. jako zapłatę z tytułu sprzedaży należącego do S.K. udziału w prawie własności nieruchomości. Zarzucone i przypisane oskarżonej przywłaszczenie tego prawa nie jest bowiem tożsame z przywłaszczeniem pieniędzy, a więc rzeczy ruchomych, które oskarżona uzyskała, czyniąc użytek z wcześniej przywłaszczonego prawa własności. Dodać trzeba, że na etapie postępowania przygotowawczego takie samo stanowisko prezentował również prokurator, skoro przedmiotem tego postępowania, pierwotnie były dwa odrębne czyny, z których jeden miał polegać na przywłaszczeniu prawa majątkowego, a drugi na przywłaszczeniu pieniędzy pochodzących z urzeczywistnienia tego prawa. Natomiast powracając do istoty tego stanowiska i chcąc utwierdzić w przekonaniu o jego słuszności, wystarczy tylko dodać, że każde przewidziane w art. 284 § 1 kk przywłaszczenie rzeczy ruchomej wiąże się immanentnie z przywłaszczeniem prawa do jej posiadania, natomiast nie każde przywłaszczenie prawa majątkowego, o którym mowa we wspomnianym przepisie, jest związane z przywłaszczeniem rzeczy ruchomej, z którą związane jest to prawo, bądź rzeczy, którą sprawca, jako swego rodzaju ekwiwalent, uzyskuje w następstwie realizacji tego prawa. Skoro więc, istotą postępowania przeprowadzonego w niniejszej sprawie była wyłącznie kwestia związana z przywłaszczeniem prawa własności S. K. do części nieruchomości, to należy jedynie powtórzyć to, co wskazano już wcześniej, a mianowicie że nie materializują się żadne przeszkody procesowe do zainicjowania przez oskarżyciela publicznego postępowania w tym przedmiocie, o którym była mowa powyżej.</p>				
5.	ROZSTRZYGNIĘCIE SĄDU ODWOŁAWCZEGO				
1.7.	Utrzymanie w mocy wyroku sądu pierwszej instancji				
5.1.1	<table border="1"> <tr> <td data-bbox="258 1377 258 1408"></td> <td data-bbox="258 1377 1110 1408">Przedmiot utrzymania w mocy</td> </tr> <tr> <td data-bbox="258 1408 258 1499"></td> <td data-bbox="258 1408 1110 1499">Związęło o powodach utrzymania w mocy</td> </tr> </table>		Przedmiot utrzymania w mocy		Związęło o powodach utrzymania w mocy
	Przedmiot utrzymania w mocy				
	Związęło o powodach utrzymania w mocy				
1.8.	Zmiana wyroku sądu pierwszej instancji				

5.2.1	Przedmiot i zakres zmiany	
	Zwięźle o powodach zmiany	
1.9. <i>Uchylenie wyroku sądu pierwszej instancji</i>		
1.1.7. <i>Przyczyna, zakres i podstawa prawna uchylenia</i>		
5.3.1.1.1.	Wystąpienie bezwzględnej przyczyny odwoławczej przewidzianej w art. 439 § 1 pkt 8 kpk	<input checked="" type="checkbox"/> art. 439 k.p.k.
	Zwięźle o powodach uchylenia Konieczność uchylenia wyroku i umorzenia postępowania była determinowana okolicznościami zaprezentowanymi powyżej	
5.3.1.2.1.	Konieczność przeprowadzenia na nowo przewodu w całości	<input type="checkbox"/> art. 437 § 2 k.p.k.
	Zwięźle o powodach uchylenia	
5.3.1.3.1.	Konieczność umorzenia postępowania	<input type="checkbox"/> art. 437 § 2 k.p.k.
	Zwięźle o powodach uchylenia i umorzenia ze wskazaniem szczególnej podstawy prawnej umorzenia	
5.3.1.4.1.		<input type="checkbox"/> art. 454 § 1 k.p.k.
	Zwięźle o powodach uchylenia	
1.1.8. <i>Zapstrywania prawne i wskazania co do dalszego postępowania</i>		
1.10. <i>Inne rozstrzygnięcia zawarte w wyroku</i>		
Punkt rozstrzygnięcia z wyroku	Przytoczyć okoliczności	
6. <i>Koszty Procesu</i>		
Punkt rozstrzygnięcia z wyroku	Przytoczyć okoliczności	
II.	Rozstrzygnięcie o kosztach procesu zapadło na podstawie art. 632 pkt 2 kpk	
7. PODPIS		
SSA Janusz Jaromin SSA Piotr Brodniak SSA Małgorzata Jankowska		
1.11. Granice zaskarżenia		
Kolejny numer załącznika	1	
Podmiot wnoszący apelację	Obrońca oskarżonej	

Rozstrzygnięcie, brak rozstrzygnięcia albo ustalenie, którego dotyczy apelacja		Rozstrzygnięcie o sprawstwie i winie oskarżonej	
0.1.1.3.1. Kierunek i zakres zaskarżenia			
<input checked="" type="checkbox"/> na korzyść <input type="checkbox"/> na niekorzyść	<input checked="" type="checkbox"/> w całości	<input type="checkbox"/> co do winy	
	<input type="checkbox"/> w części	<input type="checkbox"/> co do kary	
		<input type="checkbox"/> co do środka karnego lub innego rozstrzygnięcia albo ustalenia	
0.1.1.3.2. Podniesione zarzuty			
Zaznaczyć zarzuty wskazane przez strony w apelacji			
<input type="checkbox"/>	art. 438 pkt 1 k.p.k. – obraza przepisów prawa materialnego w zakresie kwalifikacji prawnej czynu przypisanego oskarżonemu		
<input type="checkbox"/>	art. 438 pkt 1a k.p.k. – obraza przepisów prawa materialnego w innym wypadku niż wskazany w art. 438 pkt 1 k.p.k., chyba że pomimo błędnej podstawy prawnej orzeczenie odpowiada prawu		
<input checked="" type="checkbox"/>	art. 438 pkt 2 k.p.k. – obraza przepisów postępowania, jeżeli mogła ona mieć wpływ na treść orzeczenia		
<input checked="" type="checkbox"/>	art. 438 pkt 3 k.p.k. – błąd w ustaleniach faktycznych przyjętych za podstawę orzeczenia, jeżeli mógł on mieć wpływ na treść tego orzeczenia		
<input type="checkbox"/>	art. 438 pkt 4 k.p.k. – rażąca niewspółmierność kary, środka karnego, nawiązki lub niesłusznego zastosowania albo niezastosowania środka zabezpieczającego, przepadku lub innego środka		
<input type="checkbox"/>	art. 439 k.p.k.		
<input type="checkbox"/>	brak zarzutów		
0.1.1.4. Wnioski			
<input checked="" type="checkbox"/>	uchylenie	<input checked="" type="checkbox"/>	zmiana

ZE SZCZECIŃSKIEJ WOKANDY

Z WOKANDY WOJEWÓDZKIEGO SĄDU ADMINISTRACYJNEGO W SZCZECINIE



Wyrok Wojewódzkiego Sądu Administracyjnego w Szczecinie z dnia 12 czerwca 2019 r. (I SA/Sz 198/19)

Wyliczenie zawarte w przytoczonym art. 551 k.c. ma charakter przykładowy. Istotne jest, aby ten zespół składników mógł samodzielnie funkcjonować jako przedsiębiorstwo. Składniki materialne i niematerialne, wchodzące w skład przedsiębiorstwa, powinny pozostawać ze sobą we wzajemnych relacjach w ten sposób, iż można mówić o nich jako o zespole, a nie o zbiorze pewnych elementów. Ważne jest więc, aby w zbywanym przedsiębiorstwie zachowane zostały funkcjonalne związki między poszczególnymi składnikami, tak żeby przekazana masa mogła posłużyć kontynuowaniu określonej działalności gospodarczej. Jest to kluczowa kwestia przy ocenie, czy chodzi o przedsiębiorstwo lub jego zorganizowaną część, których zbycie jest wyłączone spod działania ustawy o podatku od towarów i usług.

Przewodniczący Sędzia WSA Anna Sokołowska (spr.)
Sędziowie WSA: Ewa Wojtysiak, Elżbieta Woźniak
Protokolant starszy inspektor sądowy Edyta Wójtowicz

Wojewódzki Sąd Administracyjny w Szczecinie po rozpoznaniu w Wydziale I na rozprawie w dniu 12 czerwca 2019 r. sprawy ze skargi „K.” S. z ograniczoną odpowiedzialnością S. komandytowa z siedzibą w S. na decyzję Dyrektora Izby

Administracji Skarbowej z dnia [...] r. nr [...] w przedmiocie podatku od czynności cywilnoprawnych:

- I. Uchyła zaskarżoną decyzję oraz poprzedzającą ją decyzję Naczelnika Trzeciego Urzędu Skarbowego w S. z dnia 18 czerwca 2018 r. nr [...].
- II. Zasądza od Dyrektora Izby Administracji Skarbowej na rzecz skarżącej „K.” S. z ograniczoną odpowiedzialnością S. komandytowa z siedzibą w S. kwotę [...] ([...] tytułem zwrotu kosztów postępowania sądowego.

Uzasadnienie

Zaskarżoną w sprawie decyzją z dnia [...] r. nr [...], [...], Dyrektor Izby Administracji Skarbowej w S. utrzymał w mocy decyzję Naczelnika Trzeciego Urzędu Skarbowego w S. z dnia [...] r. nr [...] określającą K. Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością Spółka komandytowa wysokość zobowiązania podatkowego w podatku od czynności cywilnoprawnych w kwocie [...] zł.

Z akt sprawy wynika następujący stan faktyczny sprawy.

Po przeprowadzeniu kontroli podatkowej, a następnie postępowania podatkowego wobec K. Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością Spółka komandytowa (dalej: „spółka” lub „skarżąca”), organ I instancji wskazaną na wstępie decyzją z dnia [...] r. określił spółce zobowiązanie podatkowe w podatku od czynności cywilnoprawnych w kwocie [...] zł z tytułu umowy sprzedaży zawartej w dniu [...] r. pomiędzy „K.” J.K. (sprzedającym) a skarżącą spółką (kupującym) udokumentowanej fakturą VAT nr [...].

W ocenie organu I instancji nabyty na podstawie ww. faktury przez skarżącą spółkę samochód osobowy stanowił element składników materialnych zorganizowanej części przedsiębiorstwa O., tym samym czynność ta powinna podlegać opodatkowaniu podatkiem od czynności cywilnoprawnych według stawki 2%.

W odwołaniu od powyższej decyzji, skarżąca spółka wnosząc o uchylenie decyzji w całości i umorzenie postępowania w sprawie, ewentualnie o uchylenie tej decyzji w całości oraz przekazanie sprawy do ponownego rozpatrzenia organowi I instancji, zarzuciła organowi wydającemu decyzję naruszenie następujących przepisów: art. 6 oraz art. 5 ust. 1 pkt 1 w związku z art. 7 ust. 1 ustawy z dnia 11 marca 2004 r. o podatku od towarów i usług (Dz. U. z 2011 r., nr 177, poz. 1054 ze zm.) – dalej: „u.p.t.u.”, art. 2 pkt 4 lit. a ustawy z dnia 9 września 2000 r. o podatku od czynności cywilnoprawnych (Dz. U. z 2010 r., nr 101, poz. 649 ze zm.) – dalej: „p.c.c.”, a także art. 121, art. 122, art. 187 § 1 oraz art. 191 oraz art. 210 § 4 ustawy z dnia 29 sierpnia 1997 r. Ordynacja podatkowa (Dz. U. z 2018 r., poz. 800 ze zm.) – dalej: „o.p.”. Skarżąca spółka stanęła bowiem na stanowisku, że sprzedaż samochodów

i części na rzecz spółki była czynnością opodatkowaną podatkiem VAT, a tym samym objęcie jej przepisami ustawy o podatku od czynności cywilnoprawnych nie odpowiada prawu.

Po rozpatrzeniu sprawy, Dyrektor Izby Administracji Skarbowej w S. utrzymał w mocy decyzję organu I instancji.

Organ odwoławczy podzielił stanowisko organu I instancji, że czynność polegająca na przeniesieniu własności nowego samochodu osobowego marki [...], w oparciu na umowie sprzedaży, udokumentowaną fakturą VAT, wystawioną przez „K.” J.K. na rzecz skarżącej spółki, była elementem zorganizowanej części przedsiębiorstwa, wniesionego przez J.K. do skarżącej spółki, a tym samym jako niepodlegająca opodatkowaniu podatkiem od towarów i usług, objęta jest obowiązkiem podatkowym na podstawie przepisów ustawy o podatku od czynności cywilnoprawnych.

Przedstawiając stan faktyczny sprawy, organ odwoławczy stwierdził, że niekwestionowanym faktem jest cel powołania w dniu [...] r. do istnienia skarżącej spółki tj. przejście od przedsiębiorstwa prowadzonego na własne nazwisko przez J.K. sprzedaży i serwisu samochodów marki [...]. Na powyższe wskazuje zarówno treść wyjaśnień składanych przez skarżącą spółkę, jak również dokument – List intencyjny z dnia [...] r. sporządzony przez G.M.P. Spółka z o.o., w którym zawarty został szczegółowy harmonogram zmian organizacyjnych sprowadzających się w efekcie do przeniesienia funkcji sprzedawcy i serwisanta samochodów marki [...] z przedsiębiorstwa „K.” J.K. na skarżącą spółkę. Organ odwoławczy wskazał przy tym, że w powyższym dokumencie obok innych postanowień obligujących spółkę do określonych działań, takich jak np. uzyskanie przez spółkę linii kredytowej w banku akceptowanym przez G.M.P. Spółka z o.o. znalazł się również zapis stanowiący, iż niezarejestrowane samochody (oraz samochody demonstracyjne) marki [...], będące w kredycie G.N.B., zostaną zakupione przez skarżącą spółkę od „K.” J.K. na zasadzie transferu dealer – dealer. Organ zauważył, że pomimo iż – jak wskazuje spółka – terminy wyszczególnione w powyższym dokumencie ulegały wielokrotnej modyfikacji, nie zmieniło to jednak okoliczności, że działanie takie zostało przez strony Listu intencyjnego przewidziane i zaplanowane. Finalnie – skutek wypełnienia oczekiwań G.M.P. Sp. z o.o. firma ta w dniu [...] r. podpisała z skarżącą spółką Umowę dealerską sprzedaży i serwisu samochodów osobowych [...].

Z kolei realizacją postanowień zawartych w Liście intencyjnym była sprzedaż przez „K.” J.K. na rzecz skarżącej spółki w dniu [...] r. nowego samochodu marki [...], poprzedzona zbyciem w dniu [...] r. dodatkowych 26 sztuk nowych i demonstracyjnych samochodów marki [...] (faktury o numerach od [...] do [...]) oraz części zamiennych do samochodów marek [...] oraz [...] (faktury o numerach od [...] do [...]). Temu zbyciu majątku towarzyszyło sporządzenie w dniu [...] r. Protokołu

wydania (przekazania), w którym strony transakcji potwierdziły, że przedmioty sprzedaży zostały nabywcę wydane.

Na powyższe działanie, to jest sprzedaż fakturowaną pojazdów i części, złożył się – na co wskazuje również skarżąca – zamiar J.K. pozyskania środków finansowych na uregulowanie ciężących na nim zobowiązań (w formie kredytów) związanych z uprzednim nabyciem tychże pojazdów przez „K.” J.K., co byłoby niemożliwe, zdaniem podatnika, w przypadku wniesienia tego majątku aportem do spółki. Zgodnie z kalkulacjami zainteresowanych stron, otrzymany bowiem przez spółkę jako nabywcę towaru zwrot z organu I instancji podatku VAT miał zostać przekazany kontrahentowi, to jest J.K. jako (częściowe) uregulowanie zobowiązania wynikającego z faktur.

Kontrola przeprowadzona przez organ I instancji w zakresie podatku od towarów i usług w związku z powyższymi transakcjami wykazała jednakże, iż owa sprzedaż odbyła się w ramach przeniesienia majątku będącego zorganizowaną częścią przedsiębiorstwa z jednego podmiotu do drugiego, co wykluczyło ją spod regulacji przepisów ustawy o podatku od towarów i usług. Strony transakcji, nie aprobując wprawdzie – jak podkreśla skarżąca – takiej interpretacji zaistniałych czynności cywilnoprawnych, skorygowali swoje rozliczenia w zakresie tego podatku, co poprzedzone zostało z kolei korektą wystawionych w dniach [...] r. przez „K.” J.K. faktur VAT, to jest sporządzeniem w dniu [...] r. faktur korygujących wartości pierwotnych dokumentów do zera. Powyższemu działaniu towarzyszyło przedłożenie spółce w dniu [...] r. przez J.K. „Oświadczenia o uchyleniu się od skutków prawnych oświadczenia woli, wyrażonych w umowach sprzedaży z dnia [...] r. i [...] r.”. Dodatkowo w tym samym dniu, to jest [...] r. J.K. i skarżąca spółka sporządzili (w formie aktu notarialnego) aneks do aktu notarialnego zmiany treści umowy spółki komandytowej, na mocy którego strony oświadczyły, że w skład „zorganizowanej części przedsiębiorstwa O.”, prowadzonego dotychczas przez „K.” J.K., wchodzi również części zamienne do samochodów [...] i [...] oraz 26 samochodów marki [...] (w tym 6 demonstracyjnych i 20 nowych), a także zobowiązania wobec G.B. S.A. z tytułu zakupu samochodów o wartości [...] zł i zakupu samochodów Demo o wartości [...] zł. Różnica pomiędzy ilością pierwotnie sprzedanych pojazdów (27 sztuk) a liczbą samochodów wniesionych do spółki na podstawie powyższego aneksu (26 sztuk) wynikała z faktu pozostawienia finalnie jednego pojazdu w gestii J.K.

Organ odwoławczy wskazał również, że kolejnym faktem istotnym w sprawie było wniesienie w ramach aportu będącego zorganizowaną częścią przedsiębiorstwa przez J.K. do spółki między innymi zaliczek wpłaconych przez klientów na zakup samochodów marki [...] opiewających na kwotę [...] zł. Powyższe wynikało z dokumentu z dnia [...] r. – Zmiany treści umowy spółki komandytowej,

sporządzonego w formie aktu notarialnego, gdzie w załączniku nr [...] do tego aktu wyszczególnione zostały imiennie i kwotowo wniesione zaliczki.

Skarżąca sporządziła w toku kontroli podatkowej zestawienie, w którym do faktury, na podstawie której nabyła w dniu [...] r. od J.K. pojazd marki [...] (skorygowaną następnie w dniu [...] r. do zera) przyporządkowała odpowiednią fakturę dokumentującą sprzedaż tego pojazdu klientowi detalicznemu. Z zestawienia tego wynika, iż zbycie ww. pojazdu miało miejsce w dniu [...] r. Mając powyższe okoliczności na uwadze, organ odwoławczy zauważył, że w sprawie niekwestionowaną okolicznością pozostaje, iż oprócz wyżej wskazanych nowych i demonstracyjnych samochodów osobowych marki [...] oraz części zamiennych do pojazdów marek [...] i [...], cały pozostały majątek funkcjonujący uprzednio jako wyodrębniona część obejmująca markę [...] w ramach przedsiębiorstwa „K.” J.K., został przeniesiony na podatnika. Z zapisów aktu notarialnego wynika, że w skład tego majątku weszły m.in. prawa i obowiązki wynikające z umów zawartych z pracownikami, ruchomości (wyposażenie) dotyczące salonów sprzedaży i warsztatów serwisowych, wierzytelności i zobowiązania. Odrębna sprzedaż (na podstawie faktur) pojazdów i części spowodowana zaś była jedynie zamiarem uzyskania korzystniejszego efektu ekonomicznego przez J.K., aniżeli nastąpiłoby to w przypadku wniesienia tego majątku aportem do spółki.

Zdaniem organu odwoławczego, na ocenę faktu sprzedaży samochodów, nie może mieć wpływu intencja stron tej transakcji podjęta w zakresie optymalizacji swoich rozliczeń finansowych w związku z tą sprzedażą, bowiem kwalifikacji tej sprzedaży należy dokonać w tym przypadku na podstawie całokształtu towarzyszących jej okoliczności.

W ocenie organu, materiał dowodowy zebrany w sprawie stanowił więc słuszną podstawę do uznania, że wyodrębniona przez kontrahentów sprzedaż samochodów i części serwisowych stanowiła w istocie element zbywanej przez firmę J.K. zorganizowanej części przedsiębiorstwa.

Na powyższe wskazują nie tylko zapisy ww. Listu intencyjnego podpisanego przez G.M.P. Spółka z o.o. skierowanego do skarżącej spółki, w którym przewidziane zostało, że jednym z elementów przeniesienia przedsiębiorstwa będzie sprzedaż pozostających u J.K. samochodów [...], ale również pozostałe okoliczności. Jedną z nich jest fakt przekazania spółce (w formie aportu) zaliczek wpłaconych J.K. przez nabywców detalicznych, którym to osobom zbycia konkretnych zamówionych uprzednio pojazdów dokonała już skarżąca. Sytuacja taka miała miejsce chociażby w przypadku sprzedaży dokonanej na rzecz E. A., czy M. – w obydwu tych przypadkach sprzedaż na rzecz spółki dokumentowały faktury z dnia [...] r.

Powyższe oznacza więc, że zbycie samochodów marki [...] nie funkcjonowało w oderwaniu od przeniesienia pozostałych elementów majątku składających się

na zorganizowaną część przedsiębiorstwa [...], mimo że same pojazdy i części do nich nie byłyby same w sobie taką zorganizowaną częścią. Jednak, transakcję zbycia zorganizowanej części przedsiębiorstwa należy rozpatrywać na bazie zaistniałych okoliczności faktycznych przez pryzmat charakteru działalności gospodarczej prowadzonej przez tę wyodrębnioną część. Innymi słowy, gdyby w przedmiotowej sprawie doszło do sprzedaży (na podstawie faktur) przez J.K. na rzecz spółki jedynie samych samochodów i części do nich, nie byłoby podstaw do oceny takiej transakcji jako zawartej w ramach przeniesienia własności zorganizowanej części przedsiębiorstwa. Jednakże w połączeniu z okolicznościami zachodzącymi w sprawie, to jest intencjonalnego przeniesienia zorganizowanej części przedsiębiorstwa z wyłączeniem jedynie jej nielicznych, aczkolwiek zasadniczych, elementów z uwagi na ekonomiczne kalkulacje, nie sposób jest uznać, że zafakturowana sprzedaż samochodów i części zamiennych nie stanowiła części tego przedsiębiorstwa. Organ zaważył, że intencja skarżącej w tej sprawie sprowadza się bowiem do twierdzenia, że wniesienie aportem przez „K.” J.K. do spółki zorganizowanej części przedsiębiorstwa O. odbyła się w istocie bez samochodów marki [...], mimo że do sprzedaży tych samochodów konkretnym klientom spółka była zobowiązana na skutek przejęcia zaliczek wpłaconych przez nich uprzednio J.K. Co więcej, J.K. na skutek utraty statusu Dealera samochodów marki [...], nie mógł już dokonać sprzedaży klientom detalicznym tych zamówionych z wyprzedzeniem pojazdów, jak i pozostałych będących w jego dyspozycji.

Z materiału dowodowego wynika ponadto, iż zarówno J.K., jak i spółka zgodzili się *de facto* z ustaleniami organu I instancji, co do rzeczywistego statusu pojazdów i części objętych treścią ww. faktur z [...] r., bowiem w dniu [...] r., po skorygowaniu tychże faktur do zera, zapisali w akcie notarialnym – Aneksie do aktu notarialnego zmiany treści umowy spółki komandytowej, iż wnoszą majątek w postaci nowych i demonstracyjnych samochodów marki [...], a także części serwisowych i zobowiązań jako aport w postaci zorganizowanej części przedsiębiorstwa (tworzący tę część łącznie z uprzednio, to jest w dniu [...] r., wniesionymi już składnikami majątku w oparciu o akt notarialny Rep. A Nr [...]). Na powyższą ocenę nie ma przy tym wpływu – akcentowana przez spółkę – okoliczność, iż działanie takie podjęte zostało pod wpływem „perswazji” organu podatkowego (nie przesądzając czy ten fakt miał miejsce), bowiem ewentualny wpływ pracownika tego organu nie może znosić obowiązku podatkowego wynikającego z przepisu prawa. Ponadto, organ odwoławczy – podziеляjąc opinię organu I instancji – stanął na stanowisku, iż działania podjęte przez stronę, zmierzające do uchylenia się od skutków woli oświadczenia o sprzedaży samochodów i części, mające miejsce w dniu [...] r., nie można uznać za skuteczne. Z materiału dowodowego jednoznacznie wynika, że w sprawie nie miała miejsca żadna z przesłanek uchylenia się od skutków oświadczenia woli

przewidzianych w Kodeksie cywilnym. Nie doszło też do zmiany ceny lub wartości towaru, niemożliwe było również anulowanie sprzedaży (poza jednym wyjątkiem, związanym z błędem w systemie rezerwacyjnym), bowiem towar został stronie kupującej wydany, co wynika ze stosownego oświadczenia i tym samym potwierdza wykonanie postanowień umowy kupna – sprzedaży (sam fakt braku zapłaty nie ma natomiast – na co zdaje się wskazywać skarżąca – żadnego wpływu na okoliczność ważności takiej umowy). Tym samym J.K. nie był uprawniony do skorygowania (do zera) tychże faktur, tym bardziej, że sprzedane przez niego spółce w dniach [...] r. pojazdy ta zdążyła już częściowo zbyć klientom detalicznym. Powyższe czyni niemożliwym odstąpienie przez J.K. od skutków oświadczenia woli wyrażonego w wystawionych fakturach i następnie wniesienie ich niejako drugi raz do majątku spółki, tym razem poprzez aport, niemniej jednak taka ocena nie zmienia kwalifikacji prawdziwego statusu zafakturowanego majątku – będącego – w opinii organu odwoławczego – już w momencie sprzedaży go w dniu [...] r. elementem zorganizowanej części przedsiębiorstwa. W obliczu okoliczności przesądzających o takiej jego ocenie, zdaniem organu, drugorzędną kwestią jest w istocie sposób wniesienia samochodów i części (będących od początku funkcjonowania spółki podstawą świadczenia przez nią usług serwisowych i sprzedaży). Innymi słowy bez znaczenia pozostaje, czy majątek ten został przez J.K. do spółki sprzedany na podstawie faktur, wniesiony aportem w zamian za udziały lub akcje, czy też przekazany w formie darowizny. Istotne jest bowiem, że to właśnie samochody i części marki [...] stanowiły – z natury rzeczy – istotę w procesie przenoszenia zorganizowanej części przedsiębiorstwa polegającego na sprzedaży i serwisie samochodów marki [...] z „K.” J.K. do skarżącej spółki. Pozostałe elementy tej zorganizowanej części, takie jak zobowiązania, należności, stosunki wynikające z prawa pracy, czy w końcu wyposażenie, mimo iż były niezbędne do wypełnienia definicji zorganizowanej części przedsiębiorstwa, to w istocie nie byłyby w stanie zapewnić realizacji funkcji właściwej dla dealera danej marki pojazdu bez posiadania przez niego odpowiednich samochodów. Argument strony, że mogła ona do prowadzenia działalności o wskazanym charakterze zakupić pojazdy z innego źródła, nie zmienia faktu, iż ocenie w niniejszym postępowaniu poddawane jest jednak kupno tych samochodów właśnie od J.K. Organ odwoławczy dokonał ponadto oceny wartości przyjętej przez organ I instancji do podstawy opodatkowania (w sytuacji gdy organ ten stwierdził, że ceny ustalone przez strony transakcji odpowiadają wartościom rynkowym) nie znajdując uchybienia w tym zakresie. Podobnie – jako prawidłową – ocenił opinię organu I instancji w zakresie skutków wystawienia korekty do faktury z dnia 4 lutego 2014 r., to jest – w oparciu o brzmienie art. 3 ust. 1 pkt 1 p.c.c. – przyjął, że obowiązek zapłaty podatku powstał z chwilą wprowadzenia do

obrotu prawnego tej faktury w powyższej dacie, natomiast późniejsza jej zmiana (zmniejszenie ceny do zera) nie ma wpływu na powstały już uprzednio obowiązek podatkowy.

Za niezasadne organ uznał zarzuty naruszenia przepisów postępowania tj. art. 121, art. 122, art. 187 § 1 oraz art. 191, a także art. 210 § 4 o.p.

Organ odwoławczy nie zgodził się również z zarzutem braku uwzględnienia w decyzji woli stron i celu transakcji sprzedaży, przysługujący jej w oparciu o art. 3531 ustawy z dnia 23 kwietnia 1964 r. Kodeks cywilny (Dz. U. z 2014 r., poz. 121) – dalej: „k.c.”. Strony transakcji miały pełną dowolność co do sposobu przeniesienia własności elementów majątku ruchomego w postaci samochodów i części zamiennych, z czego w istocie skorzystały, decydując się na zawarcie umów kupna-sprzedaży, która przyjęła postać faktury VAT. Organ bowiem nie zakwestionował prawa stron do takiego sposobu realizacji łączącego je stosunku prawnego (nie wyartykułował zakazu zbycia składników majątku na podstawie faktur), a jedynie wywiódł odmienne niż podatnik konkluzje co do powstania obowiązku podatkowego związanego z takim, a nie innym (wybrany przez stronę) stosunkiem prawnym.

Końcowo odnosząc się do zarzutu strony co do wadliwego oznaczania przez organ I instancji strony „firmą niezgodną z obowiązującymi przepisami prawa”, wskazał że przepisy ustawy Kodeks spółek handlowych zezwalają na posługiwanie się ustawowym skrótem oznaczenia formy prawnej danej spółki. Tym samym, oznaczenie strony w decyzji I instancji nie powoduje wątpliwości, który podmiot jest adresatem rozstrzygnięcia.

Reasumując, organ odwoławczy, stwierdził, że sporne w sprawie nabycie przez spółkę samochodu marki [...], który stanowił element zorganizowanej części przedsiębiorstwa wniesionej aportem przez J.K. do wyżej wskazanej spółki, nie podlega w tym zakresie przepisom ustawy o podatku od towarów i usług, tym samym tworząc podstawę opodatkowania podatkiem od czynności cywilnoprawnych w kwocie wynikającej z faktury dokumentującej ww. transakcję.

W skardze do Wojewódzkiego Sądu Administracyjnego w Szczecinie skarżąca spółka – reprezentowana przez radcę prawnego – wniosła o uchylenie zaskarżonej decyzji i poprzedzających ją decyzji organu I instancji, a także zasądzenie kosztów postępowania w tym kosztów zastępstwa procesowego wg norm przepisanych.

Zaskarżonej decyzji zarzucono naruszenie:

1. Art. 6 pkt 1 i art. 2 pkt 27e u.p.t.u. oraz art. 19 Dyrektywy 2006/112/WE, przez błędną ich wykładnię prowadzącą do uznania, że w niniejszej sprawie nabycie przez skarżącą od J.K. części składników jego majątku obrotowego (samochodów nowych oraz demonstracyjnych oraz części zamiennych), stanowiło transakcją zbycia zorganizowanej części przedsiębiorstwa, o której mowa w art. 2 pkt 27e u.p.t.u., podczas gdy dokonane transakcje stanowiły zbycie pojedynczych

składników majątku, co oznacza, iż na dzień i moment sprzedaży, tak samochody, jak i części zamienne nie stanowiły funkcjonalnej całości, która umożliwiała by samodzielną realizację zadań gospodarczych z ich udziałem, a co za tym idzie czynność ta podlegała przepisom ustawy o podatku od towarów i usług i nie miał do niej zastosowania art. 6 pkt 1 u.p.t.u. oraz sprzedaż ta nie była „przekazaniem”, o którym mowa w art. 19 Dyrektywy 2006/112/WE.

2. Art. 2 pkt 4 lit. a p.c.c., również przez błędne jego zastosowanie.
3. Art. 5 ust. 1 pkt 1 w związku z art. 7 ust. 1 u.p.t.u. przez ich niezastosowanie i niezasadne pominięcie.
4. Art. 191 w związku z art. 235 o.p. przez przekroczenie granicy swobodnej oceny dowodów i dokonanie niewłaściwej, bo dowolnej oceny stanu faktycznego.
5. Art. 121 o.p. przez naruszenie zasady zaufania w związku z rozstrzygnięciem wszelkich zaistniałych wątpliwości na niekorzyść podatnika zgodnie z zasadą *in dubio pro fisco*.
6. Art. 210 § 4 o.p. przez to, że uzasadnienie faktyczne i prawne zaskarżonej decyzji organu odwoławczego częstokroć nie zawiera wskazania faktów, które organ uznał za udowodnione, dowodów, którym dał wiarę oraz przyczyn dla których innym dowodom odmówił wiarygodności, zaś uzasadnienie prawne w wielu przypadkach jest całkowicie niezrozumiałe, często nie odpowiadające prawu oraz zawiera niedostateczne wyjaśnienia podstawy prawnej oraz:
7. Pomijanie istotnych dowodów w posiadaniu których jest organ.
8. Całkowite pominięcie w decyzji woli stron i celu transakcji sprzedaży, które miały miejsce dnia [...] r. oraz w dniu [...] r., w tym odrzucenie przez organ możliwości oparcia się przez strony dokonujące czynności prawnej na instytucji regulowanej przez art. 3531 k.c. w sytuacji w której ustalony przez strony stosunek prawny nie sprzeciwiał się jego naturze, ustawie, ani zasadom współżycia społecznego.

W odpowiedzi na skargę Dyrektor Izby Administracji Skarbowej w S. wniósł o jej oddalenie, podtrzymując dotychczasowe stanowisko w sprawie.

Na rozprawie w dniu 12 czerwca 2019 r. sąd połączył do wspólnego rozpoznania i odrębnego rozstrzygnięcia sprawę ze skargi spółki zarejestrowanej pod sygn. akt I SA/Sz 197/19 oraz I SA/Sz 198/19. Sprawa o sygn. akt I SA/Sz 197/19 dotyczyła określenia spółce zobowiązania podatkowego w podatku od czynności cywilnoprawnych z tytułu wyżej wspomnianych umów sprzedaży zawartych w dniu [...] r. pomiędzy „K.” J.K. (sprzedającym) a skarżącą spółką (kupującym) udokumentowanych fakturami VAT, których przedmiotem było 26 sztuk nowych i demonstracyjnych samochodów marki [...] oraz części zamiennych do samochodów marek [...] oraz [...].

Wojewódzki Sąd Administracyjny w Szczecinie zważył, co następuje:

Przedmiotem sporu w sprawie jest prawidłowa kwalifikacja czynności polegającej na przeniesieniu własności nowego samochodu osobowego marki [...] na podstawie umowy sprzedaży udokumentowanej fakturą VAT. W ocenie organów podatkowych powyższa sprzedaż nie była transakcją samoistną, lecz powiązana z czynnością wniesienia aportem majątku przez J.K. do skarżącej spółki w ramach zorganizowanej części przedsiębiorstwa. W konsekwencji, sprzedaż przedmiotowego samochodu jako element zorganizowanej części przedsiębiorstwa nie podlega reżimowi ustawy o podatku od towarów i usług. Tym samym czynność ta podlega opodatkowaniu podatkiem od czynności cywilnoprawnych. W ocenie skarżącej spółki, J.K. był natomiast uprawniony do sprzedaży na rzecz spółki majątku w postaci spornego samochodu poza wydzieloną zorganizowaną częścią przedsiębiorstwa.

Zgodnie z art. 2 pkt 4 lit. a p.c.c. nie podlegają podatkowi czynności cywilnoprawne, inne niż umowa spółki i jej zmiany w zakresie, w jakim są opodatkowane podatkiem od towarów i usług.

Z treści ww. przepisu wynika zatem *a contrario*, że czynności cywilnoprawne, które nie są opodatkowane podatkiem od towarów i usług podlegają opodatkowaniu podatkiem od czynności cywilnoprawnych. Taką czynnością jest m.in. zbycie zorganizowanej części przedsiębiorstwa, bowiem stosownie do treści art. 6 pkt 1 u.p.t.u. przepisów tej ustawy nie stosuje się do transakcji zbycia przedsiębiorstwa lub zorganizowanej części przedsiębiorstw.

Należy przy tym zauważyć, że w ustawie o podatku od towarów i usług brak jest definicji zbycia przedsiębiorstwa. W art. 2 pkt 27e u.p.t.u. ustawodawca zdefiniował jednak zorganizowaną część przedsiębiorstwa wskazując, że należy przez nią rozumieć organizacyjnie i finansowo wyodrębniony w istniejącym przedsiębiorstwie zespół składników materialnych i niematerialnych, w tym zobowiązania, przeznaczonych do realizacji określonych zadań gospodarczych, który zarazem mógłby stanowić niezależne przedsiębiorstwo samodzielnie realizujące te zadania.

Powyższa definicja zorganizowanej części przedsiębiorstwa koresponduje z ujęciem przedsiębiorstwa wyrażonym w prawie cywilnym. Stosownie bowiem do treści art. 551 k.c., przez przedsiębiorstwo należy rozumieć zorganizowany zespół składników niematerialnych i materialnych przeznaczonych do prowadzenia działalności gospodarczej. Obejmuje ono w szczególności:

- a) oznaczenie indywidualizujące przedsiębiorstwo lub jego wyodrębnione części (nazwa przedsiębiorstwa);
- b) własność nieruchomości lub ruchomości, w tym urządzeń, materiałów, towarów i wyrobów, oraz inne prawa rzeczowe do nieruchomości lub ruchomości;

- c) prawa wynikające z umów najmu i dzierżawy nieruchomości lub ruchomości oraz prawa do korzystania z nieruchomości lub ruchomości wynikające z innych stosunków prawnych;
- d) wierzytelności, prawa z papierów wartościowych i środki pieniężne;
- e) koncesje, licencje i zezwolenia;
- f) patenty i inne prawa własności przemysłowej;
- g) majątkowe prawa autorskie i majątkowe prawa pokrewne;
- h) tajemnice przedsiębiorstwa;
- i) księgi i dokumenty związane z prowadzeniem działalności gospodarczej.

Stosownie natomiast do treści art. 552 k.c., czynność prawna mająca za przedmiot przedsiębiorstwo obejmuje wszystko, co wchodzi w skład przedsiębiorstwa, chyba że co innego wynika z treści czynności prawnej albo z przepisów szczególnych.

Wyliczenie zawarte w przytoczonym wyżej art. 551 k.c. ma więc charakter przykładowy. Istotne jest, aby ten zespół składników mógł samodzielnie funkcjonować jako przedsiębiorstwo. Składniki materialne i niematerialne, wchodzące w skład przedsiębiorstwa, powinny pozostawać ze sobą we wzajemnych relacjach w ten sposób, iż można mówić o nich jako o zespole, a nie o zbiorze pewnych elementów. Ważne jest więc, aby w zbywanym przedsiębiorstwie zachowane zostały funkcjonalne związki między poszczególnymi składnikami, tak żeby przekazana masa mogła posłużyć kontynuowaniu określonej działalności gospodarczej. Jest to kluczowa kwestia przy ocenie, czy chodzi o przedsiębiorstwo lub jego zorganizowaną część, których zbycie jest wyłączone spod działania ustawy o podatku od towarów i usług.

Przywołane przepisy ustawy o podatku od towarów i usług stanowią implementację art. 5 ust. 8 VI Dyrektywy z dnia 17 maja 1977 r. w sprawie harmonizacji ustawodawstw Państw Członkowskich w odniesieniu do podatków obrotowych - wspólny system podatku od wartości dodanej (Dz. Urz. UE. L nr 145/1) – dalej: „VI dyrektywa”, zgodnie z którym w przypadku przeniesienia całości lub części majątku przedsiębiorstwa, za wynagrodzeniem lub bez wynagrodzenia, albo w drodze aportu, państwa członkowskie mogą przyjąć, iż nie nastąpiła dostawa towarów, zaś odbiorca będzie traktowany jak następcą prawny przenoszącego.

W uzasadnionych okolicznościach Państwa członkowskie mogą podjąć niezbędne kroki w celu niedopuszczenia do pogorszenia warunków konkurencji w przypadkach, gdy odbiorca nie podlega w całości opodatkowaniu.

Przepis art. 19 obecnie obowiązującej Dyrektywy 2006/112/WE z 28 listopada 2006 r. w sprawie wspólnego systemu podatku od wartości dodanej (Dz. Urz. UE. L z 2006 r. nr 341/1) – dalej: „dyrektywa 112” stanowi, że w przypadku przekazania, odpłatnie lub nieodpłatnie lub jako aportu do spółki całości lub części majątku, państwa członkowskie mogą uznać, że dostawa towarów nie miała miejsca i że

w takim przypadku osoba, której przekazano towary, będzie traktowana jako następca prawny przekazującego. W przypadkach gdy odbiorca nie podlega w pełni opodatkowaniu, państwa członkowskie mogą przedsięwziąć środki niezbędne w celu uniknięcia zakłóceń konkurencji. Mogą także przyjąć wszelkie niezbędne środki, aby zapobiec uchylaniu się od opodatkowania lub unikaniu opodatkowania poprzez wykorzystanie przepisów niniejszego artykułu.

Z takim rozumieniem pojęcia „zorganizowana część przedsiębiorstwa” koresponduje także przepis art. 91 ust. 9 u.p.t.u., traktujący nabywcę takiego przedmiotu w tym zakresie (części przedsiębiorstwa) jako następcę prawnego zbywcy. Przepis ten stanowi więc odzwierciedlenie zasady wyrażonej w cytowanym powyżej art. 19 Dyrektywy 2006/12. W konsekwencji, dokonując interpretacji przepisów polskiej ustawy należy uczynić to z uwzględnieniem powołanych wyżej uregulowań zawartych w prawie unijnym, jak również orzecznictwa Europejskiego Trybunału Sprawiedliwości – ETS (obecnie Trybunału Sprawiedliwości Unii Europejskiej – TSUE).

W wyroku ETS z dnia 27 listopada 2003 r. C-497/01 Zita Modes Sarl (ECR 2003/11B/I-14393) przyjęto natomiast, że jeżeli państwo członkowskie wprowadziło do swojego systemu VAT opcję zawartą w pierwszym zdaniu art. 5 ust. 8 VI dyrektywy uznając, iż w przypadku wydania całości majątku nie ma miejsca dostawa towarów w rozumieniu regulacji VAT, to zasada ta ma zastosowanie – nie wyłączając możliwości ograniczenia jej stosowania do okoliczności zawartych w zdaniu drugim tego samego paragrafu – do każdego wydania przedsiębiorstwa lub samodzielnej części przedsiębiorstwa, włączając składniki materialne i niematerialne, które łącznie stanowią przedsiębiorstwo lub część przedsiębiorstwa, mogącego samodzielnie prowadzić działalność gospodarczą. Nabywca musi jednak mieć zamiar dalszego prowadzenia nabytego przedsiębiorstwa lub jego części, a nie jego bezpośredniej likwidacji i sprzedaży zapasów. Trybunał podkreślił, że istotą regulacji art. 5 ust. 8 VI dyrektywy jest zapewnienie, aby transfer majątku nie zakłócił zasady neutralności podatkowej obydwu stron transakcji. Zasada wyłączenia przewidziana w art. 5 ust. 8 stanowi autonomiczną konstrukcję prawa wspólnotowego, której celem jest przeciwdziałanie różnicom w zakresie stosowania wspólnego systemu VAT w poszczególnych państwach członkowskich.

ETS wskazał, że biorąc pod uwagę cel dyrektywy, pojęcia w niej użyte powinny być interpretowane w sposób jednolity i niezależny (autonomiczny), uwzględniając kontekst i cel regulacji. Dokonując wykładni funkcjonalnej art. 5 ust. 8 Trybunał uznał, iż celem wyłączenia zbycia przedsiębiorstwa z opodatkowania VAT jest zapewnienie neutralności podatkowej takiej czynności, która obciążając stronę istotnym zobowiązaniem podatkowym i tak rodziłaby prawo do odliczenia lub zwrotu podatku naliczonego. W związku z powyższym, ratio legis tego przepisu nie

obejmuje sytuacji, w których zbyciu podlega wyłącznie zbiór aktywów, takich jak zapas towarów.

W świetle stanowiska ETS, uzasadnione jest zatem stwierdzenie, że zakres przedmiotowy dopuszczalnego wyłączenia spod opodatkowania podatkiem od towarów i usług obejmuje całość lub część przedsiębiorstwa rozumianych jako zespół składników materialnych i niematerialnych przeznaczonych do realizacji określonych zadań gospodarczych (przedsiębiorstwo w znaczeniu przedmiotowym). Z tego punktu widzenia istotne jest to, aby na bazie nabytego majątku nabywca mógł kontynuować dotychczasową działalność zbywcy.

Z kolei w wyroku z dnia 10 listopada 2011 r. w sprawie C-444/10, TSUE wskazał, że stwierdzenie, iż nastąpiło przekazanie przedsiębiorstwa lub jego samodzielnej części w rozumieniu art. 5 ust. 8 VI dyrektywy (art. 19 dyrektywy 112), wymaga, aby całość przekazanych składników pozwalała na prowadzenie samodzielnej działalności gospodarczej (akapit 25). Zastosowanie art. 5 ust. 8 VI dyrektywy – a obecnie art. 19 dyrektywy 112, wymaga również, aby nabywca miał zamiar prowadzić przekazane przedsiębiorstwo lub jego część, a nie natychmiast zlikwidować działalność (akapit 37). Oznacza to, że przyjęta w art. 6 pkt 1 u.p.t.u. opcja wyłączenia z opodatkowania zbycia przedsiębiorstwa lub jego zorganizowanej części wymaga uznania, że w przypadku zbycia tak określonego przedmiotu, jego nabywca traktowany jest jako następca prawny podatnika dokonującego zbycia. W takiej sytuacji dochodzi do sukcesji prawnopodatkowej i następuje przeniesienie na nabywcę zasad dotyczących opodatkowania VAT w odniesieniu do czynności związanych z nabytym mieniem na warunkach identycznych, jakie obowiązywały zbywcę, gdyby do zbycia nie doszło.

W rozpatrywanej sprawie nie jest sporne, że w dniu 4 lutego 2014 r. na podstawie „Zmiany treści umowy spółki komandytowej”, sporządzonej w formie aktu notarialnego, J.K. wniósł do skarżącej spółki aport w postaci „Zorganizowanej Części Przedsiębiorstwa O.” o wartości [...] zł, w skład którego weszły składniki materialne i niematerialne. Sporne jest natomiast zaliczenie do ww. „Zorganizowanej Części Przedsiębiorstwa O.” samochodu [...], który nie został objęty ww. „Zmianą treści umowy spółki komandytowej”, lecz został zbyty przez J.K. na rzecz spółki na podstawie umowy sprzedaży, udokumentowanej fakturą VAT o wartości brutto [...] zł, netto [...] zł i VAT [...] zł.

W ocenie sądu w składzie orzekającym w sprawie, zgodzić się należy, ze skarżącą spółką, że zbycie na rzecz spółki spornego samochodu mogło nastąpić niezależnie od zbycia przez J.K. zorganizowanej części przedsiębiorstwa O. Innymi słowy objęty sporną fakturą towar (samochód) nie stanowił w istocie elementu zbywanej przez J.K. zorganizowanej części przedsiębiorstwa.

Zgodzić się należy ze skarżącą spółką, że zorganizowaną część przedsiębiorstwa stanowiły zespół składników majątkowych i niemajątkowych, materialnych i niematerialnych szczegółowo opisanych w akcie notarialnym z dnia 4 lutego 2014 r. tj. m.in. prawa i obowiązki wynikające z umów zawartych z pracownikami, ruchomości (wyposażenie) dotyczące salonów sprzedaży i warsztatów serwisowych, wiarytelności i zobowiązania, w tym zobowiązania z tytułu zawartych umów sprzedaży samochodów, pobrane zaliczki na poczet nabycia tych samochodów, baza klientów, *know how*. Powyższego nie kwestionuje również organ.

Objęty sporną umową samochód osobowy stanowił natomiast w przedsiębiorstwie zbywającego aktywa obrotowe (towar). Jako taki samoistnie nie stanowił zorganizowanej części jego przedsiębiorstwa. Realizacja określonych zadań gospodarczych nie byłaby możliwa przez jego następcę prawnego jedynie z wykorzystaniem tego określonego składnika majątkowego. Osiągnięcie tych celów było dopiero możliwe w połączeniu z innymi składnikami majątkowymi (m.in. zbywanymi przez J.K. w postaci aportu majątku do skarżącej spółki), czy też dopiero w połączeniu z przedsiębiorstwem skarżącej spółki.

Powyższe przyznał w swojej decyzji organ odwoławczy, który wskazał, że same pojazdy i części do nich nie są same w sobie zorganizowaną częścią przedsiębiorstwa. Innymi słowy, gdyby w przedmiotowej sprawie doszło do sprzedaży (na podstawie faktur) przez J.K. na rzecz spółki jedynie samego samochodu, nie byłoby podstaw do oceny takiej transakcji jako zawartej w ramach przeniesienia własności zorganizowanej części przedsiębiorstwa. Jednakże, w ocenie organu w połączeniu z okolicznościami zachodzącymi w sprawie, to jest intencjonalnego przeniesienia zorganizowanej części przedsiębiorstwa z wyłączeniem jedynie jej nielicznych, aczkolwiek zasadniczych, elementów z uwagi na ekonomiczne kalkulacje, nie sposób jest uznać, że zafakturowana sprzedaż samochodów i części zamiennych nie stanowiła części tego przedsiębiorstwa.

Zdaniem sądu w składzie orzekającym w sprawie, nie ma podstaw, by w zależności od nabywcy spornego samochodu, odmiennie kwalifikować z punktu widzenia prawa podatkowego jego sprzedaż.

W świetle wyrażonej w art. 3531 k.c. zasady swobody umów, zgodnie z którą strony zawierające umowę mogą ułożyć stosunek prawny według swego uznania, byleby jego treść lub cel nie sprzeciwiały się właściwości (naturze) stosunku, ustawie ani zasadom współżycia społecznego, dopuszczalne było zbycie spornego samochodu na rzecz spółki w ramach odrębnej czynności prawnej, niezależnej od zbycia zorganizowanej części przedsiębiorstwa.

Należy podzielić pogląd zaprezentowany w wyroku Sądu Apelacyjnego w Szczecinie z dnia z dnia 7 listopada 2017 III AUa 180/17, zgodnie z którym zasada swobody zawierania umów wyrażona w art. 3531 k.c. i poszanowania woli stron

wyrażona w art. 65 § 2 k.c. są to fundamentalnymi zasadami odzwierciedlającymi konstytucyjną gwarancję państwa prawa. Zakwestionowanie tych zasad może nastąpić jedynie na warunkach przewidzianych przepisami k.c., tj. w sytuacji stwierdzenia nieważności czynności prawnej, stwierdzenia wad oświadczenia woli, w tym pozorności umowy, bądź też stwierdzenia, że wynikający z umowy stosunek prawny co do treści lub celu sprzeciwia się właściwości stosunku, ustawie lub zasadom współżycia społecznego (por. wyrok Sądu Apelacyjnego w Szczecinie z dnia 7 listopada 2017 III AUa 180/17). Sąd ten podkreślił, że jakkolwiek w polskim prawie obowiązuje zasada swobody zawierania umów, to jednak w postępowaniu przed sądem dopuszczalne jest badanie rzeczywistego charakteru prawnego łączącej strony umowy. W szczególności sąd ma obowiązek badać, czy dane postanowienia zawarte w umowie, czy też okoliczności związane z jej wykonywaniem nie wskazują, że strony zawierając danego rodzaju umowę nie wykroczyły poza granice swobody kontraktowej wyznaczonej zgodnie z art. 3531 k.c. m.in. przez kryteria właściwości – natury stosunku prawnego wynikającego z zawartej umowy.

W konsekwencji rację należy przyznać stronie skarżącej, że strony spornych umów sprzedaży (w tym umów zawartych w dniu [...] r.) i jednocześnie umowy zmiany spółki komandytowej z dnia [...] r. zawartej w związku z wniesieniem przez J.K. do skarżącej spółki zorganizowanej części przedsiębiorstwa (przy czym stroną tej umowy był jeszcze jeden wspólnik skarżącej – komplementariusz, K. sp. z o.o.) zgodnie z zasadami wynikającymi z art. 3531 k.c. ustaliły, że zawrą umowy sprzedaży samochodów i części zamiennych, które będą odrębnymi transakcjami od wniesienia przez J.K. zorganizowanej części przedsiębiorstwa do spółki jako wkładu niepieniężnego. Oznacza to, że skarżąca w istocie dokonała różnych czynności prawnych w ramach dopuszczonej przez ustawodawcę w obrocie gospodarczym swobody umów.

Zaznaczyć przy tym należy, że zbycie samochodów oraz części zamiennych w ramach umów kupna-sprzedaży, które na gruncie ustawy o podatku od towarów i usług stanowiły dostawę towarów, nie prowadziła do uchylecia się przez strony umowy od opodatkowania powyższych transakcji. Wartości przyjęte do transakcji miały charakter rynkowy. W konsekwencji od wartości netto towarów został naliczony podatek VAT.

Jednocześnie, należy zgodzić się ze spółką, że uzasadnienie ekonomiczne tychże transakcji było zgodne z logiką i doświadczeniem życiowym, a jednocześnie dopuszczalne w świetle ww. zasady swobody umów. Zbywca chcąc pozyskać środki na pokrycie zobowiązań z nabyciem zbywanych aut i części, wyodrębnił je od zbywanej części zorganizowanego przedsiębiorstwa. Strony transakcji uzgodniły bowiem, że J.K. sprzeda w ramach umowy kupna-sprzedaży ww. towary. Warto przy tym podkreślić, że gdyby spółka nie przystała na ofertę sprzedaży zbywcy wymienione

samochody jak i części zamienne co do zasady mogły zostać sprzedane innemu dealerowi, m.in. po uprzednim uzyskaniu zgody od G.M.P.

Z drugiej strony ww. samochody i części zamienne nabyte przez spółkę w ramach umów kupna-sprzedaży nie były elementem koniecznym zorganizowanej części przedsiębiorstwa O. przenoszonej przez J.K. w ramach ww. umowy zmiany spółki w dniu [...] r. Podkreślić bowiem jeszcze raz należy, że były nimi takie elementy jak zobowiązania, należności, stosunki wynikające z prawa pracy, czy w końcu wyposażenie tj. ruchomości dotyczące salonów sprzedaży i warsztatów serwisowych. Samochody czy części zamienne zakupione przez spółkę na podstawie spornych umów sprzedaży mogły zostać nabyte natomiast z innych źródeł niż od podmiotu wnoszącego zorganizowaną część przedsiębiorstwa.

Reasumując przyjęcie przez organy podatkowe, że przedmiotem spornej dostawy była zorganizowana część przedsiębiorstwa naruszało wskazane w skardze przepisy art. 6 pkt 1 i art. 2 pkt 27e u.p.t.u. oraz art. 19 Dyrektywy 2006/112/WE w związku z art. 3511 k.c., a w konsekwencji art. 2 pkt 4 lit. a p.c.c.

Ponownie rozpoznając sprawę, organ podatkowy uwzględni zatem przedstawioną wykładnię przepisów prawa i ponownie dokona prawnopodatkowej kwalifikacji zawartej przez spółkę umowy kupna-sprzedaży spornego w sprawie samochodu, w konsekwencji czego wyda stosowne rozstrzygnięcie.

Mając powyższe na uwadze, na podstawie art. 145 § 1 pkt 1 lit. a ustawy Prawo o postępowaniu przed sądami administracyjnymi (Dz.U. z 2018 r., poz. 1302 ze zm.), sąd orzekł jak w pkt 1 sentencji wyroku.

O należnych skarżącej kosztach postępowania sąd orzekł na podstawie art. 200 w związku z art. 205 § 2 p.p.s.a. W poczet zasądzonych kosztów postępowania sądowego w łącznej wysokości [...] zł, sąd zaliczył wpis od skargi w kwocie [...] zł ustalony zgodnie z § 1 pkt 1 rozporządzenia Rady Ministrów z dnia 16 grudnia 2003 r. w sprawie wysokości oraz szczegółowych zasad pobierania wpisu w postępowaniu przed sądami administracyjnymi (Dz. U. nr 221, poz. 2193 ze zm.), opłatę od pełnomocnictwa w kwocie [...] zł oraz wynagrodzenie radcy prawnego w kwocie [...] zł, ustalone na podstawie § 14 ust. 1 pkt 1 lit. a w związku z § 2 pkt 3 rozporządzenia Ministra Sprawiedliwości z dnia 22 października 2015 r. w sprawie opłat za czynności radców prawnych Dz. U. z 2018 r., poz. 265 ze zm.).

RECENZJE



Acta Juris Stetinensis

2023, nr 2 (vol. 43), 211–216
ISSN (print) 2083-4373 ISSN (online) 2545-3181
DOI: 10.18276/ais.2023.43-12



Edyta Krzysztofik

dr

Katolicki Uniwersytet Lubelski Jana Pawła II

e-mail: edyta.krzysztofik@kul.pl

ORCID: 0000-0001-6160-9600

OPEN ACCESS



Ewa Michałkiewicz-Kądziela, *Prawo do tożsamości człowieka w prawie polskim i międzynarodowym*,

C.H. Beck, Warszawa 2020, ISBN 978-83-8198-612-0, ss. 299

Niniejsza recenzja poświęcona została jednej z bardzo cennych i ciekawych pozycji wydanych w 2020 roku w Wydawnictwie C.H. Beck – monografii *Prawo do tożsamości człowieka w prawie polskim i międzynarodowym* autorstwa Pani dr Ewy Michałkiewicz-Kądzieli.

W recenzowanej książce autorka podejmuje niezwykle aktualną i trudną problematykę prawa do tożsamości człowieka, które nadal nie jest jednoznacznie zdefiniowane w aktach normatywnych. Jest to jedno z „nowych” praw człowieka powstałe w wyniku wykładni innego prawa podstawowego. W literaturze przedmiotu podkreślane są dwa zasadnicze wymiary tożsamości człowieka: *sensu stricto*, które obejmuje swoim zakresem wiele różnych elementów, takich jak tożsamość narodowa, kulturowa, etniczna itp., oraz *sensu largo* rozumiana właśnie jako tożsamość człowieka. Warto również zwrócić uwagę na sam proces kształtowania się analizowanego pojęcia, które w początkowym okresie występowało jedynie na poziomie orzecznictwa, aż ostatecznie przeniesione zostało do aktów normatywnych. Nie ulega również wątpliwości, że jest to zagadnienie interdyscyplinarne, charakteryzujące się stałą ewolucją. Na treść pojęcia tożsamości człowieka wpływa wiele czynników społecznych, kulturowych czy technicznych, które nie tylko

oddziałują na sposób rozumienia niektórych elementów tożsamości człowieka, lecz także wymuszają wprowadzenie nowych, dotąd nieidentyfikowanych, np. rozróżnienie tożsamości biologicznej i tożsamości genetycznej. Należy podkreślić, że dostępna jest bogata literatura poświęcona przede wszystkim poszczególnym elementom kształtującym pojęcie tożsamości człowieka, natomiast recenzowana praca zawiera wiele nowych, ciekawych propozycji, które znacznie rozszerzają dotychczasowe rozumienie tego zagadnienia.

Głównym celem badawczym monografii jest „przeprowadzenie wieloaspektowej analizy aktów prawnych o charakterze międzynarodowym i krajowym, z których możliwe jest wywiedzenie prawa do tożsamości człowieka” (s. XLVI). Rozważania zostały konsekwentnie podzielone na sześć rozdziałów, w tym pierwszy o charakterze teoretycznym poświęcony systematycznemu i bardzo ciekawemu wyjaśnieniu podstawowych pojęć, trzy kolejne odnoszące się do prawa do tożsamości człowieka w pryzmacie prawa do prywatności, godności człowieka oraz wolności człowieka i dwa ostatnie podejmujące zagadnienie bardzo aktualne, szczególnie w kontekście orzecznictwa Europejskiego Trybunału Praw Człowieka (ETPC): prawa do tożsamości osobistej oraz tożsamości płciowej.

Zdaniem autorki niniejszej recenzji na szczególną uwagę zasługują rozważania zawarte w rozdziale pierwszym poświęconym prawu do tożsamości człowieka w ujęciu teoretycznym. Autorka precyzyjnie wyjaśnia poszczególne elementy samego pojęcia tożsamości człowieka, jego struktury, dokonuje analizy źródeł prawa międzynarodowego, z których wywodzi się definiowane prawo, oraz konstruuje elementy kształtujące treść prawa do tożsamości człowieka. Odnosząc się do źródeł normatywnych, autorka wskazuje dwie grupy postanowień: pierwsza to postanowienia, które stały się źródłem prawa do tożsamości człowieka w wyniku wykładni ETPC, TSUE czy Komitetu Praw Człowieka (art. 8 EKPC, art. 7 KPP, art. 6 Powszechnej Deklaracji Praw Człowieka, art. 16 i 17 MPPOiP); druga grupa to dokumenty bezpośrednio odnoszące się do pojęcia tożsamości człowieka (art. 8 Konwencji o prawach dziecka, art. 1 Konwencji o prawach człowieka i biomedycynie, art. 3 Międzynarodowej deklaracji UNESCO oraz zasady Yogyakarty). Szczegółowe rozważania kończy konstatacją, że akty prawa międzynarodowego oraz orzecznictwo wskazują na szeroki zakres znaczenia pojęcia tożsamości człowieka. Po pierwsze ma ono charakter złożony, składa się z wielu mniejszych elementów tożsamościowych, które określane są incydentalnie w orzecznictwie ETPC, np. tożsamość genetyczna, etniczna. Po drugie tożsamość człowieka przypisywana jest ze względu na konkretne przyporządkowane jej elementy: pochodzenie, płeć biologiczna, kod genetyczny. Po trzecie rozumienie pojęcia tożsamości człowieka ewaluowało i nie oznacza już tylko elementów administracyjnych, które umożliwiają identyfikację jednostki, lecz także cechy, które wykształciły się w wyniku

subiektywnej oceny lub działań jednostki. Po czwarte realizacja tożsamości człowieka odbywa się za sprawą innych praw, takich jak prawo do samostanowienia, prawo do kształtowania własnej osobowości czy prawo do budowania i utrzymywania relacji z innymi ludźmi (s. 26).

Przyjmując powyższe, autorka postuluje wprowadzenie nowej systematyki rodzajów tożsamości człowieka opartej na dwóch kryteriach: subiektywizmu jednostki oraz obiektywizmu organów państwowych. Konsekwentnie sugeruje wyodrębnienie jedynie dwóch tożsamości człowieka: tożsamość identyfikacyjną, która polega na obiektywnej ocenie bez analizy subiektywnych odczuć i składa się z takich elementów jak: imię, nazwisko, wiek, pochodzenia, narodowość, oraz tożsamość osobista obejmująca wszystkie te elementy, które dotyczą człowieka bezpośrednio, np. tożsamość etniczna, narodowa, seksualna, pracownicza. Do tej grupy należy dołączyć również te elementy, z którymi jednostka się zgadza i odwołuje się do nich w swojej świadomości, jak również tożsamość płciową. Autorka podkreśla jednak, że wskazane kategorie mogą przenikać się wzajemnie oraz ulec zmianie. Oznacza to, że wraz z rozwojem człowieka niektóre elementy identyfikacyjne mogą się zmienić, czyli ewoluować pod wpływem subiektywnych ocen. Podobnie elementy tożsamości osobowej mogą ulec zmianie pod ich wpływem.

Warto również podkreślić nowe podejście autorki do problemu treści prawa do tożsamości. Zaznacza, że treść tego prawa powinna zostać ustalona na podstawie ogólnie wskazanych obszarów, jakie podlegają jego ochronie. Uważa, że wielość elementów kształtujących treść prawa do tożsamości człowieka oraz ich stale rosnąca liczba uniemożliwiają stworzenie jednolitego katalogu elementów kształtujących treść prawa do tożsamości człowieka, nawet jeżeli miałby on charakter otwarty, ponieważ mogłoby to prowadzić do sytuacji, gdy jeden z elementów zostałby pominięty. Autorka proponuje doprecyzowanie obszarów, które mieszczą się w treści prawa do tożsamości człowieka. Po pierwsze cechy zewnętrzne, takie, które można określić bez odwoływania się do subiektywnych odczuć jednostki, np. wizerunek i konsekwentnie prawo do wizerunku. Po drugie cechy identyfikacyjne, czyli te cechy, które zostały jednostce nadane i co do zasady są od niej niezależne, np. nazwisko, pochodzenie, obywatelstwo, kod genetyczny, i prawa chroniące ten obszar, np. prawo do nazwiska, prawo do obywatelstwa. Po trzecie subiektywne cechy psychiczne, czyli zależące od jednostki, np. orientacja seksualna, i stosowanie prawa do tożsamości płciowej. Po czwarte cechy wynikające z ukształtowania społecznego, które zostały przez jednostkę zaakceptowane i z którymi się identyfikuje, np. tożsamość zawodowa, religijna, i prawo chroniące np. wolność wyznania i praktyk religijnych (s. 45–46). Autorka podkreśla, że wskazane obszary nie stanowią katalogu zamkniętego, ale może on być uzupełniony wraz z rozwojem

nowych treści. Ponadto wskazuje, że przedstawione obszary wzajemnie się przenikają i przeplatają.

Niezwykle ciekawie autorka dokonuje analizy źródeł prawa do tożsamości człowieka poprzez analizę literatury oraz orzecznictwa sądów i organów międzynarodowych. Należy podkreślić, że odwołuje się do dokumentów prawa międzynarodowego przyjętych na poziomie Rady Europy, ONZ oraz do Karty Praw Podstawowych Unii Europejskiej, której rozwiązania, zwłaszcza art. 7, wzorowane są i interpretowane zgodnie z dorobkiem ETPC. Następnie analizuje rozwiązania krajowe w zakresie urzeczywistniania wzorców wypracowanych na poziomie międzynarodowym. Zdecydowanie pozytywnie należy ocenić kolejność podejmowanych analiz. Wychodzi bowiem z prawa do poszanowania życia prywatnego i rodzinnego, z którego wywodzone jest prawo do tożsamości człowieka już od drugiej połowy XX wieku. Oczywiście należy podkreślić, że znaczenie tego prawa podlega nieustannej ewolucji, co prowadzi do wzrostu ochrony tożsamości człowieka przez objęcie ochroną kolejnych elementów kształtujących jego treść. Ponadto odwołując się literatury zagranicznej, autorka podkreśla, że obecnie należy przyjąć, iż prawo do tożsamości wyszło poza ramy prawa do prywatności. Przykładami potwierdzającymi wskazaną konstatację są wolność wyrażania opinii czy wolność dostępu do informacji. Konkludując rozważania w tej części pracy, autorka wskazała dwa ważne wnioski. Po pierwsze, że treść prawa do tożsamości jest aktualnie spełniona, a włączenie do niej wszystkich praw i wolności, które odnoszą się do osobistej sfery człowieka, negatywnie wpływa na skuteczność ochrony poszczególnych elementów. Po drugie, autorka postuluje zaktualizowanie międzynarodowych katalogów praw podstawowych.

Kolejnym elementem recenzowanej monografii jest określenie relacji między prawem do tożsamości a godnością człowieka. Autorka przyjęła tezę, że prawo do tożsamości wynika bezpośrednio z godności człowieka. Na poparcie swojego stanowiska wskazuje, że nie ma jednolitego katalogu praw i wolności wynikających z godności człowieka, co umożliwi wprowadzenie nowych praw człowieka. Prawo to wykazuje cechy samoistnego bytu np. ze względu na wielość praw podmiotowych, które z niego wynikają, posiadanie narzędzi do jego realizacji oraz bliską zależność z godnością. Jednym z elementów tożsamości jest posiadanie kodu genetycznego, który każdy człowiek ma z chwilą urodzenia (wydaje się, że jeszcze w okresie prenatalnym) i który pozwala na włączenie go do rodzaju ludzkiego. Tym samym ma on przyrodzoną, niezbywalną i nienaruszalną godność. Konsekwentnie tożsamość człowieka nabiera tych samych przymiotów. Autorka podkreśla jednak, że jest jeden wyjątek – nienaruszalność, która należy jedynie godności człowieka, dlatego też tożsamość człowieka ma charakter stopniowalny.

Niezwykle ciekawe rozważania autorka zawarła w rozdziale poświęconym relacjom między prawem do tożsamości człowieka a wolnością. Autorka wysunęła tezę, że prawo to ma charakter wolnościowy, który realizowany jest poprzez swobodę podejmowania działań przez jednostkę. Rozróżniając dwa aspekty tożsamości, obiektywny/identyfikacyjny, rozumiany jako dane określające daną jednostkę, oraz subiektywny, czyli tożsamość osobowa odczytywana jako wewnętrzne przekonania jednostki, przyjęła, że pierwszy z nich ma charakter względny, drugi zaś, kształtowany przez jednostkę, ma charakter nieograniczony do momentu, gdy nie narusza wolności innej osoby. Rolą państwa zatem jest stworzenie instrumentów prawnych zabezpieczających prawa innych przed skutkami samodzielnego kreowania własnej tożsamości. Konsekwentne rozumienie tożsamości człowieka *sensu largo*, czyli jako sumy tożsamości obiektywnej i subiektywnej, zwłaszcza w kontekście rozwoju zakresu tożsamości subiektywnej, wykazuje znamiona wolności. Autorka postawiła dosyć rewolucyjną tezę, że współcześnie należy stosować określenie wolności tożsamości zamiast prawa do tożsamości. Wskazana wolność tożsamości podlega dwupoziomowemu ograniczeniu. Po pierwsze przez sam obowiązek uznania przez władzę niektórych elementów tożsamości i po drugie przez wyznaczenie ram ustawowych, w których jednostka może swobodnie kształtować swoją tożsamość subiektywną. Autorka podkreśliła, że „godność, wolność i tożsamość to trzy powiązane ze sobą wartości, które sprawiają, że człowiek otrzymał status istoty nadrzędnej nad pozostałymi istotami żywymi. Uzupełniają się one wzajemnie i żadna z nich nie mogłaby istnieć bez pozostałych. Hierarchicznie najwyższą wartością jest godność, jednakże... przysługuje ona konkretnej istocie ze względu na posiadaną przez nią tożsamość człowieka. Z kolei tożsamość może być kształtowana tylko dzięki wolności. Te trzy wartości należy wobec tego uznać za najważniejsze ze wszystkich praw człowieka – to one decydują tak naprawdę o jego człowieczeństwie” (s. 146).

Porównując cechy wolności oraz tożsamości, Autorka przyjęła, że tożsamość człowieka nie powinna być w systemie prawa stanowionego traktowana jako prawo, gdyż nie jest ona kwestią pozytywnego działania państwa, ale raczej domeną wolności człowieka, a przepisy krajowe wyznaczają jedynie jej granice. Ich celem jest ochrona bezpieczeństwa i porządku publicznego. Granicą jest obowiązek zgłaszania takich elementów tożsamości człowieka, które umożliwiają jego identyfikację.

Ostatnie dwa problemy poruszone w recenzowanej monografii dotyczą bardzo ważnych i aktualnych zagadnień, które pojawiają się w orzecznictwie ETPC i dotyczą tożsamości osobistej oraz tożsamości płciowej. Wywołują również bardzo wiele kontrowersji i dyskusji w społeczeństwie, dlatego należy w sposób szczególnie docenić bardzo profesjonalne i naukowe podejście do omawianych zagadnień oraz pominięcie wszelkich pozanaukowych odniesień.

W pierwszej części autorka podjęła zagadnienie prawa do poznania własnego pochodzenia oraz prawa do bycia nazwanym w kontekście porodów anonimowych, zabiegów *in vitro* przy użyciu gamet pobieranych od anonimowych dawców oraz adopcji z zachowaniem tajemnicy. Wykazała również, że orzecznictwo ETPC wyznacza pewne standardy w zakresie realizacji praw wynikających z tożsamości osobistej, jednakże ma to charakter kazuistyczny. Ze względu na szczególnie wrażliwy charakter danych kwestii pozostawia jednak państwowi pewien zakres swobody w realizacji wskazanych zasad. Zdaniem autorki prowadzi to do sytuacji, w której zakres ochrony prawa do tożsamości osobistej na poziomie krajowym i międzynarodowym jest różny. W drugiej części natomiast autorka podjęła niezwykle kontrowersyjne zagadnienie, jakim jest ochrona tożsamości płciowej. Wykazała, że podobnie jak w poprzednim przypadku prawo międzynarodowe wskazuje określone zasady realizacji tożsamości płciowej, natomiast to państwa członkowskie na ich podstawie tworzą własne wewnętrzne rozwiązania prawne. Każde państwo ma obowiązek przyjęcia rozwiązań umożliwiających zmianę płci przy jednoczesnym zastrzeżeniu, że proces ten nie może być zależny od poddania się terapii hormonalnej, sterylizacji lub zabiegu chirurgicznego. Autorka wykazała, że ochrona prawa do tożsamości płciowej na poziomie międzynarodowym różni się od standardów krajowych. Wskazała jednocześnie na stałą tendencję liberalizacji przepisów wewnętrznych w tym obszarze.

Recenzowana monografia stanowi nowe podejście do zagadnienia prawa do tożsamości człowieka. Autorka przeprowadziła szeroką analizę rozwiązań prawa międzynarodowego, orzecznictwa ETPC oraz skonfrontowała dorobek prawnomiędzynarodowych z rozwiązaniami przyjętymi na poziomie krajowym ze szczególnym uwzględnieniem polskiego ustawodawstwa. Dokonała nie tylko systematyki pojęć, ale również sformułowała propozycje rozwiązań, które pozwolą zwiększyć poziom ochrony tożsamości zwłaszcza w kontekście tożsamości osobistej i płciowej człowieka.

CYTOWANIE

Krzysztofik E., Ewa Michałkiewicz-Kądziela, *Prawo do tożsamości człowieka w prawie polskim i międzynarodowym*, „Acta Iuris Stetinensis” 2023, nr 2 (vol. 43), 211–216, DOI: 10.18276/ais.2023.43-12.

SPRAWOZDANIA



Acta Juris Stetinensis

2023, nr 2 (vol. 43), 219–222
ISSN (print) 2083-4373 ISSN (online) 2545-3181
DOI: 10.18276/ais.2023.43-13



Weronika Woźna-Burdziak

mgr

Uniwersytet Szczeciński

e-mail: veronika.wozna-burdziak@usz.edu.pl

ORCID: 0000-0002-1271-6028

OPEN  ACCESS



Jakub Baranowski

mgr

Uniwersytet Szczeciński

e-mail: jakub.baranowski@usz.edu.pl

ORCID: 0000-0002-9863-7864

XIV Letnie Warsztaty Doktoranckie „Ochrona interesu prawnego w polskim prawie administracyjnym”

Szczecin, 8–9 września 2022 roku

W dniach 8–9 września 2022 roku w nowoczesnej Sali Rady Miasta Szczecin odbyły się XIV Letnie Warsztaty Doktoranckie „Ochrona interesu prawnego w polskim prawie administracyjnym”. Konferencja, zorganizowana została przez Zespół Badawczy Organizacji i Funkcjonowania Gospodarki Komunalnej Wydziału Prawa i Administracji Uniwersytetu Szczecińskiego, Gminę Miasto Szczecin i Stowarzyszenie Amicus Facultatis Iuris Stetinensis. Partnerami Warsztatów byli Samorządowe Kolegium Odwoławcze w Gorzowie Wielkopolskim i Wojewódzki Sąd Administracyjny w Szczecinie.

XIV Letnie Warsztaty Doktoranckie otworzył dr hab. Daniel Wacinkiewicz, prof. US – Przewodniczący Komitetu Organizacyjnego, Kierownik Zespołu Badawczego Organizacji i Funkcjonowania Gospodarki Komunalnej oraz członek Jury

i Rady Naukowej warsztatów – witając pozostałych członków Jury i Rady Naukowej w składzie: prof. dr hab. Jan Paweł Tarno (Wydział Prawa i Administracji Uniwersytetu Łódzkiego), prof. dr hab. Wojciech Piątek (Wydział Prawa i Administracji Uniwersytetu im. Adama Mickiewicza), prof. dr hab. Grzegorz Łaszczycza (Wydział Prawa i Administracji Uniwersytetu Śląskiego), prof. dr hab. Tomasz Bąkowski (Wydział Prawa i Administracji Uniwersytetu Gdańskiego), prof. dr hab. Zbigniew Kmiecik (Wydział Prawa i Administracji Uniwersytetu Marii Curie-Skłodowskiej), dr hab. Dorota Dąbek, prof. UJ (Wydział Prawa i Administracji Uniwersytetu Jagiellońskiego), dr hab. Przemysław Kledzik, prof. US (Wydział Prawa i Administracji Uniwersytetu Szczecińskiego), dr hab. Jerzy Korczak, prof. UW (Wydział Prawa, Administracji i Ekonomii Uniwersytetu Wrocławskiego), sędzia NSA Grzegorz Jankowski (Prezes Wojewódzkiego Sądu Administracyjnego w Szczecinie).

Następnie głos zabrał Prodziekan ds. Ewaluacji Wydziału Prawa i Administracji Uniwersytetu Szczecińskiego dr Wojciech Bożek, dziękując za zorganizowanie tego wydarzenia naukowego, którego celem jest integracja młodych polskich naukowców zajmujących się tematyką prawa i postępowania administracyjnego, i życząc wszystkim uczestnikom udanych i owocnych obrad.

Pierwszy panel XIV Letnich Warsztatów Doktoranckich moderował prof. dr hab. Jan Paweł Tarno (Uniwersytet Łódzki), a inauguracyjne wystąpienie „Ochrona interesu prawnego obywatela w procedurze budżetu partycypacyjnego” wygłosił mgr Jakub Baranowski (Uniwersytet Szczeciński). Drugie wystąpienie, mgr Pauliny Pietkun (Uniwersytet Wrocławski), zatytułowane było „Ochrona interesu prawnego związana z przynależnością do wspólnoty samorządowej”. Ostatni referat w tym panelu wygłosił mgr Paweł Grobelny (Uniwersytet im. Adama Mickiewicza w Poznaniu), omawiając temat „Wysoka zaskarżalność uchwał krajobrazowych jako główna przesłanka ich niskiej trwałości. Interes prawny podmiotów skarżących a ochrona interesu prawnego”. Zwieńczeniem pierwszego panelu była dyskusja, w której uczestniczyli zarówno członkowie Jury i Rady Naukowej, jak i doktoranci.

Po przerwie kawowej rozpoczął się drugi panel moderowany przez dra hab. Jerzego Korczaka, prof. UW (Uniwersytet Wrocławski). Pierwsza prelegentka, mgr Weronika Woźna-Burdziak (Uniwersytet Szczeciński), wygłosiła referat „Reklama produktów leczniczych a ochrona interesu konsumenta”. Następnie mgr Piotr Ostrowski (Uniwersytet im. Adama Mickiewicza w Poznaniu) przedstawił rozważania na temat „Dopuszczalności uchylenia wyroku sądu I instancji z uwagi na błędy językowe jego uzasadnienia”. Po nim mgr Adam Domański (Uniwersytet Wrocławski) zakończył drugi panel wystąpieniem zatytułowanym „Interes podmiotu legitymowanego do wystąpienia z wnioskiem w przedmiocie transkrypcji zagranicznego dokumentu stanu cywilnego w trybie ustawy z dnia 28 listopada 2014 r. Prawo o aktach stanu cywilnego. Problematyka kontroli dokonanej transkrypcji

zagranicznego dokumentu stanu cywilnego”. Po ogłoszonych referatach nastąpiła dyskusja, podczas której zadano wiele pytań dotyczących zaprezentowanych zagadnień, a członkowie Jury i Rady Naukowej podkreślili wysoki poziom merytoryczny doktorantów.

Po części merytorycznej uczestnicy warsztatów mieli możliwość zwiedzenia zabytkowej Willi Lentza wraz z Miejskim Konserwatorem Zabytków – panem Michałem Dębowskim.

Drugi dzień obrad XIV Letnich Warsztatów Doktoranckich rozpoczął trzeci panel, którego moderatorem był prof. dr hab. Tomasz Bąkowski (Uniwersytet Gdański). Pierwszy referat wygłosił mgr Igor Gontarz (Uniwersytet im. Adama Mickiewicza w Poznaniu). Tematem wystąpienia była „Dopuszczalność kontroli sądowej algorytmu stosowanego w administracji publicznej”. Następnie pani mgr Joanna Bigos (Uniwersytet Wrocławski) omówiła temat „Interes prawny jednostki samorządu terytorialnego w perspektywie tzw. rozporządzenia terytorialnego Rady Ministrów”. Po wystąpieniu nastąpiła ożywiona dyskusja i przerwa kawowa.

Czwarty, ostatni panel moderowała dr hab. Dorota Dąbek, prof. UJ (Uniwersytet Jagielloński). Panel obejmował dwa wystąpienia – mgr Michał Michalski (Uniwersytet Szczeciński) wygłosił referat zatytułowany „Ochrona interesu prawnego pacjenta w dostępie do świadczeń zdrowotnych finansowanych ze środków publicznych wykonywana przez kontrolę NFZ”, a po nim Waldemar Jagodziński (Uniwersytet Łódzki) przedstawił rozważania pod tytułem „Atrofia interesu prawnego w prawie administracyjnym – implikacje metodologiczne”. Po referatach odbyła się dyskusja.

Zgodnie z zasadami Letnich Warsztatów Doktoranckich po ogłoszeniu referatów przez wszystkich doktorantów Jury i Rada Naukowa udaje się na obrady, których efektem jest wyłonienie i nagrodzenie najlepszych wystąpień. Jury i Rada Naukowa XIV Letnich Warsztatów Doktoranckich zdecydowała się przyznać:

1. miejsce – mgr. Jakubowi Baranowskiemu (Uniwersytet Szczeciński),
2. miejsce – mgr Joannie Bigos (Uniwersytet Wrocławski),
3. miejsce – mgr. Igorowi Gontarzowi (Uniwersytet im. Adama Mickiewicza w Poznaniu).

Ponadto wyróżniono wystąpienia mgr Weroniki Woźnej-Burdziak (Uniwersytet Szczeciński) i mgra Piotra Ostrowskiego (Uniwersytet im. Adama Mickiewicza w Poznaniu).

Laureaci trzech pierwszych miejsc otrzymali nagrody rzeczowe ufundowane przez Wydawnictwo C.H. Beck.

XIV Letnie Warsztaty Doktoranckie „Ochrona interesu prawnego w polskim prawie administracyjnym” uroczyście zakończył dr hab. Daniel Wacinkiewicz, prof. US (Uniwersytet Szczeciński), dziękując członkom Jury i Rady Naukowej za

zaangażowanie i udział w tym niezwykle naukowym przedsięwzięciu. Podkreślił także niezwykle wysoki poziom merytoryczny zaprezentowanych wystąpień. Głos zabrał również inicjator Letnich Warsztatów Doktoranckich prof. dr hab. Jan Paweł Tarno (Uniwersytet Łódzki), dziękując organizatorom za wzorowe zorganizowanie wydarzenia. Poinformował też, że następne XV Letnie Warsztaty Doktoranckie zostaną zorganizowane przez Wydział Prawa i Administracji Uniwersytetu Warmińsko-Mazurskiego w Olsztynie.

CYTOWANIE

Woźna-Burdziak W., Baranowski J., *XIV Letnie Warsztaty Doktoranckie „Ochrona interesu prawnego w polskim prawie administracyjnym”, Szczecin, 8–9 września 2022 roku*, „Acta Iuris Stetinensis” 2023, nr 2 (vol. 43), 219–222, DOI: 10.18276/ais.2023.43-13.



Acta Juris Stetinensis

2023, nr 2 (vol. 43), 223–232
ISSN (print) 2083-4373 ISSN (online) 2545-3181
DOI: 10.18276/ais.2023.43-14



Tomasz Kamiński

dr hab., prof. WAT

Uniwersytet Warszawski

Wojskowa Akademia Techniczna im. Jarosława Dąbrowskiego w Warszawie

e-mail: t.kaminski@wpia.uw.edu.pl

ORCID: 0000-0002-8595-0157

OPEN  ACCESS



Karol Karski

prof. dr hab.

Uniwersytet Warszawski

e-mail: k.karski@wpia.uw.edu.pl

ORCID: 0000-0003-0757-6283

Międzynarodowa Konferencja Naukowa „40 lat konwencji Narodów Zjednoczonych o prawie morza – bilans i perspektywy”

Uniwersytet Warszawski, 29–30 września 2022 roku

W dniach 29–30 września 2022 roku w budynku Collegium Iuridicum II Wydziału Prawa i Administracji Uniwersytetu Warszawskiego odbyła się międzynarodowa konferencja naukowa zatytułowana „40 lat konwencji Narodów Zjednoczonych o prawie morza – bilans i perspektywy”. Konferencja została zorganizowana przez Zakład Międzynarodowego Prawa Publicznego WPiA UW. Przewodniczącym Komitetu Organizacyjnego konferencji był prof. UW dr hab. Karol Karski (Kierownik Zakładu Międzynarodowego Prawa Publicznego WPiA UW), a Wiceprzewodniczącym – dr hab. Tomasz Kamiński (adiunkt w ww. Zakładzie i prof. WAT).

Konferencja została objęta patronatem honorowym przez Ministra Marka Gróbarczyka, Sekretarza Stanu w Ministerstwie Infrastruktury Rzeczypospolitej

Polskiej, Pełnomocnika rządu ds. gospodarki wodą oraz inwestycji w gospodarce morskiej i wodnej.

Konferencja została zaplanowana z okazji okrągłego jubileuszu zawarcia konwencji o prawie morza (zwanej dalej UNCLOS)¹. Konwencja ta była efektem prac III konferencji prawa morza obradującej pod auspicjami ONZ i zwołanej na podstawie rezolucji Zgromadzenia Ogólnego ONZ nr 3067 (XXVIII) przyjętej 16 listopada 1973 roku². Konferencja obradowała na corocznych sesjach, trwających od kilku tygodni do około dwóch miesięcy i odbywających się z reguły w siedzibie ONZ w Nowym Jorku lub biurze tej organizacji w Genewie. Wyjątkiem były obrady drugiej sesji, która odbyła się od 20 czerwca do 29 sierpnia 1974 roku w Caracas, w Wenezueli oraz wieńczące XI sesję konferencji uroczyste wyłożenie konwencji wraz z Aktem końcowym konferencji, do podpisu, które miało miejsce w Montego Bay, na Jamajce, w dniu 10 grudnia 1982 roku. Konwencja ma 157 sygnatariuszy, a obecnie jej stronami jest 168 podmiotów prawa międzynarodowego. Oprócz państw, stroną konwencji jest także Unia Europejska. Konwencja weszła w życie 16 listopada 1994 roku, a Polska jest jej stroną od 13 listopada 1998 roku³.

Zdaniem organizatorów, ten stosunkowo długi okres od wyłożenia konwencji do podpisu, w połączeniu z prawie 30-letnim stażem stosowania jej postanowień, pozwalał na podjęcie rozważań co do trafności przyjętych rozwiązań ujętych w postanowieniach konwencji oraz pokuszenie się o wskazanie kolejnych wyzwań rysujących na drodze dalszego jej stosowania. W podejmowanych tematach uczestnicy konferencji dokonywali analizy wzajemnych relacji postanowień konwencji z normami zwyczajowego prawa morza, identyfikowali problemy związane ze stosowaniem tej regulacji oraz podejmowali refleksję nad aspektami kluczowymi dla dalszego rozwoju tej gałęzi prawa międzynarodowego. Obrady konferencji miały być także w zamierzeniach organizatorów okazją do złożenia hołdu dla nieżyjących już badaczy międzynarodowego prawa morza, związanych z Uniwersytetem Warszawskim, których aktywność zawodowa i twórczość naukowa przypadły na czas III konferencji prawa morza. W konferencji, oprócz prawników specjalizujących

1 Convention on the Law of the Sea, 1982, 1833 UNTS 3, 21 ILM 1261 (1982), Dz.U. z 2002 r. Nr 59, poz. 543.

2 A/RES/3067(XXVIII), <https://digitallibrary.un.org/record/190997> (dostęp 31.10.2022).

3 Oświadczenie rządowe z dnia 23 czerwca 2001 r. w sprawie mocy obowiązującej Konwencji Narodów Zjednoczonych o prawie morza, sporządzonej w Montego Bay dnia 10 grudnia 1982 r., oraz Porozumienia w sprawie implementacji części XI Konwencji Narodów Zjednoczonych o prawie morza z dnia 10 grudnia 1982 r., sporządzonego w Nowym Jorku dnia 28 lipca 1994 r. (Dz.U. z 2002 r. Nr 59, poz. 544); United Nations Treaty Collection, Registration No. 31363, United Nations Convention on the Law of the Sea, <https://treaties.un.org/Pages/showDetails.aspx?objid=0800000280043ad5> (dostęp 31.10.2022).

się w prawie międzynarodowym publicznym, w tym w szczególności w międzynarodowym prawie morza, reprezentujących krajowe i międzynarodowe ośrodki akademickie, udział wzięli także przedstawiciele nauk o bezpieczeństwie oraz praktycy zajmujący się stosowaniem postanowień konwencji, a wśród nich oprócz prawników warto wskazać także na obecność przedstawicieli Komisji ONZ ds. Granic Szelfu Kontynentalnego (UN Commission on the Limits of the Continental Shelf, UN CLCS).

Konferencja miała bardzo elegancką oprawę. Odbyła się w budynku Collegium Iuridicum II Wydziału Prawa i Administracji Uniwersytetu Warszawskiego, a pierwszy dzień obrad zakończony został uroczystą kolacją, która odbyła się we wnętrzach Hotelu Europejskiego (obecnie Raffles Europejski Warsaw). Stworzono wówczas możliwość kontynuacji interesującej wymiany poglądów naukowych.

W panelu otwierającym obrady wystąpienia wprowadzające przedstawili: Minister Marek Gróbarczyk, Dziekan Wydziału Prawa i Administracji UW prof. dr hab. Tomasz Giaro oraz Kierownik Zakładu Międzynarodowego Prawa Publicznego WPiA UW prof. UW dr hab. Karol Karski. Głos zabrał również Wiceprzewodniczący jej Komitetu Organizacyjnego. Odtworzony został także na ekranie adres skierowany do organizatorów i gości konferencji przez Kitack Lim - Sekretarza Generalnego Międzynarodowej Organizacji Morskiej (IMO).

Obrady konferencji podzielono na dziewięć paneli, z czego pięć odbyło się pierwszego dnia konferencji. Wprowadzeniem do nich był referat prof. dr. hab. Jerzego Menkesa (SGH) „Rocznica KPM czy epitafium dla konferencji kodyfikacyjnych?”, niezwykle trafnie przedstawiający swoistą zadyszkę, jaką złapała ONZ w procesie kodyfikacji prawa międzynarodowego w czwartej dekadzie po ustanowieniu tej organizacji. Wystarczy wskazać, że część z przyjętych wówczas konwencji spotkała się z nikłą aprobatą społeczności międzynarodowej, jak to miało miejsce w przypadku konwencji wiedeńskiej z 1978 roku o sukcesji państwa w stosunku do traktatów, która pomimo przyjęcia niezbyt wysokiego progu ratyfikacji na poziomie 15 państw weszła w życie dopiero w połowie lat dziewięćdziesiątych XX wieku, a jej siostrzanej konwencji z 1983 roku poświęconej sukcesji wobec mienia, archiwów i długów państwowych sztuka ta nie udała się do dnia dzisiejszego. Podobnie sytuacja miała się z kodyfikacją prawa dyplomatycznego, gdzie konwencja wiedeńska z 1975 roku o stosunkach dyplomatycznych pomiędzy państwami a organizacjami międzynarodowymi o charakterze powszechnym z 1975 roku także do dziś nie weszła w życie, choć od lat brakuje już tylko złożenia jednego dokumentu ratyfikacyjnego, aby Sekretarz Generalny ONZ, jako depozytariusz, mógł ogłosić jej rychłe wejście w życie. Przyjęty natomiast pod koniec lat osiemdziesiątych (w 1989 roku) projekt Komisji Prawa Międzynarodowego, będącej ciałem doradczym Zgromadzenia Ogólnego, powołanym dla wspomnienia tego organu w dziele kodyfikacji

i rozwoju prawa międzynarodowego, poświęcony statusowi kuriera dyplomatycznego i poczty dyplomatycznej, pozostał do dziś dnia projektem, albowiem szanse na zawarcie na jego podstawie konwencji międzynarodowej uznano za na tyle nikłe, że w ogóle nie zdecydowano się na zwołanie międzyrządowej konferencji międzynarodowej, która miałaby zająć się rozpatrzeniem tego zagadnienia. Na tym tle fakt zawarcia konwencji prawa morza po ponad dziesięciu latach negocjacji, jak również szerokie przyjęcie tego dokumentu nabiera niewątpliwie dodatkowego znaczenia, stanowiąc swoiste zwieńczenie dużych kodyfikacji prawa międzynarodowego podejmowanych w drodze zawierania konwencji międzynarodowych pod egidą ONZ.

Tematyka poszczególnych paneli oddaje zakres głównych problemów pojawiających się w związku ze stosowaniem postanowień UNCLOS, jak również tendencji i wyzwań dla rozwoju międzynarodowego prawa morza.

Przewodniczenie panelom powierzono, co do zasady, zaproszonym gościom, z którego to przywileju wywiązywali się znakomicie, przedstawiając krótkie wprowadzenia do powierzonych im opiece obszarów tematycznych oraz starając się pilnować dyscypliny czasowej poszczególnych wystąpień, co w świecie akademickim nigdy nie było zadaniem szczególnie prostym. Kolejność paneli została ustalona na podstawie tradycyjnej systematyki prawa morza, potwierdzonej między innymi przez UNCLOS, zalecającą rozpatrywanie tej dziedziny prawa międzynarodowego począwszy od statusu obszarów morskich, a następnie rozwijanie zagadnień szczegółowych. Należy jednak zaznaczyć, że na ostateczną kolejność paneli wpływ miały także indywidualne prośby prelegentów, stąd też niekiedy zagadnienia o zbliżonej tematyce bywały rozdzielane rozważaniami poświęconymi innym aspektom prawa morza. Sytuacja taka miała miejsce w przypadku paneli I i IV dotyczących obszarów morskich i kwestii ich delimitacji oraz paneli II i VII poświęconych ochronie środowiska morskiego. Dla celów sprawozdawczych zostaną one jednak omówione łącznie.

Pierwszemu panelowi, poświęconemu statusowi obszarów morskich i ich delimitacji, przewodniczyła prof. dr Małgosia Fitzmaurice z Queen Mary University of London. Panel otwierało wystąpienie poświęcone przypomnieniu sylwetki i dorobku prof. Wojciecha Góralczyka, byłego Dziekana oraz Kierownika Zakładu Międzynarodowego Prawa Publicznego WPiA UW, wybitnego eksperta w dziedzinie obszarów morskich i uczestnika III konferencji prawa morza, przedstawione przez prof. K. Karskiego, który miał zaszczyt i przyjemność być ostatnim

asystentem prof. Góralczyka na samym początku swojej kariery uniwersyteckiej⁴. Kolejne wystąpienia dotyczyły kwestii merytorycznych zawartych w tytule panelu. I tak, prof. UMK dr hab. Marcin Kałduński przedstawił zagadnienia związane z metodologią delimitacji obszarów morskich, zwracając uwagę na praktykę stosowania odnośnych postanowień UNCLOS w toku rozstrzygania sporów międzynarodowych w sporach powstałych w związku z nakładającymi się na siebie roszczeniami terytorialnych państw nadbrzeżnych⁵. Prof. T. Kamiński przedstawił szeroko występujący problem wysuwania nadmiernych i nieuzasadnionych roszczeń przez państwa nadbrzeżne z powołaniem się na instytucje zatok historycznych i prostych linii podstawowych, wpisujący się w nasilające się w II połowie XX wieku zjawisko tzw. Pełzającej jurysdykcji państw nadbrzeżnych⁶, a Wojciech Zdanowicz (dyrektor Urzędu Morskiego w Szczecinie) scharakteryzował kwestię tworzenia planów zagospodarowania przestrzennego polskich obszarów morskich⁷.

Delimitacja i status obszarów morskich omawiane były także podczas IV panelu konferencji prowadzonego przez prof. Vasilkę Sancin będącą dyrektorem Instytutu Prawa Międzynarodowego i Stosunków Międzynarodowych na Uniwersytecie w Ljubljanie. Rozważania te, poza referatem prof. dr hab. Zdzisława Brodeckiego i dr. Pawła Chyca poświęconym rozważaniom co do statusu przestrzeni eksterytorialnej na przykładzie Układu antarktycznego⁸, dotyczyły statusu szelfu kontynentalnego i były prowadzone przez wiceprzewodniczącego i członków UN CLCS. Uczestnictwo ekspertów biorących udział w pracach tego wyspecjalizowanego ciała ONZ mającego charakter techniczny i składającego się w dużej mierze z geologów wydaje się zdaniem organizatorów szczególnie gratką dla zebranych przedstawicieli środowiska prawniczego, którzy mieli okazję zapoznać się z praktycznymi i niezwykle interesującymi nakreślonymi aspektami dotyczącymi ustalania zewnętrznych granic, ale i zasadami rozgraniczania nakładających się na siebie roszczeń państw co do szelfu kontynentalnego. W tym obszarze przedstawiono trzy referaty, przy czym pierwsze dwa zostały wygłoszone na sali, a trzeci autorstwa prof. dr. Tanga

4 Prof. dr hab. Karol Karski (UW), *Prawo morza w dorobku Profesora Wojciecha Góralczyka: Dziekana Wydziału Prawa i Administracji Uniwersytetu Warszawskiego, eksperta w zakresie obszarów morskich, uczestnika III Konferencji Prawa Morza ONZ, mojego Mistrza.*

5 Prof. UMK dr hab. Marcin Kałduński, *Metodologia delimitacji obszarów morskich - bilans i perspektywy.*

6 Prof. WAT dr hab. Tomasz Kamiński (UW, WAT), *Kropla drąży skałę... O kodyfikacji statusu zatok historycznych i prostych linii podstawowych oraz o tzw. pełzającej jurysdykcji państw nadbrzeżnych.*

7 Wojciech Zdanowicz, *Proces tworzenia planów zagospodarowania przestrzennego obszarów morskich RP w kontekście obszarów wód zgodnie z konwencją UNCLOS.*

8 Prof. dr hab. Zdzisław Brodecki, dr Paweł Chyc (Wyższa Szkoła Administracji i Biznesu w Gdyni), *Układ Antarktyczny - perła w koronie prawa przestrzeni eksterytorialnej.*

Yonga z Chin został odtworzony za pomocą sprzętu audio-wideo. Pierwszy z nich został zaprezentowany przez Marcina Mazurowskiego – Wiceprzewodniczącego Komisji i zawierał ocenę roli pełnionej przez UN CLCS z perspektywy 25 lat jej funkcjonowania⁹. Kolejny referat dotyczący statusu prawnego dna morskiego został przedstawiony przez dr. Aldino Santos de Campos, członka Komisji wywodzącego się z Portugalii¹⁰, a ostatni odnosił się do praktyki Chin w zakresie wyznaczania szelfu kontynentalnego¹¹.

Prowadzenie drugiego panelu konferencji objął prof. dr hab. Zdzisław Brodecki. Pierwszy z omawianych w nim tematów, przedstawiony przez dr. Konrada Marciniaka (dyrektora Departamentu Prawno-Traktatowego MSZ) miał charakter ogólny i obejmował refleksje autora na temat konwencji jubilatki jako „Konstytucji mórz i oceanów”¹², natomiast kolejne dotyczyły ochrony środowiska morskiego. O współczesnej istotności tych zagadnień najlepiej świadczy skala zainteresowania środowiska naukowego albowiem tematyce tej poświęcono także VII panel konferencji, któremu przewodniczyła prof. Maja Serśić, Kierownik Zakładu Prawa Międzynarodowego na Wydziale Prawa Uniwersytetu w Zagrzebiu¹³.

Prezentacja tej tematyki rozpoczęła się od referatu prof. UG dr hab. Doroty Pyć co do znaczenia UNCLOS w zrównoważonym zarządzaniu Oceanem Światowym¹⁴ oraz wystąpienia prof. Mai Serśić dotyczącego bezpośrednio regulacji części XII UNCLOS poświęconej ochronie i zachowaniu środowisku morskiego¹⁵.

9 Marcin Mazurowski (Wiceprzewodniczący UN CLCS), *The Role of the Commission on the Limits of the Continental Shelf. 25th Anniversary*.

10 Dr Aldino Santos de Campos (Portuguese Catholic University, członek UN CLCS), *The Law of the Seabed 40 years after UNCLOS*.

11 Prof. dr Tang Yong (członek UN CLCS, Director of EEZ & Continental Shelf Center, Second Institute of Oceanography, MNR), *The Practice of delineation of continental Shelf in China and Belt & Road*.

12 Dr Konrad Marciniak (Dyrektor Departamentu Prawno-Traktatowego MSZ), *Konwencja NZ o prawie morza jako „Konstytucja mórz i oceanów”: uwagi z perspektywy 40-lecia sporządzenia Konwencji*.

13 Referatów dotyczących tej tematyki było łącznie osiem, przy czym ostatni z nich, zatytułowany *Ocena oddziaływania na środowisko jako obligatoryjny element procesu układania podmorskich rurociągów, w optyce państw basenu Morza Bałtyckiego* został zaprezentowany kolejnego dnia konferencji przez mgra Rafała Szewczyka ze Szkoły Doktorskiej Nauk Społecznych UW, podczas panelu poświęconego prawom państw do dostępu i eksploatacji mórz prowadzonego przez prof. T. Kamińskiego.

14 Prof. UG dr hab. Dorota Pyć, *Znaczenie UNCLOS w zrównoważonym zarządzaniu Oceanem Światowym*.

15 Prof. dr Maja Serśić (Uniwersytet w Zagrzebiu), *Environmental Law of the Sea and Part XII of the UN Law of the Sea Convention*.

Postanowienia UNCLOS w kwestii ochrony środowiska były jeszcze przedmiotem krytycznej analizy przeprowadzonej przez prof. dr Małgorzatę Fitzmaurice, która przedstawiła referat poświęcony statusowi wielorybów, jako ssaków morskich¹⁶ oraz rozważań prof. UG dr. hab. Macieja Nyki, określającego konwencję mianem źródła nie tylko norm, ale i inspiracji w ochronie środowiska¹⁷. Kolejne referaty dotyczyły zagadnień szczegółowych. I tak, dwoje badaczy z Chorwacji¹⁸ i Słowenii¹⁹ podjęło kwestię bioróżnorodności morskiej na obszarach znajdujących się poza zasięgiem jurysdykcji państwowej analizując postęp i zakres negocjacji co do zawarcia porozumienia międzynarodowego w tej sprawie, a dr Zuzanna Peplowska-Dąbrowska wraz z prof. dr Ivą Tuhtan Grgić, przy czym pierwsza z nich była obecna na sali obrad, a druga występowała on-line, przedstawiły wspólnie opracowany referat dotyczący odpowiedzialności za zanieczyszczenie morza olejami²⁰.

Kolejnemu panelowi, który miał miejsce tuż przed przerwą na lunch i dotyczył przyjrzeniu się praktyce stosowania UNCLOS w orzecznictwie organów i trybunałów międzynarodowych, przewodziła prof. D. Pyć. Rozpoczęliśmy go tzw. mocnym uderzeniem w postaci przedstawionego on-line arcyciekawego referatu prof. dr. hab. Stanisława Pawlaka, sędziego Międzynarodowego Trybunału Prawa Morza (ITLOS) poświęconego roli trybunału w rozstrzyganiu sporów z badanego zakresu²¹. Później zaś też nie spuszczaliśmy z tonu, prezentując referat prof. Vasilki Sancin dotyczący roli konwencji prawa morza w jurysprudencji organów powołanych dla ochrony praw człowieka, przedstawiony na przykładzie prac Komitetu Praw Człowieka ONZ²². Panel dopełniały równie interesujące referaty dotyczące

16 Prof. dr Małgosia Fitzmaurice (Queen Mary University of London), *Too Vague and not Enough: the UNCLOS Provisions on Regulation of Marine Mammals as exemplified by Whales.*

17 Prof. UG dr hab. Maciej Nyka, *Konwencja Narodów Zjednoczonych o Prawie Morza – źródło norm i inspiracji w międzynarodowej ochronie środowiska morskiego.*

18 Doc. dr Trpimir Mihael Šošić (Uniwersytet w Zagrzebiu), *The Future Agreement on Marine Biological Diversity in Areas beyond National Jurisdiction: A Treaty Implementing the United Nations Convention on the Law of the Sea?*

19 Doc. dr Masa Kovic Dine (Uniwersytet w Ljublanie), *Marine protected areas in ABNJ: current framework and proposals under the BBNJ negotiations.*

20 Dr Zuzanna Peplowska-Dąbrowska (UMK), prof. dr Iva Tuhtan Grgić (Uniwersytet w Rijeci), *Article 235 LOSC and international liability regime for oil pollution damage: cracks on the system as shown by recent case law.*

21 Prof. dr hab. Stanisław Pawlak (UW, ITLOS), *The role of the International Tribunal for the Law of the Sea.*

22 Prof. dr Vasilka Sancin (Uniwersytet w Ljublanie), *The role of the UNCLOS in jurisprudence of human rights treaty-bodies: example of the UN Human Rights Committee.*

repcji orzecznictwa MTS przez sądy krajowe²³ oraz zbadania ewentualnego wpływu prof. Manfreda Lachsa na rozwój prawa morza poprzez analizę zapadłych przy jego udziale orzeczeń MTS²⁴.

Ostatniemu z paneli pierwszego dnia konferencji zatytułowanemu „Problemy i kwestie sporne z zakresu międzynarodowego prawa morza”, przewodniczyła prof. UW dr hab. Katarzyna Myszone-Kostrzewa. Na panel ten składały się cztery wystąpienia. Pierwsze z nich, dotyczące sporów morskich z udziałem Polski, zostało przedstawione przez prof. Akademii Marynarki Wojennej dr. hab. kmdr. Dariusza Bugajskiego²⁵. W następnym referacie prof. dr hab. Paweł Czubik zajmował się konsekwencjami prawnomiędzynarodowymi pojawienia się nowych wysp na morzu pełnym²⁶. Następnie prof. dr hab. Maciej Perkowski oraz mgr Wojciech Zoń rozpatrywali konsekwencje prawne otwarcia kanału na Mierzei Wiślanej w świetle koncepcji „Rights of Nature” i zasady dobrego sąsiedztwa²⁷, a na zakończenie pierwszego dnia konferencji Ambasador Tomasz Łukaszuk przedstawił sylwetkę i prace poświęcone analizie sporów morskich, autorstwa swojego ojca, prof. dr. hab. Leonarda Łukaszuka, zmarłego w 2017 roku²⁸.

Drugi dzień konferencji także obrodził interesującymi analizami naukowymi. Oprócz wskazanego już panelu odnoszącego się do kwestii szczegółowych prawa ochrony środowiska morskiego, dotyczył on głównie zagadnień bezpieczeństwa rozumianego zarówno jako bezpieczeństwo na morzu (ang. *maritime safety*), jak i bezpieczeństwo morskie (ang. *maritime security*).

Pierwszy z tych paneli poprowadzony został przez prof. K. Karskiego, a znalazły się w nim oprócz wystąpienia prof. UMK dr. hab. Michała Balcerzaka poświęconego sylwetce i dorobkowi zmarłego w 2020 roku prof. dr. hab. Janusza Symonidesa²⁹, referaty dotyczące wykorzystania technik satelitarnych dla zapewnienia

23 Dr Oktawian Kuc (UW), *Repcja orzecznictwa MTS przez sądy krajowe w dziedzinie międzynarodowego prawa morza*.

24 Dr hab. Aleksander Gubrynowicz (UW), *Through the lens of the international general rules. What was Judge Manfred Lachs' role in developing the Law of the Sea?*

25 Prof. AMW dr hab. Dariusz Bugajski, *Spory morskie z udziałem Polski*.

26 Prof. dr hab. Paweł Czubik (UEK), *Insula in mari nata – problem prawa międzynarodowego nie tylko teoretyczny*.

27 Prof. dr hab. Maciej Perkowski, mgr Wojciech Zoń (UwB), *Przekop Mierzei Wiślanej w świetle koncepcji „Rights of Nature” i zasady dobrego sąsiedztwa*.

28 Amb. Tomasz Łukaszuk (UW), *Aksjologia międzynarodowego prawa morza w kontekście rozwiązywania konfliktów i sporów w XXI wieku – rozważania na kanwie dorobku prof. Leonarda Łukaszuka*.

29 Prof. UMK dr hab. Michał Balcerzak, *Prawnik, ekspert i arbiter: o dorobku profesora Janusza Symonidesa w dziedzinie prawa morza*.

bezpieczeństwa na morzu autorstwa prof. Katarzyny Myszonej-Kostrzewy³⁰ oraz statusu morskich statków autonomicznych i bezzałogowych³¹, a także ochrony porzuconych marynarzy³². Drugiemu panelowi przewodniczył prof. Dariusz Bugajski. Przedstawiono w nim szeroki wachlarz zagadnień dotyczących bezpieczeństwa morskiego. Od rozważań podjętych z punktu widzenia nauk o bezpieczeństwie, co do możliwości przeciwdziałania incydentom morskim o charakterze hybrydowym zaprezentowanych przez przedstawionych przez prof. dr. hab. Piotra Mickiewicza, który nawiązał do niezwykle aktualnego wówczas wydarzenia związanego z wybuchem koło rurociągu Nord Stream II³³ i scharakteryzowania roli administracji morskiej w procesie zapewniania bezpieczeństwa omówionej na przykładzie Polski przez kpt. ż.w. Macieja Jeleniewskiego³⁴, do analiz dokonywanych z punktu widzenia prawa międzynarodowego. W tej części panelu przedstawiono wystąpienie prof. WSPol dr. hab. Tomasza Aleksandrowicza poświęcone prawnomiędzynarodowym aspektom zwalczania terroryzmu morskiego³⁵ oraz referat dr hab. Justyny Nawrot poświęcony współczesnym zmianom koncepcji bezpieczeństwa morskiego³⁶.

Ostatni panel konferencji poświęcony został prawom państw do dostępu i eksploatacji mórz. Prowadził go Wiceprzewodniczący Komitetu Organizacyjnego Konferencji prof. T. Kamiński. W panelu tym oprócz referatu poświęconego statusowi rurociągów podmorskich autorstwa mgr. Rafała Szewczyka, wskazanego już przy okazji omawiania wystąpień nawiązujących do ochrony środowiska morskiego, uczestnicy konferencji wysłuchali referatu poświęconego problemom państw śródlądowych z realizacją prawa dostępu do morza przedstawionego przez dr. Dejana Marolova³⁷. Wiarygodności prezentowanym w tym zakresie

30 Prof. UW dr hab. Katarzyna Myszonej-Kostrzewa, *Techniki satelitarne a bezpieczeństwo na morzu*.

31 Dr Barbara Sępień (UJ), *Morskie statki autonomiczne i bezzałogowe w świetle Konwencji o prawie morza z 1982 roku: Analiza regulacji prawnomiędzynarodowych dotyczących bezpiecznego obsadzenia statku załogą*.

32 Dr Joanna Markiewicz-Stanny (UZ), *Ochrona porzuconych marynarzy w standardach międzynarodowych*.

33 Prof. dr hab. Piotr Mickiewicz (UG), *Przeciwdziałanie incydentom morskim o charakterze hybrydowym w świetle Konwencji UNCLOS. Uwarunkowania prawne i postulowany system szkolenia w MW RP*.

34 Kpt. ż.w. Maciej Jeleniewski (wicedyrektor Urzędu Morskiego w Gdyni), *Rola administracji morskiej RP w zakresie bezpieczeństwa morskiego w kontekście obowiązków państwa – strony UNCLOS*.

35 Prof. WSPol dr hab. Tomasz Aleksandrowicz, *Prawnomiędzynarodowe aspekty zwalczania terroryzmu morskiego. Uwagi de lege lata i de lege ferenda*.

36 Dr hab. Justyna Nawrot (UG), *(R)ewolucja koncepcji bezpieczeństwa morskiego*.

37 Dr Dejan Marolov (Uniwersytet Goce Delczewa w Sztip), *Land-locked States right of access to the sea*.

problemom z pewnością nie umniejszał fakt, iż dr D. Marolov przybył z Macedonii Północnej i problemy państw śródlądowych nie były dla niego bynajmniej zagadnieniem abstrakcyjnym. Kolejny referat został poświęcony próbie odpowiedzi na niezwykle aktualne w świetle agresji rosyjskiej wobec Ukrainy pytanie o dopuszczalność zamknięcia przez Turcję przejścia przez cieśniny dla rosyjskich okrętów wojennych³⁸. Ostatni zaś dotyczył porównań pomiędzy statusem prawnomiędzynarodowym Obszaru i morza pełnego a statusem Cyberprzestrzeni, dokonywanych w kontekście rozważań nad bezpieczeństwem podmorskich kabli światłowodowych³⁹.

Na zakończenie panelu głos zabrał prof. T. Kamiński, który krótko podsumował Konferencję, a następnie dokonał jej zamknięcia, dziękując przybyłym za wytrwałość i uczestniczenie w obradach.

Organizatorom konferencji jest przy tym niezwykle miło, że odniesienia do niej i sympatyczne relacje z jej przebiegu znalazły już odzwierciedlenie w wypowiedziach naukowych wybitnych prawników, w tym m.in. artykule prof. dr. hab. Zdzisława Brodeckiego, który ukazał się drukiem w „Prawie Morskim”⁴⁰.

CYTOWANIE

Kamiński T., Karski K., Międzynarodowa Konferencja Naukowa „40 lat konwencji Narodów Zjednoczonych o prawie morza – bilans i perspektywy”, Uniwersytet Warszawski, 29–30 września 2022 roku, „Acta Iuris Stetinensis” 2023, nr 2 (vol. 43), 223–232, DOI: 10.18276/ais.2023.43-14.

38 Dr Iryna Kozak-Balaniuk (KUL), *Can Turkey legally close the passage through Turkish Straits for Russian warships due to Russian military aggression against Ukraine?*

39 Dr Piotr Kobielski (WAT), *Cyberprzestrzeń a Obszar i morze pełne. Podobieństwa i różnice statusu prawnomiędzynarodowego w kontekście rozważań nad bezpieczeństwem podmorskich kabli światłowodowych.*

40 Z. Brodecki, *Refleksje z okazji jubileuszu konstytucji mórz i oceanów*, „Prawo Morskie” 2022, t. XLIII, s. 85–102, DOI: 10.24425/pm.2022.143407.



Acta Juris Stetinensis

2023, nr 2 (vol. 43), 233–237
ISSN (print) 2083-4373 ISSN (online) 2545-3181
DOI: 10.18276/ais.2023.43-15



Karolina Słotwińska

mgr

Szkoła Doktorska Uniwersytetu Szczecińskiego

e-mail: karolina.slotwinska@usz.edu.pl

ORCID: 0000-0003-0735-6299

OPEN  ACCESS



Ogólnopolska Konferencja Naukowa „Sytuacja obywateli niepełnosprawnych w Polsce i na świecie z perspektywy różnych dziedzin życia społeczno-gospodarczego”

Szczecin, 20–21 października 2022 roku

W dniach 20–21 października 2022 r. w Szczecinie odbyła się Ogólnopolska Konferencja Naukowa „Sytuacja obywateli niepełnosprawnych w Polsce i na świecie z perspektywy różnych dziedzin życia społeczno-gospodarczego”. Jest to kolejna ogólnopolska konferencja naukowa z zakresu inkluzji społecznej osób z niepełnosprawnościami organizowana przez Wydział Prawa i Administracji Uniwersytetu Szczecińskiego. Konferencja została zorganizowana w ramach projektu „Uniwersyteckie Centrum Wiedzy o Dostępności w Szczecinie”, finansowanego z grantu przyznanego przez Narodowe Centrum Badań i Rozwoju (POWR.03.05.00-00-CW03/20). Celem konferencji było zwrócenie uwagi na szczególne potrzeby osób z niepełnosprawnościami we współczesnym świecie, a także ocena współczesnych rozwiązań zaistniałych w praktyce problemów oraz próba wypracowania kompleksowego modelu ochrony praw tych osób, w ramach postulatów *de lege ferenda*. Konferencja w swym merytorycznym zakresie obejmowała zagadnienia zarówno o charakterze systemowym, jak i szczegółowym, przynależnym naukom prawnym, medycznym, pedagogicznym czy socjologicznym. W konferencji

uczestniczyli przedstawiciele polskich środowisk akademickich reprezentujący 19 ośrodków akademickich, którzy wygłosili 46 referatów.

Konferencję otworzyła dr hab. prof. US Renata Podgórzeńska, Prorektor ds. Kształcenia Uniwersytetu Szczecińskiego, odnosząc się do aktualności podejmowanych tematów i ich roli w budowaniu społeczeństwa opartego na inkluzji społecznej. Następnie głos zabrała dr hab. prof. US Ewelina Cała-Wacinkiewicz, Dziekan Wydziału Prawa i Administracji Uniwersytetu Szczecińskiego, dziękując gościom za przybycie oraz wprowadzając w tematykę Konferencji.

Konferencja składała się z sześciu paneli odbywających się w trakcie dwudniowych obrad. Jeden z paneli odbywał się w formule zdalnej.

Pierwszy panel rozpoczynający obrady dotyczył zagadnień wstępnych i wprowadził uczestników w problematykę sytuacji prawnej osób z niepełnosprawnością oraz ich funkcjonowania w społeczeństwie. Panel rozpoczęła dr hab. prof. US Agnieszka Bień-Kacała (US), która przedstawiła *Ochronę praw jednostki w konstytucjonalizmie neoliberalnym*. Następnie wystąpienie zatytułowane *Polityka społeczna względem osób z niepełnosprawnościami – stan obecny i perspektywy rozwoju* wygłosiła dr hab. prof. UEK Magdalena Małecka-Łyszczek (UEK). W dalszej kolejności dr hab. prof. US Irena Ramik-Mażewska (US), przedstawiła *Współczesne determinanty jakości życia osób z niepełnosprawnością*. Następnie swój referat *Prawo w świadomości osób z niepełnosprawnością intelektualną* wygłosiła prof. dr hab. Teresa Żółkowska (US). Ostatnim wystąpieniem w pierwszym panelu mgr Jakub Baranowski (US) przybliżył uczestnikom społeczny wymiar funkcjonowania Sali Symulacji Wydziału Prawa i Administracji Uniwersytetu Szczecińskiego w wystąpieniu zatytułowanym *Wpływ nowych technologii na postrzeganie niepełnosprawności – przykład Sali Symulacji Wydziału Prawa i Administracji Uniwersytetu Szczecińskiego*.

Panel drugi dotyczył prawnych uwarunkowań dostępności i rozpoczął się wystąpieniem prof. dra hab. Jerzego Menkesa (SGH) zatytułowanym *Zdolność do czynności prawnej osoby z niepełnosprawnością z perspektywy prawa międzynarodowego*. Następnie głos zabrał prof. dr hab. Tadeusz Gadkowski (UAM), który wraz z Panią Marią Momot (UAM) oraz Panią Adrianną Szczygieł (UAM) przedstawił *Ubezpieczeniowanie osób z niepełnosprawnościami – perspektywa polska i europejska*. Następnie wystąpienie zatytułowane *Cywilnoprawna sytuacja osób starszych z niepełnosprawnościami wieku starczego* wygłosiła dr hab. prof. UG, Małgorzata Balwicka-Szczyrba (UG). W dalszej kolejności dr Katarzyna Malinowska-Woźniak (US) zaprezentowała *Cywilnoprawne aspekty prowadzenia działalności gospodarczej przez osoby niepełnosprawne niemające pełnej zdolności do czynności prawnych*. Następnie dr Iwona Warchoł (UTH w Radomiu) przedstawiła *Instytucje pomocy społecznej w Polsce dla osób z niepełnosprawnościami*. Dr hab. prof. KUL Tomasz Sienkiewicz przybliżył uczestnikom *Administracyjnoprawny wymiar konfliktu*

wartości w rehabilitacji społecznej osób niepełnosprawnych pomiędzy potrzebą likwidacji barier architektonicznych a obowiązkiem ochrony zabytków nieruchomych. Następnie dr Ewa Kowalewska (US) wraz z mgr Dominiką Wróblewską (US) przedstawiły *Preferencje podatkowe dla osób niepełnosprawnych*. Dr Radosław Zych wprowadził w temat *Sytuacji osób z niepełnosprawnościami w świetle sprawozdań PKW i raportów międzynarodowych obserwacji*. Na zakończenie panelu głos zabrał mgr Piotr Zielonka (US), który wygłosił referat *Dostępność wymiaru sprawiedliwości dla osób ze szczególnymi potrzebami* (referat powstał we współautorstwie z dr Adrianą Tomczyk (US)).

Równocześnie z drugim panelem odbywał się panel trzeci poświęcony poza-prawnym uwarunkowaniom dostępności. Panel rozpoczęła dr hab. prof. UZ Zdzisława Janiszewska-Nieścioruk (UZ), przedstawiając *Społeczno-edukacyjny wymiar ubóstwa osób z niepełnosprawnościami*. Następnie dr Katarzyna Wojciechowska oraz mgr Sylwia Trafna-Jurkiewicz (Klinika Psychiatrii w Toruniu – Oddział Kliniczny Psychiatrii Młodzieży) przybliżyły *Sytuację małych dzieci w kryzysie psychicznym po pandemii z perspektywy Kliniki Psychiatrii w Toruniu*. Dr Joanna Buława-Halasz (US) wygłosiła referat zatytułowany *Dorośla osoba z zaburzeniem ze spektrum autyzmu jako obywatel niewidzialny*. Dr Barbara Superson (UP) przedstawiła wyniki badań dotyczące *Społecznej percepcji niepełnosprawności w Burundi (Afryka Wschodnia)*. W dalszej kolejności dr Anna Wiczorek-Szymańska (US) przedstawiła *Zarządzanie niepełnosprawnością jako element strategii różnorodności – przegląd wybranych praktyk we współczesnych organizacjach*. Następnie mgr Małgorzata Rusiłowicz (Szkoła Podstawowa w Białostoczku) przedstawiła referat zatytułowany *Osoby z niepełnosprawnością w szkole – integracja w teorii i praktyce polskiej*. Wystąpienie zatytułowane *Studenci niepełnosprawni w Polsce – inkluzja czy iluzja* zaprezentowali dr hab. Marcin Garbat (UZ) oraz dr Katarzyna Kochan (UZ). Dr Anna Bieganowska-Skóra (UMCS) przybliżyła uczestnikom modele ujęcia niepełnosprawności w wystąpieniu zatytułowanym *Nie tylko społeczny. Modele niepełnosprawności w kontekście dostępności*. Dr Katarzyna Skalska (UPH w Siedlcach) przedstawiła referat *Czego nie rozwiązuje projektowanie uniwersalne? Pedagogiczna refleksja nad rzeczywistością społeczną*. Panel zakończyło wystąpienie mgra Pawła Robaka (KUL) zatytułowane *Projektowanie uniwersalne w szkolnictwie wyższym – edukowanie czy kreowanie?*

Pierwszy dzień obrad zakończył panel czwarty, podczas którego odbyła się sesja komunikatów, która składała się z następujących wystąpień: mgr Inga Mikee (PFRON Oddział Zachodniopomorski) *Postulowane rozwiązania systemowe ułatwiające rehabilitację zawodową i społeczną osób z niepełnosprawnościami*, mgr Marta Hylewska (UJ) *Zasada równości i zakazu dyskryminacji w kontekście osób chorych na cukrzycę*.

Drugi dzień konferencji rozpoczął się panelem piątym – *Niepełnosprawność a prawo międzynarodowe*. Panel rozpoczęła dr hab. prof. US Anna Kosińska (US) z wystąpieniem zatytułowanym *Potrzeba szczególnej ochrony migrantów z niepełnosprawnościami – propozycja nowych instytucji gwarancji praw podstawowych*. Następnie dr Grzegorz Tutak (KUL) przedstawił wystąpienie *Rola organizacji pozarządowych w procesie integracji cudzoziemców z niepełnosprawnościami ze społeczeństwem*. W dalszej kolejności dr Ilona Topa (UŚ) przedstawiła wystąpienie *Prawo międzynarodowe wobec pozbawienia wolności osób z niepełnosprawnościami*. Dr Agnieszka Wedeł – Domaradzka (UKW w Bydgoszczy) przedstawiła *Prawa dziecka z niepełnosprawnością a piecza instytucjonalna – rozważania z perspektywy międzynarodowej*. Dr Zuzanna Kulińska-Kępa (UW) wygłosiła referat zatytułowany *Kosmos dla osób z niepełnosprawnością – perspektywa prawnomiędzynarodowa*. Następnie dr hab. Katarzyna Małysa-Sulińska (UJ) oraz dr hab. prof. US Przemysław Kledzik przedstawił referat *System świadczeń dla opiekunów osób niepełnosprawnych. Rzeczywistość a oczekiwanie*. Po krótkiej przerwie dr Maciej Domański (UW, Instytut Wymiaru Sprawiedliwości) wprowadził uczestników w wystąpienie zatytułowane *Wzorcową implementacją art. 12 Konwencji o prawach osób niepełnosprawnych w prawie peruwiańskim?* Następnie dr Ewa Milczarek (US) wygłosiła referat *Prawo dostępu osób niepełnosprawnych do technologii*. Mgr Michał Beer przedstawił *Prawo dostępu osób niepełnosprawnych do dziedzictwa kultury*. Z kolei dr hab. Iwona Wrońska (UwB) przedstawiła uczestnikom *Prawa osób z niepełnosprawnościami w Estonii z perspektywy Komitetu Praw Osób Niepełnosprawnych*. Na zakończenie panelu dr Łukasz Orylski (Fundacja Centrum Praw Osób Niepełnosprawnych) wygłosił referat *Czy asystencja w Polsce jest osobista? Analiza krajowych rozwiązań w zakresie AOOD w świetle praktyki oraz Komentarza Generalnego numer 5 do Konwencji Praw ON*.

Równocześnie z piątym panelem odbywał się panel szósty – sesja zdalna, który prowadzony był w formule hybrydowej. Panel rozpoczęło wystąpienie dra hab. prof. UP Czesława Kłaka (UP, Krajowa Szkoła Sądownictwa i Prokuratury) zatytułowane *Niepełnosprawny pokrzywdzony w polskim procesie karnym*. Prof. dr hab. Jacek Sobczak (AEH) wygłosił wystąpienie zatytułowane *Mobilność, równość szans i integracja osób niepełnosprawnych w systemie prawnym Unii Europejskiej*. Następnie dr hab. prof. UW Ksenia Kakareko (UW) przedstawiła *Dostęp do opublikowanych utworów osób niewidomych, słabowidzących oraz osób z niepełnosprawnościami uniemożliwiającymi zapoznawanie się z drukiem w świetle Traktatu z Marrakeszu i rozwiązań normatywnych UE*. Dr Agnieszka Kunnert-Diallo (Polska Grupa Lotnicza S.A.) wygłosiła referat zatytułowany *Ochrona prawna osób niepełnosprawnych w lotniczych przewozach międzynarodowych*. W dalszej kolejności dr hab. prof. AWF Joanna Sobiecka (AWF) oraz dr hab. prof. AWF Anna Zwierzchowska (AWF)

przedstawiły *Socjodemograficzny profil polskich paraolimpijczyków i jego ewolucja oraz uwarunkowania prawne w latach 1972–2021*. Dr Anna Drabarz (UwB) przedstawiła wystąpienie *Disability legal studies w Polsce – o perspektywach rozwoju nowej subdyscypliny w naukach prawnych*. Następnie dr Małgorzata Kun-Buczko (UwB) wygłosiła referat *Praktyczne aspekty ochrony osób niepełnosprawnych w konfliktach zbrojnych na przykładzie wojny w Ukrainie*. Na zakończenie panelu mgr Jakub Zwierzchowski przedstawił referat zatytułowany *Integracja polskich środowisk sportowych a ustawa o sporcie*. Oba panele odbywające się drugiego dnia zakończyła dyskusja.

Podsumowania obrad dokonał dr hab. prof. US Wojciech Staszewski, kierownik projektu Uniwersyteckie Centrum Wiedzy o Dostępności w Szczecinie, który podziękował uczestnikom za ciekawą wymianę myśli na temat sytuacji osób z niepełnosprawnościami w Polsce i współczesnym świecie. Przedstawione podczas konferencji referaty zostaną opublikowane.

CYTOWANIE

Słotwińska K., Ogólnopolska Konferencja Naukowa „Sytuacja obywateli niepełnosprawnych w Polsce i na świecie z perspektywy różnych dziedzin życia społeczno-gospodarczego”, Szczecin, 20–21 października 2022 roku, „Acta Iuris Stetinensis” 2023, nr 2 (vol. 43), 233–237, DOI: 10.18276/ais.2023.43-15.

