



Uniwersytet
Wrocławski



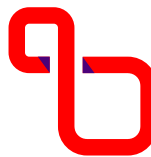
Folia Iuridica Universitatis Wratislaviensis

Vol. 11, No. 1/2022





**Najwyższa
kategoria
naukowa A+**



**UCZELNIA
BADAWCZA**
INICJATYWA DOSKONAŁOŚCI

Dostęp online:

<https://www.bibliotekacyfrowa.pl/publication/144227>

<https://www.repozytorium.uni.wroc.pl/publication/144209>

DOI: 10.34616/144209

Folia Iuridica Universitatis Wratislaviensis

pod ogólną redakcją Leonarda Górnickiego
(*Uniwersytet Wrocławski*)

Vol. 11, No. 1

pod redakcją Dagmary Kornobis-Romanowskiej
(*Uniwersytet Wrocławski*)

Wrocław 2022

Kolegium Redakcyjne

prof. dr hab. Leonard Górnicki – przewodniczący
prof. dr hab. Jolanta Blicharz – członek
dr hab. Tomasz Dolata – członek
dr Julian Jezioro – zastępca przewodniczącego
mgr Aleksandra Dorywała – sekretarz
mgr Łukasz Baszak – członek
mgr Ewa Gałyga-Michowska – członek
mgr Bożena Górna – członek

Redaktorzy tematyczni

Prawo prywatne: dr hab. prof. UW r Krzysztof Zagrobelny
Historia oraz teoria i filozofia prawa: dr hab. prof. UW r Rafał Wojciechowski, dr hab. prof. UW r Przemysław Kaczmarek
Prawo europejskie i międzynarodowe: dr hab. prof. UW r Barbara Mielnik, prof. dr hab. Dagmara Kornobis-Romanowska
Prawo administracyjne: dr hab. prof. UW r Piotr Lisowski
Prawo finansowe: prof. dr hab. Patrycja Zawadzka
Prawo konstytucyjne: dr hab. prof. UW r Ryszard Balicki, dr hab. Anna Śledzińska-Simon
Prawo karne: dr Dagmara Gruszecka, dr Rajnhardt Kokot
Prawo gospodarcze i handlowe: dr hab. prof. UW r Bogusław Sołtys
Prawo pracy: dr hab. prof. UW r Artur Tomanek
Prawo wyznaniowe: prof. dr hab. Józef Koredczuk

Redaktor językowy (język polski)

mgr Aleksandra Dorywała

Korekta

mgr Aleksandra Dorywała, mgr Ewa Gałyga-Michowska, mgr Marta Godlewska, mgr Karina Sołtysiak

Korekta abstraktów (język angielski)

mgr Karina Sołtysiak

Rada Naukowa

PhD Assoc. Prof. Oleg Halabudenko, Political Science and Law Department, Kyiv National University of Construction and Architecture, Kyiv, Ukraine

Prof. Dr. Hannes Hofmeister, Free University of Bozen-Bolzano, Faculty of Economics and Management, Italy

prof. dr hab. Mariusz Jabłoński, Wydział Prawa, Administracji i Ekonomii, Uniwersytet Wrocławski

prof. Tetiana Kolomoiets, Faculty of Law, Zaporizhzhia National University, Zaporizhzhia, Ukraine

dr hab. prof. UW r Artur Kozłowski, Wydział Prawa, Administracji i Ekonomii, Uniwersytet Wrocławski

prof. dr hab. Witold Kwaśnicki, Wydział Prawa, Administracji i Ekonomii, Uniwersytet Wrocławski

prof. Volodymyr Makoda, Civil Law Department, Taras Shevchenko National University of Kyiv, Kyiv, Ukraine

prof. dr hab. Elwira Marszałkowska-Krześ, Wydział Prawa, Administracji i Ekonomii, Uniwersytet Wrocławski

prof. dr hab. Piotr Machnikowski, Wydział Prawa, Administracji i Ekonomii, Uniwersytet Wrocławski

prof. Hendryk Malevski, Mykolas Romeris University, Institute of Criminal Law and Procedure, Vilnius, Lithuania

prof. dr hab. Jacek Mazurkiewicz, Wydział Prawa i Administracji, Uniwersytet Zielonogórski

prof. dr hab. Mirosław Sadowski, Wydział Prawa, Administracji i Ekonomii, Uniwersytet Wrocławski

dr Joanna Siekiera, Postdoctoral fellow, Universitetet i Bergen, Det juridiske fakultet

prof. dr hab. Zofia Sienkiewicz, emerytowany profesor Wydziału Prawa, Administracji i Ekonomii, Uniwersytet Wrocławski

© Copyright by Wydział Prawa, Administracji i Ekonomii Uniwersytetu Wrocławskiego

Projekt i wykonanie okładki: Marta Pawlak

Skład i opracowanie techniczne: mgr Magdalena Gad eBooki.com.pl

Wydawca

E-Wydawnictwo. Prawnicza i Ekonomiczna Biblioteka Cyfrowa.

Wydział Prawa, Administracji i Ekonomii Uniwersytetu Wrocławskiego

Do vol. 3 no. 2 (2014) czasopismo ukazywało się pod nazwą „Folia Iuridica Wratislaviensis”
i z numerem ISSN 2299-8322.

ISSN 2450-3932

Wersją pierwotną (referencyjną) czasopisma jest wydanie elektroniczne

Spis treści

PROBLEMY WSPÓŁCZESNEGO PRAWA EUROPEJSKIEGO I MIĘDZYNARODOWEGO

Mateusz Bartoszek

Zastosowanie sztucznej inteligencji w sądownictwie w świetle zasady skutecznej ochrony sądowej	8
--	---

Lukasz Bielski

Problematyka dopuszczalności uboju rytualnego zwierząt w prawie Unii Europejskiej	30
---	----

Zuzanna Choińska

Wykorzystanie technologii rozpoznawania twarzy w Chińskiej Republice Ludowej ...	52
--	----

Kevin Kaczor

<i>Gold-plating</i> – problem nadtranspozycji dyrektyw unijnych do krajowego porządku prawnego	76
--	----

Kamila Knitter

Warunki dopuszczalności reklamy porównawczej na przykładzie reklamy porównawczej cenowej odnoszącej się do ceny produktów sprzedawanych w sklepach różnej wielkości lub różnego formatu. Glosa do wyroku Trybunału Sprawiedliwości z dnia 8 lutego 2017 r. w sprawie C-562/15 <i>Carrefour Hypermarchés SAS przeciwko ITM Alimentaire International SASU</i>	99
--	----

Aleksandra Kołodziejczyk

Porozumienia z zakresu zrównoważonego rozwoju w łańcuchu żywnościowym – prawo konkurencji jako element hamujący rozwój <i>sustainable food chain</i>	115
--	-----

Oskar Kwiatkowski

Klauzule waloryzacyjne stosowane w umowach kredytowych indeksowanych do franka szwajcarskiego	134
---	-----

Jan Łukaszewicz

Prawo do odstąpienia od umowy zawartej na odległość dotyczącej usług finansowych – glosa do orzeczenia Trybunału Sprawiedliwości z 11 września 2019 r. w sprawie C-143/18	151
---	-----

Adrian Maryniak

Zwalczanie opóźnień w płatnościach w transakcjach handlowych na przykładzie opóźnień w płatności czynszu najmu. Glosa do wyroku Trybunału Sprawiedliwości z dnia 1 czerwca 2017 r. w sprawie C-330/16 <i>Piotr Zarski przeciwko Andrzejowi Stadnickiemu</i>	170
---	-----

Joanna Szczęch

Czerwony kolor podeszwy szpilek jako kształt. Głosa do wyroku Trybunału Sprawiedliwości z dnia 12 czerwca 2018 r., C-163/16	189
---	-----

Patrycja Szczuka

Dopuszczalność istnienia zasady ogólnej równego traktowania akcjonariuszy mniejszościowych i akcjonariusza dominującego w prawie unijnym. Głosa do wyroku Trybunału Sprawiedliwości w sprawie C-101/08	201
--	-----

Marta Trębacka

Prawo europejskie wobec stereotypizacji i mowy nienawiści	212
---	-----

VARIA

Martyna Pacek

Uwagi dotyczące ewolucji regulacji prawnych związanych z ochroną zabytków archeologicznych w świetle działalności poszukiwaczy zabytków w Polsce	235
--	-----

Problemy współczesnego prawa europejskiego i międzynarodowego

Mateusz Bartoszek
Uniwersytet Warszawski
Wydział Prawa i Administracji

Zastosowanie sztucznej inteligencji w sądownictwie w świetle zasady skutecznej ochrony sądowej

Application of artificial intelligence in judiciary
in view of the principle of effective judicial protection

Streszczenie

Przedmiotem artykułu jest analiza zaproponowanych przez Komisję Europejską przepisów aktu w sprawie sztucznej inteligencji w kontekście potencjalnych zagrożeń naruszenia praw podstawowych, a dekodowanych z zasady skutecznej ochrony sądowej, które wynikać mogą z zastosowania sztucznej inteligencji w sądownictwie. Przytaczane przykłady zastosowania systemów sztucznej inteligencji zaczerpnięte są zarówno z państw członkowskich Unii Europejskiej, jak i spoza UE. Przedstawiono etapy prac nad strategią zmierzającą do stworzenia proponowanego rozporządzenia oraz konkretne zawarte w treści projektu rozwiązania, które mają zapewnić bezpieczeństwo działania systemów sztucznej inteligencji. Analizę projektu zestawiono z wnioskami na temat potencjalnych zagrożeń naruszenia zasady skutecznej ochrony sądowej oraz przedmiotowymi stanowiskami organizacji pozarządowych i międzynarodowych.

Słowa kluczowe

prawa podstawowe, ochrona sądowa, sztuczna inteligencja, akt w sprawie sztucznej inteligencji

Abstract

The subject of the article is the analysis of the draft of Artificial Intelligence Act in the context of potential threats of violation of fundamental rights included in the principle of effective judicial protection that may arise from the use of artificial intelligence in the judiciary. Examples of artificial intelligence systems are based both in EU member states and in states outside of EU. The article presents the stages of work on the strategy for the creation of the draft regulation, as well as the specific solutions included in the draft, which aim to ensure the safety of use of artificial intelligence systems. The analysis of the draft is juxtaposed with conclusions on the potential threats to the principle of effective judicial protection and the opinions of non-governmental and international organizations.

Keywords

fundamental rights, judicial protection, artificial intelligence, Artificial Intelligence Act

1. Wstęp

Sztuczna inteligencja (SI) to nowe zagadnienie, z którym mierzy się ustawodawstwo każdego systemu prawnego: międzynarodowego i państwowego, a także unijnego. Kilka lat temu zauważono zainteresowanie, jakie sztuczna inteligencja wzbudziła w środowisku naukowym, a także niezliczoną ilość możliwych zastosowań tej technologii. Należy wspomnieć, że wśród sektorów, w których sztuczna inteligencja może potencjalnie odgrywać dużą rolę, są m.in.: transport (pojazdy autonomiczne), medycyna (wykorzystanie inteligentnych maszyn do wspomagania pracy lekarzy), rozrywka (systemy sztucznej inteligencji są w stanie pokonać nawet największych mistrzów w grach strategicznych) oraz przemysł zbrojeniowy (systemy automatycznego namierzania, drony autonomiczne itp.)¹.

Również w sferze publicznej coraz więcej jest przykładów zastosowania systemów sztucznej inteligencji. We Włoszech, w regionie Emilia-Romagna, działa system pod nazwą RiskER, którego zadaniem jest przewidywać ryzyko hospitalizacji². Zgodnie z raportami z jego działania pozwolił on skutecznie zapobiegać hospitalizacji poprzez wcześniejsze nawiązanie kontaktu i udzielenie porad osobom zaliczonym przez RiskER do najwyższej kategorii ryzyka³. Postępująca cyfryzacja i wysiłki prowadzące do przyspieszenia i ułatwienia postępowań sądowych przyczyniły się do wprowadzenia systemów zautomatyzowanego podejmowania decyzji i systemów sztucznej inteligencji także w sądach. Wskazać można między innymi system COMPAS, wprowadzony w sądach stanowych m.in. Nowego Jorku, Wisconsin i Kalifornii, a służący do oceny ryzyka recydywy oskarżonych w postępowaniach karnych⁴.

Kompetencja Unii Europejskiej do podejmowania działań zmierzających do ustanowienia prawa regulującego wprowadzanie do obrotu i stosowanie systemów sztucznej inteligencji wynika wprost z przepisu art. 114 Traktatu o funkcjonowaniu Unii Europejskiej (dalej TFUE). Na jego mocy Parlament Europejski i Rada mają kompetencję do przyjęcia środków dotyczących zbliżenia przepisów państw członkowskich, które mają na celu usta-

¹ Szerzej na temat zagrożeń związanych z pojazdami autonomicznymi: G. Dede, R. Hamon, H. Junklewitz, R. Naydenov, A. Malatras, M. Sanchez, *Cybersecurity challenges in the uptake of Artificial Intelligence in Autonomous Driving*, Publications Office of the European Union, Luxembourg 2021. Szerzej na temat systemów sztucznej inteligencji wyspecjalizowanych do grania w gry strategiczne: C. Metz, *The Sadness and Beauty of Watching Google's AI Play Go*, "Wired", 3 listopada 2016 r., <https://www.wired.com/2016/03/sadness-beauty-watching-googles-ai-play-go/> [dostęp: 20.11.2021].

² Zob. AlgorithmWatch, *Automating Society Report 2019*, 1 stycznia 2019 r., s. 89, <https://algorithmwatch.org/en/automating-society/> [dostęp: 20.11.2021].

³ *Ibidem*, s. 89.

⁴ Szerzej zob.: F. Rahman, *COMPAS Case Study: Fairness of a Machine Learning Model*, "Towards Data Science", 7 września 2020 r., <https://towardsdatascience.com/compas-case-study-fairness-of-a-machine-learning-model-f0f804108751> [dostęp: 20.11.2021].

nowienie i funkcjonowanie rynku wewnętrznego⁵. Powszechny jednolity rynek cyfrowy, którego elementem są rozwiązania dotyczące cyfryzacji (w tym sztucznej inteligencji), jest właśnie częścią rynku wewnętrznego. Regulacja rynku wewnętrznego, w myśl art. 4 TFUE, należy do kompetencji dzielonych pomiędzy UE i państwa członkowskie (art. 4 pkt 2 lit. a). Sztuczna inteligencja stwarza ogromne możliwości dla usprawniania lub upraszczania wielu obszarów działalności ludzkiej, co w pełni uzasadnia przyjęcie środków prawnych zmierzających do jej regulacji lub przynajmniej harmonizacji przepisów na poziomie unijnym. W przeciwnym wypadku brak koordynacji ustawodawstw państw członkowskich skutkowałby brakiem spójności przepisów obowiązujących w państwach członkowskich, spadkiem pewności prawa i mocno utrudnionym obrotem transgranicznym pomiędzy państwami członkowskimi UE.

Wprowadzanie systemów niezależnych w swoim działaniu od człowieka do tak kluczowych dla demokracji i praworządności instytucji jak sądy wiąże się z wieloma zagrożeniami nie tylko dla zakazu dyskryminacji, ale także dla niezawisłości sędziowskiej, prawa dostępu do sądu i prawa do rzetelnego procesu. W związku z tym przyjąłem zasadę skutecznej ochrony sądowej, obowiązującą w prawie Unii Europejskiej, a także na mocy Konwencji o ochronie praw człowieka i podstawowych wolności jako wzorzec, którego potencjalne naruszenia i ochronę należy rozważyć.

Istotą zasady skutecznej ochrony sądowej jest gwarancja prawa do skutecznego środka prawnego przed sądem dla każdego, kto uważa, że jego prawa zostały naruszone w jakikolwiek sposób. Dookoła tego rdzenia jest jednak wiele dodatkowych elementów, które mają albo wzmacniać prawo jednostki, albo też nakładać obowiązki na instytucje wymiaru sprawiedliwości⁶. Wśród tych elementów wymienić należy: prawo do sprawiedliwego rozpatrzenia sprawy, prawo do rozpatrzenia sprawy w rozsądnym terminie, zasadę niezawisłości i bezstronności sędziowskiej i wymóg ustanowienia sądu na mocy ustawy.

Niniejszy artykuł ma dwa cele. Pierwszym jest przedstawienie zagrożeń naruszenia praw podstawowych wchodzących w skład zasady skutecznej ochrony sądowej, które wynikają z zastosowania systemów sztucznej inteligencji w sądownictwie. Drugim jest odpowiedź na pytanie, czy proponowane przez Komisję Europejską przepisy rozporządzenia Parlamentu Europejskiego i Rady ustanawiającego zharmonizowane przepisy dotyczące sztucznej inteligencji (akt w sprawie sztucznej inteligencji) i zmieniające nie-

⁵ Zob. art. 114, pkt 1, *Traktat o funkcjonowaniu Unii Europejskiej*, Dz. Urz. UE C 326/47 z 26.10.2012 r.

⁶ Źródło, z którego wywiedziona jest zasada skutecznej ochrony sądowej, stanowią wspólne tradycje konstytucyjne państw członkowskich, a potwierdzeniem tej zasady są przepisy art. 6 i art. 13 EKPC i art. 47 KPP. Zob. wyrok Trybunału z dnia 13 marca 2007 r. w sprawie C-432/05 *Unibet (London) Ltd i Unibet (International) Ltd przeciwko Justitiekanslern*, ECLI:EU:C:2007:163.

które akty ustawodawcze Unii (Artificial Intelligence Act) mogą służyć skutecznemu zapobieganiu tymże potencjalnym zagrożeniom⁷.

2. Przykłady wykorzystania sztucznej inteligencji w sądownictwie i wynikające z tego zagrożenia

Przedstawienie dokładnej definicji sztucznej inteligencji do dziś jest niemalże niemożliwe. Sztuczna inteligencja traktowana jest jako osobna gałąź nauki, a zamknięcie samego pojęcia w ramach definicji niweczone jest kolejnymi postępami w rozwoju technologicznym⁸. W motywach projektu AIA Komisja Europejska opisała sztuczną inteligencję jako „szybko rozwijającą się grupę technologii, które muszą przyczyniać się do wielu korzyści społeczno-ekonomicznych we wszystkich gałęziach przemysłu i obszarach działalności gospodarczej”⁹. W treści proponowanych przepisów AIA zdefiniowano pojęcie systemu sztucznej inteligencji: „oprogramowanie opracowane przy użyciu co najmniej jednej z technik i podejść wymienionych w załączniku I, które może – dla danego zestawu celów określonych przez człowieka – generować wyniki, takie jak treści, przewidywania, zalecenia lub decyzje wpływające na środowiska, z którymi wchodzi w interakcję”¹⁰. W wyliczeniu technik i podejść objętym załącznikiem I zawarto m.in. technologie uczenia maszynowego, rozumowania symbolicznego i różnych metod wyszukiwania, które stanowią cechy charakterystyczne systemów sztucznej inteligencji.

Potencjalne zastosowania systemów sztucznej inteligencji w sądownictwie są niezliczone. Wszędzie tam, gdzie obecnie używane są systemy teleinformatyczne, możliwe jest wdrożenie systemów sztucznej inteligencji jako „ulepszenia”. Usprawnienie funkcjonowania sądów jest prawdopodobnie najczęściej używanym argumentem mającym przemawiać za wprowadzaniem sztucznej inteligencji do użytku. W teorii systemy sztucznej inteligencji mogą przejąć zadania na niemal każdym poziomie funkcjonowania sądu: od przydzielania spraw sędziom, poprzez ocenę kompletności pisma procesowego

⁷ Zob. Wniosek Komisji Europejskiej, *Rozporządzenie Parlamentu Europejskiego i Rady ustanawiające zharmonizowane przepisy dotyczące sztucznej inteligencji (Akt w sprawie sztucznej inteligencji) i zmieniające niektóre akty ustawodawcze Unii*, 21 kwietnia 2021 r., COM/2021/206 final, <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?qid=1623335154975&uri=CELEX%3A52021PC0206> [dostęp: 20.11.2021], dalej AIA.

⁸ Aktualność zachowuje definicja stworzona przez J. McCarthy’ego, jednego z ojców sztucznej inteligencji, w 1956 r.: „nauka i inżynieria tworzenia inteligentnych maszyn” (zacytowana ze strony internetowej: <https://www.sztuczna-inteligencja.org.pl/definicja/sztuczna-inteligencja/> [dostęp: 20.11.2021]). Dwaj z najwybitniejszych naukowców zajmujących się współcześnie sztuczną inteligencją, P. Norvig i S. Russel, opracowali definicję bardziej złożoną, ale nadal prostą do zrozumienia: „sztuczna inteligencja to maszyny imitujące funkcje kognitywne charakterystyczne dla ludzkiego mózgu, takie jak np.: uczenie się, rozwiązywanie problemów, analizowanie języka naturalnego, dokonywanie obliczeń”. S. Russel, P. Norvig, *Artificial Intelligence: a modern approach*, Pearson Education Inc., Berkeley 1994.

⁹ Zob. AIA, s. 22, motyw 3.

¹⁰ Zob. Załącznik nr I do AIA.

wego pod względem formalnym, aż po analizę materiału dowodowego. Spośród przykładów zastosowania systemów sztucznej inteligencji w sądownictwie przedstawiam dwie kategorie systemów istotnie wpływających na proces orzekania, tj.: systemy analizujące dane i wspierające pracę sędziego oraz systemy mogące zastąpić sędziego.

Przykładem pierwszego ze wspomnianych modeli jest funkcjonujący w Stanach Zjednoczonych system mający służyć ocenie ryzyka ponownego złamania prawa przez oskarżonego w procesie karnym. Zaprojektowany i stworzony przez Northpoint Correctional Offender Management Profiling for Alternative Sanctions (COMPAS) pozwala ocenić ryzyko recydywy, przez co wspomaga podejmowanie przez sędziego decyzji, czy wydać wyrok w zawieszeniu. COMPAS ocenia ryzyko w trzech kategoriach: ryzyko recydywy przed zakończeniem procesu, ogólne ryzyko recydywy, ryzyko recydywy z użyciem przemocy. Dane, których używa COMPAS pochodzą częściowo z kartoteki oskarżonego, a częściowo z formularza uzupełnianego w trakcie wywiadu z oskarżonym¹¹. Formularz zawiera 137 pytań, pośród których są np. pytania o historię kryminalną członków rodziny, o uczestnictwo w bójkach w szkole i o liczbę przestępstw popełnianych w sąsiedztwie domu oskarżonego¹². Kontrowersje dotyczyły między innymi postulatów dotyczących powielania przez COMPAS uprzedzeń, a nawet dyskryminacji¹³.

Eric Loomis, jeden ze skazanych w sprawach, w których wyrokowanie było wspierane oceną ryzyka przeprowadzoną przez program COMPAS, po nieudanej apelacji złożył skargę kasacyjną do Sądu Najwyższego Stanu Wisconsin, w której zarzucił m.in. naruszenie jego prawa do rzetelnego procesu, ponieważ sędzia w wydawaniu wyroku kierował się wskazówkami programu, którego działanie jest objęte tajemnicą handlową. Sąd Najwyższy Stanu Wisconsin oddalił skargę, uznając, że sądy mogą wspomagać się oceną ryzyka uzyskaną dzięki programom komputerowym, ale nie mogą polegać na takiej ocenie. Konieczne jest uzasadnienie wyroku argumentami innymi niż tylko ocena ryzyka ponownego popełnienia przestępstwa przez oskarżonego¹⁴. Ponadto Sąd Naj-

¹¹ Zob. wyrok Sądu Najwyższego Stanu Wisconsin z 13 lipca 2016 r. w sprawie *State przeciwko Loomis*, sygn. 881 N.W.2d 749 (2016), pkt 13 i 14.

¹² J. Angwin, J. Larson, S. Mattu, L. Kirchner, *Machine Bias There's software used across the country to predict future criminals. And it's biased against blacks*, ProPublica, 23 maja 2016 r., <https://www.propublica.org/article/machine-bias-risk-assessments-in-criminal-sentencing> [dostęp: 20.11.2021]. Krytyki tego artykułu podjęli się A. Flores, C. Lowenkamp, K. Bechtel w *False Positives, False Negatives, and False Analyses: A Rejoinder to "Machine Bias: There's Software Used Across the Country to Predict Future Criminals. And it's Biased Against Blacks"*, "Federal Probation Journal" 2016, t. 80, nr 2, ale artykuł wydany w ProPublica zawiera skany formularza z pytaniami używanego do oceny ryzyka przez program COMPAS. Skany te dostępne są pod adresem internetowym <https://www.documentcloud.org/documents/2702103-Sample-Risk-Assessment-COMPAS-CORE.html> [dostęp: 20.11.2021].

¹³ Jedną z najszerzej dyskutowanych publikacji dotyczących tego problemu była: J. Angwin, J. Larson, S. Mattu, L. Kirchner, *op. cit.*

¹⁴ Zob. wyrok Sądu Najwyższego Stanu Wisconsin z 13 lipca 2016 r. w sprawie *State przeciwko Loomis*, sygn. 881 N.W.2d 749 (2016) pkt 123-125.

wyższy Stanu Wisconsin zaznaczył, że wyniki ocen ryzyka według programu COMPAS oparte są na danych grupowych, przez co nie są całkowicie miarodajne dla pojedynczych osób¹⁵. Fakt, że COMPAS jest prywatną własnością, co uniemożliwia publiczne ogłoszenie algorytmu programu i ujawnienia oskarżonym lub nawet sądowi, w jaki sposób program oblicza ryzyko i jak dokładnie dane udostępnione programowi są ważne, został uznany za istotny i wskazano, że sądy wspomagające się podczas wyrokowania oceną ryzyka dokonaną przez COMPAS muszą informować o tym oskarżonych¹⁶.

Francuskie sądy apelacyjne w Rennes i Douai w 2017 r. brały udział w pilotażowym programie testowym systemu Predictice¹⁷. Program ten miał być pierwszym krokiem do cyfryzacji sądownictwa we Francji. Jeden z twórców Predictice, Louis Larret-Chahine, zadeklarował, że „położy koniec nieprzewidywalnemu, przypadkowemu i zróżnicowanemu nawet w obrębie jednego kraju wymiarowi sprawiedliwości i ruszy w kierunku czegoś bardziej logicznego, naukowego, lub przynajmniej bardziej możliwego do kontrolowania”¹⁸. Predictice był używany wyłącznie w celu obliczania wysokości odpraw zasądzanych w sprawach pracowników zwolnionych bez „rzeczywistej i poważnej przyczyny”. Docelowo miało to doprowadzić do redukcji różnic w wysokości zasądzanych świadczeń i ujednolicić kryteria przyjmowane jako istotne w poszczególnych sprawach, przyjmując za źródło takiego celu zasadę równości obywateli wobec prawa¹⁹. Wynik tego testu był jednak negatywny. Systemowi udostępniono w celu nauki tylko fragmenty orzeczeń, czego efektem był brak umiejętności analizy wszystkich informacji dostępnych w bieżących sprawach i niezadowalające efekty działania programu. Francuskie Ministerstwo Sprawiedliwości w komunikacie na temat rezultatów programu pilotażowego mającego testować działanie Predictice oświadczyło, że program „wymaga znaczących popraw [...] i obecnie jego użycie nie jest żadną korzyścią dla sędziów”²⁰.

Do drugiej kategorii zaliczyć trzeba pierwszy w Europie w pełni zautomatyzowany system rozstrzygania sporów. Stosowany w Królestwie Niderlandów od 2010 r. system e-Court jest używany w rozstrzyganiu spraw windykacyjnych. Niderlandzki system wymiaru sprawiedliwości oprócz sądów publicznych obejmuje również sądy prywatne, będące sądami arbitrażowymi. Sąd e-Court jest właśnie takim sądem prywatnym. W całym

¹⁵ *Ibidem*, pkt 74.

¹⁶ *Ibidem*, pkt 66.

¹⁷ R. Letteron, *Digital access to the law*, “Digital Issues of Les Annales des Mines” 2018, nr 3.

¹⁸ *Predictive justice: when algorithms pervade the law*, “Paris Innovation Review” 2017, nr 9, <http://parisinnovationreview.com/articles-en/predictive-justice-when-algorithms-pervade-the-law> [dostęp: 20.11.2021].

¹⁹ Europejska Komisja na rzecz skutecznego wymiaru sprawiedliwości, *European ethical Charter on the use of Artificial Intelligence in judicial systems and their environment*, przyjęta w Strasbourgu 4 grudnia 2018 r., s. 42.

²⁰ R. Letteron, *op. cit.*

postępowaniu interwencja człowieka jest wymagana tylko na ostatnim etapie – wydania tytułu egzekucyjnego²¹.

Całość postępowania odbywa się online, strony zamieszczają pisma procesowe na specjalnie do tego przeznaczonej platformie, gdzie są one dostępne dla obu stron przez cały czas trwania postępowania. Rozstrzygnięcie sprawy jest wydawane przez system sztucznej inteligencji na podstawie obowiązujących przepisów oraz imitacji rozumowania sędziowskiego prowadzonej na podstawie przeszłych spraw, których akta zostały udostępnione systemowi na początku jego funkcjonowania. Niderlandzkie prawo krajowe nadal nie zawiera regulacji dotyczących sędziego-sztucznej inteligencji, wobec czego zgodnie ze zmianami w prawie dotyczącym sądów prywatnych (arbitrażowych), które weszły w życie 1 stycznia 2015 r., system wydaje rozstrzygnięcie w imieniu sędziego. Zadaniem sędziego jest natomiast kontrola rozstrzygnięć wydawanych przez system. Do końca 2015 r. nie wystąpiła sytuacja, w której sędzia musiałby poprawiać lub zmieniać orzeczenie wydane przez e-Court²².

W 2019 r. powstał w Estonii projekt mający na celu stworzenie sztucznej inteligencji, która zastąpi sędziów w sprawach cywilnych o drobne roszczenia, nieprzekraczające 7000 euro. Warto zauważyć, że nawet Estonia, kraj będący w czołówce cyfryzacji administracji publicznej i wymiaru sprawiedliwości, który jako jeden z pierwszych krajów na świecie wprowadził wybory powszechne przez Internet²³, nie podjęła kroków w celu całkowitego zastąpienia sędziów systemami sztucznej inteligencji²⁴. Sztuczna inteligencja w Estonii, podobnie jak e-Court w Holandii, ma rozstrzygać jedynie sprawy o drobne roszczenia. Nasuwa się wniosek, że stan prac nad rozwojem sztucznej inteligencji nie jest jeszcze wystarczająco zaawansowany, żeby móc zastąpić sędziego. Podobnie uważają J. Morison i A. Harkens, którzy w artykule *Re-engineering justice? Robot judges, computerised courts and (semi) automated legal decision-making*²⁵ stwierdzili: „Obecnie jednak, algorytmy pozostają inteligentnymi doradcami i narzędziami. Gdyby algorytmy wykorzystujące uczenie maszynowe [...] przejęły rolę tworzenia i egzekwowania prawa bez nadzoru, nie ma gwarancji, że kontynuowałyby te same wzory przewidywań. W takiej sytuacji, rozwoju nowych sposobów rozumowania i argumentowania, opartych

²¹ H. Nakad-Weststrate, T. Jongbloed, H. van der Herik, A. Salem, *Digitally Produced Judgements in Modern Court Proceedings*, „International Journal of Digital Society” 2015, nr 4, s. 1102.

²² *Ibidem*, s. 1006-1008.

²³ <https://e-estonia.com/solutions/e-governance/i-voting/> [dostęp 15.07.2021].

²⁴ Oficjalnym argumentem wykorzystywanym przez rząd do promowania tego projektu jest zbyt duża liczba spraw sądowych i zbyt mała liczba sędziów. Statystyki dostępne na oficjalnej stronie [e-Estonia.com](https://e-estonia.com) wskazują, że liczba sędziów w Estonii jest obecnie taka sama jak 20 lat temu, natomiast liczba spraw sądowych podwoiła się. Skuteczność i prędkość działania sądów jest więc według władz Estonii najważniejszym argumentem przemawiającym za wdrożeniem programu sędziego-sztucznej inteligencji.

²⁵ J. Morison, A. Harkens, *Re-engineering justice? Robot judges, computerised courts and (semi) automated legal decision-making*, Queen’s University Belfast, „Legal Studies” 2019, t. 39, nr 4, s. 618-635.

o rozpoznawanie wzorców i język niezrozumiały dla podmiotów prawa, prawo mogłoby stawać się coraz bardziej niepewne i podważalne”²⁶.

Najbardziej zaawansowane w kwestii imitacji rozumowania sędziowskiego są projekty naukowe dotyczące przewidywania przez systemy sztucznej inteligencji rozstrzygnięć sądów. Na szczególną uwagę zasługuje tutaj projekt przewidywania orzeczeń ETPC prowadzony w 2016 r.²⁷ Model sztucznej inteligencji skonstruowany w ramach tego projektu używał uczenia maszynowego i przetwarzania języka naturalnego w celu analizy akt spraw wnoszonych przed Trybunał, procedury stosowanej przez Trybunał i właściwego prawa. Na podstawie tych informacji system przewidywał rozstrzygnięcie. Analizie poddano akta 584 spraw dotyczących potencjalnych naruszeń trzech różnych przepisów Europejskiej Konwencji Praw Człowieka. Rezultatem projektu było osiągnięcie średnio 79% skuteczności w przewidywaniu rozstrzygnięć ETPC (największą, 84% skuteczność system osiągnął w przewidywaniu rozstrzygnięć dotyczących art. 6 EKPC).

Wskazane przykłady pozwalają wyznaczyć kilka podstawowych problemów związanych z wykorzystaniem sztucznej inteligencji w sądownictwie i potencjalnych zagrożeń dla praw podstawowych tworzących zasadę skutecznej ochrony sądowej. Problemy to: brak transparentności systemów SI działających w sądownictwie („efekt czarnej skrzynki”); całkowita zależność wyników pracy systemów od danych, które są mu udostępniane; bezpośredni wpływ twórców systemów SI na ich działanie; brak możliwości zrozumienia działania systemów SI przez sędziów oraz brak możliwości uzyskania pełnej kontroli nad systemami przez sądy. Z powodu tych problemów zagrożona jest m.in. zasada niezawisłości sędziowskiej, ponieważ system SI stanowi element *de facto* zewnętrzny w stosunku do sędziego. Jeżeli system jest pod faktyczną kontrolą podmiotu prywatnego lub nawet podmiotu publicznego, zewnętrznego w stosunku do sądu, jak zagwarantować, że wpływ systemu na proces orzekania nie będzie naruszał niezawisłości sędziego²⁸. Również zasada sprawiedliwego rozpatrzenia sprawy może zostać naruszona poprzez wykorzystanie systemów SI w sądach. Przykładem takiego naruszenia może być brak umiejętności zrozumienia i wyjaśnienia przez sędziego pracy systemu, co uniemożliwia realizację prawa do uzyskania uzasadnienia wyroku²⁹. Wreszcie, jak

²⁶ *Ibidem*, s. 627.

²⁷ N. Aletras, D. Tsarapatsanis, D. Preotiuc-Pietro, V. Lampos, *Predicting judicial decisions of the European Court of Human Rights: a Natural Language Processing perspective*, “PeerJ Computer Science” 2016, t. 93.

²⁸ Zob. wyrok ETPC z dnia 22 października 1984 r. w sprawie *Sramek przeciwko Austrii*, skarga nr 8790/79, pkt 42. Por. także wyrok ETPC z dnia 28 czerwca 1984 r. w sprawie *Campbell i Fell przeciwko Zjednoczonemu Królestwu*, skargi nr 7819/77 i 7878/77, pkt 81.

²⁹ Zob. opinia nr 11 Rady Konsultacyjnej Sędziów Europejskich (CCJE) w sprawie jakości orzecznictwa, 18 grudnia 2008 r., pkt 34-35; także wyrok ETPC z dnia 30 listopada 1987 r. w sprawie *H. przeciwko Belgii*, skarga nr 8950/80, pkt 53; także wyrok Trybunału z dnia 6 września 2012 r. w sprawie *C-619/10 Trade Agency Ltd przeciwko Seramico Investments Ltd*, ECLI:EU:C:2012:531, pkt 53.

zagwarantować rzetelne rozpatrzenie sprawy w sytuacji, gdy analiza stanu faktycznego należy w całości do systemu SI, a nie do człowieka³⁰.

3. Na drodze do stworzenia unijnej regulacji sztucznej inteligencji

Wstępem do prac nad AIA były *Wytyczne w zakresie etyki dotyczące godnej zaufania sztucznej inteligencji* przygotowane przez grupę ekspertów wysokiego szczebla do spraw sztucznej inteligencji (*Wytyczne*), opublikowane 8 kwietnia 2019 r.³¹ Dokument ten określa ramy dla godnej zaufania sztucznej inteligencji, jednocześnie wskazując kierunki dalszych prac zmierzających ostatecznie do stworzenia regulacji prawnych. Podstawą tego podejścia jest pogląd, że zaufanie jest fundamentem budowania społeczeństwa i systemów ekonomicznych, a więc pełny potencjał wykorzystania sztucznej inteligencji może być osiągnięty dopiero przy pełnym zaufaniu do systemów SI na wszystkich etapach ich cyklu życia: tworzenia, wdrażania i używania³². *Wytyczne* zawierają zbiór zasad etycznych, a także postulaty dotyczące technicznej solidności systemów sztucznej inteligencji, które muszą być spełnione, aby systemy SI mogły zostać uznane za godne zaufania³³. Wizję grupy ekspertów najlepiej streszcza wyrażona w podsumowaniu *Wytycznych* nadzieja na „stworzenie kultury «godnej zaufania sztucznej inteligencji dla Europy», dzięki której wszyscy będą mogli czerpać korzyści z SI w sposób zapewniający poszanowanie naszych podstawowych wartości: praw podstawowych, demokracji i praworządności”³⁴.

Jak podkreśla M. Safjan, prawo do sądu, a więc także zasada skutecznej ochrony sądowej, której prawo do sądu jest nieodłącznym elementem, ma kluczowe znaczenie nie tylko dla skutecznej ochrony wszystkich innych praw podstawowych, ale także dla stosowania całości prawa Unii Europejskiej jako narzędzie urzeczywistniające wartości i zasady wynikające z art. 2 Traktatu o Unii Europejskiej³⁵. Nasuwa się zatem wniosek, że w celu zrealizowania wizji grupy ekspertów zawartej w podsumowaniu *Wytycznych* konieczne jest, aby systemy sztucznej inteligencji wykorzystywane w procesie ochrony praw podstawowych, a więc m.in. w sądownictwie, zapewniały zgodność z zasadą sku-

³⁰ Zob. P. Hofmański, A. Wróbel, [w:] Garlicki L. (red.), *Konwencja o Ochronie Praw Człowieka i Podstawowych Wolności. Tom I. Komentarz do artykułów 1-18*, Warszawa 2010, komentarz do art. 6.

³¹ Zob. niezależna grupa ekspertów wysokiego szczebla do spraw sztucznej inteligencji powołana przez Komisję Europejską w czerwcu 2018 r., *Wytyczne w zakresie etyki dotyczące godnej zaufania sztucznej inteligencji*, 8 kwietnia 2019 r., <https://digital-strategy.ec.europa.eu/en/library/ethics-guidelines-trustworthy-ai> [dostęp: 20.11.2021].

³² Szerzej na temat idei zaufania do sztucznej inteligencji, zob. S. Thiebes, S. Lins, A. Sunyaev, *Trustworthy artificial intelligence*, „Electronic Markets” 2021, t. 31, nr 2, s. 447-464.

³³ Zob. *Wytyczne w zakresie etyki dotyczące godnej zaufania sztucznej inteligencji...*, s. 8-9.

³⁴ Zob. *ibidem*, s. 47.

³⁵ Zob. M. Safjan, *Prawo do skutecznej ochrony sądowej – refleksje dotyczące wyroku TSUE z 19.11.2019 r. w sprawach połączonych C-585/18, C-624/18, C 625/18*, „Palestra” 2020, nr 5, s. 5-29.

tecznej ochrony sądowej. W przeciwnym wypadku ochrona praw podstawowych może być utrudniona lub nawet niemożliwa.

Po *Wytycznych* następnym krokiem w strategii Komisji Europejskiej na temat rozwoju i regulacji sztucznej inteligencji jest *Biała Księga w sprawie sztucznej inteligencji. Europejskie podejście do doskonałości i zaufania (Biała Księga)*, opublikowana 19 lutego 2020 r.³⁶ Komisja w ślad za grupą ekspertów ponownie zwraca w tym dokumencie szczególną uwagę na zaufanie społeczeństwa do systemów sztucznej inteligencji, wymieniając brak zaufania, obok braku inwestycji i umiejętności, jako jeden z głównych czynników powstrzymujących upowszechnianie sztucznej inteligencji³⁷.

W *Białej Księdze* Komisja po raz pierwszy porusza także temat praw podstawowych, dla ochrony których potencjalnie niebezpieczne jest wykorzystanie sztucznej inteligencji. Komisja wskazuje na prawo do rzetelnego procesu, czyli element zasady skutecznej ochrony sądowej, podkreślając jednocześnie, że w związku z rozwojem technologicznym i poszerzającym się wykorzystaniem systemów sztucznej inteligencji coraz częściej będą miały miejsce sytuacje, w których zarówno osoby fizyczne, jak i prawne będą podlegać działaniom takich systemów. Wynika z tego coraz poważniejsza potrzeba utworzenia ram legislacyjnych, które zapewnią m.in. skuteczną ochronę i egzekwowanie prawa³⁸.

Biała Księga wskazuje na niezwykle istotny zwrot w podejściu Komisji do problematyki regulacji prawnych dotyczących sztucznej inteligencji. Zasady etyczne i postulat godnej zaufania sztucznej inteligencji stanowią dla Komisji drogowskazy, którymi należy się kierować podczas tworzenia regulacji prawnych, ale jednocześnie pojawia się idea oparcia proponowanych przepisów na analizie ryzyka. Komisja wskazuje, że wykorzystanie analizy ryzyka pozwoli na stworzenie regulacji prawnych proporcjonalnych do zagrożeń stwarzanych przez różne sposoby wykorzystania systemów sztucznej inteligencji. Projektowana kategoria sztucznej inteligencji wysokiego ryzyka oparta jest na dwóch kryteriach.

Pierwszym kryterium jest wykorzystanie systemu sztucznej inteligencji w sektorach, w których zazwyczaj podejmowane działania charakteryzują się możliwością wystąpienia znaczącego ryzyka. Komisja postuluje stworzenie wykazu takich sektorów i okresowe poddawanie go przeglądowi i aktualizacji w celu dostosowania do szybkiego tempa rozwoju technologicznego³⁹.

³⁶ Zob. Komisja Europejska, *Biała Księga w sprawie sztucznej inteligencji, Europejskie podejście do doskonałości i zaufania*, Bruksela, 19 lutego 2020 r., COM/2020/65.

³⁷ *Ibidem*, s. 10.

³⁸ *Ibidem*, s. 13.

³⁹ W treści *Białej Księgi* Komisja podaje przykłady sektorów spełniających pierwsze kryterium: opieka zdrowotna, transport, energetyka, polityka azylowa, sądownictwo, zabezpieczenie społeczne.

Drugie kryterium odnosi się do konkretnego zastosowania systemów sztucznej inteligencji w ramach tych sektorów. Nie wszystkie sposoby wykorzystania SI wiążą się bowiem z wysokim ryzykiem właściwym dla sektora. Treść *Białej Księgi* wskazuje między innymi na zastosowania SI, wywierające skutki prawne lub podobnie istotne skutki w odniesieniu do praw jednostki lub przedsiębiorstwa⁴⁰. Systemy SI, których działanie nie ma wystarczająco doniosłego wpływu na osoby dotknięte tym działaniem, nie mogą zostać uznane za systemy wysokiego ryzyka.

W ramach konsultacji społecznych, którym poddana została *Biała Księga*, stanowiło wyrażała Rada Adwokatur i Stowarzyszeń Prawniczych Europy (CCBE). CCBE zwróciła uwagę na problem zastosowania systemów sztucznej inteligencji w sądownictwie, wskazując na szereg problemów i zagrożeń oraz zaproponowała rozwiązania mające na celu przeciwdziałanie tym zagrożeniom⁴¹.

CCBE postuluje między innymi ustanowienie obowiązku informowania stron i uczestników postępowania o każdym użyciu systemu sztucznej inteligencji mającym wpływ na proces rozstrzygania sprawy. W kontekście zgodności z zasadą skutecznej ochrony sądowej taka regulacja prowadzić może do znacznego zwiększenia przejrzystości zastosowań systemów SI w sądownictwie i przez to zapobiegać potencjalnym naruszeniom prawa do uzyskania uzasadnienia orzeczenia i prawa do sprawiedliwego rozpatrzenia sprawy. W porównaniu do postulatów wypracowanych przez grupę ekspertów i Komisję rozwiązania proponowane przez CCBE są konkretne i odpowiadają na realne zagrożenia charakterystyczne dla sądownictwa.

Również Rada Europy pracuje nad strategią utworzenia ram prawnych regulujących sztuczną inteligencję. Prace te, w przeciwieństwie do dokumentów publikowanych przez organy UE, nie dotyczą jednak sztucznej inteligencji ogólnie, ale skupiają się właśnie na zastosowaniu systemów sztucznej inteligencji w sądownictwie. Europejska Komisja na rzecz Efektywnego Wymiaru Sprawiedliwości (CEPEJ) w grudniu 2018 r. opublikowała *Ethical Charter on the Use of Artificial Intelligence in Judicial Systems and their environment*. Dokument ten przedstawia pięć zasad, których przestrzeganie jest konieczne do prawidłowego funkcjonowania systemów sztucznej inteligencji w sądownictwie: poszanowanie praw podstawowych, zakaz dyskryminacji, jakość i bezpieczeństwo, przejrzystość i obiektywność oraz nadzór użytkownika⁴².

⁴⁰ Zob. *Biała Księga*, s. 19-21.

⁴¹ Zob. Rada Adwokatur i Stowarzyszeń Prawniczych Europy, *CCBE Response to the consultation on the European Commission's White Paper on Artificial Intelligence*, 5 czerwca 2020 r., s. 6-7, <https://www.ccbe.eu/documents/position-papers/> [dostęp: 20.11.2021].

⁴² Zob. European Commission for the Efficiency of Justice, *European Ethical Charter on the Use of Artificial Intelligence in Judicial Systems and their Environment*, 4 grudnia 2018 r., s. 7.

Różnice pomiędzy *Wytycznymi* i *Białą Księgą* a *Ethical Charter* prowadzą do wniosku, że w celu zagwarantowania najwyższego poziomu ochrony praw podstawowych, a przez to także zgodności z zasadą skutecznej ochrony sądowej, konieczne może być przyjęcie przez organy ustawodawcze UE aktów prawnych regulujących w sposób konkretny zastosowanie systemów sztucznej inteligencji w sądownictwie, a nie tylko ogólnych, horyzontalnych rozwiązań dotyczących wszelkich możliwych zastosowań sztucznej inteligencji.

4. Proponowany akt w sprawie sztucznej inteligencji

Skutkiem omówionych powyżej prac jest przedłożony 21 kwietnia 2021 r. projekt Aktu w sprawie sztucznej inteligencji. Po rozpatrzeniu wszystkich odpowiedzi uzyskanych w ramach konsultacji społecznych i przeprowadzeniu oceny pod kątem skutków gospodarczych i społecznych możliwych wariantów regulacji Komisja przedstawiła projekt horyzontalnego instrumentu legislacyjnego UE, uwzględniającego proporcjonalne podejście oparte na analizie ryzyka, uzupełniony o kodeksy postępowania dotyczące systemów sztucznej inteligencji, które nie są obciążone wysokim ryzykiem⁴³.

Komisja nie podjęła postulowanej np. przez CCBE pracy nad rozwiązaniami sektorowymi, które mogłyby być lepiej dostosowane do konkretnych zagrożeń związanych z wykorzystaniem systemów sztucznej inteligencji w różnych sferach, ale przedstawiła projekt rozporządzenia ustanawiającego wymogi dotyczące wszystkich systemów sztucznej inteligencji. Podjęto także decyzję o powiększeniu zapowiadanej początkowo liczby kategorii ryzyka z dwóch do czterech: niedopuszczalne ryzyko, wysokie ryzyko, ograniczone ryzyko i minimalne ryzyko.

Powstanie kategorii systemów sztucznej inteligencji niedopuszczalnego ryzyka, których użytek jest całkowicie zakazany, otwiera drogę do wprowadzenia zakazu zastosowania niektórych rodzajów systemów sztucznej inteligencji również w sądownictwie. Zakaz taki może okazać się w przyszłości konieczny do zapewnienia zgodności z zasadą skutecznej ochrony sądowej, zwłaszcza biorąc pod uwagę szybki rozwój technologiczny w zakresie przewidywania treści orzeczeń sądowych przez systemy sztucznej inteligencji⁴⁴.

Sprzeciw wśród komentatorów wzbudza jednak niemal nieistniejąca regulacja systemów sztucznej inteligencji ograniczonego i minimalnego ryzyka. W przypadku ryzyka ograniczonego jedynym proponowanym wymogiem, jaki musiałby spełnić system SI, jest obowiązek informowania użytkownika lub odbiorcy, że stosowane systemy (*chatboty* lub programy wykorzystujące technologię *deepfake*) są systemami sztucznej inteli-

⁴³ Zob. AIA, s. 11.

⁴⁴ Zob. N. Aletras, D. Tsarapatsanis, D. Preotiuc-Pietro, V. Lampos, *op. cit.*

gencji. Systemy ryzyka minimalnego nie są obejmowane żadnymi wymogami. Nie da się jednak wykluczyć, że systemy obecnie zaliczane wstępnie do kategorii ograniczonego lub minimalnego ryzyka mogą po wprowadzeniu na rynek lub udostępnieniu do użytku okazać się niebezpieczne dla zdrowia lub ochrony praw podstawowych⁴⁵.

Niezwykle istotne dla stosowania proponowanych przepisów jest nadanie AIA formy rozporządzenia, a nie dyrektywy. Zgodnie z przepisem art. 288 TFUE rozporządzenie wiąże w całości i jest bezpośrednio stosowane. TSUE, m.in. w wyroku w sprawie *Politi*, zaznaczył, że chodzi o pełny skutek bezpośredni, wertykalny i horyzontalny⁴⁶. Obecnie, według najlepszej wiedzy autora, polski system prawny nie zawiera żadnych przepisów regulujących tworzenie i zastosowanie sztucznej inteligencji.

5. Kategoria systemów sztucznej inteligencji wysokiego ryzyka

Dominująca większość przepisów proponowanego rozporządzenia AIA dotyczy systemów sztucznej inteligencji wysokiego ryzyka. Przepisy art. 6 i art. 7 AIA definiują systemy wysokiego ryzyka poprzez odesłanie do list umieszczonych w załącznikach. Zgodnie z przepisem art. 6 AIA systemami sztucznej inteligencji wysokiego ryzyka są:

- „systemy sztucznej inteligencji przeznaczone do wykorzystywania jako związane z bezpieczeństwem elementy produktu objętego unijnym prawodawstwem harmonizacyjnym wymienionym w załączniku II lub będące takimi produktami, jeżeli jednocześnie produkt, którego elementem jest system sztucznej inteligencji lub sam system podlegają, na mocy tego prawodawstwa harmonizacyjnego, ocenie zgodności przeprowadzanej przez osobę trzecią w celu wprowadzenia go do obrotu lub oddania do użytku;
- systemy, o których mowa w załączniku III”.

Pierwsza grupa dotyczy wielu rodzajów produktów: zabawek, wyrobów medycznych, urządzeń linii kolejowych, pojazdów silnikowych, statków powietrznych itp., które są przedmiotem prawodawstwa unijnego stwarzającego ramy prawne dla ich certyfikacji i dopuszczania do obrotu⁴⁷. Propozycja AIA zapowiada nowelizację odpowiednich aktów harmonizujących w tych sektorach, w celu dołączenia również wymogów proponowanych w AIA. Druga grupa obejmuje natomiast listę 8 obszarów i specyficznych sposobów

⁴⁵ F. Reinhold, A. Muller, *Algorithm Watch's response to the European Commission's proposed regulation on Artificial Intelligence – A major steps with major gaps*, 22 kwietnia 2021 r., <https://algorithmwatch.org/en/response-to-eu-ai-regulation-proposal-2021/> [dostęp: 20.11.2021].

⁴⁶ Zob. wyrok Trybunału z dnia 14 grudnia 1971 r. w sprawie C-43/71 *Politi przeciwko Ministero delle finanze*, ECLI:EU:C:1971:122, pkt 9.

⁴⁷ Zob. Załącznik II do AIA.

wykorzystania systemów sztucznej inteligencji w tych obszarach. Jednym z tych obszarów są właśnie „sprawowanie wymiaru sprawiedliwości i procesy demokratyczne”⁴⁸.

Propozycja AIA zawiera w obszarze sprawowania wymiaru sprawiedliwości i procesów demokratycznych tylko jedną kategorię: systemy sztucznej inteligencji, które mają służyć organowi sądowemu pomocą w badaniu i interpretacji stanu faktycznego i przepisów prawa oraz w stosowaniu prawa do konkretnego stanu faktycznego⁴⁹. Przykład systemu e-Court i plan utworzenia sędziego-sztucznej inteligencji w Estonii wskazują natomiast, że wykorzystanie SI w sądownictwie rozwija się w kierunku wykraczającym znacząco poza służenie organowi sądowemu pomocą w procesie rozpatrywania sprawy.

Proponowany przez Komisję horyzontalny instrument legislacyjny, który ma regulować ogólnie zastosowanie systemów sztucznej inteligencji, wydaje się nakierowany bardziej na wzmocnienie regulacji sektorowych dotyczących bezpieczeństwa produktów niż na skuteczne zabezpieczenie sektora publicznego, w tym sądownictwa, przed potencjalnymi naruszeniami praw podstawowych. Przemawia za tym odwołanie się do długiej listy aktów prawnych UE, które mają na celu harmonizację prawa w odniesieniu do konkretnych rodzajów produktów. Także motywy AIA, w szczególności motyw 5, podkreślają, że proponowane rozporządzenie ma umożliwić rozwój, wykorzystanie i upowszechnienie SI na rynku wewnętrznym, a ochrona praw podstawowych wymienia jest tylko jako dodatkowy warunek mający wspierać funkcjonowanie rynku wewnętrznego.

6. Projektowane wymogi dotyczące systemów sztucznej inteligencji wysokiego ryzyka

Projekt AIA zawiera w przepisach art. 9-15 szereg wymogów, które musi spełnić system sztucznej inteligencji wysokiego ryzyka, aby zostać dopuszczony do obrotu lub użytku. Wymogi te wywiedzione zostały z *Wytycznych* oraz z *Białej Księgi*, a motywy AIA podkreślają ich znaczenie dla ograniczenia zagrożenia dla zdrowia, bezpieczeństwa i praw podstawowych. Większość przepisów tych artykułów rozpoczyna się od słów: „systemy sztucznej inteligencji wysokiego ryzyka projektuje się i opracowuje się w taki sposób, aby [...]”. Wskazuje to na obarczenie odpowiedzialnością za spełnienie tych wymogów twórców systemów SI wysokiego ryzyka. Potwierdza to treść przepisu art. 16 AIA, który jasno wskazuje, że zapewnienie zgodności z wymogami ustanawianymi przez AIA jest obowiązkiem dostawców systemów. „Dostawca” jest pojęciem

⁴⁸ Zob. Załącznik III do AIA.

⁴⁹ Zob. *ibidem*.

normatywnym, zdefiniowanym w przepisie art. 2 AIA jako: „osoba fizyczna lub prawna, organ publiczny, agencja lub inny podmiot, które opracowują system sztucznej inteligencji lub zlecają jego opracowanie w celu wprowadzenia go do obrotu lub oddania go do użytku pod własną nazwą handlową lub własnym znakiem towarowym – odpłatnie lub nieodpłatnie”. W przypadku systemów tworzonych przez podmioty prywatne, przykładem czego może być amerykański system COMPAS, odpowiedzialność spoczywa na tych właśnie podmiotach, twórcach systemów. Jeżeli natomiast stworzenie systemu zostaje zlecone przez organ publiczny, to właśnie ten organ jest odpowiedzialny za zgodność takiego systemu z przepisami AIA⁵⁰.

Spełnienie wymogów proponowanych w projekcie AIA ma zapewnić bezpieczeństwo systemów sztucznej inteligencji wysokiego ryzyka. Nie ulega wątpliwości, że Komisja stara się zrealizować wszystkie postulaty opracowane we wcześniejszych dokumentach politycznych dotyczących sztucznej inteligencji. Szczególnie istotne dla ochrony praw podstawowych, w tym zasady skutecznej ochrony sądowej, są wymogi dotyczące jakości danych, bezpieczeństwa oraz transparentności funkcjonowania systemów SI.

Dane treningowe, walidacyjne i testowe są istotne w przypadku systemów SI stosowanych w sądownictwie. To na ich analizie opiera się przyszłe działanie systemu. Błędy i usterki obecne w tych zbiorach danych, np. powielony brak obiektywizmu lub tendencyjność, mogą bezpośrednio przełożyć się na wyniki pracy systemu po oddaniu do użytku. Najdonioślejszym zagrożeniem wynikającym z takich błędów jest naruszenie zasady bezstronności sędziowskiej. System SI powinien być jedynie narzędziem, ale jeżeli narzędzie to powielać będzie tendencje zawarte w danych treningowych, sędzia może, nawet nieświadomie, w ślad za systemem, również powielać takie tendencje w swoich orzeczeniach. Zapewnienie odpowiedniej kontroli danych i przeciwdziałanie wymienionym problemom minimalizuje ryzyko naruszenia praw podstawowych, ale zastrzeżenia zgłaszane między innymi przez Swedsoft wskazują, że konieczna może być zmiana brzmienia przepisu art. 10 AIA w celu lepszego oddania rzeczywistych możliwości technologicznych⁵¹.

W kontekście pozostałych wymienionych wcześniej potencjalnych naruszeń zasady skutecznej ochrony sądowej poprzez wykorzystanie systemów sztucznej inteligencji

⁵⁰ Zob. art. 8-15 AIA.

⁵¹ Komentarz do proponowanego AIA opublikowany przez organizację pozarządową Swedsoft wskazuje wyraźnie, że wymogi adekwatności, reprezentatywności, wolności od błędów i kompletności danych są nierealistyczne. Osiągnięcie takich perfekcyjnych danych jak dotąd się nie udało, pomimo prób podejmowanych przez projektantów systemów sztucznej inteligencji. Ponadto, nawet weryfikacja spełnienia tych wymogów przez zbiory danych, w poszukiwaniu potencjalnych naruszeń, może okazać się niemożliwa przed dopuszczeniem do obrotu lub udostępnieniem do użytku. Zob. Swedsoft, *Comments Regarding the European Commission's proposal for an Artificial Intelligence Act*, 24 czerwca 2021 r., s. 4, <https://www.swedsoft.se/en/2021/06/29/comments-regarding-the-artificial-intelligence-act/> [dostęp: 20.11.2021].

w sądownictwie należy wskazać, że wymogi proponowane przez Komisję zmierzają do wprowadzenia mechanizmów, które miałyby dużą szansę zapobiegać tym zagrożeniom, w szczególności w odniesieniu do braku transparentności i „efektu czarnej skrzynki”. Wymóg wprowadzenia funkcji rejestracji zdarzeń oraz wymóg przejrzystości pozwalają oczekiwać zapewnienia przez dostawcę, że użytkownik będzie w stanie poznać i zrozumieć procedury rządzące funkcjonowaniem systemu sztucznej inteligencji oraz zinterpretować wyniki ich pracy pod kątem przesłanek prowadzących do tych wyników. Przepis art. 12 ust. 4 określa szczegółowo minimalne wymogi funkcji rejestracji zdarzeń w odniesieniu do systemów SI wysokiego ryzyka wykorzystywanych do identyfikacji biometrycznej osób fizycznych w czasie rzeczywistym, ale dla pozostałych sektorów charakteryzujących się wysokim ryzykiem, wymienionych w załączniku III do AIA, minimalne wymogi nie zostały określone. Wskazano jedynie, że poziom identyfikowalności funkcjonowania systemu musi być odpowiedni do jego przeznaczenia. W przypadku zastosowania systemów SI w sądownictwie odpowiedni poziom powinien odpowiadać gwarancjom i obowiązkom wynikającym z praw podstawowych (w tym zasady skutecznej ochrony sądowej) oraz przepisów proceduralnych. Użycie w art. 12 ust. 2 sformułowania „odpowiedni do” jest jednym z podkreślanych w komentarzu organizacji Swedsoft przykładów niejasnego sformułowania wymogów, które mogą potencjalnie prowadzić do nadmiernego obciążania odpowiedzialnością podmiotów tworzących systemy SI⁵². Wprowadzenie funkcji rejestrowania zdarzeń poprzez umożliwienie identyfikacji funkcjonowania systemu, a co za tym idzie, lepszego poznania i zrozumienia jego działania, odpowiada między innymi na potencjalne zagrożenia naruszenia prawa do uzyskania uzasadnienia orzeczenia. Kreuje to bowiem dla użytkownika systemu (sędziego) narzędzie do wyjaśnienia przebiegu i efektu pracy systemu. Także zasady niezawisłości i bezstronności sędziowskiej znajdują dodatkowe zabezpieczenie w istnieniu rejestru zdarzeń. Wprowadzenie kryterium przejrzystości działania systemów SI i jego spełnienie pozwala bowiem dokładniej monitorować ich pracę i szybko wykrywać potencjalne elementy stanowiące zagrożenie dla niezawisłości i bezstronności sędziego korzystającego z pomocy systemu SI, np. brak obiektywności lub potencjalne zewnętrzne ataki.

Proponowany przez Komisję wymóg nadzoru ze strony człowieka obejmuje możliwość podjęcia decyzji o zaniechaniu użycia systemu sztucznej inteligencji, przerwaniu już podjętej przez system pracy, a także „ręczną” zmianę lub odwrócenie wyniku tej pracy. Szczególnie możliwość podjęcia decyzji o nieużywaniu systemów SI jest istotna, ponieważ wskazuje, że działanie systemu sztucznej inteligencji powinno być jedynie fakultatywną możliwością, a nie koniecznością. W kontekście sądownictwa oznacza to,

⁵² *Ibidem*, s. 7.

że sprawy zawsze muszą być rozpatrywane przez sędziego-człowieka, który musi mieć możliwość podjęcia decyzji o rozpatrzeniu sprawy wyłącznie na podstawie własnej wiedzy i umiejętności, bez wykorzystania sztucznej inteligencji. Zapewnia to dodatkową możliwość rezygnacji z zastosowania przez sędziów wskazówek dostarczanych przez systemy sztucznej inteligencji. Jednocześnie Komisja wskazuje, że środki służące sprawowaniu nadzoru nad systemami SI ze strony człowieka mają zapewnić sposobność monitorowania działalności systemu tak, aby można było szybko wykrywać nieprawidłowe funkcjonowanie i nieoczekiwane wyniki. Ponownie należy wskazać, że tak jak w przypadku ogólnie sformułowanego wymogu wprowadzenia funkcji rejestracji zdarzeń, tak i w proponowanych przepisach dotyczących wymogu nadzoru stopień konkretyzacji jest zbyt niski. Brak jest bowiem jakichkolwiek propozycji dotyczących obszaru sądownictwa, chociaż określono minimalne wymogi dla użytkowania systemów służących do zdalnej identyfikacji biometrycznej osób fizycznych.

Wymóg dokładności, solidności i cyberbezpieczeństwa zmierza do zapewnienia ochrony przed wpływami z zewnątrz, w tym ataków hakerskich i prób wpłynięcia na wyniki pracy systemu poprzez ingerowanie w zbiory danych wejściowych. Szczególnie istotne jest w tym zakresie postulowane w propozycji AIA wprowadzenie środków pozwalających na weryfikację integralności zbiorów danych treningowych i wejściowych. Wejście w życie przepisów AIA, w obecnym ich brzmieniu, może pozwolić na skuteczniejsze zapobieganie potencjalnym naruszeniom wymogów niezawisłości i bezstronności sędziowskiej, które mogą wystąpić jako efekt zewnętrznego wpływu na dane wprowadzane do systemów SI lub algorytmy, według których takie systemy funkcjonują. Sędzia w wykonywaniu swoich zadań musi być całkowicie niezależny od czynników zewnętrznych, a także wolny od uprzedzeń i stronniczości. Systemy SI wykorzystywane przez sędziów stanowią niewątpliwie czynnik zewnętrzny wobec nich. Gwarancja bezpieczeństwa tych systemów, w tym brak ukrytych celów oraz odporność na ataki z zewnątrz, jest konieczna do zapewnienia, że system pozostaje narzędziem i nie wpływa na sędziego w sposób, który może budzić uzasadnione wątpliwości co do jego niezawisłości. Przepis art. 15 AIA stanowi, że dostawcy systemów SI powinni wprowadzać nadmierne zabezpieczenia i rozwiązania techniczne mające służyć solidności tych systemów. Wymogi dokładności, solidności i cyberbezpieczeństwa są jednymi z nielicznych wymogów zawartych w AIA, które prawdopodobnie nie wymagają szczególnego dostosowania lub doszczegółowienia dla systemów SI wykorzystywanych w sądownictwie. Zagrożenia naruszenia zasady skutecznej ochrony sądowej w powyższej sferze, którym stara się przeciwdziałać ten przepis, są bardzo poważne, ale ich bezpośrednią przyczyną są kwestie czysto techniczne: bezpieczeństwo systemu i odporność na ataki z zewnątrz.

Czysto techniczne jest zatem także rozwiązanie tego problemu, ale prawo powinno przewidywać obowiązek spełnienia konkretnych kryteriów.

Oprócz zapewnienia zgodności systemów SI z wymogami sformułowanymi w AIA na dostawcach systemów spoczywają również inne obowiązki. W większości są to jednak obowiązki proceduralne związane z właściwym certyfikowaniem systemów SI oraz przeprowadzaniem kontroli zgodności z wymogami. W kontekście ochrony praw podstawowych, w tym zasady skutecznej ochrony sądowej, znaczenie mają trzy spośród pozostałych obowiązków dostawców. Przede wszystkim dostawca ma obowiązek sporządzać dokumentację techniczną swoich systemów SI. Taka dokumentacja jest przekazywana użytkownikowi celem spełnienia wymogu przejrzystości, a możliwość zaznajomienia się z nią jest jednym z elementów umożliwiających użytkownikowi lepsze zrozumienie funkcjonowania systemu SI. Podobną funkcję pełnią rejestry zdarzeń generowane z użyciem funkcji rejestrowania zdarzeń. Do obowiązków dostawcy należy przechowywanie tych rejestrów, jeżeli znajdują się one pod kontrolą dostawcy. Im lepiej użytkownik (sędzia) rozumie działanie systemu SI, tym lepiej może wyjaśnić, w jaki sposób system osiąga konkretne wyniki. Wzmacnia to gwarancje praw wynikających z zasady skutecznej ochrony sądowej, w szczególności prawa do uzyskania uzasadnienia orzeczenia. Trzecim obowiązkiem dostawców jest podejmowanie niezbędnych działań naprawczych, jeżeli system SI nie spełnia któregośkolwiek z wymogów zawartych w AIA. Nie ma to bezpośredniego związku z zasadą skutecznej ochrony sądowej, ale służy podtrzymaniu i umocnieniu ochrony wynikającej z wymogów proponowanych przez Komisję, w tym także przepisów, które w odniesieniu do systemów sztucznej inteligencji stosowanych w sądownictwie służą ochronie sprawnego funkcjonowania sądów⁵³.

Projekt AIA nakłada obowiązki również na użytkowników systemów sztucznej inteligencji wysokiego ryzyka. Wśród tych obowiązków najdonioślejsze znaczenie w kontekście zapobiegania naruszeniom zasady skutecznej ochrony sądowej ma zwłaszcza obowiązek zapewnienia adekwatności danych wejściowych, zgodnie z przeznaczeniem systemu, w granicach, w jakich użytkownik sprawuje kontrolę nad tymi danymi⁵⁴. Danymi wejściowymi w przypadku systemów SI wykorzystywanych w sądownictwie mogą być m.in. akta sprawy. Nadzór nad sposobem wprowadzenia tych danych do systemu, ich integralnością i autentycznością służy zagwarantowaniu prawa do sprawiedliwego rozpatrzenia sprawy, poprzez zapewnienie poprawności pracy systemów SI, a co za tym idzie także rzetelności całości postępowania. Dodatkowo, każdorazowa kontrola wprowadzanych danych służy również minimalizacji ryzyka powielania potencjalnej tendencyjności lub innych usterek w tych danych, uzupełniając ochronę wymogu bezstronności sędziowskiej.

⁵³ Zob. art. 16-24 AIA.

⁵⁴ Zob. art. 29 AIA.

7. Podsumowanie

Proponowane w AIA wymogi i obowiązki, w kontekście opisanych w niniejszym artykule problemów, pozwalają zapobiegać w szczególności zagrożeniom naruszenia zasady skutecznej ochrony sądowej związanym z zabezpieczeniem systemów sztucznej inteligencji przed wpływem zewnętrznym, w tym również atakiem hakerskim, a także przed potencjalną manipulacją danymi wejściowymi. Również postulat spełnienia szczególnych wymogów przez dane wykorzystywane podczas projektowania i testowania systemu sztucznej inteligencji pozwala liczyć na wyższy stopień wczesnego wykrywania problemów wynikających z potencjalnego braku obiektywizmu w zbiorach danych, co służy m.in. minimalizacji ryzyka naruszenia wymogu bezstronności sędziowskiej. Niestety, zgłaszane przez organizacje pozarządowe trudności związane z osiągnięciem wymaganego przepisami AIA poziomu doskonałości danych budzą wątpliwości co do rzeczywistej możliwości realizacji tych propozycji.

Zagrożenie braku transparentności procesów decyzyjnych podejmowanych przez systemy sztucznej inteligencji, którego efektem może być naruszenie prawa do uzasadnionego orzeczenia, minimalizowane jest poprzez wprowadzenie wymogów tworzenia szczegółowej specyfikacji technicznej oraz funkcji rejestrowania zdarzeń. Do ich spełnienia konieczne będzie podniesienie poziomu wiedzy użytkowników systemów SI (sędziów) na temat działania tych systemów. Efektem zwiększonej wiedzy powinna być umiejętność adekwatnego wyjaśnienia efektów pracy systemów SI, co zmniejszy zagrożenie wystąpienia „efektu czarnej skrzynki”. Nie jest to jednak rozwiązanie dopasowane do wykorzystania systemów sztucznej inteligencji w sądownictwie.

Powyższe uzasadnia stwierdzenie, że w pracach Komisji nad utworzeniem ram prawnych regulujących sztuczną inteligencję zauważalna jest tendencja do tworzenia przepisów mających możliwie uniwersalny charakter. Nie można wykluczyć, że takie przepisy w połączeniu z aktami prawa Unii Europejskiej harmonizującymi konkretne sektory rynku wewnętrznego będą wystarczające do zapewnienia skutecznego zapobiegania zagrożeniom dla życia, zdrowia i praw podstawowych w tych sektorach. Sądownictwo jest jednak obszarem odmiennym, ponieważ użycie jakiegokolwiek systemu do administrowania pracą sądów, wspierania procesu rozstrzygania spraw przez sędziów, a nawet potencjalnie do rozstrzygania spraw zamiast sędziów musi być zgodne z szeregiem praw i wymogów, których rolą jest zapewnienie skutecznego funkcjonowania całego wymiaru sprawiedliwości – wykonywania władzy sądowniczej. W mojej ocenie postulowane przez CCBE i zgodne ze stanowiskiem CEPEJ rozwiązanie sektorowe, zaprojektowane specyficznie dla potrzeb wykorzystania systemów sztucznej inteligencji w sądownictwie, jest konieczne do osiągnięcia celów sformułowanych w *Wytocznych* i umożliwienia pełnego wykorzystania potencjału technologii sztucznej inteligencji,

przy jednoczesnym zagwarantowaniu efektywnej ochrony praw podstawowych, czego nieodłącznym elementem jest zgodność z zasadą skutecznej ochrony sądowej.

Bibliografia

Akty prawne

- Karta praw podstawowych Unii Europejskiej, Dz. Urz. UE C 326/391 z 26.10.2012 r.
Konwencja o ochronie praw człowieka i podstawowych wolności, Dz. U. z 1993 r. Nr 61, poz. 284.
Traktat o funkcjonowaniu Unii Europejskiej, Dz. Urz. UE C 326/47 z 26.10.2012 r.

Orzecznictwo sądowe

- Wyrok ETPC z dnia 28 czerwca 1984 r. w sprawie *Campbell i Fell przeciwko Zjednoczonemu Królestwu*, skargi nr 7819/77 i 7878/77.
Wyrok ETPC z dnia 22 października 1984 r. w sprawie *Sramek przeciwko Austrii*, skarga nr 8790/79.
Wyrok ETPC z dnia 30 listopada 1987 r. w sprawie *H. przeciwko Belgii*, skarga nr 8950/80.
Wyrok Trybunału z dnia 14 grudnia 1971 r. w sprawie C-43/71 *Politi przeciwko Ministero delle finanze*, ECLI:EU:C:1971:122.
Wyrok Trybunału z dnia 13 marca 2007 r. w sprawie C-432/05 *Unibet (London) Ltd i Unibet (International) Ltd przeciwko Justitiekanslern*, ECLI:EU:C:2007:163.
Wyrok Trybunału z dnia 6 września 2012 r. w sprawie C-619/10 *Trade Agency Ltd przeciwko Seramico Investments Ltd*, ECLI:EU:C:2012:531.
Wyrok Sądu Najwyższego Stanu Wisconsin z 13 lipca 2016 r. w sprawie *State przeciwko Loomis*, sygn. 881 N.W.2d 749 (2016).

Literatura

- Aletras N., Tsarapatsanis D., Preotiuc-Pietro D., Lampos V., *Predicting judicial decisions of the European Court of Human Rights: a Natural Language Processing perspective*, "PeerJ Computer Science" 2016, t. 93, nr 2.
Angwin J., Larson J., Mattu S., Kirchner L., *Machine Bias. There's a software used across the country to predict future criminals. And it's biased against blacks*, "ProPublica", 23 maja 2016 r., <https://www.propublica.org/article/machine-bias-risk-assessments-in-criminal-sentencing>.
Dede G., Hamon R., Junklewitz H., Naydenov R., Malatras A., Sanchez M., *Cybersecurity challenges in the uptake of Artificial Intelligence in Autonomous Driving*, Publications Office of the European Union, Luxembourg 2021.
Flores A., Lowenkamp C., Bechtel K., *False Positives, False Negatives, and False Analyses: A Rejoinder to "Machine Bias: There's Software Used Across the Country to Predict Future Criminals. And it's Biased Against Blacks"*, "Federal Probation Journal" 2016, t. 80, nr 2.
Garlicki L. (red.), *Konwencja o Ochronie Praw Człowieka i Podstawowych Wolności. Tom I. Komentarz do artykułów 1-18*, Warszawa 2010.
Letteron R., *Digital access to the law*, "Digital Issues of Les Annales des Mines" 2018, nr 3.

- Metz C., *The Sadness and Beauty of Watching Google's AI Play Go*, "Wired", 3 listopada 2016 r., <https://www.wired.com/2016/03/sadness-beauty-watching-googles-ai-play-go/>.
- Morison J., Harkens A., *Re-engineering justice? Robot judges, computerised courts and (semi) automated legal decision-making*, Queen's University Belfast, "Legal Studies" 2019, t. 39, nr 4.
- Nakad-Weststrate H., Jongbloed T., van der Herik H., Salem A., *Digitally Produced Judgements in Modern Court Proceedings*, "International Journal of Digital Society" 2015, nr 4.
- Rahman F., *COMPAS Case Study: Fairness of a Machine Learning Model*, "Towards Data Science", 7 września 2020 r., <https://towardsdatascience.com/compas-case-study-fairness-of-a-machine-learning-model-f0f804108751>.
- Russel S., Norvig P., *Artificial Intelligence: a modern approach*, Berkeley 1994.
- Safjan M., *Prawo do skutecznej ochrony sądowej – refleksje dotyczące wyroku TSUE z 19.11.2019 r. w sprawach połączonych C-585/18, C-624/18, C 625/18*, „Palestra” 2020, nr 5.
- Thiebes S., Lins S., Sunyaev A., *Trustworthy artificial intelligence*, "Electronic Markets" 2021, t. 31, nr 2.

Inne

- AlgorithmWatch, *Automating Society Report 2019*, 1 stycznia 2019 r., <https://algorithmwatch.org/en/automating-society/>.
- Europejska Komisja na rzecz skutecznego wymiaru sprawiedliwości, *European ethical Charter on the use of Artificial Intelligence in judicial systems and their environment*, przyjęta w Strasbourgu 4 grudnia 2018 r.
- Grupa Ekspertów Wysokiego Szczebla ds. Sztucznej Inteligencji powołana przez Komisję Europejską w czerwcu 2018 r., *Wytoczne w zakresie etyki dotyczące godnej zaufania sztucznej inteligencji*, opublikowane 10 kwietnia 2019 r.
- Komisja Europejska, *Biała Księga w sprawie sztucznej inteligencji – Europejskie podejście do doskonałości i zaufania*, Bruksela 19 lutego 2020 r., COM/2020/65 final.
- Opinia nr 11 Rady Konsultacyjnej Sędziów Europejskich (CCJE) w sprawie jakości orzecznictwa, 18 grudnia 2008 r., <https://www.coe.int/en/web/ccje/opinion-n-11-on-the-quality-of-judicial-decisions>.
- Predictive justice: when algorithms pervade the law*, "Paris Innovation Review" 2017, nr 9, <http://parisinnovationreview.com/articles-en/predictive-justice-when-algorithms-pervade-the-law>.
- Rada Adwokatur i Stowarzyszeń Prawniczych Europy, *CCBE Response to the consultation on the European Commission's White Paper on Artificial Intelligence*, 5 czerwca 2020 r., <https://www.ccbe.eu/documents/position-papers/>.
- Reinhold F., Muller A., *AlgorithmWatch's response to the European Commission's proposed regulation on Artificial Intelligence – A major steps with major gaps*, 22 kwietnia 2021 r., <https://algorithmwatch.org/en/response-to-eu-ai-regulation-proposal-2021/>.
- Swedsoft, *Comments Regarding the European Commission's proposal for an Artificial Intelligence Act*, 24 czerwca 2021 r., <https://www.swedsoft.se/en/2021/06/29/comments-regarding-the-artificial-intelligence-act/>.
- Wniosek Komisji Europejskiej dotyczący rozporządzenia Parlamentu Europejskiego i Rady ustanawiającego zharmonizowane przepisy dotyczące sztucznej inteligencji (akt w sprawie sztucznej inteligencji) i zmieniającego niektóre akty ustawodawcze Unii, Bruksela 21 kwietnia 2021 r., COM/2021/206 final.

Źródła internetowe

Dane na temat „e-demokracji” i internetowego głosowania w wyborach powszechnych w Estonii, <https://e-estonia.com/solutions/e-governance/i-voting/>.

Skan formularza z pytaniami używanego do oceny ryzyka przez program COMPAS, <https://www.documentcloud.org/documents/2702103-Sample-Risk-Assessment-COMPAS-CORE.html>.

Różne definicje sztucznej inteligencji, <https://www.sztucznainteligencja.org.pl/definicja/sztuczna-inteligencja/>.

Łukasz Bielski

Uniwersytet Warszawski

Wydział Prawa i Administracji

ORCID: [0000-0002-6251-2365](https://orcid.org/0000-0002-6251-2365)

Problematyka dopuszczalności uboju rytualnego zwierząt w prawie Unii Europejskiej

The Issue of Admissibility of Ritual Slaughter in EU Law

Streszczenie

Artykuł przedstawia ubój rytualny zwierząt jako przejaw wolności sumienia i wyznania, który jest częściowo uregulowany w prawie Unii Europejskiej. Praktyka ta stanowi wielowiekową tradycję judaizmu i islamu polegającą na przecięciu tętnicy szyjnej zwierzęcia bez wcześniejszego ogłuszenia, w celu pozyskania mięsa koszernego/*halal*. Analizie poddano prawo pierwotne i wtórne Unii Europejskiej na tle relewantnego orzecznictwa Trybunału Sprawiedliwości oraz Europejskiego Trybunału Praw Człowieka. Głównym wnioskiem wynikającym z analizy jest stwierdzenie istnienia znaczącego marginesu uznania państw członkowskich w omawianym zakresie, a tym samym ograniczanie i zakazywanie uboju rytualnego pozostaje w zgodzie z prawem Unii Europejskiej.

Słowa kluczowe

religia, judaizm, islam, ubój, mięso, koszerność, *halal*

Abstract

The article presents the issue of ritual slaughter of animals as a manifestation of the freedom of conscience and religion, which is partially regulated in the law of the European Union. This practice is a centuries-old tradition of Judaism and Islam in which the carotid artery of an animal is cut without prior stunning in order to obtain kosher/*halal* meat. In this paper, the primary and secondary law of the European Union was analysed in the light of the relevant jurisprudence of the Court of Justice and the European Court of Human Rights. The main conclusion of the analysis is that there is a significant margin of appreciation of the Member States in this respect, and thus the limitation and prohibition of ritual slaughter is in line with European Union law.

Keywords

Religion, Judaism, Islam, slaughter, meat, kosher, *halal*

1. Wprowadzenie

Ubój rytualny jest szczególną metodą zabijania zwierząt, wymaganą przez doktryny religijne judaizmu i islamu. W obu religiach polega on na przecięciu tętnicy szyjnej

zwierzęcia bez wcześniejszego ogłuszenia. Praktyka ta, sięgająca swymi korzeniami czasów starożytności, ma wielowiekową tradycję we wszystkich państwach europejskich, w których kiedykolwiek osiedlili się wyznawcy judaizmu i islamu. Rytualna metoda uboju zwierząt budzi liczne kontrowersje, wyrażane zarówno przez środowiska liberalne, jak i konserwatywne w poszczególnych państwach członkowskich. Przedmiotem krytyki jest narażenie zwierząt na dodatkowy ból i cierpienie związane z ich zabijaniem w stanie pełnej świadomości, który trwa przez pewien czas po dokonaniu cięcia. W związku z powyższym w nielicznych państwach członkowskich wprowadzono zakaz wykonywania uboju rytualnego zwierząt. Jednocześnie postulat wprowadzenia zakazu lub znacznego ograniczenia wykonywania uboju rytualnego jest krytykowany jako potencjalne zagrożenie dla wolności sumienia i wyznania.

Niniejszy artykuł jest próbą zbadania, czy i w jakim zakresie dopuszczalne jest zakazanie stosowania uboju rytualnego w państwach członkowskich Unii Europejskiej. Niezbędne jest również ustalenie, czy w świetle prawa Unii Europejskiej swoboda pożytkowania i spożywania mięsa pochodzącego z uboju rytualnego obejmuje również prawo do przeprowadzania takiej metody uboju przez lokalne wspólnoty wyznaniowe w danym państwie członkowskim. Tym samym, czy zmuszenie członków lokalnych wspólnot wyznaniowych do zaspokajania zapotrzebowania na mięso koszerne/*halal* wyłącznie poprzez wewnątrzwspólnotowe nabycie towarów lub import z państw trzecich jest zgodne z prawem Unii.

2. Praktyka uboju rytualnego jako przejaw wolności sumienia i wyznania

We współczesnej doktrynie praw człowieka przyjmuje się, że wolność sumienia to prawnie usankcjonowana możliwość publicznego wyrzeczenia się dowolnych przekonań, religijnych lub areligijnych, w tym możliwość podjęcia walki z dowolnymi poglądami w ramach obowiązującego prawa¹. W literaturze polskiej przyjęło się, że wolność sumienia obejmuje uprawnienie do swobodnego wyboru, kształtowania oraz zmiany światopoglądu². Ze światopoglądu jednostki wypływają nakazy sumienia, którymi kieruje się ona w swoim życiu. Źródłem światopoglądu może być wybrana religia lub inne niereligijne przekonania. Mogą one składać się na pewien złożony system poglądów na temat otaczającego świata lub stanowić tzw. *single-issue beliefs*, takie jak wege-

¹ D. Avon, *Liberté de conscience: histoire d'une notion et d'un droit*, „Annuaire de l'École Pratique des Hautes Études” 2017, vol. 124, s. 340.

² M. Pietrzak, *Prawo wyznaniowe*, Warszawa 2013, s. 22.

tarianizm lub pacyfizm³. Z kolei wolność wyznania obejmuje uprawnienie do uzewnętrzniania i manifestowania swoich poglądów i przekonań w sprawach religii.

Działania człowieka w ramach realizacji wolności sumienia i wyznania mogą mieć charakter przeżyć wewnętrznych i zewnętrznych. Należy zauważyć, że jedynie działania o charakterze zewnętrznym, prawnie określone, mogą być przedmiotem ochrony i ograniczeń ze strony prawodawcy⁴. Wszystko to, co ma miejsce w wewnętrznej sferze ludzkiego sumienia, nie jest chronione ani ograniczane. Nieuzewnętrzniona myśl znajduje się bowiem w sferze prawnie nieregulowanej⁵.

Dokonywanie uboju rytualnego oraz spożywanie mięsa z niego pochodzącego są przejawem korzystania z wolności sumienia i wyznania. Podporządkowanie się nakazom religijnym w kwestiach żywienia może również polegać na niespożywaniu pewnej kategorii produktów, spożywaniu ich o określonej porze dnia lub roku, powstrzymywaniu się od przyjmowania posiłków w ogóle lub na specjalnym przygotowaniu produktów przed ich spożyciem. W praktyce jednak najwięcej kontrowersji wzbudza kwestia rytualnego zabijania zwierząt hodowlanych, którego próby ograniczenia miały miejsce już w XIX w.⁶

3. Ubój rytualny w doktrynach religijnych judaizmu i islamu

Rytualne zabijanie zwierząt w judaizmie i islamie ma wielowiekowe tradycje. W judaizmie wynika z nakazów starożytnego prawa religijnego (hebr. *halacha*), z którego wywodzi się zasady diety (*kaszrut*). W literaturze oraz orzecznictwie przyjęło się stosowanie pojęcia „koszerność”. Zasady koszerności określają dopuszczalne pokarmy, sposoby ich przygotowywania oraz czas, w którym można je spożywać. Normy te są ściśle określone oraz nie ulegają zmianie. Dotyczy to również zasad zabijania zwierząt hodowlanych. Należy zauważyć, że obowiązujące nakazy religijne są odzwierciedleniem stanu wiedzy istniejącego w czasach powstawania prawa religijnego. Żydowskie prawo uboju zwierząt (*szechita*) określa standardy dotyczące sposobu zabijania zwierząt oraz wymagania dla osób wykonujących te czynności. Osoba dokonująca prawnie skutecznego uboju rytualnego (*szochet*) musi być dorosłym mężczyzną, pobożnym Żydem,

³ E. Ellis, P. Watson, *EU Anti-Discrimination Law*, Oxford 2012, s. 36.

⁴ R. Paprzycki, *Prawna ochrona wolności sumienia i wyznania*, Warszawa 2015, s. 39.

⁵ M. Granat, *Granice wolności religijnej w społeczeństwie pluralistycznym*, [w:] J. Krukowski, O. Theissen (red.), *Kultura i prawo: materiały III Międzynarodowej Konferencji na temat „Religia i wolność religijna w Unii Europejskiej”*, Warszawa 2-4 września 2002, Lublin 2003, s. 175.

⁶ E. Tuora-Schwierskott, *Rytualny ubój zwierząt w świetle wolności sumienia i wyznania oraz zasady proporcjonalności w ustawodawstwie i orzecznictwie Niemiec, Szwajcarii i USA*, „Państwo i Prawo” 2016, nr 4, s. 65.

sprawnym intelektualnie i fizycznie oraz znającym prawo religijne dotyczące zwierząt⁷. Mięso pochodzące od takiego rzeźnika może otrzymać certyfikat rabinacki potwierdzający jego koszerność. Islamskim odpowiednikiem *szechity* jest *dhabihah* (arab.). Zarówno ubój rytualny oparty na zasadach Koranu, jak i metody jego przeprowadzania są zbieżne z tymi wynikającymi z zasad judaizmu. Istotną różnicą jest uznanie za dozwolone (*halal*) mięsa pochodzącego od rzeźników niewyznających islamu. Mogą nimi być wyznawcy chrześcijaństwa i judaizmu⁸.

Istotą problemu uboju rytualnego, tak w judaizmie, jak i w islamie, jest kwestia ogłuszenia zwierzęcia przed jego zabiciem oraz spuszczenie z niego wszelkiej krwi. Zgodnie z prawem religijnym, nie nadaje się do spożycia zwierzę chore, brutalnie zabite lub wykazujące jedną z siedemdziesięciu chorób wskazanych w Talmudzie⁹. Współcześnie poza państwem Izrael i państwami muzułmańskimi dokonuje się ogłuszenia zwierzęcia przed jego zabiciem. Ogłuszanie polega najczęściej na zastosowaniu mechanicznego aparatu bolcowego przebijającego kość czołową i uszkadzającego półkule mózgowe oraz znajdujące się w nich ośrodki czuciowe zwierzęcia¹⁰. W Unii Europejskiej, w zależności od gatunku zwierzęcia, stosuje się również ogłuszanie elektryczne elektrodami przyłożonymi do głowy lub w formie kąpieli wodnej, uduszenie w komorze gazowej lub miażdżenie całego ciała. W rozumieniu prawa religijnego zwierzę ogłuszone w jakikolwiek sposób jest traktowane jako uszkodzone i nienadające się do spożycia. Wskazane powyżej praktyki stanowią tzw. ogłuszenie nieodwracalne, po którego zastosowaniu zwierzę nie odzyska świadomości. W niektórych środowiskach muzułmańskich rozważana jest dopuszczalność tzw. odwracalnego ogłuszenia zwierząt przed dokonaniem uboju, które nie może powodować śmierci zwierzęcia¹¹. Jest to forma dążenia do pozbawienia zwierzęcia świadomości przy jednoczesnym nieuszkodzaniu jego organizmu.

Metoda dokonywania uboju rytualnego jest tożsama w judaizmie i islamie¹². Ubój przeprowadzany jest w ten sposób, że w pełni świadome zwierzę jest unieruchamiane, po czym dokonuje się jednokrotnego przecięcia przełyku i arterii w celu spuszczenia z ciała wszelkiej krwi. Zwierzę pozostaje świadome aż do momentu utraty przytomności wywołanej utratą znacznej ilości krwi. W związku z faktem, że pozbycie się krwi jest nakazem religijnym, wynikającym z zakazu jej spożywania, wykrwawienie zwierzęcia

⁷ P. Jędrzejewski, *Judaizm bez tajemnic*, Kraków 2012, s. 321.

⁸ M. Cebula, *Rytualny ubój zwierząt w kulturze Islamu. Od tradycji do nowoczesności*, [w:] M. Kotyczka (red.), *Śmierć zwierzęcia: współczesne zootanatologie*, Katowice 2014, s. 193.

⁹ H. Nussbaum, *Przewodnik judaistyczny obejmujący kurs literatury i religii*, Warszawa 1893, s. 235.

¹⁰ J. Szymborski, *Ubój rutynowy a rytualny. Podobieństwa i różnice*, „Życie Weterynaryjne” 2015, R. 90, nr 7, s. 470.

¹¹ F.A. Abdullah, G. Borilova, I. Steinhäuserova, *Halal Criteria Versus Conventional Slaughter Technology*, „Animals” 2019, vol. 9, issue 8, s. 4.

¹² J.A. Rovinsky, *The Cutting Edge: The Debate Over Regulation Of Ritual Slaughter In The Western World*, „California Western International Law Journal” 2014, vol. 45, no. 1, s. 83.

ma szczególne znaczenie. Proces ten wykorzystuje bicie serca zwierzęcia w chwili podcinania mu gardła do naturalnego wypompowania możliwie największej ilości krwi, a dla zwiększenia skuteczności zwierzę jest podwieszane głową do dołu.

Istotą sporu dotyczącego dopuszczalności uboju rytualnego jest kwestia cierpienia zwierząt. W stanowiskach związków wyznaniowych zainteresowanych przeprowadzaniem uboju można przeczytać, że jest to metoda sprawiająca możliwie najmniej cierpienia¹³. Takie twierdzenie, w świetle opisanej procedury, wydaje się być sprzeczne ze wskazaniami doświadczenia życiowego. Przemawia za tym aktualny stan nauki, zgodnie z którym czas między dokonaniem cięcia a utratą świadomości może trwać od 2 do nawet 15 minut¹⁴. Czas ten jest zależny od gatunku oraz stopnia rozwoju zwierzęcia.

Równie istotnym zagadnieniem, wynikającym z produkcji mięsa z uboju bez ogłuszenia, jest sprzedaż tego typu mięsa nieświadomym konsumentom. W przypadku krowy zabitej zgodnie z zasadami judaizmu tylko określone części jej zwłok nadają się do spożycia. Zakazane jest spożywanie nerwu kulszowego wraz ze wszystkim, co go otacza. Trudność w usuwaniu tej części prowadzi w praktyce do odrzucenia w całości tylnej części ciała krowy¹⁵. Z punktu widzenia uboju rytualnego stanowi więc odpad, w związku z czym takie mięso jest kierowane do regularnej sprzedaży, bez jakiegokolwiek oznaczenia co do sposobu zabicia zwierzęcia. Sednem kontrowersji jest to, że mięso pochodzące z uboju bez ogłuszenia nie jest oznakowane lub jest oznakowane w sposób nieczytelny dla przeciętnego konsumenta. Konsumenci wykazują rosnące zainteresowanie pochodzeniem kupowanego mięsa i warunków uboju zwierząt. Problem został zauważony przez Parlament i Radę w 2011 r. poprzez postulat przeprowadzenia badania na temat możliwości dostarczania konsumentom stosownych informacji na temat ogłuszania zwierząt¹⁶.

W związku z istniejącym sporem dotyczącym dopuszczalności uboju rytualnego w Europie należy zastanowić się nad możliwymi rozwiązaniami tego problemu oraz zbadać, które z tych rozwiązań mogą być uznane za zgodne z doktrynami judaizmu i islamu. Najczęściej przywoływaną propozycją jest wprowadzenie w porządku krajowym

¹³ Zob. *Oświadczenie Muzułmańskiego Związku Religijnego w RP z dnia 21.03.2013 r. w sprawie zakazu uboju rytualnego*, www.mzr.pl [dostęp: 18.04.2021]; *Rabin Schudrich: ubój rytualny to najbardziej humanitarna forma uboju*, www.kair.ekai.pl [dostęp: 18.04.2021].

¹⁴ C.M. Zoethout, *Ritual Slaughter and the Freedom of Religion: Some Reflections on a Stunning Matter*, „Human Rights Quarterly” 2013, vol. 35, no. 3, s. 656.

¹⁵ C. Sägerser, *Les débats autour de l'interdiction de l'abattage rituel*, „Courrier hebdomadaire du Centre de recherche et d'information socio-politiques” 2018/20, no. 2385, s. 6.

¹⁶ Rozporządzenie Parlamentu Europejskiego i Rady (UE) nr 1169/2011 z dnia 25 października 2011 r. w sprawie przekazywania konsumentom informacji na temat żywności, zmiany rozporządzeń Parlamentu Europejskiego i Rady (WE) nr 1924/2006 i (WE) nr 1925/2006 oraz uchylenia dyrektywy Komisji 87/250/EWG, dyrektywy Rady 90/496/EWG, dyrektywy Komisji 1999/10/WE, dyrektywy 2000/13/WE Parlamentu Europejskiego i Rady, dyrektyw Komisji 2002/67/WE i 2008/5/WE oraz rozporządzenia Komisji (WE) nr 608/2004, Dz. Urz. UE L 304/18 z 22.11.2011 r., motyw 50.

zakazu uboju bez ogłuszania z wyjątkiem dopuszczającym ubój rytualny na potrzeby krajowych związków wyznaniowych. To rozwiązanie nie narusza wolności sumienia i wyznania wyznawców judaizmu i islamu, lecz narusza interesy instytucji produkujących i certyfikujących mięso koszerne/*halal* przeznaczone na eksport.

Kolejnym rozwiązaniem może być wprowadzenie zakazu uboju bez ogłuszenia, podczas gdy zainteresowane związki wyznaniowe zdecydowałyby się na pozyskiwanie mięsa z uboju poprzedzonego tzw. ogłuszeniem odwracalnym. To rozwiązanie, akceptowalne dla postępowych środowisk muzułmańskich, jest niedopuszczalne dla zdecydowanej większości środowisk żydowskich¹⁷. Spośród różnych form wprowadzonego w życie lub projektowanego zakazu uboju rytualnego w Europie, nigdzie nie wprowadzono zakazu importu mięsa koszerne/*halal* z innych państw. Wydaje się to być minimalnym standardem ochrony mniejszości religijnych, pozwalającym na kultywowanie tradycji. Import takiego mięsa, poza kosztami ekologicznymi w postaci większego śladu węglowego, wiąże się jednak ze znacznie wyższą ceną dla potencjalnego konsumenta. Ponadto zainteresowane związki wyznaniowe uznają, że zmuszenie do importu mięsa nie jest rozwiązaniem satysfakcjonującym, ponieważ sam fakt prowadzenia samodzielnego uboju na zamieszkiwanym terytorium jest ważną częścią tradycji religijnej¹⁸.

4. Dobrostan zwierząt poddawanych ubojowi rytualnemu w prawie UE

Dobrostan zwierząt (fr. *bien-être des animaux*, ang. *welfare requirements of animals*) jest pojęciem wywodzącym się z art. 13 TFUE¹⁹. Zgodnie z jego dyspozycją, przy formułowaniu i wykonywaniu polityki rolnej, rybołówstwa i transportu Unii, Unia i państwa członkowskie w pełni uwzględniają wymagania w zakresie dobrostanu zwierząt jako istot zdolnych do odczuwania, przy równoczesnym przestrzeganiu krajowych przepisów oraz zwyczajów związanych m.in. z obyczajami religijnymi i tradycjami kulturowymi.

W literaturze zauważa się ewolucję, jaka wiąże się z pojęciem dobrostanu zwierząt. Początkowo było to zagadnienie należące wyłącznie do dziedziny nauk rolniczych, a w jej ramach do zootechniki i weterynarii, podczas gdy obecnie dobrostan zwierząt jest postrzegany jako zagadnienie transdyscyplinarne, będące obiektem badań również dla nauk społecznych²⁰. Uzasadnione wydaje się twierdzenie, że kwestia prawnego statusu zwierząt na każdym etapie życia i śmierci jest problemem społecznym. Hodowla i ubój

¹⁷ M.S. Chandia, J. Mei, *The Variations in Religious and Legal Understandings on Halal Slaughter*, „British Food Journal” 2018, vol. 120, no. 3, s. 726.

¹⁸ Zob. P. Lerner, A.M. Rabello, *The Prohibition of Ritual Slaughtering (Kosher Shechita and Halal) and Freedom of Religion of Minorities*, „Journal of Law and Religion” 2006/2007, vol. 22, no. 1, s. 57-60.

¹⁹ Traktat o funkcjonowaniu Unii Europejskiej, Dz. Urz. UE C 202 z 7.06.2016 r.

²⁰ I. Veissier, M. Miele, *Petite histoire de l'étude du bien-être animal: comment cet objet sociétal est devenu un objet scientifique transdisciplinaire*, „INRA Productions Animales” 2015, vol. 28(5), s. 399.

zwierząt mają znaczący – a niekiedy wręcz destrukcyjny – wpływ na społeczeństwo i środowisko naturalne w Unii Europejskiej. Z tego względu polityka Unii i przyjmowane przez nią instrumenty prawne w zakresie ochrony zwierząt w czasie uboju wymagają zbadania, w jakim zakresie faktycznie chronią zwierzęta przed cierpieniem.

Prawo unijne gwarantuje dobrostan zwierząt podczas uboju od 1.07.1975 r.²¹, a poziom tej ochrony został podwyższony wraz z przyjęciem dyrektywy 93/119/WE²². Implementacja dyrektywy przez państwa członkowskie była przedmiotem krytyki ze względu na duże rozbieżności w przyjętym standardzie ochrony zwierząt²³. Różnice te były na tyle znaczące, że mogły mieć wpływ na konkurencyjność podmiotów gospodarczych i na funkcjonowanie rynku wewnętrznego. Wynika to z faktu, że poprawa dobrostanu zwierząt wiąże się zawsze z większym kosztem produkcji²⁴. Dyrektywa została zastąpiona rozporządzeniem Rady nr 1099/2009²⁵, które stosuje się od 1.01.2013 r. Zgodnie z art. 1 i 2 rozporządzenie ma zastosowanie do uśmiercania wszystkich zwierząt kręgowych, z wyłączeniem gadów i płazów, hodowlanych lub utrzymywanych w celu produkcji żywności. W rozumieniu art. 2 pkt f ogłuszanie oznacza każdy celowo wywołany szereg czynności, który bezboleśnie powoduje utratę przytomności i wrażliwości na bodźce, w tym każdy szereg czynności powodujący natychmiastową śmierć. W tym brzmieniu dopuszczalne jest tzw. ogłuszenie nieodwracalne, a także ogłuszenie odwracalne.

Na podstawie art. 4 ust. 1 rozporządzenia nr 1099/2009 zasadą jest, że zwierzęta są zabijane wyłącznie po uprzednim ogłuszeniu, zgodnie z metodami określonymi w załączniku do rozporządzenia. Metody te są podzielone na mechaniczne, elektryczne oraz gazowe. Dopuszczonymi metodami mechanicznymi są urządzenia bolcowe penetrujące i niepenetrujące, prowadzące do poważnego uszkodzenia mózgu, broń palna używana do poważnego i nieodwracalnego uszkodzenia mózgu, maceracja (natychmiastowe zmiążdżenie całego zwierzęcia), przemieszczenie kręgów szyjnych (ręczne lub mechaniczne rozciągnięcie i skręcenie szyi powodujące niedokrwienie mózgu) oraz uderzenie w głowę (mocne i dokładne uderzenie w głowę powodujące poważne uszkodzenie mózgu). Dopuszczone metody elektryczne polegają na ekspozycji mózgu lub całego ciała

²¹ Dyrektywa Rady 74/577/WE z dnia 18 listopada 1974 r. w sprawie ogłuszania zwierząt przed ubojem, Dz. Urz. WE L 316/10 z 26.11.1974 r.

²² Dyrektywa Rady 93/119/WE z dnia 22 grudnia 1993 r. w sprawie ochrony zwierząt podczas uboju lub zabijania, Dz. Urz. UE L 340/21 z 31.12.1993 r.

²³ E. Łętowska, M. Namysłowska, M. Grochowski, A. Wiewiórowska-Domagalska, *Prawo UE o uboju i jego polska implementacja: kolizje interesów i ich rozwiązywanie (cz. I)*, „Europejski Przegląd Sądowy” 2013, nr 11, s. 14.

²⁴ *Dobrostan zwierząt w UE – zmniejszenie dystansu między ambitnymi celami a praktycznym wdrażaniem. Sprawozdanie specjalne Europejskiego Trybunału Obrachunkowego*, Luksemburg 2018, pkt 80.

²⁵ Rozporządzenie Rady (WE) nr 1099/2009 z dnia 24 września 2009 r. w sprawie ochrony zwierząt podczas ich uśmiercania, Dz. Urz. UE L 303/1 z 18.11.2009 r.

na przepływ prądu powodujący migotanie lub zatrzymanie pracy serca. Metody gazowe z użyciem dwutlenku węgla polegają na bezpośredniej lub postępującej ekspozycji przytomnego zwierzęcia na mieszaninę gazów zawierającą ponad 40% dwutlenku węgla. Metoda ta jest stosowana w dołach, tunelach, kontenerach lub uprzednio uszczelnionych budynkach. Jednakże zgodnie z ust. 4 w przypadku zwierząt poddawanych ubojowi rytualnemu wymogi ust. 1 nie mają zastosowania z tym zastrzeżeniem, że ubój ma miejsce w rzeźni. Jest to wyraźna podstawa prawna do przeprowadzania uboju rytualnego w Unii Europejskiej na zasadzie odstępstwa od zasad ogólnych. W literaturze podkreśla się, że jest to jedna z zaledwie kilku norm prawnowyznaniowych w prawie wtórnym Unii²⁶.

Obniżenie poziomu ochrony zwierząt poddawanych ubojowi rytualnemu objawia się przede wszystkim wyłączeniem obowiązku uprzedniego ogłuszenia. Ponadto, standard ochrony jest obniżony poprzez regulację szczególną dotyczącą zasad unieruchamiania. Zgodnie z art. 15 ust. 2 zwierzęta poddawane ubojowi według szczególnych metod wymaganych przez obrzędy religijne muszą być unieruchamiane indywidualnie, w przypadku przeżuwalczy przy zastosowaniu metod mechanicznych. W myśl rozporządzenia zabronione jest stosowanie systemów krępujących bydło przez umieszczenie w odwrotnym położeniu lub w dowolnym innym nienaturalnym położeniu, z wyjątkiem zwierząt poddawanych ubojowi rytualnemu. Przepis ten zezwala na stosowanie mechanicznych klatek, które służą do obrócenia krowy głową do dołu (tzw. klatka obrotowa). W ust. 3 zakazano określonych metod krępowania niezależnie od przeprowadzanej formy uboju. Niedozwolone jest podwieszanie lub podciąganie przytomnych zwierząt, mechaniczne unieruchamianie za pomocą zacisków lub wiązanie nóg zwierząt, przecinanie rdzenia kręgowego oraz stosowanie w celu unieruchomienia zwierzęcia prądu elektrycznego, który nie ogłusza ani nie uśmierca zwierzęcia.

Nad dobrostanem zwierząt w trakcie ich przebywania w rzeźni, na mocy art. 17 ust. 1, ma czuwać wyznaczony przez podmiot gospodarczy pracownik zakładu. Zgodnie z ust. 2 taki pracownik podlega bezpośrednio podmiotowi gospodarczemu przeprowadzającemu ubój i składa mu sprawozdania w sprawach dobrostanu zwierząt. Ma on również kompetencje do wymagania od personelu rzeźni podjęcia środków naprawczych koniecznych do zapewnienia zgodności prowadzonych działań z przepisami rozporządzenia. Zgodnie z ust. 6 zniesiono obowiązek wyznaczenia pracownika odpowiedzialnego za dobrostan zwierząt w rzeźniach zabijających rocznie mniej niż 1000 ssaków lub 150 000 ptaków lub królików. Wskazany model ochrony dobrostanu zwierząt należy ocenić krytycznie. W mojej ocenie, powierzenie tego zadania wyznaczonemu pracownikowi, będącemu w stosunku podległości służbowej względem przedsiębiorcy, nie gwarantuje rzetelnej kontroli działań podejmowanych na terenie rzeźni. Ponadto, zupełne

²⁶ N. Doe, *Law and Religion in Europe: A Comparative Introduction*, New York 2011, s. 250.

wylączenie z tego mechanizmu małych zakładów, które być może są szczególnie narażone na patologie wynikające z małej liczby pracowników, należy ocenić negatywnie.

Na marginesie rozważań, na tej podstawie można sformułować postulat *de lege ferenda* w odniesieniu do kompetencji, o których mowa w art. 17. Powinny być one wykonywane przez osoby niepozostające w stosunku podległości względem przedsiębiorcy, które sprawowałyby stałą kontrolę społeczną nad zachowaniem dobrostanu zwierząt w czasie uboju. Takie zadania mogłyby wykonywać organizacje pozarządowe, których celem statutowym jest ochrona zwierząt.

Rozporządzenie ustanawia minimalny standard ochrony zwierząt w czasie uboju. Zgodnie z art. 26 ust. 1 rozporządzenie nie uniemożliwia państwom członkowskim utrzymania przepisów krajowych, które zapewniają wyższy poziom ochrony zwierząt podczas uboju, a które obowiązywały w dniu wprowadzenia w życie rozporządzenia. Na podstawie ust. 2 pkt c państwa członkowskie mogą przyjąć przepisy krajowe służące zwiększeniu ochrony zwierząt w czasie ich uśmiercania w zakresie uboju rytualnego. Przepis ten może służyć ograniczeniu lub nawet całkowitemu zniesieniu możliwości przeprowadzania uboju bez ogłuszenia. Z utrzymaniem wyższego standardu ochrony wiązał się obowiązek poinformowania Komisji o istnieniu takich przepisów krajowych do 1.01.2013 r., tj. do dnia wejścia w życie rozporządzenia.

Istotnym rozstrzygnięciem, związanym z możliwością zakazu przeprowadzania uboju rytualnego na terytorium państw członkowskich, jest art. 26 ust. 4. Zgodnie z tym przepisem państwo członkowskie nie może zabraniać ani utrudniać wprowadzania do obiegu produktów zwierzęcych uzyskanych ze zwierząt uśmierconych w innym państwie członkowskim w sposób niezgodny z przepisami krajowymi, służącymi zapewnieniu dalej idącej ochrony zwierząt podczas ich uśmiercania. Takie rozwiązanie zapewnia konsumentom dostęp do mięsa koszernego/*halal* nawet w sytuacji braku legalnej możliwości pozyskiwania go w danym państwie członkowskim. Ponadto, jest to niezbędne dla zachowania spójności rynku wewnętrznego i jego zasad.

Przepisy rozporządzenia wprowadziły wspólny minimalny standard ochrony zwierząt. Warto odnotować, że w debacie nad dopuszczalnością uboju bez ogłuszenia związki wyznaniowe podnoszą argument o brutalności procedury ogłuszenia zwierząt²⁷. Metody dopuszczone w Unii Europejskiej na podstawie rozporządzenia z 2009 r. są niewątpliwie brutalne i stwarzają możliwość narażenia zwierząt na dodatkowy stres i cierpienie. Wydaje się, że w przypadku uboju rytualnego i tzw. uboju standardowego mamy do czynienia z wyborem między złem a jeszcze większym złem. W świetle przedstawionych rozwiązań, mając na uwadze wyniki badań na temat zachowania świadomo-

²⁷ K. Zraick, *Is Stunning an Animal Before Slaughter More Humane? Some Religious Leaders Say No*, „The New York Times” z 9.01.2019 r., www.nytimes.com [dostęp: 7.08.2021].

ści po dokonaniu cięcia²⁸, należy opowiedzieć się za ubojem standardowym jako urzeczywistniającym dobrostan zwierząt w wyższym stopniu.

5. Ubój rytualny w orzecznictwie ETPC

Społeczna doniosłość problematyki uboju rytualnego oraz kontrowersje związane z prawem krajowym w tym zakresie kilkakrotnie wymagały wydania rozstrzygnięcia przez Europejski Trybunał Praw Człowieka oraz Trybunał Sprawiedliwości. Na tle spraw związanych z dopuszczalnością uboju bez ogłuszenia, spośród których najstarsza miała miejsce w 2000 r., do dzisiaj trwa dialog sądowy między Strasburgiem a Luksemburgiem. Pomimo upływu lat, w dalszym ciągu niezbędne jest dokonywanie wykładni praw człowieka w odniesieniu do możliwości przeprowadzania uboju rytualnego w europejskiej przestrzeni prawnej. Dotyczy to interpretacji zarówno przepisów EKPC, jak i prawa Unii Europejskiej.

Z punktu widzenia orzecznictwa strasburskiego najistotniejszy pozostaje wyrok w sprawie Żydowskiego Stowarzyszenia Liturgicznego *Cha'are Shalom Ve Tsedek*²⁹. W wyroku tym dokonano szerokiej interpretacji zbiorowego aspektu korzystania z wolności sumienia i wyznania na tle problematyki uboju rytualnego. Stan faktyczny sprawy dotyczył wskazanego wyżej stowarzyszenia, które zwróciło się do ministra spraw wewnętrznych Francji w sprawie zezwolenia temu podmiotowi na przeprowadzanie we własnym zakresie uboju rytualnego według najbardziej rygorystycznej interpretacji zasad judaizmu. W ówczesnym stanie prawnym, na podstawie art. 10 dekretu nr 80-791 z 1980 r., ubój rytualny we Francji mógł być dokonywany wyłącznie przez rzeźników do tego uprawnionych przez instytucję religijną. Instytucja religijna, chcąc wykonywać ubój rytualny, musiała być uprzednio zatwierdzona przez ministra rolnictwa na wniosek ministra spraw wewnętrznych.

Od 1982 r. jedyną uznaną przez Republikę Francuską organizacją mającą prawo wykonywania uboju rytualnego było Stowarzyszenie Konsystorialne Izraelitów Paryża (fr. *Association Consistoriale Israélite de Paris*, ACIP), które reprezentowało większość francuskich Żydów. W ocenie stowarzyszenia *Cha'are Shalom Ve Tsedek* rzeźnicy i rabinat zorganizowani w ramach ACIP nie badali dokładnie produkowanego mięsa przed stwierdzeniem, że jest ono kosherne. Stowarzyszenie *Tsedek* skupiało wyznawców restrykcyjnego przestrzegania XVI-wiecznego kodeksu prawa żydowskiego *Szulchan Aruch*, wyznaczającego wysokie wymagania wobec mięsa przeznaczonego do spożycia. Zgodnie z tymi zasadami mięso kosherne musi być *glatt* (jid. gładkie), tj. pozbawione

²⁸ Patrz: przypis nr 15.

²⁹ Wyrok ETPC z dnia 27 czerwca 2000 r. w sprawie *Cha'are Shalom Ve Tsedek przeciwko Francji*, skarga nr 27417/95.

wszelkich śladów chorób oraz blizn, w szczególności na płucach³⁰. W ramach dominującego we Francji nurtu judaizmu godzono się na mniej rygorystyczne badania płuc zabijanych zwierząt.

Konflikty wewnątrz wspólnoty żydowskiej na tle jakości mięsa certyfikowanego przez ACIP doprowadziły do wszczęcia postępowania administracyjnego przed ministrem spraw wewnętrznych o uznanie stowarzyszenia *Tsedek* za podmiot uprawniony do samodzielnego przeprowadzania uboju rytualnego. Minister spraw wewnętrznych wydał decyzję odmowną, argumentując, że wnioskodawca nie jest organizacją reprezentatywną dla francuskich Żydów oraz że nie jest organizacją religijną w rozumieniu przepisów prawa krajowego³¹. Decyzja ministra została utrzymana w mocy wyrokiem najwyższej instancji sądownictwa administracyjnego, zarówno w zakresie odmowy zezwolenia na przeprowadzanie uboju rytualnego, jak i co do odmowy uznania stowarzyszenia za organizację religijną. Rada Stanu wskazała, że stowarzyszenie *Tsedek* nie organizowało kultu ani nie udzielało żadnych nauk religijnych³².

W skardze do ETPC stowarzyszenie podnosiło, że niewyrażenie zgody na upoważnienie własnych rzeźników rytualnych do dokonywania uboju, zgodnego z religijnymi interpretacjami członków stowarzyszenia, oraz udzielenie takiej zgody wyłącznie ACIP stanowiło naruszenie swobody uzewnętrzniania religii realizowanej poprzez przestrzeganie obrzędów religii żydowskiej. Ponadto, w opisaney sytuacji, władze francuskie miały dopuścić się dyskryminacji na tle religijnym. Skarga została oparta na art. 9 ust. 1 rozpatrywanym samodzielnie i w połączeniu z art. 14 europejskiej Konwencji o ochronie praw człowieka i podstawowych wolności.

Trybunał w swoim orzeczeniu potwierdził, że instytucja kościelna lub religijna może wykonywać, w imieniu swoich członków, prawa zagwarantowane w art. 9 Konwencji³³. Trybunał stwierdził w odniesieniu do zakwestionowania przez władze francuskie charakteru religijnego wnioskującego stowarzyszenia, że manifestacja religii lub przekonań w rozumieniu art. 9 może przybrać wiele form, takich jak sprawowanie modlitw, nauczania, praktyk i obrzędów³⁴. W ocenie Trybunału ubój rytualny z racji swojej nazwy jest rytuałem, którego celem jest dostarczenie mięsa ze zwierząt poddanych ubojowi zgodnemu z przepisami religijnymi, co jest istotnym aspektem praktyki judaizmu³⁵. Skarżące stowarzyszenie, poprzez sprawowanie religijnego nadzoru nad ubojem oraz

³⁰ *Ibidem*, pkt 31.

³¹ *Ibidem*, pkt 36.

³² *Ibidem*, pkt 39.

³³ *Ibidem*, pkt 72.

³⁴ *Ibidem*, pkt 73.

³⁵ *Ibidem*.

wydawanie certyfikatów potwierdzających, że mięso spełnia szczególne warunki określone jako *glatt kosher*, mogło w tym zakresie powoływać się na art. 9 Konwencji.

W ocenie Trybunału wprowadzenie wyjątkowych zasad regulujących ubój rytualny w postaci ograniczenia prawa do wykonywania tych czynności dla rzeźników upoważnionych przez zatwierdzone organizacje religijne nie stanowi ingerencji w wolność manifestowania religii. Trybunał podzielił stanowisko rządu francuskiego, zgodnie z którym unikanie uboju nieuregulowanego, prowadzonego w niehigienicznych warunkach leży w interesie ogólnym. Doprowadziło to do wniosku, że uznanie wyłącznie ACIP jako organizacji najbardziej reprezentatywnej dla społeczności żydowskiej we Francji w żaden sposób nie naruszyło wolności sumienia i wyznania³⁶. Jednakże w sytuacji, gdy inna organizacja religijna, głosząca tę samą religię, zwraca się do władz publicznych o zgodę na przeprowadzanie uboju rytualnego, należy upewnić się, że proponowana metoda uboju stanowi korzystanie ze swobody określonej w art. 9 Konwencji³⁷.

Trybunał zaważył, że metoda uboju stosowana przez rzeźników zorganizowanych w ramach stowarzyszenia *Tsedek* jest tożsama z metodą stosowaną w ramach ACIP. Jedyna różnica polega na stopniu dokładności badania płuc zwierzęcia po jego zabiciu³⁸. Sednem rozważań Trybunału jest konstatacja, że do naruszenia swobody uzewnętrzniania religii mogłoby dojść wyłącznie wtedy, gdy nielegalny charakter uboju rytualnego uniemożliwiłby wyznawcom judaizmu ultraortodoksyjnego spożywanie mięsa pozyskanego zgodnie z przestrzeganymi przez nich zasadami³⁹. W przypadku francuskiej wspólnoty żydowskiej tak jednak nie było, ponieważ jak zauważył Trybunał, mięso *glatt* można było z łatwością kupić w Belgii⁴⁰. Uznanie możliwości importu mięsa za spełniające minimalny standard ochrony wolności religijnej zostało powszechnie zaaprobowane, czego wyrazem jest dyspozycja art. 26 ust. 4 rozporządzenia nr 1099/2009. Powyższe twierdzenie znalazło swe potwierdzenie również w orzecznictwie europejskich sądów konstytucyjnych, w tym polskiego Trybunału Konstytucyjnego⁴¹.

We wnioskach końcowych Trybunał nie stwierdził naruszenia przez Francję wolności wyznania skarżącego stowarzyszenia. Przyjęte środki prawne, w ocenie Trybunału, służyły uzasadnionemu celowi, jakim jest ochrona zdrowia i porządku publicznego tak długo, jak organizowane przez państwo warunki sprawowania kultu sprzyjają harmonii

³⁶ *Ibidem*, pkt 77.

³⁷ *Ibidem*, pkt 78.

³⁸ *Ibidem*, pkt 79.

³⁹ *Ibidem*, pkt 80.

⁴⁰ *Ibidem*, pkt 81.

⁴¹ Por. zdanie odrębne sędziego W. Hermelińskiego do wyroku TK z dnia 10 grudnia 2014 r., K 52/13, pkt 348.

i tolerancji religijnej⁴². Uwzględniając margines oceny pozostawiony państwom-stronom EKPC, w szczególności ze względu na konieczność uregulowania delikatnych stosunków między państwem a kościołami, zastosowane środki nie mogły być uznane za ekscesywne lub dysproporcjonalne. W związku z czym należało uznać, że były one zgodne z art. 9 ust. 2 Konwencji. Tezy wskazanego wyroku pozostają aktualne do dzisiaj. Wpłynęły na kształt obowiązującego prawa Unii Europejskiej oraz na prawo krajowe. Ponadto wnioski płynące z tego orzeczenia wciąż są obecne w europejskim dialogu sądowym.

6. Dobrostan zwierząt wobec uboju rytualnego w orzecznictwie TS

W ostatnich latach zauważalny jest wzrost liczby odesłań prejudycjalnych do Trybunału Sprawiedliwości na tle problematyki uboju rytualnego. Podstawą tego twierdzenia jest fakt, że w latach 2018-2020 Trybunał trzykrotnie wyrokował w tym zakresie. W literaturze zauważa się, że tendencja ta jest związana ze zmianami demograficznymi oraz ze zwiększającą się liczbą wyznawców islamu w Unii Europejskiej⁴³. Dodać należy, że nie bez znaczenia są zmiany społeczne na tle postrzegania problematyki praw zwierząt przez obywateli Unii. Konflikt interesów i poglądów pomiędzy coraz bardziej świadomym praw zwierząt zlaicyzowanym społeczeństwem a rosnącą grupą wyznawców religii wymagających uboju rytualnego staje się coraz bardziej istotnym zagadnieniem w dyskursie publicznym w Unii Europejskiej. Ma to wpływ na podejmowane działania legislacyjne, które następnie są zaskarżane przez związki wyznaniowe do sądów krajowych, a w ostateczności do Trybunału.

Odesłanie prejudycjalne w sprawie *Liga van Moskeeën en Islamitische Organisaties Provincie Antwerpen VZW i inni przeciwko Regionowi Flamandzkiemu* dotyczyło powzięcia wątpliwości przez belgijski sąd I instancji co do nieważności art. 4 ust. 4 rozporządzenia nr 1099/2009 z powodu naruszenia art. 9 EKPC, art. 10 Karty praw podstawowych lub art. 13 TFUE poprzez nałożenie obowiązku dokonywania uboju rytualnego w rzeźni, podczas gdy na terytorium Regionu Flamandzkiego rzeźnie nie mają wystarczającej wydajności, aby zaspokoić popyt związany z corocznym świętem muzułmańskim, a obciążenia związane z przekształceniem dotychczas stosowanych ubojni tymczasowych w rzeźnię wymagane prawem Unii nie wydają się odpowiednie dla osiągnięcia celu ochrony zwierząt i zdrowia ludności oraz proporcjonalne do tego celu⁴⁴.

⁴² Wyrok ETPC z dnia 27 czerwca 2000 r. w sprawie *Cha'are Shalom Ve Tsedek przeciwko Francji*, skarga nr 27417/95, pkt 84.

⁴³ J. Witte Jr., *Faith in Strasbourg and Luxembourg? The Fresh Rise of Religious Freedom Litigation in the Pan-European Courts*, „Emory Law Journal” 2021, vol. 70, issue 3, s. 596.

⁴⁴ Wyrok Trybunału Sprawiedliwości z dnia 29 maja 2018 r. w sprawie C-426/16 *Liga van Moskeeën en Islamitische Organisaties Provincie Antwerpen VZW i inni przeciwko Regionowi Flamandzkiemu*, pkt 26, EU:C:2018:335.

Muzułmańskie święto ofiarowania (arab. *Id al-Adha*) to coroczne święto obchodzone w celu dochowania szczególnego nakazu religijnego. Praktykujący muzułmanie w Belgii uznają za swój obowiązek religijny, związany z tym świętem, zabicie lub zlecenie zabicia zwierzęcia bez uprzedniego ogłoszenia i z uwzględnieniem innych wymogów składających się na ubój rytualny. Święto to powoduje znaczący i krótkotrwały popyt na zabijanie zwierząt w sposób rytualny, związany z ofiarą religijną wyznawców islamu. W latach 1998-2014 federalny minister belgijski corocznie zatwierdzał ubojnie tymczasowe, które, obok regularnie funkcjonujących rzeźni, zaspokajały zwiększony popyt ze strony społeczności muzułmańskiej w czasie święta. W związku z reformą państwa z 2014 r. kompetencje dotyczące dobrostanu zwierząt zostały przekazane regionom Królestwa Belgii. Od 2015 r. regionalny minister flamandzki właściwy do spraw dobrostanu zwierząt odmówił zatwierdzania ubojni tymczasowych, które w jego ocenie przeprowadzały ubój rytualny w sposób niezgodny z art. 4 ust. 4 rozporządzenia nr 1099/2009, a który powinien być przeprowadzany wyłącznie w rzeźniach spełniających wymogi ustanowione w rozporządzeniu nr 853/2004⁴⁵.

We wstępnych rozważaniach Trybunał, w oparciu o wyrok ETPC w sprawie *Cha'are Shalom Ve Tsedek przeciwko Francji*, potwierdził objęcie szczególnych metod uboju wymaganych przez obrzędy religijne zakresem stosowania art. 10 ust. 1 Karty⁴⁶. Z tego też względu ubój zwierząt przeprowadzany w Belgii w związku ze świętem muzułmańskim mieści się w pojęciu „obrzędu religijnego”, o którym mowa w art. 4. ust. 4 rozporządzenia nr 1099/2009. Trybunał podzielił stanowisko rzecznika generalnego, w którym stwierdził, że określone w prawie unijnym wymogi dotyczące budowy, rozplanowania i wyposażenia rzeźni są neutralne i dotyczą wszystkich podmiotów, a stosowanie tych przepisów pozostaje bez żadnego związku z przekonaniami religijnymi, wobec czego nie stanowią one ograniczenia w korzystaniu z wolności religii⁴⁷. Ponadto, Trybunał wyraźnie podkreślił, że ochrona dobrostanu zwierząt jest głównym celem rozporządzenia nr 1099/2009⁴⁸, a ten cel pozostaje w związku z dążeniem do zapewnienia wysokiego poziomu ochrony ludzi.

W zakresie badania nieważności przepisu rozporządzenia nr 1099/2009 w związku z faktycznym, lecz nie prawnym ograniczeniem praktyki uboju rytualnego na terytorium Flandrii w okresie wzmożonego zapotrzebowania na przeprowadzanie takiego uboju, Trybunał uznał, że zagadnienie to nie pozostaje w związku ze stosowaniem wskazanego

⁴⁵ Rozporządzenie (WE) nr 853/2004 Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 29 kwietnia 2004 r. ustanawiające szczególne przepisy dotyczące higieny w odniesieniu do żywności pochodzenia zwierzęcego, Dz. Urz. UE L 139/55 z 30.04.2004 r.

⁴⁶ Wyrok Trybunału Sprawiedliwości w sprawie C-426/16, pkt 45.

⁴⁷ Opinia rzecznika generalnego N. Wahla w sprawie C-426/16, pkt 78, EU:C:2017:926.

⁴⁸ Wyrok Trybunału Sprawiedliwości w sprawie C-426/16, pkt 63.

przepisu w całej Unii. Nie wpływa więc on na ocenę ważności przepisu w świetle art. 10 Karty⁴⁹. W piśmiennictwie ze zrozumieniem przyjęto rzeczywiste ograniczenie praw wyznawców islamu na kilka dni w roku, spowodowane ich własnymi praktykami⁵⁰.

Tytułem podsumowania warto odnotować, że wobec trudności z uzyskaniem mięsa Trybunał nie wskazał na możliwość sprowadzenia do Flandrii mięsa z rzeźni położonych w innych regionach Belgii. Taka możliwość została zasygnalizowana przez ETPC w omówionym uprzednio wyroku, gdzie Trybunał uznał możliwość importu z innego państwa za zaspokajającą potrzeby religijne lokalnej wspólnoty. Wydaje się, że tym bardziej byłoby to uzasadnione w obrębie jednego państwa.

W sprawie *Œuvre d'assistance aux bêtes d'abattoirs (OABA) przeciwko ministrowi rolnictwa i innym* sąd odsyłający zwrócił się z pytaniem prejudycjalnym dotyczącym dopuszczalności przyznania oznaczenia produkcji ekologicznej Unii Europejskiej produktom pochodzącym ze zwierząt poddanych ubojowi rytualnemu bez uprzedniego ogłuszenia, przeprowadzonemu w warunkach określonych w rozporządzeniu nr 1099/2009⁵¹. Postępowanie główne prowadzone przed francuskim sądem administracyjnym dotyczyło wniosku stowarzyszenia OABA do ministra rolnictwa o zakazanie reklamy i wprowadzania do obrotu steków z mięsa wołowego posiadających certyfikat *halal* i oznaczenie „rolnictwo ekologiczne”.

Produkcja ekologiczna w Unii Europejskiej jest uregulowana w rozporządzeniu nr 834/2007⁵². Jest ona ogólnym systemem zarządzania gospodarstwem i produkcji żywności, łączącym praktyki korzystne dla środowiska naturalnego z m.in. stosowaniem wysokich standardów dotyczących dobrostanu zwierząt⁵³. Rozporządzenie ustanawia wspólne cele i zasady w zakresie wszystkich etapów produkcji produktów rolnictwa ekologicznego. Do ogólnych celów produkcji ekologicznej, zgodnie z art. 3 lit. a ppkt IV, należy przestrzeganie wysokich standardów dotyczących dobrostanu zwierząt, a w szczególności zaspokajanie charakterystycznych dla danego gatunku potrzeb behawioralnych. Na podstawie art. 14 ust. 1 lit. b ppkt VIII, poza ogólnymi zasadami produkcji określonymi w rozporządzeniu, w odniesieniu do hodowli zwierząt ogranicza się do minimum wszelkiego rodzaju cierpienie, w tym okaleczanie, w trakcie całego życia zwierzęcia, w tym podczas uboju.

⁴⁹ *Ibidem*, pkt 74.

⁵⁰ A. Peters, *Religious slaughter and animal welfare revisited: CJEU, Liga van Moskeeën en islamitische Organisaties Provincie Antwerpen*, „Forum of Animal Law Studies” 2019, vol. 10, no. 4, s. 38.

⁵¹ Wyrok Trybunału Sprawiedliwości z dnia 26 lutego 2019 r. w sprawie C-497/17 *Œuvre d'assistance aux bêtes d'abattoirs przeciwko ministrowi rolnictwa i innym*, pkt 33, EU:C:2019:137.

⁵² Rozporządzenie Rady (WE) nr 834/2007 z dnia 28 czerwca 2007 r. w sprawie produkcji ekologicznej i znakowania produktów ekologicznych i uchylające rozporządzenie (EWG) nr 2092/91, Dz. Urz. UE L 189/1 z 20.07.2007 r.

⁵³ *Ibidem*, motywy 1.

Sąd odsyłający słusznie zauważył, że ustawodawca Unii nie określił, która z dopuszczonych metod uboju zwierząt służy osiągnięciu przypisanych produkcji ekologicznej celów – zapewnienia dobrostanu zwierząt i ograniczenia do minimum ich cierpienia⁵⁴. W ocenie Trybunału, z perspektywy zapewnienia wysokiego poziomu dobrostanu zwierząt w chwili ich zabijania, szczególne metody uboju, które nie obejmują ogłuszenia, nie są równoważne z metodą uboju poprzedzoną uprzednim ogłuszeniem⁵⁵. W związku z powyższym przepisy rozporządzenia w sprawie produkcji ekologicznej należy interpretować w ten sposób, że nie zezwalają one na umieszczanie logo produkcji ekologicznej Unii Europejskiej na produktach pochodzących ze zwierząt poddanych ubojowi rytualnemu bez uprzedniego ogłuszenia. Trybunał zdecydował się, w oparciu o dowody naukowe przywołane przez rzecznika generalnego, na wyraźne stwierdzenie, że ubój rytualny naraża zwierzęta na większe cierpienie niż ubój poprzedzony ogłuszeniem. Stwierdzenie to jest w pełni zgodne z aktualnym stanem wiedzy naukowej, lecz w dalszym ciągu jest ono kwestionowane przez środowiska żydowskie i muzułmańskie⁵⁶. W omawianym wyroku, Trybunał wyraźnie stanął po stronie nauki, a nie wiary i przesądów.

W sprawie *Centraal Israëltisch Consistorie van België i inni przeciwko Regionowi Flamandzkiemu* Trybunał Sprawiedliwości na wniosek Trybunału Konstytucyjnego Belgii wydał orzeczenie w trybie prejudycjalnym w sprawie ustawy Regionu Flamandzkiego w świetle przepisów rozporządzenia nr 1099/2009 w zw. z art. 10 ust. 1, 20, 21 i 22 Karty⁵⁷. W latach 1986-2019 do uboju rytualnego na terytorium Belgii miał zastosowanie art. 16 ust. 1 ustawy o ochronie i dobrostanie zwierząt, który na zasadzie odstępstwa od zasady obowiązkowego ogłuszenia zwierząt przed ich zabiciem zezwalał na ubój wymagany przez obrzęd religijny bez uprzedniego ogłuszenia⁵⁸. W dniu 7.07.2017 r. Parlament flamandzki uchwalił dekret zmieniający ustawę o ochronie i dobrostanie zwierząt w odniesieniu do dozwolonych metod uboju zwierząt⁵⁹. Zgodnie z art. 3 § 2 dekretu, odstępstwo od obowiązkowego ogłuszenia zwierząt zostało uchylone w stosunku do Regionu Flamandzkiego z mocą od 1.01.2019 r. Ponadto, na terytorium Flandrii, zwierzęta poddawane ubojowi przy zastosowaniu metod wymaganych do celów obrzędów religijnych muszą zostać uprzednio ogłuszone w sposób odwracalny, niepowodujący śmierci zwierzęcia. W ocenie władz regionu wprowadzone zmiany nie stanowiły nieproporcjonalnej ingerencji w wolność religii, ponieważ

⁵⁴ Wyrok Trybunału Sprawiedliwości w sprawie C-497/17, pkt 31.

⁵⁵ *Ibidem*, pkt 50.

⁵⁶ Patrz: przypis nr 13.

⁵⁷ Wyrok Trybunału Sprawiedliwości z dnia 17 grudnia 2020 r. w sprawie C-336/19 *Centraal Israëltisch Consistorie van België i inni przeciwko Regionowi Flamandzkiemu*, EU:C:2020:1031.

⁵⁸ *Moniteur Belge* z dnia 3 grudnia 1986 r., s. 16382.

⁵⁹ *Moniteur Belge* z dnia 18 lipca 2017 r., s. 73318.

zaproponowana metoda jest zgodna z duchem uboju rytualnego wymaganym przez obrzęd żydowski i muzułmański⁶⁰.

W postępowaniu przed belgijskim Trybunałem Konstytucyjnym skarżący wnieśli o stwierdzenie nieważności dekretu na tle jego niezgodności z art. 4 ust. 4 i art. 26 ust. 2 rozporządzenia nr 1099/2009. W ocenie skarżących dekret uniemożliwia wszystkim wyznawcom judaizmu i islamu praktykowanie swoich religii, które sprzeciwiają się metodzie odwracalnego ogłuszenia⁶¹. Ponadto skarżący podnieśli, że dekret w sposób nieproporcjonalny ogranicza wolność wyznania poprzez uwzględnienie faktu, że mięso bydła zabitego zgodnie z nakazami religijnymi stanowi 0,1% ilości mięsa produkowanego w Belgii⁶². Skarżący podnieśli również obawy związane z wprowadzanymi przez państwa członkowskie ograniczeniami w zakresie uboju rytualnego, w tym jego zakazem lub ograniczeniami w wywozie mięsa pochodzącego ze zwierząt poddanych ubojowi rytualnemu. Warto odnotować, że w tym kontekście zostały przywołane działania legislacyjne polskiego Sejmu⁶³.

Trybunał podtrzymał swoją dotychczasową linię orzecniczą, zgodnie z którą ogłuszanie jest techniką, która w najmniejszym stopniu narusza dobrostan zwierząt w czasie uboju⁶⁴. W ocenie Trybunału rozporządzenie nr 1099/2009 nie zapewnia koniecznego pogodzenia dobrostanu zwierząt z wolnością wyznania, lecz jedynie wyznacza ramy dla równowagi, którą państwa członkowskie powinny osiągnąć między tymi dwiema wartościami⁶⁵. W ocenie TS przyjęte w prawie krajowym rozwiązanie, które nakłada obowiązek uprzedniego ogłuszenia zwierzęcia podczas uboju rytualnego, a jednocześnie wymaga, aby ogłuszenie było odwracalne i nie powodowało śmierci zwierzęcia, jest odpowiednie do osiągnięcia celu wspierania dobrostanu zwierząt⁶⁶. Tym samym Trybunał nie podzielił opinii rzecznika generalnego, który proponował stwierdzenie, że państwa członkowskie nie mogą przyjmować przepisów, które przewidują zakaz uboju rytualnego bez ogłuszenia, oraz wymagać alternatywnego sposobu ogłuszania, opierającego się na ogłuszeniu odwracalnym⁶⁷. Uzasadnieniem dla stanowiska przyjętego przez Trybunał jest przyznanie państwu szerokiego zakresu uznania przy decydowaniu, czy i w jakim zakresie ograniczenie prawa do uzewnętrzniania religii jest niezbędne przy uwzględnieniu kontekstu społecznego właściwego dla danego państwa⁶⁸.

⁶⁰ Wyrok Trybunału Sprawiedliwości w sprawie C-336/19, pkt 13.

⁶¹ *Ibidem*, pkt 14.

⁶² *Ibidem*, pkt 20.

⁶³ Projekt ustawy o zmianie ustawy o ochronie zwierząt oraz niektórych innych ustaw, druk nr 597.

⁶⁴ Wyrok Trybunału Sprawiedliwości w sprawie C-336/19, pkt 41.

⁶⁵ *Ibidem*, pkt 47.

⁶⁶ *Ibidem*, pkt 66.

⁶⁷ Opinia rzecznika generalnego G. Hogana w sprawie C-336/19, pkt 88, EU:C:2020:695.

⁶⁸ Wyrok Trybunału Sprawiedliwości w sprawie C-336/19, pkt 67-71.

Z punktu widzenia przyszłości uboju rytualnego w Unii istotne jest stanowisko Trybunału, zgodnie z którym Karta jest żywym instrumentem, który należy interpretować w świetle obecnych warunków życia, wobec czego należy uwzględnić ewolucję wartości i idei w państwach członkowskich, tak na płaszczyźnie społecznej, jak i prawnej⁶⁹. Ponadto Trybunał po raz pierwszy podkreślił rolę importu mięsa pochodzącego z uboju rytualnego z państw trzecich.

Rozważania Trybunału na tle niedyskryminacyjnego charakteru ograniczenia uboju rytualnego wobec braku tożsamego ograniczenia zabijania zwierząt w ramach polowań oraz imprez kulturalnych i sportowych, spotkały się z krytyką przedstawicieli doktryny⁷⁰. Pojawiła się opinia, że końcowe wnioski Trybunału podważyły jego wiarygodność co do rzeczywistej dbałości o dobrostan zwierząt, skoro w przypadku imprez takich jak łowiectwo moralny aspekt zabijania bez ogłuszenia został pominięty⁷¹. Trybunał oparł swoje stanowisko w tym zakresie na okoliczności, że imprezy kulturalne lub sportowe nie mogą być racjonalnie uznane za działalność polegającą na produkcji żywności, będącą w zakresie stosowania rozporządzenia nr 1099/2009⁷². Wyrok został przyjęty z wielkim niezadowoleniem przez diasporę żydowską na całym świecie⁷³ i niewątpliwie wpływa na postrzeganie Unii przez jej przedstawicieli.

Podsumowanie

Ubój rytualny jest wielowiekową tradycją judaizmu i islamu. Polega on na zabiciu zwierzęcia bez uprzedniego ogłuszenia, poprzez podcięcie gardła i doprowadzenie do całkowitego wykrwawienia zwierzęcia w celu wypływu wszelkiej krwi z jego ciała. Zwierzę w momencie podcięcia gardła musi pozostawać świadome. W dominujących interpretacjach doktryn obu religii nie jest dopuszczalne zarówno ogłuszenie nieodwracalne, prowadzące do fizycznego uszkodzenia ciała zwierzęcia, jak i ogłuszenie odwracalne, które ustaje po określonym czasie od zastosowania, nie powodując przy tym fizycznych obrażeń zwierzęcia. Ubój zwierząt przy zastosowaniu metod wymaganych do celów obrzędów religijnych, stanowi niewątpliwie przejaw wolności sumienia i wyznania.

Problem uboju rytualnego jest wciąż aktualny i z tego powodu wymagał dokonania analizy na kilku płaszczyznach. Zasadniczym wnioskiem płynącym z pracy jest istnienie znaczącego marginesu uznania państw członkowskich w regulowaniu praktyki uboju

⁶⁹ *Ibidem*, pkt 77.

⁷⁰ J.A. Rovinsky, *A Stunning Decision: How The ECJ Butchered Both Religious Freedom And Animal Welfare*, „Tulane Journal of International & Comparative Law” 2021, vol. 29, s. 8.

⁷¹ *Ibidem*.

⁷² Wyrok Trybunału Sprawiedliwości w sprawie C-336/19, pkt 90.

⁷³ H. Keinon, *EU court decision: Happy cows higher priority than happy Jews*, „The Jerusalem Post” z 20.12.2020 r., www.jpost.com [dostęp: 3.05.2021].

rytualnego. Stanowisko to jest oparte na orzecznictwie Trybunału Sprawiedliwości, w szczególności w sprawie *Centraal Israëltisch Consistorie van België i inni przeciwko Regionowi Flamandzkiemu*. Państwa członkowskie (w tym także ich regiony w zakresie swoich kompetencji) mogą zgodnie z prawem Unii zakazać wykonywania uboju rytualnego. Dopuszczalne są wszelkiego rodzaju ograniczenia tej praktyki, takie jak znany z dotychczasowego orzecznictwa nakaz stosowania ogłuszania odwracalnego, który jest akceptowany przez niewielką część wyznawców judaizmu i islamu. Dyskrecjonalność władz publicznych, co wynika także z treści rozporządzenia nr 1099/2009, nie może jednak dotyczyć ustanowienia zakazu wewnątrzwspólnotowego nabycia lub importu mięsa pochodzącego z uboju przeprowadzonego niezgodnie z prawem krajowym. W ten sposób należy określić zakres wolności sumienia i wyznania na tle uboju rytualnego, jaki jest zagwarantowany w prawie Unii Europejskiej.

W świetle powyższych wniosków należy stwierdzić, że prawo do pozyskiwania i spożywania mięsa pochodzącego z uboju rytualnego nie obejmuje prawa do przeprowadzania takiej metody uboju przez lokalne wspólnoty wyznaniowe w danym państwie członkowskim. Jest to istotny aspekt rozważań, ponieważ przedstawiciele żydowskich i muzułmańskich związków wyznaniowych argumentują, że poza konsumpcją mięsa również sam ubój stanowi element ich religii, który jako taki powinien być przedmiotem ochrony prawnej. Twierdzenie to nie spotkało się z uznaniem Trybunału Sprawiedliwości.

Istotnym wnioskiem płynącym z analizy dotychczasowego orzecznictwa TS jest uznanie, że ubój bez ogłuszenia wiąże się z większym cierpieniem zwierząt w porównaniu do standardowych procedur. Powyższe stanowisko ma oparcie m.in. w wyroku w sprawie *Œuvre d'assistance aux bêtes d'abattoirs*. W utrwalonej już linii orzeczniczej Trybunał podkreśla, że ogłuszanie jest techniką, która w najmniejszym stopniu narusza dobrostan zwierząt w czasie uboju. Z uznaniem należy przyjąć fakt, że w swym orzecznictwie TS wyrażnie oparł się na aktualnym stanie wiedzy naukowej na temat cierpienia zwierząt podczas poszczególnych metod uboju. Nie ulega wątpliwości, że między chwilą przecięcia tętnicy zwierzęcia aż do pełnej utraty świadomości upływa, w zależności od gatunku, od kilku do kilkunastu minut. Przekonania wyznawców judaizmu i islamu, zgodnie z którymi stosowane przez nich metody są bardziej humanitarne od tych stosowanych w uboju standardowym, nie mogą zyskać uznania w świetle etyki i aktualnego stanu wiedzy naukowej.

Trybunał Sprawiedliwości wytyczył możliwe ścieżki ograniczania lub zakazywania tej praktyki, lecz to na ustawodawcach krajowych spoczywa odpowiedzialność za zapewnienie równowagi między wolnością sumienia i wyznania a dobrostanem zwierząt. Biorąc jednakże pod uwagę, że produkcja rolna, w tym produkcja mięsna i ubój zwierząt stanowi istotny filar wspólnego rynku, warte rozważenia jest, czy w przyszłości

prawo Unii nie powinno w większym stopniu kształtować wspólnej polityki w stosunku do uboju rytualnego. Należy pamiętać, że sama produkcja mięsa ma również istotny wpływ na politykę klimatyczną UE, co również powinno prowadzić do prób ograniczenia produkcji mięsa jako takiej.

Bibliografia

Akty prawne

- Traktat o funkcjonowaniu Unii Europejskiej, Dz. Urz. UE C 202 z 7.06.2016 r.
- Dyrektywa Rady 74/577/WE z dnia 18 listopada 1974 r. w sprawie ogłuszania zwierząt przed ubojem, Dz. Urz. WE L 316/10 z 26.11.1974 r.
- Dyrektywa Rady 93/119/WE z dnia 22 grudnia 1993 r. w sprawie ochrony zwierząt podczas uboju lub zabijania, Dz. Urz. UE L 340/21 z 31.12.1993 r.
- Projekt ustawy o zmianie ustawy o ochronie zwierząt oraz niektórych innych ustaw, druk nr 597.
- Rozporządzenie (WE) nr 853/2004 Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 29 kwietnia 2004 r. ustanawiające szczególne przepisy dotyczące higieny w odniesieniu do żywności pochodzenia zwierzęcego, Dz. Urz. UE L 139/55 z 30.04.2004 r.
- Rozporządzenie Rady (WE) nr 834/2007 z dnia 28 czerwca 2007 r. w sprawie produkcji ekologicznej i znakowania produktów ekologicznych i uchylające rozporządzenie (EWG) nr 2092/91, Dz. Urz. UE L 189/1 z 20.07.2007 r.
- Rozporządzenie Rady (WE) nr 1099/2009 z dnia 24 września 2009 r. w sprawie ochrony zwierząt podczas ich uśmiercania, Dz. Urz. UE L 303/1 z 18.11.2009 r.
- Rozporządzenie Parlamentu Europejskiego i Rady (UE) nr 1169/2011 z dnia 25 października 2011 r. w sprawie przekazywania konsumentom informacji na temat żywności, zmiany rozporządzeń Parlamentu Europejskiego i Rady (WE) nr 1924/2006 i (WE) nr 1925/2006 oraz uchylenia dyrektywy Komisji 87/250/EWG, dyrektywy Rady 90/496/EWG, dyrektywy Komisji 1999/10/WE, dyrektywy 2000/13/WE Parlamentu Europejskiego i Rady, dyrektyw Komisji 2002/67/WE i 2008/5/WE oraz rozporządzenia Komisji (WE) nr 608/2004, Dz. Urz. UE L 304/18 z 22.11.2011 r.

Orzeczenia i decyzje sądowe

- Opinia rzecznika generalnego G. Hogana w sprawie C-336/19, EU:C:2020:695.
- Opinia rzecznika generalnego N. Wahla w sprawie C-426/16, EU:C:2017:926.
- Wyrok Europejskiego Trybunału Praw Człowieka z dnia 27 czerwca 2000 r. w sprawie *Cha'are Shalom Ve Tsedek przeciwko Francji*, skarga nr 27417/95.
- Wyrok Trybunału Konstytucyjnego z dnia 10 grudnia 2014 r. w sprawie K 52/13, Dz. U. z 2014 r. poz. 1794.
- Wyrok Trybunału Sprawiedliwości z dnia 29 maja 2018 r. w sprawie C-426/16 *Liga van Moskeeën en Islamitische Organisaties Provincie Antwerpen VZW i inni przeciwko Regionowi Flamandzkiemu*, EU:C:2018:335.
- Wyrok Trybunału Sprawiedliwości z dnia 26 lutego 2019 r. w sprawie C-497/17 *Œuvre d'assistance aux bêtes d'abattoirs przeciwko ministrowi rolnictwa i innym*, EU:C:2019:137.

Wyrok Trybunału Sprawiedliwości z dnia 17 grudnia 2020 r. w sprawie C-336/19 *Centraal Israëltisch Consistorie van België i inni przeciwko Regionowi Flamandzkiemu*, EU:C:2020:1031.

Monografie i opracowania zbiorowe

- Cebula M., *Rytualny ubój zwierząt w kulturze Islamu. Od tradycji do nowoczesności*, [w:] M. Kotyczka (red.), *Śmierć zwierzęcia: współczesne zootanatologie*, Katowice 2014.
- Dobrostan zwierząt w UE – zmniejszenie dystansu między ambitnymi celami a praktycznym wdrażaniem. Sprawozdanie specjalne Europejskiego Trybunału Obrachunkowego*, Luksemburg 2018.
- Doe N., *Law and Religion in Europe: A Comparative Introduction*, New York 2011.
- Ellis E., Watson P., *EU Anti-Discrimination Law*, Oxford 2012.
- Granat M., *Granice wolności religijnej w społeczeństwie pluralistycznym*, [w:] J. Krukowski, O. Theisen (red.), *Kultura i prawo: materiały III Międzynarodowej Konferencji na temat „Religia i wolność religijna w Unii Europejskiej”*, Warszawa 2-4 września 2002, Lublin 2003.
- Jędrzejewski P., *Judaizm bez tajemnic*, Kraków 2012.
- Nussbaum H., *Przewodnik judaistyczny obejmujący kurs literatury i religii*, Warszawa 1893.
- Paprzycki R., *Prawna ochrona wolności sumienia i wyznania*, Warszawa 2015.
- Pietrzak M., *Prawo wyznaniowe*, Warszawa 2013.

Artykuły

- Abdullah F.A., Borilova G., Steinhäuserova I., *Halal Criteria Versus Conventional Slaughter Technology*, „Animals” 2019, vol. 9, issue 8.
- Avon D., *Liberté de conscience: histoire d’une notion et d’un droit*, „Annuaire de l’École pratique des hautes études” 2017, vol. 124.
- Chandia M.S., Mei J., *The Variations in Religious and Legal Understandings on Halal Slaughter*, „British Food Journal” 2018, vol. 120, no. 3.
- Lerner P., Rabello A.M., *The Prohibition of Ritual Slaughtering (Kosher Shechita and Halal) and Freedom of Religion of Minorities*, „Journal of Law and Religion” 2006/2007, vol. 22, no. 1.
- Łętowska E., Namysłowska M., Grochowski M., Wiewiórowska-Domagalska A., *Prawo UE o uboju i jego polska implementacja: kolizje interesów i ich rozwiązywanie (cz. I)*, „Europejski Przegląd Sądowy” 2013, nr 11.
- Peters A., *Religious slaughter and animal welfare revisited: CJEU, Liga van Moskeeën en islamitische Organisaties Provincie Antwerpen*, „Forum of Animal Law Studies” 2019, vol. 10/4.
- Rovinsky J.A., *A Stunning Decision: How The ECJ Butchered Both Religious Freedom And Animal Welfare*, „Tulane Journal of International & Comparative Law” 2021, vol. 29.
- Rovinsky J.A., *The Cutting Edge: The Debate Over Regulation of Ritual Slaughter in The Western World*, „California Western International Law Journal” 2014, vol. 45, no. 1.
- Sägesser C., *Les débats autour de l’interdiction de l’abattage rituel*, „Courrier hebdomadaire du Centre de recherche et d’information socio-politiques” 2018/20, no. 2385.
- Szymborski J., *Ubój rutynowy a rytualny. Podobieństwa i różnice*, „Życie Weterynaryjne” 2015, R. 90, nr 7.

- Tuora-Schwierskott E., *Rytualny ubój zwierząt w świetle wolności sumienia i wyznania oraz zasady proporcjonalności w ustawodawstwie i orzecznictwie Niemiec, Szwajcarii i USA*, „Państwo i Prawo” 2016, nr 4.
- Veissier I., Miele M., *Petite histoire de l'étude du bien-être animal: comment cet objet sociétal est devenu un objet scientifique transdisciplinaire*, „INRA Productions Animales” 2015, vol. 28(5).
- Witte Jr. J., *Faith in Strasbourg and Luxembourg? The Fresh Rise of Religious Freedom Litigation in the Pan-European Courts*, „Emory Law Journal” 2021, vol. 70, issue 3.
- Zoethout C.M., *Ritual Slaughter and the Freedom of Religion: Some Reflections on a Stunning Matter*, „Human Rights Quarterly” 2013, vol. 35, no. 3.

Źródła internetowe

- Keinon H., *EU court decision: Happy cows higher priority than happy Jews*, „The Jerusalem Post” z 20.12.2020 r.
- Oświadczenie Muzułmańskiego Związku Religijnego w RP z dnia 21.03.2013 r. w sprawie zakazu uboju rytualnego, www.mzr.pl.
- Rabin Schudrich: ubój rytualny to najbardziej humanitarna forma uboju, www.kair.ekai.pl.
- Zraick, *Is Stunning an Animal Before Slaughter More Humane? Some Religious Leaders Say No*, „The New York Times” z 9.01.2019 r., www.nytimes.com.

Zuzanna Choińska
Uniwersytet Warszawski
Wydział Prawa i Administracji
z.choinska@student.uw.edu.pl
ORCID: [0000-0003-0229-8739](https://orcid.org/0000-0003-0229-8739)

Wykorzystanie technologii rozpoznawania twarzy w Chińskiej Republice Ludowej

The use of facial recognition technology in the People's Republic of China

Streszczenie

Technologia odgrywa coraz większą rolę w życiu człowieka, co wiąże się z wieloma korzyściami, w tym ułatwieniem życia i funkcjonowania. Jej rozwój stwarza również wiele zagrożeń dla jednostek, co sprawia, że dyskusja nad jej prawną regulacją nabiera znaczenia. Chińska Republika Ludowa charakteryzuje się zupełnie innym podejściem do rozwoju technologii i jej regulacji, a także do ochrony danych osobowych, niż to znane w Unii Europejskiej. Celem niniejszego artykułu jest przedstawienie, jaki wpływ ma rozwój i wykorzystanie technologii rozpoznawania twarzy w Chinach na przestrzeganie praw podstawowych i życie obywateli tego kraju. Analiza zostanie przeprowadzona poprzez omówienie przyjętego ustawodawstwa, dzisiejszych zmian w postrzeganiu tej technologii oraz priorytetów przyjętych przez chińskie władze.

Słowa kluczowe

dane osobowe, technologia rozpoznawania twarzy, prywatność, prawa podstawowe, prawa człowieka, dane biometryczne, sztuczna inteligencja

Abstract

Technology is playing an increasingly important role in people's lives which is associated with many benefits, including making life and functioning easier. On the other hand, its development also creates many risks for individuals, which makes the discussion on its legal regulation gain importance. The People's Republic of China is characterized by a completely different approach to the development of technology and its regulation, as well as to the protection of personal data, than the approach known in the European Union. This article aims to present what impact the development and use of facial recognition technology in China has on compliance with fundamental law and the lives of its citizens. The analysis will be conducted by discussing the adopted legislation, today's changes in the perception of the technology and the priorities adopted by the Chinese authorities.

Keywords

personal data, facial recognition technology, privacy, fundamental rights, human rights, biometric data, artificial intelligence

1. Wstęp

W dzisiejszych czasach technologia odgrywa w życiu człowieka coraz większą rolę. W szczególności sztuczna inteligencja (dalej jako „SI”) zyskała na popularności i naukowcy na całym świecie dążą do jej szybkiego rozwoju. Z jednej strony wiąże się to z ułatwieniem życia oraz usprawnieniem wielu sfer funkcjonowania, ale z drugiej jej rozwój kreuje wiele zagrożeń dla jednostek. W związku z tym technologia staje się coraz częściej przedmiotem dyskusji w kontekście jej prawnego uregulowania w celu zniwelowania potencjalnych negatywnych skutków. Okazuje się to jednak dla legislatorów na całym świecie trudnym zadaniem ze względu na jej szybki rozwój oraz powolne wprowadzanie nowych regulacji prawnych.

Chińska Republika Ludowa charakteryzuje się zupełnie odmiennym od znanego w Unii Europejskiej podejściem do rozwoju technologii oraz regulacji prawnych dotyczących tego zagadnienia, a także ochrony danych osobowych. Niniejszy artykuł ma na celu przedstawienie, jaki wpływ ma rozwój i wykorzystanie technologii rozpoznawania twarzy (dalej jako „FRT”) w Chinach na przestrzeganie praw podstawowych oraz życie obywateli tego państwa. Analiza zostanie przeprowadzona poprzez omówienie przyjętych przepisów prawnych, dzisiejszych zmian w postrzeganiu technologii oraz przyjętych przez chińskie władze priorytetów.

Na początku przedstawiony zostanie system ochrony danych osobowych. Następnie przejdę do omówienia przepisów, ewentualnie propozycji przepisów relewantnych w zakresie uregulowania technologii. Szczególna uwaga zostanie poświęcona również przepisom z zakresu danych biometrycznych, które stanowią często jedyny środek ochrony przed nadużyciami wynikającymi ze stosowania technologii rozpoznawania twarzy. Kolejnym aspektem będzie zobrazowanie, na jakim poziomie rozwoju znajduje się omawiana technologia, poprzez przedstawienie przykładowych sposobów jej wykorzystania. W zakończeniu przedstawione zostaną wnioski z prowadzonych rozważań.

2. System ochrony danych osobowych

Pierwsze regulacje prawne dotyczące ochrony danych osobowych w Chinach zaczęły się kształtować dopiero ok. 2010 r. Stało się tak, ponieważ dopiero wtedy pojawiła się realna potrzeba ich uchwalenia, którą zauważyły również chińskie władze. Okres ten zbiegł się z dynamicznym rozwojem technologii w Chinach¹, czego skutkiem była produkcja ogromnej ilości danych, nad którą należało zapanować, aby technologia mogła się dalej rozwijać. Wynika to z tego, że odpowiednia ilość i jakość danych jest jednym

¹ K.F. Lee, *Inteligencja sztuczna, rewolucja prawdziwa, Chiny, USA i przyszłość świata*, Media Rodzina 2020, tłum. K. Hejnowski, s. 70-73.

z podstawowych czynników koniecznych do tego postępu. Zważywszy na ustrój polityczny Chin, można przypuszczać, że ochrona praw obywateli była w tej sytuacji drugorzędnym powodem do stworzenia odpowiednich regulacji.

Początkowo były to jedynie przepisy sektorowe regulujące przepływ i przetwarzanie danych tylko w poszczególnych gałęziach prawa i gospodarki kraju. Przykładowo chińskie prawo karne zaczęło penalizować nielegalny obrót dużymi ilościami danych, którymi dysponują przedsiębiorstwa i organizacje, zarówno prywatne, jak i publiczne. Celem regulacji było wdrożenie przez przedsiębiorstwa odpowiednich środków ochrony danych w swojej działalności oraz zbudowanie świadomości pracowników tych podmiotów w zakresie ochrony prywatności i danych².

Ważne dla ochrony danych jednostek w Chinach są również Ogólne Zasady Prawa Cywilnego (dalej jako „OZPC”)³, których nowelizacja z 2017 r. po raz pierwszy uznała ochronę danych za część prawa cywilnego⁴. Artykuł 111 zapewnia ochronę dobrego imienia obywateli (*right of reputation*)⁵. Kolejne przepisy zapewniają ochronę nazwiska, wizerunku oraz honoru danej osoby. Chińskie prawo cywilne, pomimo zapewnienia ochrony poszczególnych elementów prywatności, nie uznaje więc prawa do prywatności jako niezależnego prawa jednostki⁶. Zgodnie z wykładnią, jakiej dokonał Najwyższy Sąd Ludowy, różne formy ujawniania danych osobowych należy traktować jako naruszenie dobrego imienia jednostki⁷.

Poza opisanymi powyżej ustawami w zakresie ochrony danych osobowych w chińskim porządku prawnym istnieje również grupa bardziej wyspecjalizowanych przepisów dotyczących jedynie sektora prywatnego. Nie przyjmują one rangi ustaw, a jedynie decyzji czy wytycznych, jednakże w większości ich charakter jest prawnie wiążący dla podmiotów, których dotyczą⁸. Jedną z pierwszych takich regulacji był wydany w 2011 r. (a obowiązujący od 2012 r.) przez Ministerstwo Gospodarki i Technologii (dalej jako „MIIT”) zbiór standardów wiążący wszystkich dostawców internetowych usług infor-

² H. Xue, *Privacy and personal data protection in China: An update for the year end 2009*, „Computer Law & Security Review” 2010, no. 26, s. 285.

³ Ogólne Zasady Prawa Cywilnego do czasu wejścia w życie chińskiego Kodeksu cywilnego (*Civil Code of the People's Republic of China*) pełniły funkcję ustawy regulującej niektóre działy prawa cywilnego w Chinach, zob. więcej <http://www.npc.gov.cn/englishnpc/lawsofthepc/202001/c983fc8d3782438fa775-a9d67d6e82d8.shtml> [dostęp: 23.09.2021].

⁴ A. Geller, *How Comprehensive Is Chinese Data Protection Law? A Systematisation of Chinese Data Protection Law from a European Perspective*, „GRUR International” 2020, Vol. 69, no. 12, s. 2.

⁵ Ogólne Zasady Prawa Cywilnego Chińskiej Republiki Ludowej (General Provisions of the Civil Law of the PRC), tłumaczenie na angielski: <http://www.npc.gov.cn/englishnpc/lawsofthepc/202001/c983fc8d3782438fa775a9d67d6e82d8.shtml> [dostęp: 23.09.2021].

⁶ G. Greenleaf, *Asian Data Privacy Law*, Oxford University Press 2014, s. 200-201.

⁷ *Ibidem*.

⁸ A. Geller, *op. cit.*

macyjnych⁹. Również w 2012 r. Stały Komitet Ogólnochińskiego Zgromadzenia Przedstawicieli Ludowych (dalej jako: „OZPL”) wydał Decyzję (dalej jako „Decyzja Stałego Komitetu OZPL”) dotyczącą bezpośrednio ochrony informacji w Internecie¹⁰, która stała się jednym z najważniejszych aktów prawnych w Chinach dotyczących danych osobowych. Decyzja ta stanowi podstawowe źródło oraz punkt odniesienia dla późniejszych przepisów dotyczących ochrony „informacji elektronicznych” w Chinach¹¹.

Należy zaznaczyć, że chińskie regulacje z zakresu danych osobowych są bardzo chaotyczne oraz fragmentaryczne. Na gruncie europejskim konkretne ustawy regulują to zagadnienie, natomiast w Chinach konieczne jest korzystanie z wielu różnych aktów prawnych. W związku z tym w niniejszym artykule, odnosząc się do legislacji danoosobowej, będę odwoływać się również do regulacji innego rodzaju, jeżeli będą przedstawiać znaczenie także dla ochrony danych. W związku z powyższym pewnym przełomem dla chińskiej legislacji danoosobowej stało się uchwalenie w Chinach obowiązującej od 2017 r. ustawy o cyberbezpieczeństwie. Choć jej celem jest głównie ochrona bezpieczeństwa cybernetycznego i bezpieczeństwa narodowego, to jest to również pierwszy akt prawny w Chinach, który tak szeroko reguluje kwestie ochrony danych, a przez to stanowi pozytywny krok w kierunku bardziej kompleksowego systemu ochrony danych¹². Uchwalenie ustawy było rezultatem narastającej liczby oszustw internetowych obejmujących nielegalną odsprzedaż danych osobowych jednostek, która wynikała z braku zapewnienia odpowiedniego poziomu ochrony. Oszustwa częstokroć doprowadzały do śmierci osób oszukanych. Szerokim echem w chińskich mediach odbił się przypadek studenta, który utracił wszystkie środki, które przez wiele lat jego rodzina zbierała na jego edukację. Ze względu na doświadczony stres mężczyzna zmarł na zawał dwa dni po oszustwie¹³. Nie był to jednak odosobniony przypadek. Realna potrzeba nakłoniła więc chiński rząd do rozpoczęcia prac nad wzmocnieniem ochrony danych osobowych¹⁴.

Celem nowej regulacji było przede wszystkim wzmocnienie ochrony w zakresie transgranicznego przetwarzania danych osobowych oraz danych wrażliwych. Większą ochroną zostały objęte wszystkie kategorie danych, które są przetwarzane przez podmioty prowadzące działalność gospodarczą w Chinach i chcące przesyłać dane do państw trzecich¹⁵. Do ustawy zaimplementowane zostały podstawowe zasady z unijnego ogólnego

⁹ G. Greenleaf, *op. cit.*, s. 204-207.

¹⁰ *Ibidem*.

¹¹ *Ibidem*.

¹² *Ibidem*.

¹³ J. Meng, W. Fan, *China strengthens its data protection legislation*, IAPP, 15.11.2016, <https://iapp.org/news/a/china-strengthens-its-data-protection-legislation/> [dostęp: 23.09.2021].

¹⁴ *Ibidem*.

¹⁵ M. Abu Gholeh, D. Kuźnicka, *Ochrona danych osobowych w wybranych państwach Azji*, Prace Naukowe Wydziału Prawa, Administracji i Ekonomii Uniwersytetu Wrocławskiego, Wrocław 2019, s. 64.

rozporządzenia o ochronie danych (dalej jako „RODO”)¹⁶, ale nie tylko. Przykładowo podstawowe wymagania dotyczą zbierania zgody na przetwarzanie, przejrzystości i bezpieczeństwa czy lokalizacji danych i ograniczeń w ich eksporcie. To właśnie ścisły wymóg lokalizacji danych został przyjęty z zaniepokojeniem zarówno wśród krajowych przedsiębiorców, jak i przedsiębiorców z państw trzecich, którzy świadczyli swoje usługi na terenie Chin¹⁷. Podnoszone były głosy, że takie regulacje umożliwiać będą dyskryminację podmiotów spoza Chin¹⁸, ułatwią nadzór aparatu państwowego nad ich działalnością oraz utrudnią rozwój działalności gospodarczej¹⁹. Co prawda przyjęte przepisy zmusiły niektóre firmy zagraniczne, w szczególności dostawców usług chmurowych, do wycofania się z Chin²⁰, jednakże ustawa weszła w życie zgodnie z zapowiedziami – 1 czerwca 2017 r. Od tego czasu stanowiła solidną podstawę dla dalszego rozwoju regulacji danoosobowych w Chinach²¹.

W 2020 r. pojawiły się w Chińskiej Republice Ludowej dwa projekty ustaw mające na celu dalsze rozszerzanie ochrony danych osobowych oraz prywatności chińskich obywateli. Pierwszy z nich – ustawa o ochronie danych osobowych (*Personal Information Protection Law*, dalej jako „PIPL”), został uchwalony 20 sierpnia 2021 r. i po wejściu w życie, czyli od 1 listopada 2021 r., stanowi pierwszą kompleksową regulację w Chinach dotyczącą ochrony danych osobowych.

Analizując PIPL, łatwo zauważyć, że wiele przepisów zawartych w nim jest inspirowanych unijnym RODO²². W ustawie rozszerzono zakres danych osobowych oraz określono kluczowe pojęcia i zasady ich przetwarzania, w tym przykładowo ustanowiono zasady przejrzystości, sprawiedliwości, ograniczania celu, minimalizacji danych czy ich rozliczalności²³. W przeciwieństwie do ustawy o cyberbezpieczeństwie PIPL rozszerza katalog podstaw przetwarzania danych, który do tej pory oparty był tylko na zgodzie²⁴ i od teraz będzie zbliżony do tego zawartego w RODO. Co więcej, definicja zgody

¹⁶ 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 119 z 4.05.2016 r., s. 1.

¹⁷ Y. Feng, *The future of China's personal data protection law: challenges and prospects*, „Asia Pacific Law Review” 2019, vol. 27, iss. 1, s. 72.

¹⁸ M. Parasol, *The impact of China's 2016 Cyber Security Law on foreign technology firms, and on China's big data and Smart City dreams*, „Computer Law & Security Review” 2018, no. 34, s. 68.

¹⁹ Y. Feng, *op. cit.*, s. 72.

²⁰ *Ibidem*.

²¹ J. Meng, W. Fan, *op. cit.*

²² X. Ke, V. Liu, Y. Lao, Z. Yu, *Analyzing China's PIPL and how it compares to the EU's GDPR*, IAPP, 24.08.2021, <https://iapp.org/news/a/analyzing-chinas-pipl-and-how-it-compares-to-the-eus-gdpr/> [dostęp: 23.09.2021].

²³ *Ibidem*.

²⁴ M. Chan, C. Yue, J. Gong, T. Ke, S. Zhang, *The Gloves Are Off! China's Personal Information Protection Law was Passed and will Come into Effect on 1 November 2021*, Lexology, 23.08.2021, <https://www.lexology.com/library/detail.aspx?l=6777777>.

na mocy PIPL w dużej mierze pokrywa się ze ścisłymi wymogami RODO w tym zakresie, a więc zgoda musi być wyraźna, świadoma, udzielona dobrowolnie i może być później wycofana. Ustawa wymaga jednak odrębnej zgody w przypadku niektórych czynności przetwarzania, a mianowicie np. gdy podmiot przetwarzający publicznie ujawnia dane osobowe, przetwarza szczególnie chronione dane osobowe lub przekazuje dane osobowe za granicę²⁵.

Analogicznie do przepisów przyjętych w unijnym rozporządzeniu PIPL zakłada również rozszerzenie zasięgu terytorialnego obowiązywania do wszystkich zagranicznych podmiotów i osób fizycznych, które przetwarzają dane osobowe osób znajdujących się na terytorium Chin, niezależnie od ich narodowości²⁶. Bez wątpienia będzie to miało znaczący wpływ na firmy prowadzące działalność w Chinach lub zorientowane na działalność na rynku chińskim. Przedsiębiorcy będą musieli dostosować się do nowych, bardziej wymagających przepisów bądź wycofać się z działalności na rynku chińskim, tak jak postąpili niektórzy przy implementacji ustawy o cyberbezpieczeństwie. Niewątpliwie jednak chiński rynek stwarza dla przedsiębiorców ogromne możliwości rozwoju, szczególnie w zakresie nowych technologii. Przyjęte regulacje nie powinny być na tyle wymagające, aby były niemożliwe do spełnienia dla zagranicznych podmiotów. W mojej ocenie byłoby to niekorzystne zarówno dla przedsiębiorców zagranicznych, jak i samej gospodarki Chin. Jednak analiza przepisów nowej ustawy nie daje podstaw do twierdzenia, że przyjęte wymagania są nadmierne – w końcu wiele z nich stanowi bezpośrednią implementację rozwiązań przyjętych w RODO.

PIPL wydaje się jednak korzystny dla podmiotów, których dane będą przetwarzane. Zakłada on znaczne wzmocnienie i poszerzenie przysługujących im praw, a także nałożenie większych obowiązków na administratorów oraz podmioty przetwarzające dane. Po raz pierwszy chińskim obywatelom przysługiwać będą takie prawa jak obywatelom UE, czyli chociażby prawo do informacji i wyjaśnień dotyczących przetwarzania danych, prawo dostępu do danych osobowych i żądania ich kopii, prawo do sprostowania danych, prawo do wniesienia sprzeciwu wobec przetwarzania, prawo do wycofania zgody oraz prawo do usunięcia danych²⁷. Z drugiej strony ustawa przewiduje różne środki zarządzania i bezpieczeństwa, takie jak regularne audyty zgodności, oceny ryzyka, okresowe szkolenia pracowników, rejestry czynności przetwarzania danych osobowych, protokoły reagowania na żądania osób, których dane dotyczą, zgłaszanie naruszeń ochrony danych, środki zaradcze w przypadku naruszenia ochrony danych oraz wyznaczenie inspektora ochrony danych. PIPL wymaga więc od podmiotów przetwarzających

lexology.com/library/detail.aspx?g=b11a28d4-a023-4af0-b7c3-d49ce8e80646 [dostęp: 23.09.2021].

²⁵ *Ibidem*.

²⁶ X. Ke, V. Liu, Y. Lao, Z. Yu, *op. cit.*

²⁷ *Ibidem*.

dane osobowe przyjęcia całościowego programu zgodności z przepisami w celu ochrony danych osobowych²⁸.

Dopełnienie dla kompleksowego systemu ochrony danych osobowych tworzonego przez PIPL oraz ustawę o cyberbezpieczeństwie ma stanowić ustawa o bezpieczeństwie danych (*Data Security Law*), która weszła w życie 1 września 2021 r. Dzieli ona dane na trzy kategorie, a mianowicie dane podstawowe dla państwa (*core state data*), dane ważne i dane ogólne. Ustawa ustanawia hierarchiczny system zarządzania klasyfikacją danych i ich ochrony, który uwzględnia znaczenie różnych rodzajów danych dla gospodarki narodowej, bezpieczeństwa narodowego i interesu publicznego²⁹. W zakresie przeciwdziałania niewłaściwemu przetwarzaniu danych podstawowych dla państwa ustawa o bezpieczeństwie danych przewiduje wyposażenie prezydenta Chin w szeroki wachlarz uprawnień. Przede wszystkim daje mu prawo do nakładania kar pieniężnych, a nawet decydowania o zamykaniu przedsiębiorstw, które niewłaściwie obchodzą się z danymi³⁰. Celem takiego rozwiązania jest przejęcie kontroli nad ogromnymi ilościami danych przetwarzanych głównie przez korporacje technologiczne działające na terenie Chin.

Ostatnim aktem prawnym wpisującym się w chiński system ochrony danych osobowych, a jednocześnie wartym omówienia, jest Kodeks cywilny³¹, który wszedł w życie 1 stycznia 2021 r. W Chinach do tej pory nie istniała kompleksowa regulacja dotycząca prawa cywilnego. Istniały Ogólne Zasady Prawa Cywilnego wspomniane przeze mnie powyżej oraz oddzielnie ustawa regulująca odpowiedzialność deliktową. Omawiany Kodeks cywilny zastąpił te akty prawne i wprowadził jedną kompleksową regulację³². W przeciwieństwie do OZPC Kodeks cywilny wprowadza oddzielny rozdział poświęcony bezpośrednio prawie do prywatności oraz ochronie danych. Jest to pierwszy raz, kiedy w chińskim prawie cywilnym zapisano prawo do prywatności i zasady ochrony danych osobowych. Definiuje on dane osobowe i określa podstawę prawną przetwarzania danych osobowych, obowiązki podmiotów przetwarzających dane osobowe, prawa osób fizycznych do ich danych osobowych oraz obowiązki organów administracyjnych. W najnowszej wykładni sądowej dotyczącej wprowadzanej regulacji, opublikowanej w grudniu 2020 r., Najwyższy Sąd Ludowy wyraźnie określił „spór o ochronę danych osobowych” jako przyczynę wniesienia powództwa cywilnego na podstawie Kodeksu

²⁸ *Ibidem*.

²⁹ J. Sheng, C. Xu, E. Tao, *China Adopts New Data Security Law*, Pillsbury, 07.09.2021, <https://www.pillsburylaw.com/en/news-and-insights/china-adopts-new-data-security-law.html> [dostęp: 23.09.2021].

³⁰ C. Murphy, J. Li, C. Liu, L. Liu, *China's New Data Law Gives Xi the Power to Shut Down Tech Firms*, Bloomberg, 11.06.2021, <https://www.bloomberg.com/news/articles/2021-06-10/china-passes-law-to-strengthen-control-over-tech-firms-data> [dostęp: 23.09.2021].

³¹ *Civil Code of the People's Republic of China*, tłumaczenie na angielski: <http://www.npc.gov.cn/englishnpc/c23934/202012/f627aa3a4651475db936899d69419d1e/files/47c16489e186437eab3244495cb47d66.pdf> [dostęp: 23.09.2021].

³² A. Geller, *op. cit.*

cywilnego³³. Aktualna regulacja jest także dużo lepiej dostosowana do ochrony praw jednostek w świecie cyfrowym, w którym coraz łatwiej o naruszenia. Szybko rozwijające się platformy cyfrowe stwarzają pole do publikowania różnych treści, także tych o charakterze zniesławiającym czy obrażającym³⁴. Potrzebne są więc narzędzia prawne, dzięki którym możliwe będzie skuteczne dochodzenie swoich praw.

W latach 2010-2021 pojawiło się w Chińskiej Republice Ludowej bardzo wiele regulacji z zakresu danych osobowych. Jednakże czynniki takie jak duża różnorodność podmiotów uchwalających przepisy, odmienna moc ich obowiązywania oraz skierowanie ich do różnych sektorów powodują duże rozproszenie tych przepisów, a co za tym idzie, brak jednolitości ochrony dla podmiotów, których dane są przetwarzane. Prowadzi to do wniosku, że system ochrony danych w Chinach, na tym etapie, nie zapewnia odpowiedniej ochrony dla obywateli. Z uwagą należy obserwować implementację omawianej ustawy o ochronie danych osobowych. Ustawa ta jest pierwszym, kompleksowym aktem prawnym dotyczącym ochrony danych osobowych w Chinach. Czy okaże się także skuteczna dla ochrony praw jednostek, przekonamy się w najbliższej przyszłości.

3. Ramy regulacyjne dla technologii

Technologie takie jak sztuczna inteligencja nie zostały jeszcze włożone w odpowiednie ramy prawne w żadnym państwie na świecie, więc Chiny nie stanowią tutaj wyjątku. Jest to spowodowane dużo szybszym tempem rozwoju technologii w porównaniu do rozwoju regulacji prawnych oraz brakiem odpowiedniej wiedzy, w jaki sposób powinna ona być uregulowana. Bez wątpienia takie regulacje są konieczne, aby technologia mogła funkcjonować w sposób bezpieczny i przejrzysty dla społeczeństwa. Brak właściwych przepisów może prowadzić przykładowo do nadużyć w stosowaniu pewnych narzędzi przez władze, co niestety możemy zaobserwować w Chinach w związku z coraz szerszym wykorzystywaniem technologii rozpoznawania twarzy. Obecnie pojawiają się dopiero pierwsze propozycje prawne, ale najprawdopodobniej jeszcze długa droga do ich wejścia w życie. Pierwszą regulacją, która ma na celu kompleksowe uregulowanie stosowania systemów SI, jest projekt rozporządzenia o SI³⁵ przedstawiony przez Komisję Europejską.

³³ M. Robinson, N. Lau, J. Gong, *China cybersecurity and data protection: Review of 2020 and outlook for 2021*, 18.01.2021, Lexology, <https://www.lexology.com/library/detail.aspx?g=44eee916-38fc-4132-8924-44377262ab4d> [dostęp: 23.09.2021].

³⁴ Z. Yangfei, *Draft civil code emphasizes personality rights*, ChinaDaily Hong Kong, 21.05.2020, <https://www.chinadailyhk.com/article/131295> [dostęp: 23.09.2021].

³⁵ Wniosek Rozporządzenie Parlamentu Europejskiego i Rady ustanawiające zharmonizowane zasady dotyczące sztucznej inteligencji (Akt w sprawie sztucznej inteligencji) i zmieniające niektóre akty ustawodawcze Unii, COM(2021) 206 final.

Na gruncie chińskim nie ma więc prawodawstwa bezpośrednio regulującego wykorzystywanie SI, a tym bardziej wykorzystywanie technologii rozpoznawania twarzy. Jest jednak grupa przepisów, która może stanowić dobry początek dla bardziej kompleksowych uregulowań w tej materii.

W 2017 r. Rada Państwa ogłosiła Plan rozwoju sztucznej inteligencji następnej generacji (*Next Generation Artificial Intelligence Development Plan*, dalej jako „Plan rozwoju SI”), czyli narodowy plan, który przedstawia chińskie ambicje zostania liderem światowego przemysłu SI do 2030 r. Plan ten zakłada, że Chiny mają stać się liderem nie tylko w zakresie technologii, ale także w zakresie etyki oraz regulacji prawnych dotyczących SI³⁶. Zgodnie z jego założeniami Chiny staną się światowym centrum innowacji, rozwoju i zarządzania SI, a na ten cel przeznaczone zostaną ogromne publiczne fundusze. We wstępnym planie nie ma zbyt wielu konkretnych i istotnych szczegółów dotyczących tego, w jaki sposób rozwój będzie zarządzany oraz jak miałyby zapewnić korzyści dla społeczeństwa i przywództwo Chin w tej dziedzinie. W związku z tym Plan rozwoju SI należy traktować bardziej jako sposób na ogłoszenie światu swojej dominacji w zakresie sztucznej inteligencji w niedalekiej przyszłości³⁷.

Pomimo dużej ogólności sformułowanego Planu rozwoju SI można zauważyć, że na tym nie skończyły się działania chińskiego rządu. Już niecały rok później, w 2018 r., został ogłoszony przez MIIT Plan Działania na lata 2018-2020, który w sposób bardziej szczegółowy określa kluczowe obszary działania na dany okres³⁸. W celu wykonania Planu rozwoju SI powołany został również Krajowy Komitet Zarządzający ds. sztucznej inteligencji nowej generacji (*National New Generation of Artificial Intelligence Governance Committee*), który w 2019 r. opublikował osiem zasad, których powinny przestrzegać osoby pracujące nad rozwojem sztucznej inteligencji. Są to: harmonia, uczciwość i sprawiedliwość, poszanowanie prywatności, bezpieczeństwo, przejrzystość, odpowiedzialność i współpraca³⁹.

Krajowy Komitet Techniczny ds. normalizacji bezpieczeństwa informacji (*National Information Security Standardisation Technical Committee*, dalej jako „TC260”) opublikował w 2021 r. zbiór niewiążących wytycznych dotyczących etyki sztucznej inteligencji, będących kontynuacją standardów opublikowanych w 2019 r. Wytyczne TC260 mają zastosowanie do wszystkich systemów SI, a na tym etapie nie stanowią próby ustanowie-

³⁶ K. Lucero, *Artificial Intelligence Regulation and China's Future*, “Columbia Journal of Asian Law” 2019, vol. 33, no. 1, s. 101.

³⁷ *Ibidem*, s. 102.

³⁸ A. Kaja, Y. Luo, *Covington Artificial Intelligence Update: China's Vision for The Next Generation of AI*, Inside Privacy, 24.03.2018, <https://www.insideprivacy.com/artificial-intelligence/chinas-vision-for-the-next-generation-of-ai/> [dostęp: 23.09.2021].

³⁹ S. O'Meara, *Will China lead the world in AI by 2030?*, Nature, 21.08.2019, <https://www.nature.com/articles/d41586-019-02360-7> [dostęp: 23.09.2021].

nia szczegółowych zasad dla poszczególnych sektorów. Pomimo że są niewiążące, to ich celem jest wypracowanie narodowego standardu, którym kierować się mogą przedsiębiorstwa w całym kraju⁴⁰. Wytyczne TC260 rozpoczynają się od określenia zestawu potencjalnych obaw związanych z zaawansowanymi zastosowaniami SI, które ściśle pokrywają się z wytycznymi UE w sprawie etyki dla godnej zaufania SI. Wytyczne zakładają chociażby zapewnienie właściwego nadzoru ze strony człowieka nad mechanizmami SI, dokumentowanie kluczowych decyzji w zakresie badań i rozwoju, takich jak wybór zbiorów danych i algorytmów, konieczność dokładnego, kompletnego i jednoznacznego wyjaśnienia użytkownikom funkcji, zagrożeń dla bezpieczeństwa i możliwego wpływu SI. Wprowadzają również zakaz polegania na SI jako jedynej podstawie automatycznego podejmowania decyzji w dziedzinie usług publicznych, finansowych, zdrowia, opieki społecznej i edukacji⁴¹.

Duże znaczenie dla regulacji sztucznej inteligencji, a w szczególności technologii rozpoznawania twarzy, mają przepisy dotyczące ochrony danych osobowych, a zwłaszcza danych biometrycznych. Wizerunek twarzy jest daną szczególnej kategorii, a więc powinien być zabezpieczony prawnie w wyższym stopniu niż inne dane, które do tej kategorii nie należą.

W chińskim systemie ochrony danych nie było do tej pory definicji danych biometrycznych, a tym bardziej samych danych dotyczących wizerunku twarzy. W Decyzji Stałego Komitetu OZPL z 2012 r. dane osobowe zostały po raz pierwszy zdefiniowane jako „informacje, które mogą zidentyfikować osoby fizyczne i które dotyczą prywatności osób fizycznych”⁴². Szersza definicja tego pojęcia została przedstawiona cztery lata później, w ustawie o cyberbezpieczeństwie z 2016 r. Jej art. 76 ust. 5. stanowi, że „dane osobowe odnoszą się do różnego rodzaju informacji zarejestrowanych za pomocą środków elektronicznych lub innych, które niezależnie od siebie lub w połączeniu z innymi informacjami mogą zostać użyte do zidentyfikowania osoby fizycznej, w tym osobistych informacji biometrycznych, które następnie w sposób dorozumiany obejmują dane dotyczące wizerunku twarzy”⁴³. Ustawa ta nakłada obowiązki prawne na operatorów sieci, określając wymogi dotyczące gromadzenia, wykorzystywania i ochrony informacji umożliwiających identyfikację osób, które obejmują dane biometryczne. Dane biometryczne nie są jednak głównym przedmiotem zainteresowania powyższych regulacji

⁴⁰ R. Bird, *China “standardises” AI ethics*, Freshfields, 26.01.2021, <https://digital.freshfields.com/post/102gpfp/china-standardises-ai-ethics> [dostęp: 23.09.2021].

⁴¹ *Ibidem*.

⁴² M. Tan, *China: Facial recognition and its legal challenges*, OneTrust DataGuidance, 2020, <https://www.dataguidance.com/opinion/china-facial-recognition-and-its-legal-challenges> [dostęp: 23.09.2021].

⁴³ *Ibidem*.

i nie są omawiane poza sekcją dotyczącą definicji w ustawie o cyberbezpieczeństwie⁴⁴. Przywołane dokumenty nie zawierały więc jeszcze oddzielnej regulacji danych biometrycznych, chociaż ta druga definicja już bardziej odnosiła się do rozwijającego się cyfrowego świata i zwracała uwagę na fakt wytwarzania danych.

Kolejne uchwalane normy krajowe dotyczące ochrony danych osobowych już wyraźnie odnoszą się do tematu danych osobowych dotyczących wizerunku twarzy. Zaktualizowana Specyfikacja Bezpieczeństwa Danych Osobowych (*Personal Information Security Specification*, dalej jako „Specyfikacja”), która weszła w życie w październiku 2020 r., wprowadza pojęcie „wrażliwych danych osobowych”. Oznacza to, że takie informacje, w przypadku ich wycieku, nielegalnego udostępnienia lub niewłaściwego wykorzystania, mogą zagrażać bezpieczeństwu osobistemu i majątkowemu oraz prawdopodobnie spowodują m.in. naruszenie reputacji osobistej, uszczerbek na zdrowiu fizycznym i psychicznym oraz dyskryminacyjne traktowanie. Określa ona również wytyczne dotyczące przetwarzania i ochrony danych, aby zapobiec nielegalnemu gromadzeniu, nadużywaniu i dostępowi do danych osobowych – w tym danych biometrycznych⁴⁵. Przykłady wrażliwych danych osobowych przedstawione w Specyfikacji dotyczą osobistych biochemicznych informacji identyfikacyjnych, które obejmują również cechy rozpoznawania twarzy⁴⁶. Pomimo braku kar Specyfikacja jest uważana za dokument ustanawiający najlepsze praktyki i służy jako ważny punkt odniesienia dla agencji rządowych w kwestii budowania zrównoważonego środowiska dla technologii rozpoznawania twarzy⁴⁷.

Pierwszą ustawą krajową o charakterze wiążącym, która ustanawia wyższy standard ochrony dla szczególnych kategorii danych osobowych, jest opisywana powyżej ustawa o ochronie danych osobowych. Przykłady wrażliwych danych osobowych w ustawie obejmują informacje identyfikujące rasę, narodowość, przekonania religijne, dane biometryczne, historię medyczną, stan zdrowia, sytuację finansową i lokalizację danej osoby. Zgodnie z PIPL na przetwarzanie wrażliwych danych osobowych wymagana będzie odrębna zgoda. Osoby fizyczne muszą być dodatkowo informowane o tym, dlaczego konieczne jest gromadzenie i przetwarzanie ich danych osobowych oraz o wpływie przetwarzania na te osoby⁴⁸. PIPL jeszcze większą ochroną prawną obejmuje sam wizerunek twarzy. Jest to szczególnie ważne w przypadku przetwarzania danych biometrycznych, takich jak ludzkie twarze, ponieważ są one zbierane i rozpoznawane w czasie rzeczywistym.

⁴⁴ S. Lee, *Coming into Focus: China's Facial Recognition Regulations*, Center for Strategic & International Studies, 04.05.2020, <https://www.csis.org/blogs/trustee-china-hand/coming-focus-chinas-facial-recognition-regulations> [dostęp: 23.09.2021].

⁴⁵ *Ibidem*.

⁴⁶ M. Tan, *op. cit.*

⁴⁷ S. Lee, *op. cit.*

⁴⁸ R. Bird, J. Chiew, *China's first omnibus data protection law*, Freshfields, 15.01.2021, <https://digital.freshfields.com/post/102gorq/chinas-first-omnibus-data-protection-law> [dostęp: 23.09.2021].

stym w miejscach publicznych, przez co takie gromadzenie jest mniej odczuwalne. Należy więc zatroszczyć się o określenie rozsądnego zakresu przetwarzania, spełnienie obowiązku informacyjnego oraz uzyskanie zgody osoby zainteresowanej. Jako że wizerunek twarzy jest eksponowany w miejscach publicznych, ich niezauważalne przetwarzanie bez koniecznych ograniczeń prawnych może skutkować poważnymi konsekwencjami⁴⁹. Jak stanowi art. 26 PIPL, przetwarzanie takich danych powinno być możliwe wyłącznie, gdy odbywa się w sposób zgodny z odpowiednimi przepisami państwowymi oraz gdy jest konieczne do zapewnienia bezpieczeństwa narodowego, przy czym niezbędne jest również zainstalowanie wyraźnych znaków informacyjnych. Zebrane dane biometryczne nie mogą być publikowane ani udostępniane innym osobom, chyba że istnieje osobna zgoda danej osoby lub przepisy ustawowe lub administracyjne stanowią inaczej⁵⁰.

Poza zapewniającymi odpowiednią ochronę przepisami z zakresu danych osobowych Chińczycy potrzebują również odpowiednich wiążących regulacji odnoszących się bezpośrednio do kwestii technologicznych. Wraz z rozwojem technologii rosną również obawy osób, których ta technologia będzie dotyczyć. W lutym 2020 r. Chiny pokazały światu nowy system do rozpoznawania twarzy, który jest w stanie zidentyfikować twarz nawet w przypadku noszenia maseczki w związku z pandemią COVID-19. Obawy może budzić fakt, że od razu przyznano, że ten system ma nieznacznie niższy wskaźnik dokładności⁵¹. Dotychczasowe badania przeprowadzone w USA wskazują, że w 2020 r. średni próg dokładności tej technologii kształtował się na poziomie 99,97%⁵². Jednakże algorytm uczenia maszynowego rozpoznaje konkretne punkty na twarzy (teraz jest to co najmniej 68 takich punktów⁵³), z czego, jak wiadomo, w maseczce liczba tych punktów zmniejsza się o co najmniej połowę. Z tego powodu wzrasta również liczba błędów popełnianych przy rozpoznaniu twarzy. To może budzić obawy, szczególnie że technologia rozpoznawania twarzy jest w chińskiej przestrzeni publicznej coraz bardziej powszechna.

Wzrost świadomości oraz obaw chińskich obywateli o bezprawne przetwarzanie ich wizerunków twarzy, a także innych danych osobowych dobrze obrazuje pierwsza sprawa sądowa dotycząca wykorzystania technologii rozpoznawania twarzy w Chinach. Była ona związana ze sporem o rozsądny zakres zastosowania tej technologii⁵⁴, a doty-

⁴⁹ S. Ning, W. Han, J. Ke, L. Yunhan, P. Chi, Y. Minlv, Z. Ziqian, *Personal Information Protection Law (Draft): A New Data Regime*, China Law Insight, 11.11.2020, <https://www.chinalawinsight.com/2020/11/articles/compliance/personal-information-protection-law-draft-a-new-data-regime/> [dostęp: 23.09.2021].

⁵⁰ Art. 26 ustawy o ochronie danych osobowych, źródło tłumaczenia na angielski: <https://digichina.stanford.edu/news/translation-personal-information-protection-law-peoples-republic-china-effective-nov-1-2021> [dostęp: 23.09.2021].

⁵¹ S. Lee, *op. cit.*

⁵² *How Accurate is Facial Recognition Today?*, Rec Faces, 5.11.2020, <https://recfaces.com/articles/how-accurate-is-facial-recognition> [dostęp: 23.09.2021].

⁵³ *Ibidem*.

⁵⁴ S. Ning, W. Han, J. Ke, L. Yunhan, P. Chi, Y. Minlv, Z. Ziqian, *op. cit.*

czyła identyfikacji tożsamości przy wejściu do parku zoologicznego. W kwietniu 2019 r. Guo Bing, profesor prawa, nabył roczną kartę wstępu do parku Hangzhou Wildlife World. W momencie zakupu podał swoje dane osobowe oraz dostarczył zdjęcie. Za jego zgodą pobrane zostały również odciski palców, które stanowiły podstawę weryfikacji tożsamości przy wejściu do parku. Natomiast w lipcu ten system weryfikacji zastąpiono technologią rozpoznawania twarzy, w związku z czym profesor został poproszony o dostarczenie swojego wizerunku twarzy w celu aktywacji zakupionej wcześniej karty⁵⁵. Profesor stwierdził, że tym działaniem park „narusza prawo ochrony konsumentów poprzez przymusowe zbieranie indywidualnych danych gości”, po tym jak nagle uczynił rejestrację rozpoznawania twarzy obowiązkowym wymogiem przy wejściu dla zwiedzających⁵⁶. Powód nie wyraził więc na to zgody i poprosił o unieważnienie karty oraz zwrot poniesionej opłaty. Kiedy spotkał się z odmową, wniósł pozew do sądu, powołując się na naruszenie jego prywatności oraz złamanie przez Hangzhou Wildlife World Co. Ltd. postanowień umowy o świadczenie usług dostępu do parku⁵⁷. Guo Bing żądał również unieważnienia uchwały zarządu parku wprowadzającej nowy sposób weryfikacji, jako że procedura zbierania wizerunków twarzy odwiedzających naruszała według niego prawo do ochrony danych wrażliwych⁵⁸.

W dniu 20 listopada 2020 r. sąd wydał wyrok w I instancji, w którym orzekł o złamaniu umowy i nakazał Wildlife World zadośćuczynienie Guo Bingowi za utratę korzyści wynikających z umowy oraz koszty transportu w łącznej wysokości 1 038 RMB (ok. 500 zł), a także usunięcie danych wizerunku twarzy Guo Binga, które zostały dostarczone, gdy ubiegał się o roczne członkostwo⁵⁹. Sąd nie odniósł się jednak do wniosku o unieważnienie uchwały Zarządu, a więc nie wypowiedział się merytorycznie w kwestii naruszenia prawa do ochrony wrażliwych danych przez park⁶⁰. Zarówno Guo Bing, jak i Hangzhou Wildlife World odwołali się do sądu II instancji⁶¹.

Sąd II instancji uznał, że informacje biometryczne są wrażliwymi danymi osobowymi, a ich niewłaściwe wykorzystanie powoduje nieprzewidywalne zagrożenia dla prywatności ludzi, dlatego należy wprowadzić bardziej rygorystyczne przepisy⁶². Jed-

⁵⁵ M. Szmidt-Husarz, *Technologia rozpoznawania twarzy a ochrona danych osobowych w Chinach – sprawa prof. Guo Binga*, Chiny24, 16.12.2020, <https://chiny24.com/prawo/technologia-rozpoznawania-twarzy-a-ochrona-danych> [dostęp: 23.09.2021].

⁵⁶ K. Allen, *China facial recognition: Law professor sues wildlife park*, BBC, 8.11.2019, <https://www.bbc.com/news/world-asia-china-50324342> [dostęp: 23.09.2021].

⁵⁷ M. Szmidt-Husarz, *op. cit.*

⁵⁸ *Ibidem.*

⁵⁹ S. Qiao, C. Wang, D. Clark, *Zoo Loses the 'First Face Recognition Case' at Appeal*, Lexology, 22.04.2021, <https://www.lexology.com/library/detail.aspx?g=882322e8-fcb4-4f19-83c9-a4ff71d50e1d> [dostęp: 23.09.2021].

⁶⁰ M. Szmidt-Husarz, *op. cit.*

⁶¹ S. Qiao, C. Wang, D. Clark, *op. cit.*

⁶² *Ibidem.*

nakże ten sąd również nie unieważnił uchwały zarządu wprowadzającej sposób weryfikacji za pomocą wizerunku twarzy.

Ta jedna sprawa wystarczyła, aby wywołać powszechną dyskusję na temat ochrony danych osobowych, a tym bardziej danych biometrycznych w Chinach⁶³. Pomimo wprowadzonych niedawno regulacji nadal istnieje duża potrzeba, aby rząd bądź prywatne przedsiębiorstwa ustanowiły pewne standardy przetwarzania danych obywateli, które w odpowiedni sposób będą chronić obywateli. Możliwe, że lepszą ochronę dla obywateli zapewni wejście w życie PIPL. Kompleksowość tych regulacji wskazuje, że prywatne podmioty, takie jak np. wymieniony powyżej park, będą musiały spełnić wyższe wymagania, a tym samym zapewnić swoim klientom wyższy stopień ochrony prywatności oraz danych.

Sprawa Guo Binga i inne sprawy sądowe doprowadziły do wydania przez Najwyższy Sąd Ludowy 1 sierpnia 2021 r. dokumentu określającego wytyczne dotyczące stosowania technologii rozpoznawania twarzy oraz ochrony tożsamości i prywatności ludzi (*the Provisions on Several Issues on the Application of Law in Hearing Civil Cases Related to the Use of Facial Recognition Technology in Processing Personal Information*). Wydany dokument ma na celu ułatwienie sędziom rozstrzygania spraw wszczętych w związku z łamaniem praw poprzez stosowanie technologii rozpoznawania twarzy, a także ustanowienie pewnego standardu w tym zakresie wśród przedstawicieli władzy sądowniczej w całym kraju. Wytyczne są odpowiedzią na obawy obywateli o swoją prywatność i dane osobowe ze względu na przypadki nadużywania systemów FRT np. przez sklepy, które gromadziły dane konsumentów bez ich zgody⁶⁴.

Warto również wspomnieć, że w obliczu braków w legislacji ogólnokrajowej prywatne przedsiębiorstwa zajmujące się rozwojem technologii rozpoznawania twarzy uchwalają swoje tzw. miękkie prawo. Nie ma ono charakteru prawnie wiążącego, ale może stanowić pewne odniesienie dla chińskich władz, a także może pomóc w wypracowaniu standardów dla całej branży. Dwie główne inicjatywy są prowadzone odpowiednio przez Megvii i SenseTime⁶⁵. Dzięki ciągłym wysiłkom firm technologicznych w celu kierowania odpowiednim wykorzystaniem rozpoznawania twarzy standardy branżowe, pomimo braku wiążącej mocy prawnej w Chinach, mogą mieć kluczowe znaczenie w budowaniu zrównoważonego środowiska dla technologii rozpoznawania twarzy⁶⁶.

Oprócz niewiążących wytycznych przepisy regulujące technologię w Chinach w zasadzie nie istnieją. W tym zakresie chiński rząd bardziej skupia się na pokazaniu się na

⁶³ S. Lee, *op. cit.*

⁶⁴ *New rules to curb misuse of facial recognition tech*, ChinaDaily, 29.07.2021, http://english.court.gov.cn/2021-07/29/content_37545967.htm [dostęp: 23.09.2021].

⁶⁵ S. Lee, *op. cit.*

⁶⁶ *Ibidem*.

arenie międzynarodowej jako światowy lider w zakresie rozwoju SI. Największą rolę w regulacji technologii rozpoznawania twarzy pełnią więc aktualnie przepisy dotyczące danych osobowych, a przy tym danych biometrycznych. Zwraca jednak uwagę brak porządku w przyjętych przepisach, które często są bardzo fragmentaryczne. Sytuacja może jednak ulec zmianie po wejściu w życie ustawy o ochronie danych, której głównym celem jest kompleksowa regulacja danych osobowych. Może mieć też duże znaczenie dla FRT ze względu na ustanowienie ochrony dla danych biometrycznych. Co więcej, w związku z aktualnym brakiem regulacji firmy technologiczne przyjmują swoje własne wytyczne, które pomimo że nie są wiążące, to ustanawiają pewien standard działania dla branży.

4. Rozwój technologii rozpoznawania twarzy i przykłady jej zastosowania

Aby stworzyć odpowiednie środowisko do szybkiego rozwoju technologii w danym państwie czy regionie, potrzebne są trzy czynniki, a mianowicie: odpowiednia ilość dobrej jakości danych, duża moc obliczeniowa oraz dobrze wykształceni inżynierowie⁶⁷. Bardzo ważne jest też odpowiednie nastawienie władz państwowych do rozwoju technologicznego w danym kraju⁶⁸. W Chińskiej Republice Ludowej panują świetne warunki do rozwoju technologii. Chiński rząd wspiera ten rozwój ogromnymi nakładami finansowym. Jeśli chodzi o pozostałe czynniki, to Chiny mogą pochwalić się zarówno dostępem do dużej mocy obliczeniowej, jak i wykształconych inżynierów.

Jednakże to, co wyróżnia rozwój technologiczny w Chinach na tle międzynarodowym, to ogromne ilości danych, które produkuje chińskie społeczeństwo, a które są bardzo potrzebne do trenowania algorytmów uczenia głębokiego. „Data is the new oil”, jak powiedział w 2006 r. brytyjski matematyk Clive Humby, a jego wypowiedź stała się niezwykle popularna na całym świecie⁶⁹. Zgodnie z tym stwierdzeniem w obecnych czasach dane osobowe stały się niezwykle wartościowym „surowcem” i zastąpiły w tym zakresie ropę naftową. Natomiast w Chinach „dane to nie tylko nowa ropa naftowa”, ale również nowa tania siła robocza. Kraj ten przez wiele lat na świecie słynął ze swojej taniej siły roboczej, czyli osób, które pracowały za najniższe stawki w fabrykach, a jednocześnie nie miały zapewnionych żadnych praw pracowniczych oraz łamane były ich prawa człowieka⁷⁰. Obecnie taką taną siłą roboczą stali się chińscy obywatele, którzy

⁶⁷ K.F. Lee, *op. cit.*, s. 105-106.

⁶⁸ *Ibidem*, s. 84-87.

⁶⁹ A. Mavuduru, *Is Data Really the New Oil in the 21st Century?*, Towards Data Science, 12.12.2020, <https://towardsdatascience.com/is-data-really-the-new-oil-in-the-21st-century-17d014811b88> [dostęp: 23.09.2021].

⁷⁰ X. Lin, *A Dangerous Game: China's Big Data Advantage And How The U.S. Should Respond*, „Journal Of Law, Technology & Policy” 2020, no. 1, s. 256-258.

poprzez swoją aktywność cyfrową generują ogrom danych, które następnie są dowolnie wykorzystywane przez chiński rząd. Wynika to z tego, że chiński system prawny, pomimo coraz szerszej ochrony danych osobowych obywateli, nie tworzy wielu ograniczeń. Dane są wykorzystywane przez przedsiębiorstwa tworzące rozwiązania z zakresu chociażby SI, a te często wspierane są przez chiński rząd. Ustawa o cyberbezpieczeństwie z 2016 r. była szeroko krytykowana za swoją niejasność i przejawy protekcjonizmu handlowego. Co więcej, Chińczycy mniej dbają o swoje podstawowe prawa, takie jak prywatność, a bardziej zależy im na dobru wspólnym państwa, czyli szybszym rozwoju technologii, a w rezultacie – na rozwoju gospodarczym Chin. Przynajmniej taką oficjalną narrację przyjęły chińskie władze⁷¹. Z innych źródeł można wyczytać, że Chińczycy są jednak coraz bardziej zaniepokojeni niewystarczającym poziomem ochrony swoich danych⁷². Według sondażu przeprowadzonego przez *China Central Television* i *Tencent Research* prawie 80% respondentów uważa, że SI stanowi zagrożenie dla prywatności. Z danych *Internet Society of China* wynika, że 54% użytkowników Internetu w tym kraju obawia się naruszenia danych osobowych, określając takie przypadki jako „poważne”⁷³. Oficjalnie jednak są w stanie poświęcić swoje prawa dla państwa, a to stwarza pole do nadużyć i łamania praw pojedynczych obywateli w imię dobra wspólnego. Wszystkie wymienione czynniki sprawiają, że Chiny są idealnym środowiskiem do szybkiego rozwoju technologicznego. Chińskie władze otwarcie dążą do uczynienia swojego państwa światowym liderem technologicznym, o czym pisałam powyżej.

Skupiając się tylko na rozpoznawaniu twarzy, można dostrzec szerokie zastosowanie tej technologii na terytorium Chin. Stała się ona integralną częścią codziennego życia ludzi, zarówno w sektorze prywatnym, jak i publicznym. W przestrzeni publicznej jest ona używana w policyjnych systemach nadzoru oraz do kontroli ruchu drogowego⁷⁴, a także jest podstawową technologią używaną w tzw. *smart cities*. Na poziomie prywatnym używana jest ona do identyfikacji pracowników w biurach oraz klientów w sklepach, a także do uwierzytelniania użytkowników aplikacji mobilnych⁷⁵. Może być również częścią zabezpieczeń w domach. Wiele przedsiębiorstw i organizacji wykorzystuje rozpoznawanie twarzy w celu poprawy komfortu obsługi klienta i zwiększenia efektywności działalności gospodarczej⁷⁶. Co więcej, chińscy giganci cyfrowi, tacy jak Alibaba czy Tencent, dostarczający systemy płatności mobilnych, umożliwiają płacenie twarzą

⁷¹ K. Lucero, *op. cit.*, s. 109-110.

⁷² S. Lee, *op. cit.*

⁷³ K. Lucero, *op. cit.*, s. 113.

⁷⁴ M. Tan, *op. cit.*

⁷⁵ W. Knight, *China's AI Awakening. The West shouldn't fear China's artificial-intelligence revolution. It should copy it*, MIT Technology Review, 10.09.2017, <https://www.technologyreview.com/2017/10/10/148284/chinas-ai-awakening/> [dostęp: 23.09.2021].

⁷⁶ M. Tan, *op. cit.*

za zakupy w chińskich sklepach. Ponadto kamery mogą śledzić ludzi idących ulicą lub na stacjach transportu publicznego, identyfikować bezdomnych na ulicach i zwracać uwagę na to, kto z kim się spotyka, a nawet na jakie nabożeństwa uczęszcza. Za dowód na szybki rozwój tej technologii w Chinach może również posłużyć fakt, że w 2017 r. chińskie podmioty zgłosiły 530 wniosków na udzielenie patentów na narzędzia umożliwiające monitoring wideo, a więc ponad pięć razy więcej niż liczba podobnych wniosków złożonych przez podmioty amerykańskie⁷⁷.

Technologia rozpoznawania twarzy zaczyna być obecna w każdym aspekcie życia Chińczyków. Takie rozwiązanie ma swoje pozytywy oraz negatywy. Z pewnością w razie braku efektywnej ochrony prywatności oraz danych osobowych obywateli wykorzystanie tej technologii może bardzo łatwo posłużyć do nadużyć. Takim przykładem jest wprowadzenie systemu monitoringu biometrycznego na obszarze całego kraju. Gęsta sieć zamontowanych kamer śledzi wszystkie ruchy obywateli. Narzędzia te umożliwiają policji kontrolowanie populacji i zatrzymywanie podejrzanych, zanim jeszcze popełnią przestępstwo⁷⁸. Zapobieganie przestępstwom to niewątpliwy plus, ale z drugiej strony organy ścigania używały tego systemu do identyfikacji osób pokojowo protestujących oraz w celu tłumienia protestów w Hong Kongu w 2019 r., które organizowane były przeciwko autorytarnym chińskim rządóm⁷⁹. Protestujący stosowali różnego rodzaju środki, żeby kamery nie były w stanie zidentyfikować tożsamości – nosili kaski, a także maski i okulary na twarzach. Używali także laserowych długopisów, aby niemożliwe było zrobienie odpowiednich zdjęć twarzy⁸⁰. Jednakże system rozpoznawania twarzy w Hong Kongu to nie tylko wszechobecne kamery – każdy obywatel posiada również dowód osobisty wykorzystujący czipy, które przechowują dane biometryczne w postaci odcisków palców oraz zdjęcie. Zdjęcia wykonane na potrzeby dowodów osobistych wykorzystują rozpoznawanie twarzy w czasie rzeczywistym w celu potwierdzenia tożsamości osoby, a następnie są przechowywane w bazie danych przez Departament Imigracyjny⁸¹. Ta sytuacja pokazuje, że nadzór w Chinach ma charakter wielowymiarowy, na co wpływ ma wysoki poziom rozwoju technologii. Co prawda w prawie ochrony danych osobowych w Hong Kongu obowiązuje zasada o niegromadzeniu nadmiernej ilości danych, jednakże są od niej wyjątki dotyczące wykrywania lub przeciwdziałania przestępczości. W opisywanej sytuacji protestujący zostali uznani właśnie za przestępców.

⁷⁷ K. Lucero, *op. cit.*, s. 117.

⁷⁸ S. duPont, *On Facial Recognition, the U.S. Isn't China–Yet*, Lawfare, 18.06.2020, <https://www.lawfareblog.com/facial-recognition-us-isnt-china-yet> [dostęp: 23.09.2021].

⁷⁹ R. Adams, *Hong Kong Protesters Are Worried About Facial Recognition Technology. But There Are Many Other Ways They're Being Watched*, BuzzFeedNews, 17.08.2019, <https://www.buzzfeednews.com/article/rosalindadams/hong-kong-protests-paranoia-facial-recognition-lasers> [dostęp: 23.09.2021].

⁸⁰ *Ibidem*.

⁸¹ *Ibidem*.

Technologia rozpoznawania twarzy stanowi również jeden z najważniejszych elementów wprowadzonego w Chinach Systemu Zaufania Publicznego (*Social Scoring System*, dalej jako „SSS”), a więc systemu służącego do masowego nadzoru i inwigilacji społeczeństwa. Dzięki niemu obserwacja obywateli możliwa jest w czasie rzeczywistym poprzez umieszczone gęsto w każdym mieście kamery CCTV⁸². To narzędzie umożliwia szersze działanie niż sam monitoring biometryczny. SSS zakłada przyznanie Chińczykom (ale również przedsiębiorstwom) pewnej puli punktów na początek. Taka pula może być odpowiednio powiększana lub zmniejszana ze względu na poszczególne zachowania. Technologia rozpoznawania twarzy znacznie ułatwia w tym zakresie śledzenie poszczególnych aktywności obywateli oraz automatyczne przyznawanie bądź odejmowanie punktów.

Oficjalnie to narzędzie ma rozwiązać pewne społeczne problemy Chin, takie jak np. odbudowanie zaufania społecznego przez przywrócenie odpowiedzialności moralnej obywateli, przedsiębiorstw i instytucji rządowych⁸³. W rzeczywistości System Zaufania Publicznego to zestaw mechanizmów służących do wpływania na zachowania obywateli i organizacji poprzez ustalenie z góry listy zachowań pożądaných. Narzędzie będzie pozwalać na nagradzanie aktywności, które zostaną uznane za odpowiedzialne pod względem finansowym, ekonomicznym i społeczno-politycznym, a jednocześnie na karanie za zachowania uznane przez Partię za niegodne i niemoralne⁸⁴. Rząd utworzył już w tym celu dwie centralne bazy danych umożliwiające publiczne udostępnianie informacji⁸⁵.

SSS był na początku weryfikowany na poziomie poszczególnych miast. Przykładowo od listopada 2016 r. w Szanghaju testowana była aplikacja mobilna *Honest Shanghai*, która dzięki technologii rozpoznawania twarzy w ciągu doby przyznawała ocenę reputacji, w skali „bardzo dobry, dobry, zły”, opartą na danych rządowych⁸⁶. Planowane jest jednak wprowadzenie Systemu Zaufania Publicznego na terenie całego kraju. Pierwotnie rok 2020 był docelowym rokiem jego wdrożenia. Jednakże pandemia COVID-19 opóźniła ten proces. W styczniu 2021 r. Narodowa Komisja Rozwoju i Reform (*The National Development and Reform Commission*) opublikowała krajowe wytyczne dotyczące ra-

⁸² Technologia rozpoznawania twarzy pełni dla Systemu Zaufania Publicznego kluczową funkcję, gdyż jej implementacja do wszechobecnych kamer CCTV pozwala na natychmiastowe rozpoznanie osoby w przestrzeni publicznej. Wobec takiej osoby może zostać podjęte od razu odpowiednie działanie, np. w postaci odjęcia punktów z przyznanej puli.

⁸³ A.J. Wichura, *System Zaufania Społecznego – chiński patent na moralność*, Człowiek.info, 26.05.2019, <https://czlowiek.info/system-zaufania-spoecznego-chinski-patent-na-moralnosc/> [dostęp: 23.09.2021].

⁸⁴ K. Lucero, *op. cit.*, s. 116.

⁸⁵ *Ibidem*.

⁸⁶ A. J. Wichura, *op. cit.*

portowania w zakresie informacji społecznych pomiędzy prowincjami⁸⁷. Można się więc spodziewać pełnej implementacji już w tym roku.

Powyżej opisany system nadzoru społecznego jest w świetle chińskiej legislacji danoosobowej całkowicie dopuszczalny. Wprowadzanie nowych przepisów w teorii wzmacnia ochronę jednostek, ale jednocześnie zawierają one wiele wyjątków wyłączających ich stosowanie w odniesieniu do władz publicznych. Artykuł 26 najnowszej regulacji danoosobowej, czyli PIPL, przewiduje, że „Instalacja urządzeń do gromadzenia wizerunków lub rozpoznawania tożsamości w miejscach publicznych odbywa się w sposób wymagany do ochrony bezpieczeństwa publicznego i zgodnie z odpowiednimi przepisami państwowymi, przy czym należy zainstalować wyraźne znaki informacyjne”⁸⁸. Takie wyłączenie ustawowe wystarcza, aby każde użycie przez chińskie władze oprogramowania FRT w przestrzeni publicznej było uzasadnione.

Kolejnym zastosowaniem technologii rozpoznawania twarzy w Chinach, które budzi kontrowersje, jest wykorzystywanie jej do prześladowania grupy etnicznej Ujgurów. Ta muzułmańska mniejszość zamieszkująca północno-zachodni region Xinjiang stała się grupą doświadczalną dla szeroko zakrojonych chińskich operacji kontroli cyfrowej, w szczególności w dużej mierze została poddana wzmożonej inwigilacji i dyskryminacji⁸⁹. Zgodnie z medialnymi doniesieniami ponad milion Ujgurów oraz innych muzułmanów przebywa w chińskich obozach karnych, gdzie są poddawani indoktrynacji oraz zmuszani do wyzbycia się swojej religii. Reszta, przebywająca na względnej wolności, jest natomiast pod ciągłą obserwacją miejskich kamer⁹⁰. Kiedy w tym samym czasie w Europie toczy się dyskusja, jak sprawić, by algorytmy sztucznej inteligencji działały w sposób niedyskryminacyjny, w Chinach uczy się je, aby rozpoznawały mniejszości etniczne po kolorze skóry czy rysach twarzy⁹¹. Trudno powstrzymać się od porównania, że pomimo względnej wolności region Xinjiang otoczony jest wirtualną siatką, gdyż każde jego opuszczenie jest dokładnie śledzone. W innych regionach kraju algorytmy też są wytrenowane tak, aby rozpoznawać Ujgurów i informować o tym władze⁹². Celem takich działań jest uniemożliwienie osiedlenia się przedstawicieli tej mniejszości w innych częściach kraju, a tym bardziej stworzenie rodzin z Chińczykami.

⁸⁷ D. Donnelly, *An Introduction to the China Social Credit System*, 2021, NewHorizons, <https://nhglobalpartners.com/china-social-credit-system-explained/> [dostęp: 23.09.2021].

⁸⁸ Art. 26 ustawy o ochronie danych osobowych...

⁸⁹ N. Kobie, *The complicated truth about China's social credit system*, Wired, 07.06.2019, <https://www.wired.co.uk/article/china-social-credit-system-explained> [dostęp: 23.09.2021].

⁹⁰ P. Mozur, *One Month, 500,000 Face Scans: How China Is Using A.I. to Profile a Minority*, "The New York Times" 2019, <https://www.nytimes.com/2019/04/14/technology/china-surveillance-artificial-intelligence-racial-profiling.html> [dostęp: 23.09.2021].

⁹¹ *Ibidem*.

⁹² *Ibidem*.

W mieście Kaszgar informacje czerpane są z baz danych zawierających 68 miliardów rekordów, w tym tych dotyczących ruchu i aktywności ludzi. Dla porównania krajowy system natychmiastowego sprawdzania przeszłości kryminalnej FBI zawierał ok. 19 milionów rekordów na koniec 2018 r.⁹³ Co więcej, zintegrowana platforma bezpieczeństwa Chin gromadzi bezprecedensowe ilości danych na temat ponad 13 milionów osób należących do mniejszości etnicznych i religijnych w północno-zachodnim regionie Xinjiang⁹⁴. Pomimo tych informacji chiński rząd broni programu nadzoru, twierdząc, że poprawił on bezpieczeństwo w regionie oraz że obozy indoktrynacji w Xinjiang pełnią funkcję ośrodków szkolenia zawodowego⁹⁵.

Na przykładzie traktowania mniejszości Ujgurów łatwo zauważyć, że przy zastosowaniu technologii rozpoznawania twarzy w Chinach nie jest łamane jedynie prawo do prywatności, ale także i inne podstawowe prawa człowieka. Nietrudno odnieść wrażenie, że w regionie Xinjiang podstawowe wolności ludzi są ograniczane, a technologia w tym przypadku pomogła sprawić, że takie miasta jak Kaszgar stały się swoistymi gettami bez murów oraz bez żołnierzy, ale z systemem nadzoru, który pozwala władzy na obserwację obywateli przez całą dobę. Sytuacja nierealna z perspektywy UE, w Chinach jest rzeczywistością. Przykład ten pokazuje, do czego może doprowadzić stosowanie technologii rozpoznawania twarzy, jak i innych tego typu w przypadku braku odpowiednich narzędzi prawnych, które byłyby w stanie realnie zapobiec takim działaniom.

Jednak inwigilacja to nie wszystko, czego dopuszcza się chiński rząd. Ujgurzy stali się także grupą, na której można testować nowe możliwości FRT. W prowincji Xinjiang testowany jest aktualnie przez policję system służący do odczytywania z twarzy stanów emocjonalnych. Następnie przy użyciu algorytmów sztucznej inteligencji stwierdza się, czy zatrzymana osoba jest winna zarzucanego jej czynu⁹⁶. Nietrudno się domyślić, jak łatwo przy pomocy takiego oprogramowania niewłaściwie ocenić badanego człowieka. Uczący się system może wykazywać ogromny próg błędu, dlatego nigdy nie powinien być testowany w takich warunkach, a jego wyniki nie powinny stanowić jedyne go elementu decydującego o skazaniu człowieka.

⁹³ C. Buckley P. Mozur, *How China Uses High-Tech Surveillance to Subdue Minorities*, "The New York Times" 2019, <https://www.nytimes.com/2019/05/22/world/asia/china-surveillance-xinjiang.html> [dostęp: 23.09.2021].

⁹⁴ K. Lucero, *op. cit.*, s. 117-118.

⁹⁵ C. Buckley P. Mozur, *op. cit.*

⁹⁶ U. Lesman, *Chińczycy testują AI na Ujgurach. Wskazuje: winny czy niewinny*, „Rzeczpospolita”, 27.05.2021, <https://cyfrowa.rp.pl/technologie/63698-chinczycy-testuja-ai-na-ujgurach-wskazuje-winny-czy-niewinny> [dostęp: 23.09.2021].

5. Zakończenie

Przeprowadzona analiza prowadzi do wniosków, że w zakresie ochrony danych osobowych w ostatnich latach wdrożono w Chinach duże reformy, z czym wiązało się wprowadzenie wielu nowych regulacji lub nowelizacja już istniejących. Aktualnie jesteśmy w trakcie doświadczania kolejnej zmiany, jaką jest implementacja pierwszej kompleksowej ustawy o ochronie danych, która zaczęła obowiązywać 1 listopada 2021 r. Jednakże na ten moment nie można powiedzieć, że regulacje danoosobowe przyznają odpowiedni poziom ochrony jednostkom. Należy jednak z uwagą przyglądać się wprowadzanym zmianom.

W Chinach następują również zmiany w zakresie regulacji samych technologii. Chiński plan rozwoju sztucznej inteligencji następnej generacji przewiduje, że Chiny staną się światowym liderem nie tylko w rozwoju sztucznej inteligencji do 2030 r., ale również w rozwoju przepisów oraz wytycznych dotyczących etyki w tym zakresie. Obecnie rozwijają się normy prawne dotyczące danych osobowych, a w szczególności danych biometrycznych, które ważne są w kontekście rozwoju technologii rozpoznawania twarzy. Pojawiają się też pierwsze, choć niewiążące standardy w zakresie wspierania rozwoju przemysłowego i promowania innowacji oraz wytyczne dotyczące etyki SI. Nie zmienia to jednak faktu, że regulacje nie nadążają za rozwojem technologii w Chinach – co nie stanowi wyjątku w porównaniu do innych regionów świata. Jednakże można wysnuć wniosek, że chińskie władze na pierwszym miejscu stawiają rozwój technologii, a dopiero na dalszym planie znajduje się zapewnienie swoim obywatelom odpowiedniego poziomu ochrony ich prawa do prywatności czy danych osobowych. Rezultatem takiego podejścia jest wysoko rozwinięta technologia rozpoznawania twarzy, która jest powszechnie stosowana.

W związku z powyższym przykład Chin pokazuje, że tak potężne narzędzie w niepowołanych rękach może stanowić zagrożenie dla obywateli. Chiński reżim wykorzystuje technologię rozpoznawania twarzy do inwigilacji oraz kontrolowania aktywności swoich obywateli. Jest także narzędziem do prześladowania i dyskryminacji mniejszości etnicznej Ujgurów zamieszkującej region Xinjiang. Zachowania te są uzasadniane zapewnieniem bezpieczeństwa narodowego, a przepisy prawne takie uzasadnienie przewidyują. Można sądzić, że w przypadku Chin dalsze rozwijanie tej technologii może przynieść więcej szkody niż pożytku dla prywatności oraz danych osobowych obywateli.

Bibliografia

Akty prawne

Civil Code of the People's Republic of China.

General Provisions of the Civil Law of the People's Republic of China.

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 119 z 4.05.2016 r., s. 1.

Ustawa o ochronie danych osobowych, źródło tłumaczenia na angielski: <https://digichina.stanford.edu/news/translation-personal-information-protection-law-peoples-republic-china-effective-nov-1-2021>.

Wniosek Rozporządzenie Parlamentu Europejskiego i Rady ustanawiające zharmonizowane zasady dotyczące sztucznej inteligencji (Akt w sprawie sztucznej inteligencji) i zmieniające niektóre akty ustawodawcze Unii, COM(2021) 206 final.

Literatura

Abu Gholeh M., Kuźnicka-Błaszowska D., *Ochrona danych osobowych w wybranych państwach Azji*, Prace Naukowe Wydziału Prawa, Administracji i Ekonomii Uniwersytetu Wrocławskiego, Wrocław 2019, DOI: [10.34616/23.19.155](https://doi.org/10.34616/23.19.155).

Feng Y., *The future of China's personal data protection law: challenges and prospects*, "Asia Pacific Law Review" 2019, vol. 27, iss. 1.

Geller A., *How Comprehensive Is Chinese Data Protection Law? A Systematisation of Chinese Data Protection Law from a European Perspective*, "GRUR International" 2020, vol. 69, no. 12.

Greenleaf G., *Asian Data Privacy Laws*, Oxford University Press 2014.

Lee K.F., *Inteligencja sztuczna, rewolucja prawdziwa. Chiny, USA i przyszłość świata*, tłum. K. Hejwowski, Media Rodzina 2020.

Lin X., *A Dangerous Game: China's Big Data Advantage And How The U.S. Should Respond*, "Journal Of Law, Technology & Policy" 2020, no. 1.

Lucero K., *Artificial Intelligence Regulation and China's Future*, "Columbia Journal of Asian Law" 2019, vol. 33, no. 1.

Parasol M., *The impact of China's 2016 Cyber Security Law on foreign technology firms, and on China's big data and Smart City dreams*, "Computer Law & Security Review" 2018, no. 34.

Xue H., *Privacy and personal data protection in China: An update for the year end 2009*, "Computer Law & Security Review" 2010, no. 26.

Źródła internetowe

Adams R., *Hong Kong Protesters Are Worried About Facial Recognition Technology. But There Are Many Other Ways They're Being Watched*, BuzzFeedNews, 17.08.2019, <https://www.buzzfeednews.com/article/rosalindadams/hong-kong-protests-paranoia-facial-recognition-lasers>.

Allen K., *China facial recognition: Law professor sues wildlife park*, BBC, 8.11.2019, <https://www.bbc.com/news/world-asia-china-50324342>.

- Bird R., Chiew J., *China's first omnibus data protection law*, Freshfields, 15.01.2021, <https://digital.freshfields.com/post/102gorq/chinas-first-omnibus-data-protection-law>.
- Bird R., *China "standardises" AI ethics*, Freshfields, 26.01.2021, <https://digital.freshfields.com/post/102gpfp/china-standardises-ai-ethics>.
- Buckley C., Mozur P., *How China Uses High-Tech Surveillance to Subdue Minorities*, "The New York Times" 2019, <https://www.nytimes.com/2019/05/22/world/asia/china-surveillance-xinjiang.html>.
- Chan M., Yue C., Gong J., Ke T., Zhang S., *The Gloves Are Off! China's Personal Information Protection Law was Passed and will Come into Effect on 1 November 2021*, Lexology, 23.08.2021, <https://www.lexology.com/library/detail.aspx?g=b11a28d4-a023-4af0-b7c3-d49ce8e80646>.
- Donnelly D., *An Introduction to the China Social Credit System*, New Horizons, 2021, <https://nhglobalpartners.com/china-social-credit-system-explained/>.
- duPont S., *On Facial Recognition, the U.S. Isn't China—Yet*, Lawfare, 18.06.2021, <https://www.lawfareblog.com/facial-recognition-us-isnt-china-yet>.
- How Accurate is Facial Recognition Today?*, Rec Faces, 05.11.2020, <https://recfaces.com/articles/how-accurate-is-facial-recognition>.
- Kaja A., Luo Y., *Covington Artificial Intelligence Update: China's Vision for The Next Generation of AI*, Inside Privacy, 24.03.2018, <https://www.insideprivacy.com/artificial-intelligence/chinas-vision-for-the-next-generation-of-ai/>.
- Ke X., Liu V., Lao Y., Yu Z., *Analyzing China's PIPL and how it compares to the EU's GDPR*, IAPP, 24.08.2021, <https://iapp.org/news/a/analyzing-chinas-pipl-and-how-it-compares-to-the-eus-gdpr/>.
- Knight W., *China's AI Awakening. The West shouldn't fear China's artificial-intelligence revolution. It should copy it*, MIT Technology Review, 10.10.2017, <https://www.technologyreview.com/2017/10/10/148284/chinas-ai-awakening/>.
- Kobie N., *The complicated truth about China's social credit system*, Wired, 07.06.2019, <https://www.wired.co.uk/article/china-social-credit-system-explained>.
- Lee S., *Coming into Focus: China's Facial Recognition Regulations*, Center for Strategic & International Studies, 04.05.2020, <https://www.csis.org/blogs/trustee-china-hand/coming-focus-chinas-facial-recognition-regulations>.
- Lesman U., *Chinczycy testują AI na Ujgurach. Wskazuje: winny czy niewinny*, „Rzeczpospolita”, 27.05.2021, <https://cyfrowa.rp.pl/technologie/63698-chinczycy-testuja-ai-na-ujgurach-wskazuje-winny-czy-niewinny>.
- Mavuduru A., *Is Data Really the New Oil in the 21st Century?*, Towards Data Science, 12.12.2020, <https://towardsdatascience.com/is-data-really-the-new-oil-in-the-21st-century-17d014811b88>.
- Meng J., Fan W.S., *China strengthens its data protection legislation*, IAPP, 16.11.2016, <https://iapp.org/news/a/china-strengthens-its-data-protection-legislation/>.
- Mozur P., *One Month, 500,000 Face Scans: How China Is Using A.I. to Profile a Minority*, "The New York Times" 2019, <https://www.nytimes.com/2019/04/14/technology/china-surveillance-artificial-intelligence-racial-profiling.html>.
- Murphy C., Li J., Liu C., Liu L., *China's New Data Law Gives Xi the Power to Shut Down Tech Firms*, Bloomberg, 11.06.2021, <https://www.bloomberg.com/news/articles/2021-06-10/china-passes-law-to-strengthen-control-over-tech-firms-data>.
- New rules to curb misuse of facial recognition tech*, China Daily, 29.07.2021, http://english.court.gov.cn/2021-07/29/content_37545967.htm.

- Ning S., Han W., Ke J., Yunhan L., Chi P., Minlv Y., Ziqian Z., *Personal Information Protection Law (Draft): A New Data Regime*, China Law Insight, 11.11.2020, <https://www.chinalawinsight.com/2020/11/articles/compliance/personal-information-protection-law-draft-a-new-data-regime/>.
- O'Meara S., *Will China lead the world in AI by 2030?*, "Nature", 21.08.2019, <https://www.nature.com/articles/d41586-019-02360-7>.
- Qiao S., Wang C., Clark D., *Zoo Loses the 'First Face Recognition Case' at Appeal*, Lexology, 22.04.2021, <https://www.lexology.com/library/detail.aspx?g=882322e8-fcb4-4f19-83c9-a4ff71d50e1d>.
- Robinson M., Lau N., Gong J., *China cybersecurity and data protection: Review of 2020 and outlook for 2021*, Lexology, 18.01.2021, <https://www.lexology.com/library/detail.aspx?g=44eee916-38fc-4132-8924-44377262ab4d>.
- Sheng J., Xu C., Tao E., *China Adopts New Data Security Law*, Pillsbury, 07.09.2021, <https://www.pillsburylaw.com/en/news-and-insights/china-adopts-new-data-security-law.html>.
- Szmidt-Husarz M., *Technologia rozpoznawania twarzy a ochrona danych osobowych w Chinach – sprawa prof. Guo Binga*, Chiny24, 16.12.2020, <https://chiny24.com/prawo/technologia-rozpoznawania-twarzy-a-ochrona-danych>.
- Tan M., *China: Facial recognition and its legal challenges*, OneTrust DataGuidance, 2020, <https://www.dataguidance.com/opinion/china-facial-recognition-and-its-legal-challenges>.
- Wichura A.J., *System Zaufania Społecznego – chiński patent na moralność*, Człowiek.info, 26.05.2019, <https://czlowiek.info/system-zaufania-spolecznego-chinski-patent-na-moralnosc/>.
- Yangfei Z., *Draft civil code emphasizes personality rights*, China Daily Hong Kong, 21.05.2020, <https://www.chinadailyhk.com/article/131295>.

Kevin Kaczor
Uniwersytet Warszawski
Wydział Prawa i Administracji

Gold-plating – problem nadtranspozycji dyrektyw unijnych do krajowego porządku prawnego

Gold-plating – the problem of overtransposition of EU directives in the internal legal system of the member states

Streszczenie

Artykuł poświęcony jest zagadnieniu *gold-platingu* – nadimplementacji prawa unijnego przez państwa członkowskie. Od początku XXI w. w ramach polityki lepszego stanowienia prawa Komisja Europejska dąży do uproszczenia prawa unijnego, lepszego konsultowania go z przedstawicielami zainteresowanych sektorów oraz unikania nakładania na obywateli i przedsiębiorców zbędnych obciążeń administracyjnych. Jednym ze wskazanych źródeł tego typu nieuzasadnionych restrykcji są działania państw członkowskich podjęte na etapie transpozycji dyrektyw unijnych do prawa krajowego. W artykule wskazane zostały definicje tego problemu, określanego *gold-platingiem*, stosowane przez organy unijne i państwa członkowskie, a także omówiono rozwój badań nad problemem. Analizie poddano negatywne skutki nadtranspozycji dyrektyw unijnych, które nie tylko nakładają zbędne koszty i obowiązki na obywateli UE, ale mogą też prowadzić do destabilizacji prawa unijnego oraz zakłócać prawidłowe funkcjonowanie rynku wewnętrznego. Jednocześnie zauważono, że w doktrynie wskazywane są również pozytywne skutki *gold-platingu* oraz przypadki, gdy nadtranspozycja dyrektyw jest uzasadniona.

Słowa kluczowe

gold-plating, prawo Unii Europejskiej, nadimplementacja, nadtranspozycja, dyrektywy Unii Europejskiej, obciążenia administracyjne, lepsze stanowienie prawa, harmonizacja prawa UE

Abstract

The article is focused on the question of gold-plating – the overimplementation of EU law by the Member States. Since the beginning of the 21st century, as part of the Better Regulation policy, the European Commission has been striving to simplify EU law, consult it better with representatives of the concerned sectors and avoid imposing unnecessary administrative burdens on citizens and entrepreneurs. One of the indicated sources of this type of unjustified restrictions are the actions of the Member States undertaken at the stage of transposing EU directives into national law. The article presents definitions of this problem, called gold-plating, which are used by the EU institutions and the Member States; the development of research on this issue was also discussed. The text analyses the negative effects of overtransposition of EU directives which not only imposes unnecessary burdens and obligations on EU citizens, but may also lead to a destabilisation of EU law and disrupt the proper functioning of the internal market. At the same time, it is noted that the doctrine also indicates some

positive effects of the phenomenon and points to cases where overtransposition of a certain directive is justified.

Keywords

gold-plating, law of European Union, overimplementation, overtransposition, EU directives, administrative burdens, Better Regulation, harmonisation of EU law

1. Wprowadzenie

Celem artykułu jest analiza tytułowego problemu *gold-platingu* przez wskazanie jego wpływu na system prawa Unii Europejskiej oraz systemy poszczególnych państw członkowskich.

Od początku XXI w. Unia Europejska za pośrednictwem Komisji Europejskiej realizuje szeroki program lepszego stanowienia prawa, skierowany zarówno do instytucji unijnych, jak i państw członkowskich. Jego celem jest uczynienie prawa unijnego bardziej przejrzystym oraz lepiej dostosowanym do ostatecznych odbiorców – przedsiębiorców i obywateli UE. Istotną częścią działań Komisji jest również redukcja zbędnych obciążeń administracyjnych nakładanych na obywateli UE, które wynikają z prawa unijnego.

Obciążenia wynikające z przepisów unijnych nie muszą być nakładane bezpośrednio w ramach działań podejmowanych przez same organy UE. Nieuzasadnione obowiązki i koszty mogą być dodawane przez prawodawców krajowych w trakcie implementacji prawa unijnego. Działanie to nosi nazwę nadimplementacji (ang. *overimplementation*), a w doktrynie określa się je również jako „pozlacanie” (ang. *gold-plating*) prawa UE, co najogólniej oznacza nakładanie przez państwo członkowskie wyższych standardów prawnych, niż wynikałoby to z bezpośredniego brzmienia przepisów unijnych.

Przedmiotem przedstawionego opracowania jest nadimplementacja dokonywana na etapie transpozycji dyrektyw unijnych do krajowego porządku prawnego. Pojęcia implementacji oraz transpozycji w prawie UE nie są tożsame – transpozycja stanowi jeden z etapów szerszego procesu implementacji prawa unijnego, na który składa się również następcze stosowanie prawa przez administrację krajową i sądy; w najszerszym ujęciu implementacja obejmuje cały proces zapewnienia skuteczności aktu prawa unijnego¹. W związku z tym, w celu stosowania precyzyjnej terminologii, badany problem określany będzie zarówno jako *gold-plating*, jak i nadtranspozycja dyrektyw.

¹ Zob. szerzej: A. Trubalski, *Wybrane aspekty implementacji dyrektyw Unii Europejskiej do systemu prawnego Rzeczypospolitej Polskiej*, „Przegląd Prawa Konstytucyjnego” 2013, vol. 1; R. Grzeszczak, *Implementacja dyrektywy Wypłacalność II – perspektywa prawa europejskiego*, „Wiadomości Ubezpieczeniowe” 2015, vol. 1; C. Mik, *Metodologia implementacji europejskiego prawa wspólnotowego w krajowych porządkach prawnych*, [w:] C. Mik (red.), *Implementacja prawa integracji europejskiej w krajowych porządkach prawnych*, Toruń 1998.

W pierwszej części artykułu wskazane zostaną definicje *gold-platingu* stosowane przez organy unijne oraz Wielką Brytanię i Holandię – państwa, w których specjalnie powołane komisje w największym stopniu przyczyniły się do zbadania i opisanego tego fenomenu. Na uwagę zasługuje również relacja pomiędzy badanym problemem a różnymi metodami transpozycji dyrektyw przez państwa członkowskie. Wreszcie poruszona będzie kwestia formalnej zgodności *gold-platingu* z prawem unijnym.

Druga część artykułu dotyczyć będzie skutków *gold-platingu*. Na początku zostaną przedstawione jego negatywne konsekwencje wobec docelowych odbiorców wdrażanego prawa – tj. przedsiębiorców i obywateli UE. Następnie przedmiotem rozważań będą prawne zobowiązania do harmonizacji prawa unijnego wynikające z traktatów w zestawieniu z *gold-platingiem*. Płaszczyzna badań zostanie uzupełniona przez poglądy części doktryny prawa UE, zgodnie z którymi skala nadtranspozycji dyrektyw jest przeszacowana i w rzeczywistości stanowi znacznie mniejszy problem, niż przedstawia go Unia Europejska, oraz że *gold-plating* nie jest fenomenem wyłącznie negatywnym i może nieść za sobą korzyści zarówno dla prawa UE, jak i jego podmiotów.

2. *Gold-plating* – pojęcie w praktyce organów UE

Źródła prawa unijnego, oficjalne dokumenty wydawane przez organy europejskie i organy państw członkowskich ani literatura naukowa nie przedstawiają jednej ogólnie uznanej definicji *gold-platingu*. W komentarzach zwraca się uwagę, że taki brak spójności przyczynia się do utrzymania samego problemu – skoro różne organy unijne i różne państwa inaczej rozumieją dany termin, to nie mogą go skutecznie kontrolować i wypracowywać wspólnych sposobów jego zwalczania². W związku z różnorodnością należy rozważyć szereg definicji *gold-platingu*, aby wyróżnić ich wspólne cechy i wybrać jedną definicję, która najlepiej oddaje charakter problemu prawnego.

Komisja Europejska w wydawanych przez siebie dokumentach najczęściej ogólnie definiuje *gold-plating* jako „wprowadzanie w procesie transpozycji prawa UE wymogów lub procedur, których prawo to nie wymaga”³. W ramach tej definicji problem ten jest nierozdzielnie związany z procesem transpozycji prawa unijnego do porządku krajowego i tym samym dotyczy wyłącznie dyrektyw. Państwo członkowskie, dokonując transpozycji, „pożłaca” dyrektywę – to jest dokłada do niej dodatkowe obciążenia wo-

² K. Atthoff, M. Wallgren, *Clarifying Gold-Plating – Better Implementation of EU Legislation*, Sztokholm 2012, s. 3.

³ Komisja Wspólnot Europejskich, *Komunikat Komisji dla Rady i Parlamentu Europejskiego – Poprawa otoczenia regulacyjnego w dziedzinie wzrostu gospodarczego i zatrudnienia w Unii Europejskiej*, Bruksela 2005, s. 11; Komisja Europejska, *Communication from the Commission to the European Parliament, the Council, Economic and Social Committee and the Committee of Regions – Review of the ‘Small Business Act’ for Europe*, Bruksela 2011, s. 7.

bec ostatecznych odbiorców prawa, których sama dyrektywa nie przewidywała. Działanie takie jest negatywnie oceniane z punktu widzenia prawa unijnego – nie tylko nakłada zbędne ograniczenia na jednostki, co może w efekcie prowadzić do zaburzenia prawidłowego funkcjonowania rynku wewnętrznego, ale w niektórych przypadkach może utrudniać lub całkowicie udaremniać osiągnięcie wskazanego w dyrektywie celu.

W raportach przygotowywanych dla organów unijnych pojawia się również druga, szersza definicja *gold-platingu*. W analizie z 2014 r. przygotowanej przez Dyрекję generalną ds. wewnętrznych na zlecenie Komisji Kontroli Budżetowej Parlamentu Europejskiego *gold-plating* określono jako wszelki nadmiar norm, wskazań i procedur nagromadzonych na poziomie krajowym, regionalnym lub lokalnym, które zakłócają osiągnięcie celów wskazanych w prawie unijnym⁴. Choć na pierwszy rzut oka definicja ta może wydawać się zbliżona do przedstawionej powyżej definicji Komisji Europejskiej, to różni się od niej znaczącą kwestią – nie zamyka się bowiem wyłącznie na procesie transpozycji i tym samym nie bierze pod uwagę tylko działań krajowego ustawodawcy, ale również działania innych organów administracji krajowej.

Podobnie w opracowaniu zleconym przez Komisję Rozwoju Regionalnego w 2017 r. *gold-plating* zdefiniowano w szerszy sposób, nie wiążąc go wyłącznie z etapem transpozycji dyrektywy do prawa krajowego. W dokumencie wskazano, że może on wystąpić również w wyniku działań władz lokalnych, a nawet krajowych organów nadzorujących realizację konkretnego programu unijnego – w tym konkretnym przypadku programów związanych z europejskimi funduszami strukturalnymi i inwestycyjnymi⁵. Tym samym spośród definicji *gold-platingu* prezentowanych w dokumentach wydawanych przez instytucje unijne wyróżnić można dwie zasadnicze kategorie. Pierwsza z nich, węższa, uznaje za „pozłacanie” działanie ustawodawcy krajowego, który w procesie transpozycji dyrektywy wykrocza poza wskazane w niej minimalne wymogi, co przekłada się na zwiększenie obciążeń wobec ostatecznych odbiorców. Druga definicja – szersza, nie ogranicza się wyłącznie do transpozycji i tym samym bierze pod uwagę inne źródła prawa unijnego niż dyrektywa oraz bada działania innych organów państwowych.

Kierując się powyższymi ustaleniami, w tym opracowaniu przyjmuje się węższą definicję *gold-platingu*, przy jednoczesnym zastrzeżeniu, że nie oznacza to traktowania szerszej definicji jako błędnej. Zawężenie pozwoli dokładniej zbadać problematykę poprzez skupienie się na działaniach prawodawców krajowych w trakcie procesu transpozycji. Ponadto skutki nadtranspozycji dyrektyw mogą się różnić w zależności od rodzaju wdrażanego prawa unijnego oraz rodzaju organu, który tego wdrożenia dokonuje – stąd

⁴ M. Bocci et al., ‘Gold-plating’ in the EAFRD. To what extent do national rules unnecessarily add to complexity and, as a result, increase the risk of errors?, Bruksela 2014, s. 7.

⁵ K. Böhme et al., Research for REGI Committee – Gold-plating in the European Structural and Investment Funds, Bruksela 2017, s. 16.

omawianie ich wszystkich w ramach jednego artykułu groziłoby nadmiernym splotem badań i nie dość dokładnym omówieniem istotnych dla problemu kwestii.

3. *Gold-plating* – definicje krajowe

Bardziej szczegółowe definicje *gold-platingu* od wypracowanych przez instytucje UE pojawiają się w opracowaniach sporządzonych na zlecenie i wykorzystywanych przez konkretne państwa członkowskie. Wielka Brytania, która choć formalnie od 31 stycznia 2020 r. nie należy do Unii Europejskiej, jeszcze będąc państwem członkowskim UE, wywierała ogromny wpływ na rozwój koncepcji *gold-platingu* i aktywnie przeciwdziałała temu procesowi. Drugim krajem, który w dużej mierze przyczynił się do zdefiniowania tego pojęcia i stąd należy wziąć pod uwagę stosowane przez niego definicje, jest Holandia. To te dwa państwa jako pierwsze zwróciły uwagę na dodawanie przez kraje zbędnych wymogów do wdrażanego prawa unijnego i wynikające z tego negatywne konsekwencje dla całego systemu prawnego Unii Europejskiej⁶.

Sam termin *gold-plating* w kontekście implementacji prawa unijnego został ukuty właśnie w Wielkiej Brytanii – choć nie da się wskazać konkretnej daty pierwszego użycia, to badacze wskazują, że już w 1973 r., tj. bezpośrednio po dołączeniu tego państwa do Europejskiej Wspólnoty Gospodarczej, wyrażenie to pojawiało się w krajowej debacie politycznej⁷. O „pozlacaniu” mówiono w kontekście deregulacji prawa – zwracano uwagę, że choć wiele ograniczeń na rodzimy biznes nakładanych jest formalnie na szczeblu wspólnotowym, to bardzo często swoją regulacyjną „cegiełkę” dokłada rząd brytyjski, przygotowujący programy transpozycji, w których przewiduje dodatkowe przepisy i ograniczenia.

W latach 90. poprzedniego wieku i po roku 2000 zagadnienie to powróciło szczególnie wyraźnie wraz z rosnącą tendencją deregulacyjną wśród kolejnych gabinetów przy Whitehall – Brytyjczycy zaczęli powoływać specjalne komisje badające źródła prawa mogące niepotrzebnie ograniczać rodzimych przedsiębiorców oraz wysuwające propozycje naprawy zastanej sytuacji. W roku 1997 powołano Grupę zadaniową ds. lepszego stanowienia prawa (ang. *Better Regulation Task Force* – w skrócie BRTF) – organ doradczy wobec brytyjskiego rządu, którego celem była identyfikacja głównych źródeł nieuzasadnionych obciążeń administracyjnych względem rodzimego biznesu⁸. Już w pierwszym przedstawionym raporcie BRTF wskazała, że znacząca część tego typu regulacji pocho-

⁶ L. Squintani, *Beyond Minimum Harmonisation. Gold-Plating and Green-Plating of European Environmental Law*, Cambridge 2019, s. 15.

⁷ *Ibidem*, s. 14.

⁸ W. Voermans, *Gold-plating and double banking: an overrated problem?*, [w:] H. Snijders, S. Vogenauer (red.), *Content and Meaning of National Law in the Context of Transnational Law*, Monachium 2009, s. 8.

dzi z prawa unijnego, ale jednocześnie jest obiektem następcej nieuzasadnionej nadimplementacji dyrektyw do krajowego porządku prawnego. W celu dalszego zbadania tego problemu w 2006 r. powołano kolejny organ – Komisję ds. lepszego stanowienia prawa (ang. *Better Regulation Commission*) pod przewodnictwem kanclerza skarbu lorda Neila Davidsona – od jego nazwiska nazwaną następnie Komisją Davidsona.

Komisja Davidsona skupiła się całkowicie na kwestii nadtranspozycji dyrektyw unijnych do brytyjskiego porządku prawnego. W ramach badanego problemu wyróżniono jego trzy główne podtypy – *gold-plating*, *double-banking* oraz *regulatory creep*⁹. *Gold-plating* został zdefiniowany jako każdy przypadek, gdy implementacja wykracza ponad zakres wymagań wskazanych w dyrektywie, co może w praktyce polegać na:

- rozszerzeniu zakresu normowania przepisów dyrektywy poprzez wprowadzenie dodatkowych wymagań lub zastąpienie węższych definicji unijnych szerszymi pojęciami krajowymi;
- niewykorzystaniu wyjątków lub wyłączeń przewidzianych w treści dyrektywy;
- wprowadzeniu dodatkowych sankcji, mechanizmów wykonawczych lub obciążeń wykraczających poza minimum wskazane w dyrektywie (np. dodatkowy ciężar dowodu);
- transpozycji przed terminem wskazanym w dyrektywie¹⁰.

Za *double-banking* Komisja Davidsona uznawała przypadki, w których implementowane prawo unijne dotyczy zagadnień już uregulowanych w prawie krajowym, choć w nieco innym zakresie lub stopniu, przy czym ustawodawca krajowy nie ujednolici obu systemów, przez co te nakładają się na siebie i w efekcie tworzą dodatkowe obciążenia dla obywateli¹¹. Wreszcie jako *regulatory creep* określono wszelkie sytuacje, w których docelowy odbiorca prawa nie wie i nie jest w stanie wydedukować, jakim dokładnie regulacjom i ograniczeniom podlega jego działalność, ponieważ zakresy różnych aktów prawnych oraz kompetencje różnych organów nachodzą na siebie, często wykluczając się wzajemnie¹².

Raport Komisji Davidsona i prezentowane przez niego dane miały duże znaczenie dla rozwoju europejskich badań nad *gold-platingiem* oraz wpłynęły na działania podjęte przez prawodawcę krajowego. Definicja *gold-platingu* zawarta w raporcie tego organu była stosowana następnie w licznych dokumentach sporządzanych przez władze brytyjskie oraz na ich zlecenie, a także pojawia się w opracowaniach przygotowywanych w innych krajach Unii Europejskiej¹³.

⁹ Better Regulation Executive, *Davidson Review – Final Report*, Londyn 2006, s. 3.

¹⁰ *Ibidem*, s. 17.

¹¹ *Ibidem*, s. 37.

¹² *Ibidem*, s. 53.

¹³ V. Miller, *EU Legislation: Government action on 'gold-plating'*, Standard Note: SN/IA/5943, 2011, s. 2.

Drugim państwem, którego działania stanowiły impuls do prowadzenia badań nad zagadnieniem nadtranspozycji dyrektyw do porządku krajowego i jej skutków, jest Holandia. Tamtejsi badacze zagadnienia określają ten fenomen jako *nationale koppen* (w wolnym tłumaczeniu z niderlandzkiego: krajowe dodatki). W 2005 r. holenderski rząd powołał komisję złożoną z ekspertów z Leiden's European Institute oraz Asser Institute, której cel był analogiczny do obranego przez brytyjską Komisję Davidsona – zbadanie kilkuset transpozycji dokonanych przez krajowego prawodawcę i ocena, w jakim stopniu ostateczne akty prawne wykraczają swoim zakresem normowania ponad minimum wskazane w unijnych dyrektywach i na ile są to sytuacje uzasadnione¹⁴.

Holenderska komisja określiła, że *nationale koppen* zachodzą, gdy zagadnienie dotyczy dyrektywy unijnej, którą władze holenderskie poprawnie transponowały do porządku unijnego, jednak regulacje zawarte w krajowym akcie prawnym:

- w przypadku minimalnej harmonizacji wykraczają poza minimalny standard wskazany przez dyrektywę;
- w przypadku całkowitej harmonizacji stanowią wyższe standardy niż w innych państwach członkowskich poprzez całkowite wykorzystanie władzy dyskrecyjnej przez prawodawcę krajowego¹⁵.

W innych holenderskich opracowaniach wskazano ponadto jako formę *nationale koppen* przypadki, w których ustawodawca przyjmuje akt transponujący i wprowadza go w życie znacznie przed upływem terminu wskazanego w dyrektywie. Wyróżniono również „dodatki krajowe” *ex ante* oraz *ex post*. O pierwszych można mówić, gdy wyższe standardy znajdują się już w prawie krajowym przed implementacją dyrektywy i ustawodawca po prostu zachowuje je podczas transpozycji; natomiast o drugich, gdy ustawodawca krajowy dopiero wraz z transpozycją dyrektywy wprowadza dalej idące regulacje, które wcześniej nie znajdowały się w prawie danego państwa¹⁶.

Holenderska definicja jest mniej precyzyjna niż ta zaproponowana przez Komisję Davidsona w Wielkiej Brytanii, jednak można zauważyć między nimi istotne podobieństwa. Obie biorą pod uwagę wyłącznie kwestię transpozycji dyrektyw do porządku krajowego i tym samym nie zajmują się potencjalnym *gold-platingiem* mogącym wystąpić na innym etapie wdrażania prawa unijnego, pochodzącym z innych źródeł niż dyrektywa oraz dokonywanym przez inne organy krajowe niż legislator. Obie negatywnie oceniają przyjmowanie przez prawodawcę krajowego aktu transponującego przed terminem wskazanym samej dyrektywie. Ponadto obie wskazują, że nadtranspozycja polega na wprowadzeniu do krajowego porządku prawnego regulacji wykraczających poza mini-

¹⁴ W. Voermans, *op. cit.*, s. 87.

¹⁵ P.J. Slot *et al.*, *Nationale koppen op EG-regelgeving*, Leiden 2007, s. 8.

¹⁶ L. Squintani *et al.*, 'Gold Plating' of European Environmental Measures?, "Journal for European Environmental and Planning Law" 2009, vol. 6, s. 3.

mum wskazane w dyrektywie. W tym miejscu należy jednak zaznaczyć, że zarówno badacze brytyjscy, jak i holenderscy brali pod uwagę, że w niektórych przypadkach wprowadzenie przez ustawodawcę krajowego wyższych standardów niż unijne może być uzasadnione i w tych wypadkach nie powinno podlegać negatywnej ocenie.

4. *Gold-plating* w różnych sposobach transpozycji dyrektyw

Jak wskazują definicje *gold-platingu* stosowane zarówno przez organy unijne, jak i państwa członkowskie, problem ten jest w przeważającej mierze związany z transpozycją dyrektyw unijnych do prawa krajowego. Tym samym *gold-plating* jest efektem działania prawodawcy krajowego, który, stanowiąc przepisy krajowe, wykracza poza normatywne minimum wskazane w samej dyrektywie. W związku z tym należy przyrzeć się potencjalnym działaniom dostępnym państwom członkowskim podczas procesu transpozycji oraz wynikającym z nich skutkom wobec ostatecznych odbiorców prawa.

Niezwykle interesujące badania dotyczące różnych wariantów decyzji znajdujących się w dyskrekcji prawodawców krajowych na etapie transpozycji oraz ich skutków przeprowadziły w 2017 r. E. Thomann oraz A. Zhelyazkova. Autorki zauważyły, że dokonując transpozycji dyrektywy do porządku krajowego, państwo, korzystając ze swojej swobody, ma w istocie do wyboru następujące warianty:

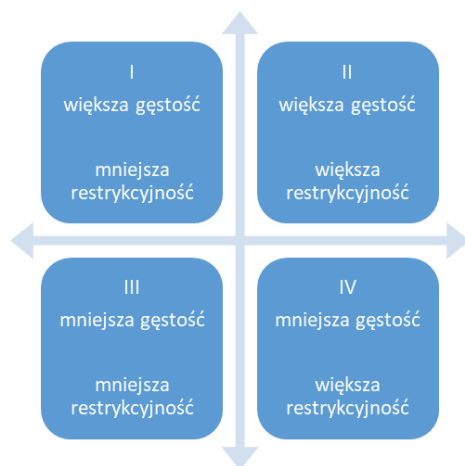
- może wprowadzić w akcie transponującym dodatkowe przepisy (np. uszczegóławiające nieostre normy dyrektywy, zwiększające lub zmniejszające zakres norm dyrektywy, łączące je z już istniejącymi normami krajowymi lub wprowadzające dodatkowe środki mające zapewnić realizację wskazanego w dyrektywie celu);
- może wprowadzić w akcie transponującym mniej przepisów, niż zakładała pierwotna dyrektywa (np. gdy analogiczne przepisy już istnieją w obowiązującym prawie krajowym i nie ma potrzeby ich dublowania);
- może przepisać wszystkie przepisy dyrektywy bezpośrednio do aktu transponującego, bez jakiegokolwiek ich zmiany (dokonując tym samym tzw. transpozycji dosłownej).

Badając transpozycje dyrektyw w różnych państwach, można gromadzić i zaznaczać wyniki wyprowadzone na podstawie powyższych kryteriów na osi tzw. gęstości (ang. *density*). Co bardzo istotne, mowa jest tutaj wyłącznie o technicznej ocenie objętości ostatecznego tekstu – czy treściowo zawiera on więcej, mniej, czy dokładnie tyle samo przepisów co dyrektywa, którą transponuje¹⁷.

¹⁷ E. Thomann, A. Zhelyazkova, *Moving beyond (non-)compliance: the customization of European Union policies in 27 countries*, „Journal of European Public Policy” 2017, vol. 24, s. 3.

Drugą płaszczyzną badania użytą przez Thomann i Zhelazkovą jest oś restrykcyjności. W tym wypadku nie patrzy się już na techniczne aspekty działania państwa transponującego dyrektywę, ale na jego ostateczne efekty – czy środki przyjęte przez państwo doprowadziły do zwiększenia czy zmniejszenia restrykcji wobec ostatecznych odbiorców prawa w porównaniu z wyjściowymi normami samej dyrektywy (zwiększając restrykcyjność np. poprzez nałożenie na jednostki bardziej rygorystycznych terminów, a zmniejszając np. poprzez dodanie do aktu transponującego wyjątków przewidzianych jako opcjonalne w treści dyrektywy)¹⁸.

Po nałożeniu na siebie powyższych dwóch osi zobaczyć można wykres zależności stopnia gęstości (oś pionowa) od stopnia restrykcyjności (oś pozioma):



Rysunek 1. Wykres zależności gęstości od restrykcyjności

Źródło: opracowanie własne.

Korzystając z powyższego wykresu, można opisać trzy możliwe warianty działań prawodawcy, który zwiększa, zmniejsza lub pozostawia bez zmian liczbę przepisów w akcie transponującym w porównaniu do dyrektywy i na tej podstawie określić skutek tych działań w postaci zwiększenia, zmniejszenia lub pozostawienia bez zmian stopnia restrykcyjności wobec docelowych odbiorców prawa.

Autorki zauważyły, że wbrew powierzchownej ocenie zwiększanie przez państwo członkowskie współczynnika gęstości nie warunkuje automatycznie wzrostu restrykcyjności, a może wręcz doprowadzić do jej obniżenia poprzez wprowadzenie nieprzewidzianych w dyrektywie rozwiązań, które poprawiają sytuację adresatów prawa lub obejmują regulacjami mniejszą grupę niż dyrektywa. Do każdej ze wskazanych na wykresie ćwiartek można przyporządkować przykłady transpozycji spełniające dane kryteria:

¹⁸ *Ibidem*, s. 6.

- Ćwiartka I – większa gęstość, mniejsza restrykcyjność – zachodzi w przypadku, gdy państwo dodaje przepisy, które mają na celu rozszerzenie uprawnień adresatów prawa lub ograniczenie wobec nich restrykcji, np. dyrektywa Rady 2004/83/WE w art. 27 nakazywała zezwolić osobom dorosłym o przyznanym statusie uchodźcy na dostęp do systemu edukacji i dalszego szkolenia na takich samych zasadach, jak obywatelom państw trzecich legalnie przebywającym na terytorium UE¹⁹. Niektóre państwa członkowskie (m.in. Polska, Bułgaria, Finlandia, Irlandia, Węgry i Szwecja) rozszerzyły zakres aktu transponującego (zwiększając gęstość) w ten sposób, że przyznały tym osobom dostęp do edukacji na takich zasadach jak własnym obywatelom (zmniejszając restrykcyjność)²⁰.
- Ćwiartka II – większa gęstość, większa restrykcyjność – najbardziej typowy przypadek, który zachodzi, gdy państwo dodaje do ostatecznego prawa przepisy, które zwiększają obciążenia względem odbiorców, np. implementacja przez Polskę tzw. dyrektywy tytoniowej. Art. 17 dyrektywy tytoniowej przewidywał zakaz wprowadzania do obrotu w UE tytoniu do stosowania doustnego (tzw. snusu)²¹. Polski prawodawca w ustawie transponującej dyrektywę rozszerzył to ograniczenie, zabraniając zarówno wprowadzania do obrotu, jak i produkcji tytoniu do stosowania doustnego²². W efekcie tych działań polscy producenci tytoniu nie mogli kontynuować produkcji tych wyrobów w celu sprzedaży poza granicami UE, co stanowiło ograniczenie nieprzewidziane w dyrektywie.
- Ćwiartka III – mniejsza gęstość, mniejsza restrykcyjność – zachodzi z reguły w przypadku, gdy państwo nie decyduje się na wprowadzenie do aktu transponującego opcjonalnych przepisów dyrektywy, które w efekcie zwiększyłyby restrykcyjność prawa, np. w przeciwieństwie do dyrektywy środowiskowej 2003/35/WE Łotwa nie ograniczyła kręgu podmiotów uprawnionych do zaskarżenia decyzji związanych z udziałem w programach środowiskowych²³. Tym

¹⁹ Dyrektywa Rady 2004/83/WE z dnia 29 kwietnia 2004 r. w sprawie minimalnych norm dla kwalifikacji i statusu obywateli państw trzecich lub bezpaństwowców jako uchodźców lub jako osoby, które z innych względów potrzebują międzynarodowej ochrony oraz zawartości przyznawanej ochrony (Dz. U. L 304 z 30.9.2004 r.).

²⁰ E. Thomann, A. Zhelyazkova, *op. cit.*, s. 14.

²¹ Dyrektywa Parlamentu Europejskiego i Rady 2014/40/UE z dnia 3 kwietnia 2014 r. w sprawie zbliżenia przepisów ustawowych, wykonawczych i administracyjnych państw członkowskich w sprawie produkcji, prezentowania i sprzedaży wyrobów tytoniowych i powiązanych wyrobów oraz uchylająca dyrektywę 2001/37/WE. Tekst mający znaczenie dla EOG (Dz. U. L 127 z 29.4.2014 r.).

²² Ustawa z dnia 22 lipca 2016 r. o zmianie ustawy o ochronie zdrowia przed następstwami używania tytoniu i wyrobów tytoniowych, Dz. U. z 2016 r. poz. 1331; M. Jabłoński, *The danger of so-called regulatory 'gold-plating' in transposition of EU Law – lessons from Poland*, „Studia Iuridica” 2017, vol. 71, s. 83.

²³ Dyrektywa 2003/35/WE Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 26 maja 2003 r. przewidująca udział społeczeństwa w odniesieniu do sporządzania niektórych planów i programów w zakresie środowiska oraz zmieniająca w odniesieniu do udziału społeczeństwa i dostępu do wymiaru sprawiedliwości dyrektywę Rady 85/337/EWG i 96/61/WE (Dz. U. L 156 z 25.6.2003 r.).

samym nie wprowadziła do prawa krajowego wyłączenia (mniejsza gęstość), co w efekcie przełożyło się na mniejszą restrykcyjność (więcej podmiotów zostało objętych uprawnieniami)²⁴.

- Ćwiartka IV – mniejsza gęstość, większa restrykcyjność – występuje w przypadku, gdy państwo nie korzysta z wyjątków lub wyłączeń przewidzianych w dyrektywie, w efekcie czego ostatecznie transponowane przepisy nakładają większe obciążenia lub gwarantują mniej uprawnień ostatecznym adresatom prawa, np. transpozycja przez Węgry dyrektywy 2000/76/WE w sprawie spalania odpadów. Dyrektywa regulowała m.in. dopuszczalne limity tlenków azotu, które mogły wydzielać spalarnie śmieci, jednak przewidywała możliwość wprowadzenia wyjątku czasowego, w ramach którego do 1 stycznia 2007 r. limity te nie miałyby zastosowania w określonym typie spalarni. Węgry, transponując dyrektywę 2000/76/WE, nie wprowadziły tego wyjątku, w wyniku czego pomimo mniejszej liczby przepisów ostateczne prawo krajowe było bardziej restrykcyjne dla węgierskiego przemysłu, niż przewidywała to treść dyrektywy²⁵.

Odnosząc wymienione w pierwszej części artykułu definicje *gold-platingu* do powyższej tabeli, należy wskazać, że omawiany problem nierozzerwalnie związany jest z rosnącą restrykcyjnością. Tym samym co do zasady *gold-platingu* możemy poszukiwać wyłącznie w ćwiartkach II i IV tabeli. Z punktu widzenia definicji problemu nie ma znaczenia, czy prawodawca krajowy wprowadza w procesie transpozycji więcej, mniej czy dokładnie tyle samo przepisów niż zakłada unijna dyrektywa – liczy się ostateczny wpływ na docelowych odbiorców krajowego prawa. Jeżeli w efekcie działań państwa członkowskiego prawo krajowe nakłada dalej idące obciążenia lub przyznaje mniej praw, niż wynikałoby to z transponowanej słowo w słowo dyrektywy, to zaistniała sytuację można rozpatrywać w kategorii *gold-platingu*.

5. *Gold-plating* – zgodność z prawem UE

Kończąc omawianie cech charakteryzujących *gold-plating*, należy zadać istotne dla dalszych badań pytanie: czy działanie to jest zgodne z prawem unijnym? Krótka odpowiedź na to pytanie brzmi: tak. Nadtranspozycja dyrektywy jest dopuszczalna z formalnego punktu widzenia, pomimo negatywnych skutków, jakie może za sobą nieść. Co więcej, należy podkreślić, że o *gold-platingu* można mówić wyłącznie w przypadku, gdy działanie prawodawcy krajowego dokonującego transpozycji jest dopuszczalne z formalnego punktu widzenia i tym samym mieści się w zakresie jego dyskrecyjnej władzy.

²⁴ E. Thomann, A. Zhelyazkova, *op. cit.*, s. 9.

²⁵ *Ibidem*, s. 16.

Dyrektywy unijne mogą przewidywać różne stopnie harmonizacji swoich przepisów. Harmonizacja minimalna wyznacza wyłącznie minimum standardów, które ustawodawca musi spełnić i zawrzeć w prawie krajowym, by poprawnie transponować dyrektywę. Z formalnego punktu widzenia prawodawca może przy tym przyjąć wyższe standardy lub nałożyć dalej idące regulacje – tak długo, jak realizacja minimalnych celów wyznaczonych w dyrektywie pozostaje zapewniona. To właśnie w tym przypadku najczęściej może dojść do wystąpienia *gold-platingu* – w sytuacji nałożenia przez państwo członkowskie dodatkowych, nieprzewidzianych przez Unię Europejską obciążeń na ostatecznych adresatów prawa.

W przypadku harmonizacji całkowitej ustawodawca krajowy pozbawiony jest w zasadzie jakichkolwiek możliwości „dostosowania” ostatecznej treści prawa. Może jedynie wybrać moment transpozycji tak długo, jak ten mieści się w terminie wyznaczonym w samej dyrektywie. W wypadku harmonizacji całkowitej jest to jedyna płaszczyzna, na której hipotetycznie może dojść do sytuacji spełniającej definicję *gold-platingu*. Odnosząc się do definicji brytyjskiej, wdrażanie w życie transponowanego prawa przed nadejściem terminu wskazanego w dyrektywie może stanowić przejaw nadtranspozycji, gdyż pozbawia obywateli możliwości konsultacji oraz ogranicza czas na zapoznanie się ze zmianami²⁶.

Jednocześnie należy podkreślić, że wszelkie inne wymienione w definicjach formy *gold-platingu* nie mogą wystąpić w przypadku harmonizacji całkowitej²⁷. Przykładowo, jeżeli dyrektywa zobowiązuje prawodawcę krajowego do przepisania jej treści słowo w słowo do ustawy transponującej, a ten rozszerzy przepisy w niej zawarte tak, że te będą obejmowały dodatkowe kategorie podmiotów, to sytuację tę należy rozpatrywać w kategorii błędnej transpozycji, a nie *gold-platingu*. Całkowicie inne będą też w tym wypadku skutki – podczas gdy Komisja Europejska nie ma bezpośrednich i skutecznych instrumentów walki z *gold-platingiem*, to niewątpliwie posiada narzędzia kontroli względem państw błędnie transponujących dyrektywy²⁸. Jak wskazano w definicji brytyjskiej oraz holenderskiej *gold-platingu*, zachodzi on wyłącznie w przypadku prawidłowej (z formalnego punktu widzenia) transpozycji dyrektywy do prawa krajowego. Nieprawidłowa transpozycja (np. z przekroczeniem terminu lub wykraczająca poza uprawnienia państwa członkowskiego) jako uchybienie obowiązkom państwa członkowskiego podlega kontroli przez Komisję Europejską oraz następnie TSUE w trybie art. 258 TFUE i wiąże się z innymi skutkami.

²⁶ L. Squintani, *Beyond Minimum...*, s. 19.

²⁷ M. Jabłoński, *op. cit.*, s. 77.

²⁸ M. Smith, *Challenges in the implementation of EU Law at national level*, Briefing requested by the JURI committee, 2018, s. 2.

Podsumowując, nadtranspozycja dyrektyw jest zgodna z prawem UE z formalnego punktu widzenia i co więcej występuje wyłącznie w przypadku, gdy działanie „pozlacającego” prawodawcy mieści się w zakresie jego dyskrecjonalnej władzy. Każde przekroczenie stopnia harmonizacji wskazanego w dyrektywie będzie skutkowało nieprawidłową transpozycją i wiązało się z potencjalnie znacznie bardziej stanowczą i dalej idącą reakcją Komisji Europejskiej niż w przypadku typowego *gold-platingu*, polegającą na wszczęciu postępowania w sprawie uchybienia zobowiązaniom państwa członkowskiego zgodnie z art. 258 TFUE.

6. Negatywne skutki *gold-platingu*

W opracowaniach zagadnienia jako główny negatywny skutek *gold-platingu* wskazuje się wzrost obciążeń administracyjnych (ang. *administrative burdens*) wobec ostatecznych adresatów prawa. W badaniu sporządzonym przez Deloitte w 2013 r. na zlecenie holenderskiego rządu zdefiniowano, że na obciążenia administracyjne ponoszone przez krajowych przedsiębiorców składają się:

- koszty administracyjne – koszty związane z obowiązkiem przekazywania do właściwego organu administracyjnego określonych informacji;
- koszty zgodności – koszty związane z wypełnieniem przez przedsiębiorcę określonych w prawie obowiązków co do produktów lub usług;
- koszty wykonawcze – koszty ponoszone przez przedsiębiorcę w związku z wykonywaniem wobec niego prawa oraz prowadzeniem postępowań przez właściwy organ administracji;
- dodatkowe restrykcje – koszty lub utraty zysku wynikające m.in. z pogorszenia sytuacji krajowych przedsiębiorców w porównaniu z przedsiębiorcami z innych państw członkowskich UE²⁹.

Odnosząc powyższe punkty do definicji *gold-platingu*, można wskazać, w jaki sposób powstają wyżej określone obciążenia administracyjne po stronie adresatów prawa. Ustawodawca krajowy może wprowadzić do aktu transponującego dyrektywę dodatkowe regulacje lub nie skorzystać z dopuszczalnych wyjątków wskazanych w dyrektywie – w efekcie czego na ostatecznych adresatów prawa spadną dodatkowe restrykcje, co przełoży się na ponoszone przez nich koszty administracyjne³⁰. W innych przypadkach wskazywanych jako *gold-plating* legislator utrzymuje obowiązujące dotychczas standardy krajowe, które są wyższe w porównaniu z tymi określonymi w dyrektywie – w tym wypadku można mówić o utracie zysków przez adresatów pra-

²⁹ Deloitte Consulting BV, *Onderzoek naar lastenluwe implementatie van Europese regelgeving*, b.m.w. 2013, s. 4.

³⁰ K. Atthoff, M. Wallgren, *op. cit.*, s. 9.

wa oraz potencjalnym zmniejszeniu konkurencyjności w ramach rynku wewnętrznego (gdyż wobec rodzimych przedsiębiorców zostają utrzymane wyższe niż w innych państwach członkowskich standardy). Wreszcie w przypadku dokonania aktu transpozycji dyrektywy na długo przed wskazanym terminem ustawodawca pozostawia odbiorcom prawa mniej czasu na dostosowanie do nowych przepisów, co również naraża ich na dodatkowe koszty oraz stawia w gorszej pozycji w porównaniu z konkurencją z innych państw UE³¹.

Aby zanalizować skalę problemu, można przywołać badania dotyczące obciążeń administracyjnych przeprowadzone na zlecenie organów unijnych. Jedno z takich opracowań sporządziła specjalna Grupa wysokiego szczebla do spraw obciążeń administracyjnych powołana przez Komisję Europejską do zbadania kwestii obciążeń administracyjnych nakładanych w Unii Europejskiej zarówno przez same organy unijne, jak i władze państw członkowskich. W swoich badaniach grupa skoncentrowała się na trzynastu sektorach prawa, które na podstawie wcześniejszych analiz wykazywały szczególną „podatność” na zwiększanie w ich ramach obciążeń administracyjnych wobec ostatecznych odbiorców prawa. Pośród wybranych sektorów znalazły się: prawo rolne, prawo spółek handlowych, polityka spójności, prawo ochrony środowiska, regulacje rynku finansowego, regulacje dot. rybołówstwa, prawo ochrony żywności, prawo farmaceutyczne, prawo zamówień publicznych, regulacje dot. statystyki publicznej, prawo podatkowe (VAT oraz cła), prawo transportowe oraz prawo pracy³².

Na podstawie badań przeprowadzonych w powyższych sektorach Grupa wysokiego szczebla oszacowała, że aż do 32% obciążeń administracyjnych powstających w ramach Unii Europejskiej nie jest bezpośrednim efektem samego prawodawstwa unijnego, ale skutkiem nieefektywnej implementacji tegoż przez państwa członkowskie lub nakładania przez nie dalej idących regulacji niż te przewidziane w prawie UE³³. Szacuje się, że całkowite wyeliminowanie *gold-platingu* oraz zapewnienie w pełni poprawnych transpozycji dyrektyw unijnych przez prawodawców krajowych wiązałoby się z oszczędnościami rzędu 40 miliardów euro rocznie³⁴.

Należy również wskazać, że nie tylko obywatele UE ponoszą bezpośrednie negatywne skutki finansowe *gold-platingu*. Doktryna obok obciążeń administracyjnych (ponoszonych przez jednostki) wymienia również koszty administrowania (ang. *administrative costs*) ponoszone przez same państwa członkowskie wdrażające konkretne

³¹ M. Kaeding, *Better regulation in the European Union: Lost in Translation or Full Steam Ahead? The transposition of EU transport directives across member states*, Leiden 2007, s. 176.

³² E. Stoiber et al., *Cutting Red Tape in Europe. Legacy and outlook – Final Report*, Bruksela 2014, s. 29.

³³ *Ibidem*, s. 31.

³⁴ M. Jabłoński, *op. cit.*, s. 76.

prawo unijne na szczeblu krajowym³⁵. W raporcie z 2018 r. dotyczącym upraszczania prawa w ramach polityki spójności UE zleconym przez Trybunał Obrachunkowy wskazano, że obok dodatkowych obciążeń administracyjnych skutkiem *gold-platingu* są właśnie rosnące koszty administrowania³⁶. Wprowadzanie dodatkowych regulacji oraz zwiększanie restrykcyjności prawa przez państwo członkowskie może wymagać od niego powołania dodatkowych instytucji i stworzenia procedur w celu zapewnienia skutecznej egzekucji przepisów. W efekcie tych działań wydatki mnożą się nie tylko po stronie odbiorców prawa, zmuszonych spełniać coraz wyższe wymogi proceduralne, ale również po stronie państwa realizującego i kontrolującego te procedury.

Oprócz skutków czysto finansowych *gold-platingowi* przypisuje się ponadto efekt mrozący w stosunku do gospodarek poszczególnych państw oraz szeroko pojętej gospodarki unijnej. Przykładowo w raporcie Komisji Kontroli Budżetowej Parlamentu Europejskiego z 2017 r. wskazano, że takie działanie prowadzi do zwiększenia wymogów formalnych wobec aplikantów chcących ubiegać się o udział w programach ESIF³⁷. W efekcie zmniejsza to atrakcyjność samych programów, gdy wielu potencjalnych beneficjentów nie chce lub nie może z nich skorzystać. Sygnalizowane jest również tworzenie się sytuacji, w której aplikanci tak bardzo starają się sprostać coraz wyższym wymaganiom programów, że realizacja samych projektów, na które mają być przyznane fundusze, schodzi w praktyce na drugi plan³⁸. W efekcie kosztem spełnienia formalistycznych wymagań, będących często skutkiem *gold-platingu* ze strony państwa, może spadać jakość projektów zgłaszanych do unijnych programów w ramach ESIF.

7. *Gold-plating* jako przeszkoda w harmonizacji prawa unijnego

Obok wskazania skutków wobec odbiorców prawa oraz państw członkowskich warto dokonać osobnej oceny *gold-platingu* wobec dążeń do harmonizacji prawa UE. Wywoływanie zbędnych różnic między standardami prawnymi w różnych państwach członkowskich, zakłócanie prawidłowego funkcjonowania rynku wewnętrznego oraz praktyczne ograniczanie kontroli organów UE nad ostatecznym kształtem stanowionego prawa są istotnymi argumentami Unii Europejskiej uzasadniającymi zwalczanie tego problemu.

Wspólnym celem wszystkich dyrektyw jest harmonizacja systemu prawa UE. O krok dalej idą unijne rozporządzenia, których celem jest ujednolicanie tego systemu,

³⁵ K. Böhme *et al.*, *op. cit.*, s. 16.

³⁶ Europejski Trybunał Obrachunkowy, *Simplification in post-2020 delivery of Cohesion Policy. Briefing paper May 2018*, Bruksela 2018, s. 34.

³⁷ K. Böhme *et al.*, *op. cit.*, s. 10.

³⁸ *Ibidem*, s. 11.

dzięki czemu prawo UE jest spójne i jednakowo stosowane we wszystkich państwach członkowskich. Harmonizacja oznacza zbliżanie do siebie systemów prawnych państw członkowskich w celu zapewnienia ich lepszego współdziałania w ramach unijnego rynku wewnętrznego przy jednoczesnym zachowaniu ich lokalnej specyfiki. Zgodnie z traktatową definicją dyrektywy państwa mogą swobodnie wybierać metody i środki do osiągnięcia wskazanego przez Unię Europejską celu.

Gold-plating może jednak doprowadzić do ustanowienia całkowicie różnych standardów prawnych w państwach członkowskich. W przypadku gdy kilka państw dokona różnych form nadtranspozycji jednej dyrektywy, normy ostatecznych aktów prawnych mogą oddalić się tak bardzo od wspólnego wzoru, że trudno będzie mówić o jakiegokolwiek spójnej regulacji prawa unijnego w tej konkretnej dziedzinie.

Ciekawym przykładem takiej sytuacji jest implementacja dyrektywy 2001/82/WE dotyczącej weterynaryjnych produktów leczniczych³⁹. Aby zredukować stosowanie antybiotyków w hodowli, prawodawca unijny ograniczył dopuszczalną dawkę tych leków do ilości niezbędnej do zakończenia kuracji wobec konkretnego zwierzęcia, nie precyzując jednak, ile powinna trwać jedna kuracja. Państwa członkowskie bardzo różnie zinterpretowały to ograniczenie, w efekcie czego akty transponujące dyrektywę znacząco różniły się od siebie w tym zakresie. W Niemczech ograniczono dopuszczalny czas trwania kuracji antybiotykowej (i wynikającej z niego dawki) do 7 dni, podczas gdy w Austrii aż do jednego miesiąca. Wielka Brytania i Francja dokonały w tym aspekcie dosłownej transpozycji dyrektywy i przepisały ten jej fragment bez zmian do aktu transponującego – w wyniku czego nie nałożyły żadnych ograniczeń na czas trwania kuracji⁴⁰.

W efekcie, choć w każdym z powyższych państw członkowskich dyrektywa 2001/82/WE została prawidłowo transponowana z formalnego punktu widzenia, to całkowicie różnił je poziom ochrony wynikający z ostatecznych aktów prawa krajowego. Jak zauważyła E. Thomann, badająca ten przypadek, trudno w tym kontekście mówić o jednolitym unijnym standardzie ochrony weterynaryjnej, skoro ilość podawanych antybiotyków może tak znacząco różnić się w zależności od wybranego państwa członkowskiego⁴¹.

Wskazuje się, że różnicowanie standardów prawnych stosowanych w różnych państwach implementujących tę samą dyrektywę może prowadzić do ogólnego zmniejszania konkurencyjności niektórych podmiotów. Taka sytuacja może być rozpatrywana w kategorii zakłócania prawidłowego funkcjonowania rynku wewnętrznego UE. Dzieje

³⁹ Dyrektywa 2001/82/WE Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 6 listopada 2001 r. w sprawie wspólnotowego kodeksu odnoszącego się do weterynaryjnych produktów leczniczych (Dz. U. L 311 z 28.11.2001 r.), art. 69.

⁴⁰ E. Thomann, *Customized Implementation of European Union Food Safety Policy. United in Diversity?*, Exeter 2019, s. 1.

⁴¹ *Ibidem*, s. 1.

się tak, gdy prawodawca krajowy nakłada dodatkowe i nieuzasadnione obciążenia na adresatów unijnej dyrektywy lub rozszerza zakres normowania przepisów na dotychczas nieobjętą dyrektywą grupę podmiotów. Prawodawca ten niejako wychodzi przed szereg, nakładając na swoich obywateli dalej idące obowiązki i ograniczenia niż prawodawcy z innych państw członkowskich⁴². W efekcie rodzimi przedsiębiorcy objęci „położoną” dyrektywą znajdują się w gorszej sytuacji niż ich konkurencja z innych państw UE. Zmuszeni są oni spełnić wyższe standardy lub ponieść większe obciążenia administracyjne, niż przewidział to unijny legislator. W tym aspekcie nadtranspozycja dyrektyw do porządku krajowego może być rozpatrywana jako potencjalna bariera w prawidłowym działaniu rynku wewnętrznego⁴³.

Wreszcie należy wskazać, że *gold-plating* ogranicza praktyczną kontrolę organów unijnych nad ostatecznym kształtem stanowionego przez nie prawa. Wprowadzając do treści aktu transponującego regulacje zwiększające restrykcyjność prawa względem obywateli, ustawodawca krajowy wykracza poza intencje ustawodawcy unijnego. Realizując własny cel na szczeblu krajowym, władze państwa członkowskiego mogą odsunąć na bok cel wyznaczony w samej dyrektywie, co w praktyce może prowadzić do utrudnień w osiągnięciu tego drugiego⁴⁴. Komisja Europejska, wypełniając swoją rolę strażniczki traktatów, aktywnie bada wykonywanie prawa unijnego przez państwa członkowskie, w tym prawidłowość dokonywanych przez nie transpozycji dyrektyw. *Gold-plating* jest jednak znacznie trudniejszy do wykrycia niż spóźniona lub błędna transpozycja dyrektywy, gdyż jak wskazano wcześniej, z formalnego punktu widzenia jest zgodny z prawem unijnym⁴⁵. W przypadku gdyby państwo członkowskie dokonało nadtranspozycji dyrektywy objętej całkowitą harmonizacją, to zgodnie z orzecznictwem TSUE oznaczałoby to błędną transpozycję – tak np. zauważył Trybunał w wyroku C-402/03: „Ponieważ dyrektywa, jak to zostało przypomniane w pkt 23 niniejszego wyroku, przeprowadza w dziedzinach, które reguluje, całkowitą harmonizację, określenie kręgu podmiotów ponoszących odpowiedzialność dokonane w jej art. 1 i 3 winno być traktowane jako wyczerpujące”⁴⁶.

Jednocześnie należy zauważyć, że również w przypadku objęcia konkretnych przepisów dyrektywy harmonizacją minimalną państwo członkowskie może zakłócić cel dyrektywy, wprowadzając do niej dodatkowe i zbędne przepisy. Różna transpozycja i idąca za nią różna implementacja dyrektywy w państwach członkowskich może zna-

⁴² K. Atthoff, M. Wallgren, *op. cit.*, s. 10.

⁴³ *Ibidem*, s. 31.

⁴⁴ M. Smith, *op. cit.*, s. 9.

⁴⁵ M. Jabłoński, *op. cit.*, s. 77.

⁴⁶ Wyrok Trybunału z dnia 10 stycznia 2006 r. w sprawie C-402/03 *Skovæg przeciwko Bilka Lavprisvarehus A/S i Bilka Lavprisvarehus A/S przeciwko Jette Mikkelsen i Michael Due Nielsen*, EU:C:2006:6.

często ograniczać lub nawet uniemożliwiać osiągnięcie właściwej harmonizacji systemów prawnych w danej dziedzinie.

Podsumowując, organy unijne negatywnie oceniają fenomen *gold-platingu* w świetle dążeń do harmonizacji prawa na szczeblu unijnym. Nadtranspozycja dyrektyw może prowadzić do całkowicie odmiennego stosowania prawa w różnych państwach członkowskich. Różne standardy stosowane w różnych krajach mogą przekładać się na problemy konkurencyjności u niektórych przedsiębiorców i tym samym stanowić barierę w prawidłowym funkcjonowaniu rynku wewnętrznego. Ponadto nadtranspozycja dyrektyw może w praktyce utrudniać osiągnięcie wskazanego w nich celu.

8. Odmienne oceny nadtranspozycji dyrektyw

Zarówno organy unijne, jak i państwa członkowskie zdecydowanie negatywnie oceniają zagadnienie *gold-platingu*. Zwraca się uwagę na generowane w ten sposób zbędne koszty oraz szkody, jakie ten może wywoływać w funkcjonowaniu rynku wewnętrznego. Większość przedstawicieli doktryny prawa unijnego podziela te opinie, choć pojawiają się w niej również głosy odmienne⁴⁷. Kontestują one zarówno skalę samego zjawiska, jak i jego wyłącznie negatywną ocenę.

Niektórzy badacze wskazują, że częstotliwość występowania nadtranspozycji dyrektyw jest przeszacowana i że w rzeczywistości nie powoduje ona aż tak wielkich strat, jakie sugerowane są w niektórych raportach. Zwracają oni uwagę, że na walce z *gold-platingiem* zależy w pierwszej kolejności nie Unii Europejskiej czy poszczególnym państwom członkowskim, ale przedstawicielom biznesu, który może ponosić w związku z nim największe straty⁴⁸. Przedsiębiorcy w wielu państwach pozostają przekonani, że krajowi prawodawcy znacząco przyczyniają się do zwiększania restrykcji obok już i tak mocno ograniczających (ich zdaniem) swobodę przedsiębiorczości dyrektyw unijnych. Od lat wpisywało się to w ogólny trend deregulacji prawa, który można było zaobserwować szczególnie w państwach, które nieprzypadkowo najbardziej przyczyniły się do rozwoju badań nad *gold-platingiem*, czyli w Wielkiej Brytanii oraz Holandii⁴⁹.

W rzeczywistości zarówno brytyjski raport Komisji Davidsona, jak i jego holenderski odpowiednik nie wykazały, aby te państwa dokonywały jakiegos wyjątkowo notorycznego „połączania” unijnych dyrektyw. Holenderscy badacze przyjrzeni się 119 zgłoszonym przypadkom potencjalnej nadtranspozycji w ramach różnych aktów prawnych

⁴⁷ Negatywne oceny *gold-platingu* w doktrynie – zob. szerzej: M. Jabłoński, *op. cit.* oraz K. Atthoff, M. Wallgren, *op. cit.*

⁴⁸ L. Squintani, *Beyond Minimum...*, s. 13.

⁴⁹ W. Voermans, *op. cit.*, s. 82.

i już na wstępie wykluczyli 42 z nich jako niespełniające kryteriów badań. Pozostałe 77 przypadków poddano bliższej kontroli, która wykazała, że zaledwie 18 z nich bez wątplenia stanowi przykład nadtranspozycji (kolejne 11 było kontestowane)⁵⁰. Komisja Davidsona doszła do podobnych konkluzji w ocenie brytyjskiego prawodawstwa – tylko nieliczne spośród zgłoszonych przypadków spełniało kryteria nieuzasadnionego i zbędnego *gold-platingu*⁵¹. Ponadto brytyjscy badacze zasugerowali, że wprowadzenie lub zachowanie przez prawodawcę krajowego wyższych standardów w niektórych przypadkach może mieć pozytywny efekt dla krajowej gospodarki, a nawet być popierane przez ostatecznych adresatów prawa⁵².

Jeszcze inne głosy w literaturze przedmiotu sugerują, że dotychczasowe podejście Unii Europejskiej do kwestii nadtranspozycji dyrektyw jest błędne, gdyż *a priori* zakłada jej szkodliwą naturę. W tym ujęciu *gold-plating* nie zawsze musi być fenomenem negatywnym oraz zbędnym, gdyż przypisywane mu szkodliwe efekty nie zawsze przeważają nad potencjalnie niesionymi korzyściami. Taka ocena dotyczy w szczególności przypadków nadtranspozycji dyrektyw unijnych wydawanych w sektorze prawa ochrony środowiska⁵³. Lorenzo Squintani zaproponował koncepcję *green-platingu* (od „zielonych” dyrektyw środowiskowych), która całkowicie przewartościowuje dotychczasowe podejście do zagadnienia. Zdaniem badacza dotychczasowa idea *gold-platingu* była całkowicie skupiona na punkcie widzenia biznesu (ang. *business-centric*), który oceniał ją wyłącznie negatywnie jako ograniczanie swobody gospodarczej oraz nakładanie zbędnych (z punktu widzenia przedsiębiorców) obciążeń i regulacji.

Jeżeli za wyższą wartość od swobody gospodarczej uzna się ochronę środowiska naturalnego i to ją umieści w centrum zainteresowania, doprowadzi to do całkowicie odmiennej oceny skutków *gold-platingu* (w tym momencie już *green-platingu*). Tego rodzaju przewartościowanie może mieć szczególne znaczenie obecnie, w dobie postępującego kryzysu klimatycznego. Państwo nakładające na przedsiębiorców większe regulacje, niż wynikałoby to z literalnego brzmienia unijnej dyrektywy, może mieć na celu zapewnienie lepszej ochrony środowiska, która jego zdaniem jest ważniejsza od dodatkowych obciążeń administracyjnych ponoszonych przez krajowy przemysł⁵⁴.

Widać to szczególnie wyraźnie w sytuacji, w której państwo, transponując unijną dyrektywę, zachowuje dotychczasowe wyższe standardy ochrony środowiska. Odmienne podejście (tj. obniżenie standardów) nie tylko mogłoby się wiązać z bardzo negatywną oceną opinii publicznej, ale przede wszystkim nie znajdowałoby racjonalnego uzasadnie-

⁵⁰ *Ibidem*, s. 88.

⁵¹ Better Regulation Executive, *Davidson Review...*, s. 13.

⁵² *Ibidem*, s. 15.

⁵³ L. Squintani, *Beyond Minimum...*, s. 14.

⁵⁴ *Ibidem*, s. 69.

nia w obliczu światowych problemów ekologicznych. Skoro krajowi przedsiębiorcy dostosowali już wcześniej swoje produkty i usługi do bardziej wygórowanych norm, to czy państwo powinno je obniżyć wyłącznie dlatego, że unijny ustawodawca następnie wprowadził niższy standard?

Należy ponadto zauważyć, że Unia Europejska z reguły obejmuje przepisy dyrektyw środowiskowych harmonizacją minimalną, co niejako zachęca państwa członkowskie do utrzymywania dotychczasowych krajowych standardów, o ile te były wyższe niż wynikające z dyrektywy⁵⁵. Takie podejście prawodawcy unijnego jest konsekwentnym stosowaniem art. 193 TFUE, zgodnie z którym państwa członkowskie mogą utrzymywać lub ustanawiać bardziej rygorystyczne środki ochronne, tak długo jak te są zgodne z traktatami stanowiącymi UE.

Powyższe rozważania wskazują, że *gold-platingu* nie można poddać jednoznacznie negatywnej ocenie. Po pierwsze, jak wynika z samych opracowań stanowiących fundament do badania tego problemu prawnego, zjawisko to nie jest tak powszechne, jak wcześniej sądzono, a jego skala może być zawyżana przez lobbing środowiska biznesowego, dążącego do postępującej deregulacji prawa. Wiele sytuacji, w których państwo członkowskie nakłada dalej idące obowiązki na ostatecznych odbiorców lub zachowuje dotychczasowe wyższe standardy, może być uzasadnione. Po drugie, w niektórych przypadkach (szczególnie podczas transpozycji dyrektyw dotyczących ochrony środowiska) nałożenie na ostatecznych odbiorców prawa wyższych standardów niż przewidziane w prawie unijnym może być ocenione pozytywnie i prowadzić do osiągnięcia wyższej wartości, zgodnej z celami wyznaczonymi przez Unię Europejską.

9. Podsumowanie

W ramach niniejszego artykułu przedstawiony został problem nadtranspozycji dyrektyw unijnych do porządku prawnego państw członkowskich, w doktrynie określanej również mianem *gold-platingu*. W pierwszej kolejności wskazane zostały definicje zagadnienia stosowane przez organy unijne, a także przez Wielką Brytanię oraz Holandię – państwa, które w szczególnym stopniu przyczyniły się do rozwoju doktryny w tej dziedzinie. Zanalizowana została możliwość wystąpienia *gold-platingu* w różnych modelach transpozycji dyrektyw do prawa krajowego. Podkreślono, że *gold-plating* jest legalny z formalnego punktu widzenia, gdyż dotyczy wyłącznie przypadków harmonizacji niecałkowitej – w której państwo członkowskie zachowuje pewną swobodę w wyborze metod i środków służących realizacji celu dyrektywy.

⁵⁵ *Ibidem*, s. 11.

W dalszej części artykułu zbadano negatywne skutki problemu, na które wskazują raporty przygotowywane na zlecenie organów unijnych oraz państw członkowskich, a także większość doktryny prawa unijnego. *Gold-plating* został omówiony jako przyczyna zwiększania nieuzasadnionych obciążeń administracyjnych ponoszonych przez przedsiębiorców i obywateli UE. Analizie poddano również kwestię negatywnej oceny fenomenu z punktu widzenia harmonizacji prawa unijnego, dążenie do której wynika z traktatowej definicji dyrektywy. Na koniec przybliżono odmienne oceny *gold-platingu* wysuwane przez doktrynę – część z jej przedstawicieli wskazuje, że skala zjawiska jest przeszacowana i wynika z nieustannych dążeń do deregulacji lobby biznesowego; inni argumentują, że nadtranspozycja dyrektyw nie niesie ze sobą wyłącznie negatywnych skutków i w pewnych przypadkach może być nie tylko uzasadniona, ale wręcz korzystna dla ostatecznych odbiorców prawa.

Przeprowadzona analiza z pewnością nie wyczerpuje badanego tematu – w szczególności zabrakło w niej analizy przyczyn występowania tego problemu, a także sposobów jego zwalczania stosowanych przez organy unijne oraz państwa członkowskie. Artykuł może natomiast stanowić przyczynek do podjęcia dalszych badań w tej dziedzinie.

Bibliografia

Akty prawne

- Dyrektywa 2001/82/WE Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 6 listopada 2001 r. w sprawie wspólnotowego kodeksu odnoszącego się do weterynaryjnych produktów leczniczych (Dz. U. L 311 z 28.11.2001 r.).
- Dyrektywa 2003/35/WE Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 26 maja 2003 r. przewidująca udział społeczeństwa w odniesieniu do sporządzania niektórych planów i programów w zakresie środowiska oraz zmieniająca w odniesieniu do udziału społeczeństwa i dostępu do wymiaru sprawiedliwości dyrektywę Rady 85/337/EWG i 96/61/WE (Dz. U. L 156 z 25.6.2003 r.).
- Dyrektywa Parlamentu Europejskiego i Rady 2014/40/UE z dnia 3 kwietnia 2014 r. w sprawie zbliżenia przepisów ustawowych, wykonawczych i administracyjnych państw członkowskich w sprawie produkcji, prezentowania i sprzedaży wyrobów tytoniowych i powiązanych wyrobów oraz uchylająca dyrektywę 2001/37/WE. Tekst mający znaczenie dla EOG (Dz. U. L 127 z 29.4.2014 r.).
- Dyrektywa Rady 2004/83/WE z dnia 29 kwietnia 2004 r. w sprawie minimalnych norm dla kwalifikacji i statusu obywateli państw trzecich lub bezpaństwowców jako uchodźców lub jako osoby, które z innych względów potrzebują międzynarodowej ochrony oraz zawartości przyznawanej ochrony (Dz. U. L 304 z 30.9.2004 r.).
- Ustawa z dnia 22 lipca 2016 r. o zmianie ustawy o ochronie zdrowia przed następstwami używania tytoniu i wyrobów tytoniowych (Dz. U. z 2016 r. poz. 1331 r.).

Literatura przedmiotu

- Atthoff K., Wallgren M., *Clarifying Gold-Plating – Better Implementation of EU Legislation*, Sztokholm 2012.
- Bocci M. et al., “Gold-plating” in the EAFRD. To what extent do national rules unnecessarily add to complexity and, as a result, increase the risk of errors?, Bruksela 2014.
- Böhme K. et al., *Research for REGI Committee – Gold-plating in the European Structural and Investment Funds*, Bruksela 2017.
- Grzeszczak R., *Implementacja dyrektywy Wyplacalność II – perspektywa prawa europejskiego*, „Wiadomości Ubezpieczeniowe” 2015, vol. 1.
- Jabłoński M., *The danger of so-called regulatory ‘gold-plating’ in transposition of EU Law – lessons from Poland*, „Studia Iuridica” 2017, vol. 71.
- Kaeding M., *Better regulation in the European Union: Lost in Translation or Full Steam Ahead? The transposition of EU transport directives across member states*, Leiden 2007.
- Mik C., *Metodologia implementacji europejskiego prawa wspólnotowego w krajowych porządkach prawnych*, [w:] C. Mik (red.), *Implementacja prawa integracji europejskiej w krajowych porządkach prawnych*, Toruń 1998.
- Miller V., *EU Legislation: Government action on ‘gold-plating’*, Standard Note: SN/IA/5943, 2011.
- Smith M., *Challenges in the implementation of EU Law at national level*, Briefing requested by the JURI committee, 2018.
- Squintani L. et al., ‘Gold Plating’ of European Environmental Measures?, “Journal for European Environmental and Planning Law” 2009, vol. 6.
- Squintani L., *Beyond Minimum Harmonisation. Gold-Plating and Green-Plating of European Environmental Law*, Cambridge 2019.
- Thomann E., *Customized Implementation of European Union Food Safety Policy. United in Diversity?*, Exeter 2019.
- Thomann E., Zhelyazkova A., *Moving beyond (non-)compliance: the customization of European Union policies in 27 countries*, “Journal of European Public Policy” 2017, vol. 24.
- Trubalski A., *Wybrane aspekty implementacji dyrektyw Unii Europejskiej do systemu prawnego Rzeczypospolitej Polskiej*, „Przegląd Prawa Konstytucyjnego” 2013, vol. 1.
- Voermans W., *Gold-plating and double banking: an overrated problem?*, [w:] H. Snijders, S. Vogenauer (red.), *Content and Meaning of National Law in the Context of Transnational Law*, Monachium 2009.

Pozostale źródła

- Better Regulation Executive, “Davidson Review – Final Report”, Londyn 2006.
- Deloitte Consulting BV, *Onderzoek naar lastenluwe implementatie van Europese regelgeving*, b.m.w. 2013.
- Europejski Trybunał Obrachunkowy, *Simplification in post-2020 delivery of Cohesion Policy. Briefing paper May 2018*, Bruksela 2018.
- Komisja Europejska, *Communication from the Commission to the European Parliament, the Council, Economic and Social Committee and the Committee of Regions – Review of the ‘Small Business Act’ for Europe*, Bruksela 2011.

Komisja Wspólnot Europejskich, *Komunikat Komisji dla Rady i Parlamentu Europejskiego – Poprawa otoczenia regulacyjnego w dziedzinie wzrostu gospodarczego i zatrudnienia w Unii Europejskiej*, Bruksela 2005.

Slot P.J. *et al.*, *Nationale koppen op EG-regelgeving*, Leiden 2007.

Stoiber E. *et al.*, *Cutting Red Tape in Europe. Legacy and outlook – Final Report*, Bruksela 2014.

Wyrok Trybunału z dnia 10 stycznia 2006 r. w sprawie C-402/03 *Skovæg przeciwko Bilka Lavprisvarehus A/S i Bilka Lavprisvarehus A/S przeciwko Jette Mikkelsen i Michael Due Nielsen*, EU:C:2006:6.

Kamila Knitter

Uniwersytet Gdański

Wydział Prawa i Administracji

ORCID: [0000-0002-4403-7863](https://orcid.org/0000-0002-4403-7863)

Warunki dopuszczalności reklamy porównawczej
na przykładzie reklamy porównawczej cenowej
odnoszącej się do ceny produktów sprzedawanych
w sklepach różnej wielkości lub różnego formatu.

Glosa do wyroku Trybunału Sprawiedliwości
z dnia 8 lutego 2017 r. w sprawie C-562/15

*Carrefour Hypermarchés SAS przeciwko
ITM Alimentaire International SASU*

Conditions of acceptability of comparative advertising on an example
of comparative advertising referring to price of products which are being sold
by stores having different sizes or different formats. The gloss to the judgment
of the Court of Justice of 8 February 2017 in case C-562/15

Carrefour Hypermarchés SAS versus ITM Alimentaire International SASU

Streszczenie

Tematem glosy są warunki dopuszczalności reklamy porównawczej na przykładzie reklamy porównawczej cenowej odnoszącej się do ceny produktów sprzedawanych w sklepach różnej wielkości lub różnego formatu. Podstawę rozważań stanowił wyrok Trybunału Sprawiedliwości z dnia 8 lutego 2017 r. w sprawie C-562/15 *Carrefour Hypermarchés SAS przeciwko ITM Alimentaire International SASU*. Celem glosy jest zaaprobowanie rozstrzygnięcia przyjętego przez Trybunał Sprawiedliwości w ww. sprawie. W związku z tym przeanalizowano sytuację przedstawioną w wyroku w kontekście warunków zawartych w dyrektywie 2006/114. Zostało to dokonane za pomocą zbadania celu wprowadzenia regulacji dotyczących reklamy porównawczej do porządku unijnego, następnie dokonano analizy przepisów odnoszących się do warunków dopuszczalności takiej reklamy i tego, jak należy interpretować te przesłanki w kontekście wyroku Trybunału, a także szczegółowej analizy samego wyroku i opinii rzecznika generalnego. W tym kontekście najistotniejsze było wykazanie wpływu różnej wielkości lub różnego formatu sklepów na spełnienie przez reklamę warunków dopuszczalności. Kwestie te zostały rozszerzone o wpływ wyroku na prawo polskie, chociaż nie doszło jeszcze do sprawy sądowej, gdzie badano by dopuszczalność reklamy porównawczej na podstawie tego wyroku. Przedstawione zostały również inne ograniczenia, jakie mogą wystąpić dla reklamy, nie tylko porównawczej, a na koniec ukazano wojny

reklamowe, które również stanowią istotne rozszerzenie dla tego tematu. W głosie wykazane zostało, że aktualne regulacje prawne zakładają analizę każdego przypadku osobno, nie da się wykazać stałych cech, jakie musi realizować reklama porównawcza, by spełniała wszystkie warunki zawarte w dyrektywie 2006/114. W związku z tym Trybunał Sprawiedliwości dokonał prawidłowej oceny sytuacji wskazanych wyżej stron oraz prawidłowo określił, że to sąd odsyłający powinien zdecydować, czy doszło do naruszenia przepisów unijnych odnośnie do dopuszczalności reklamy porównawczej.

Słowa kluczowe

Trybunał Sprawiedliwości, reklama porównawcza, dopuszczalność, warunki, sklepy, różna wielkość, różny format, ograniczenia, wojny reklamowe

Abstract

The subject of the gloss are conditions of acceptability of comparative advertising on an example of comparative advertising referring to price of products which are being sold by stores having different sizes or different formats. The basis of considerations is judgment of the Court of Justice of 8 February 2017 in case *Carrefour Hypermarchés SAS versus ITM Alimentaire International SASU*. The purpose of the gloss is to approve settlement made by the Court of Justice in mentioned case. Therefore, the situation pictured in this judgement was analysed in the context of conditions situated in directive 2006/114. The purpose of including regulations about comparative advertising to EU regulations had been examined, then the analyses of regulations about acceptability of comparative advertising was done and how they are interpreted in the context of judgment of the Court, and detailed analysis of judgment and opinion of the Advocate General. In this context the most important thing was to show influence of size or format difference of stores with fulfilment of conditions by comparative advertising. Those issues were extended by influence of judgment to Polish law, even though there was not any case in which this judgment was the basis. Also, it was extended by showing other limitations which could occur for advertising, not just comparative one, and at the end of the commentary, the advertising wars were mentioned. The gloss presented that actual legal regulations need to be analyzed different for every case. The Court of Justice made appropriate sentence in this case and the Court defined correctly that referring court should decide if there was infringement of EU regulations about acceptability of comparative advertising.

Keywords

the Court of Justice, comparative advertising, acceptability, conditions, stores, different sizes, different formats, limitations, advertising wars

1. Wstęp

Tematem glosy są warunki, jakie reklama porównawcza musi spełnić, by była dopuszczalna. Zostały one przedstawione na przykładzie reklamy porównawczej cenowej dotyczącej sklepów różnego formatu lub różnej wielkości. Przedmiotem niniejszej glosy jest wyrok Trybunału Sprawiedliwości z dnia 8 lutego 2017 r. w sprawie C-562/15 *Carrefour Hypermarchés SAS przeciwko ITM Alimentaire International SASU*¹. Sprawa ta dotyczy dopuszczalności reklamy porównawczej, która odnosi się do cen produktów sprzedawanych w sklepach różnej wielkości lub różnego formatu. W niniejszej sprawie

¹ Wyrok Trybunału (druga izba) z dnia 8 lutego 2017 r. w sprawie C-562/15 *Carrefour Hypermarchés SAS przeciwko ITM Alimentaire International SASU*, ECLI:EU:C:2017:95.

najistotniejsze było zbadanie, czy warunki przedstawione przez wyżej wspomnianą dyrektywę zostały spełnione przez tę reklamę porównawczą. Na samym początku autorka przedstawi stan faktyczny oraz rozstrzygnięcie Trybunału. Następnie przejdzie do przedstawienia celu, jaki towarzyszył wprowadzeniu do porządku prawnego Unii Europejskiej regulacji dotyczących reklamy porównawczej. W następnym punkcie pracy zawarte zostaną te regulacje, które zostały wprowadzone do dyrektywy. Autorka przedstawi warunki, które musi spełniać reklama dokonująca porównania, by była uznana za dopuszczalną. W kolejnym rozdziale autorka skupi się na samej kwestii różnicy w wielkości lub formacie sklepu i jaki może to mieć wpływ na kwestię jej dopuszczalności. Na koniec natomiast zostanie przedstawione, czy oraz jaki wpływ ma wyrok Trybunału na polskie prawo, jakie ma ten wyrok znaczenie w przypadku wystąpienia podobnych spraw w Polsce oraz występowanie innych ograniczeń reklamy porównawczej, a także kwestia wojen reklamowych.

2. Stan faktyczny

Przedmiotem sprawy C-562/15 rozstrzyganej przed Trybunałem Sprawiedliwości (dalej: TS) było ustalenie, czy reklama porównawcza zawierająca porównanie cen towarów sprzedawanych przez sklepy różnej wielkości lub różnego formatu mieści się w zakresie dopuszczalności reklamy porównawczej określonej w dyrektywie 2006/114². Pytania prejudycjalne zostały skierowane do Trybunału Sprawiedliwości w związku ze sporem wynikłym pomiędzy Carrefour Hypermarchés SAS (dalej: Carrefour) a ITM Alimentaire International SASU (dalej: ITM).

Początków sporu wynikłego pomiędzy wskazanymi stronami należy dopatrywać się w grudniu 2012 r., w którym spółka Carrefour rozpoczęła telewizyjną kampanię reklamową, którą zatytułowała „Gwarancja najniższej ceny Carrefour”. Porównywali w niej ceny 500 towarów znanych marek, które były stosowane w sklepach należących do sieci Carrefour oraz tych należących do sieci konkurencyjnych, w tym też sieci Intermarché. Oferowali w niej również zwrot dwukrotności różnicy w cenie w przypadku, gdyby konsument znalazł gdzieś niższą cenę. W spotach reklamowych zostały przedstawione różnice cen, które były korzystne dla spółki Carrefour. Jednym ze sklepów, którego produkty zostały przedstawione jako regularnie droższe, był właśnie sklep Intermarché. Ważne w niniejszej reklamie jest to, że od drugiego spotu wszystkie wybrane do porównania sklepy Intermarché stanowiły supermarkety, natomiast sklepy Carrefour

² Dyrektywa 2006/114/WE Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 12 grudnia 2006 r. dotycząca reklamy wprowadzającej w błąd i reklamy porównawczej (wersja ujednolicona) (Dz. U. L 376 z 27.12.2006 r., s. 21-27).

były hipermarketami. Informacje takie nie pojawiły się w niniejszych spotach reklamowych, a jedynie na stronie internetowej spółki Carrefour.

Spółka ITM, która była spółką odpowiedzialną za strategię i politykę handlową sieci Intermarché, najpierw skierowała do spółki Carrefour żądanie zaprzestania rozprzestrzeniania tej reklamy, a następnie w dniu 2 października 2013 r. wniosła powództwo przeciwko Carrefour do *tribunal de commerce de Paris*, czyli sądu handlowego w Paryżu. ITM wnosił o zasądzenie od Carrefour zapłaty 3 milionów euro tytułem odszkodowania oraz zakazu rozpowszechniania spornej reklamy, a także wszelkich innych reklam, niezależnie od tego, w jakiej one będą formie, opartych na podobnych zasadach pod groźbą kary pieniężnej.

Tribunal de commerce de Paris wyrokiem z dnia 31 grudnia 2014 r. przyznał ITM odszkodowanie w wysokości 800 tys. euro oraz uwzględnił zakaz rozpowszechniania spornej reklamy. Sąd ten swoją decyzję argumentował tym, że czyny podejmowane przez spółkę Carrefour stanowiły czyny nieuczciwej konkurencji pod względem neutralności i obiektywności porównawczej kampanii reklamowej. Spółka Carrefour od wspomnianego wyroku złożyła apelację do *cour d'appel de Paris*, czyli sądu apelacyjnego w Paryżu, oraz wniosła o zwrócenie się w tej sprawie do TS z wnioskiem o wydanie orzeczenia w trybie prejudycjalnym. Sąd ten przychylił się do wniosku, zawiesił postępowanie w tej sprawie i zwrócił się do TS z pytaniami prejudycjalnymi.

3. Rozstrzygnięcie Trybunału Sprawiedliwości

Główną kwestią poruszaną w niniejszym wyroku jest to, czy reklama dokonująca porównania cen produktów sprzedawanych w sklepach o różnej wielkości lub różnego formatu jest reklamą niedozwoloną w rozumieniu dyrektywy 2006/114. Dyrektywa ta w sposób wyczerpujący przeprowadza harmonizację warunków dopuszczalności reklamy porównawczej określonej dla państw członkowskich. Jej dopuszczalność należy badać tylko w świetle kryteriów, jakie zostały ustalone przez prawodawcę unijnego.

TS poruszył również, że wraz z utrwalonym orzecznictwem Trybunału należy stwierdzić, że występowanie reklamy porównawczej przyczynia się do ukazania zalet poszczególnych produktów w sposób obiektywny. W ten sposób stymuluje konkurencję między dostawcami towarów i usług w interesie konsumentów. W związku z tym przesłanki należy interpretować w sposób korzystny dla reklamodawcy, ale jednocześnie tak, by reklama ta nie była wykorzystywana w sposób antykonkurencyjny, sprzeczny z zasadami uczciwej konkurencji, a także w sposób mogący szkodzić interesom konsumentów.

Należy zauważyć, że w art. 4 niniejszej dyrektywy nie ma zawartego wymagania, by format i wielkość sklepów, których to ceny produktów są porównywane, były podob-

ne. Mimo to reklamę taką można uznać za dozwoloną jedynie w momencie, w którym zostaną spełnione wszystkie przesłanki, które zostały zawarte we wspomnianym wyżej przepisie. Najważniejszą z nich jest zdecydowanie o tym, by reklama porównywała ceny w sposób obiektywny oraz by nie wprowadzała w błąd. W pewnej sytuacji natomiast różnica w wielkości lub formacie sklepu może skutkować brakiem obiektywności w danym porównaniu. Może tak być, np. gdy konkurent, którego ceny są porównywane, ma sieć sklepów różnej wielkości i różnego formatu, a reklamodawca porównuje ceny w sklepach mniejszego formatu niż sklepy reklamodawcy bez podania takiej informacji. Ceny towarów mogą się różnić w zależności od wielkości sklepów, dlatego jest to nieobiektywne, a także może wprowadzać w błąd konsumentów odnośnie do faktycznych cen danych towarów³. Konsument odnosi wrażenie, że ceny podane są dla każdego sklepu danej sieci. Jednak w sytuacji gdy konsument jest poinformowany o tym, że ceny konkurenta podane są dla sklepów mniejszego formatu i o mniejszym rozmiarze niż sklepy reklamodawcy, nie mamy do czynienia z elementem wprowadzania w błąd.

W związku z tym reklama, która jest przedmiotem niniejszej sprawy, może być uznana za niespełniającą wymogu obiektywności porównania oraz może wprowadzać w błąd. Będzie tak właśnie w przypadku, gdy sklepy należą do sieci, z których każda posiada szereg sklepów różnej wielkości lub różnego formatu oraz gdy porównywane są ceny w sklepach reklamodawcy większego formatu lub większej wielkości do cen w sklepach konkurenta mniejszego formatu lub mniejszej wielkości. Fakt, że w niniejszej reklamie zabrakło informacji o tym, że porównanie dotyczy cen sklepów różnych formatów lub różnych wielkości, również może prowadzić do uznania jej za nieobiektywną oraz wprowadzającą w błąd.

Trybunał zostawił jednak do zbadania i rozstrzygnięcia sądowi odsyłającemu, czy w przypadku reklamy porównawczej będącej przedmiotem niniejszej sprawy doszło do uchybienia wymogowi obiektywności oraz czy ma ona charakter wprowadzający w błąd przy uwzględnieniu kwestii wspomnianych w wyroku. W szczególności dotyczy to kwestii informacji podanych w samej reklamie, gdyż to ta kwestia jest najbardziej istotna dla oceny podanych wymogów.

4. Cel wprowadzenia reklamy porównawczej do dyrektywy 2006/114

Reklama porównawcza stanowi przekaz reklamowy, w którym zawarte są odniesienia komparatywne. Jej celem jest przedstawienie przewagi prezentowanej oferty nad

³ Opinia rzecznika generalnego H. Saugmandsgaarda Øe przedstawiona w dniu 19 października 2016 r., ECLI:EU:C:2016:781.

ofertą konkurenta⁴. W związku z tym jest to też instrument, który może być nadużywany, wykorzystywany w sposób zagrażający uczciwej konkurencji i wprowadzający konsumenta w błąd. Dlatego właśnie konieczne było w tym względzie uchwalenie aktu, który regulowałby tę kwestię na terytorium całej Unii Europejskiej. W rezultacie Parlament Europejski i Rada uchwalili dyrektywę 2006/114 dotyczącą reklamy wprowadzającej w błąd i reklamy porównawczej, które zostały implementowane przez państwa członkowskie UE.

Dyrektywa 2006/114 dotycząca reklamy wprowadzającej w błąd i reklamy porównawczej, jak już zostało przytoczone wcześniej, w sposób wyczerpujący przeprowadza harmonizację warunków dopuszczalności reklamy porównawczej określonej dla państw członkowskich. Wprowadzenie takich regulacji do unijnego porządku prawnego było konieczne, by ujednolicić te kwestie dla całej Unii Europejskiej oraz by zapobiegać działaniom antykonkurencyjnym. Wcześniej postanowienia w tej kwestii były rozproszone i bardzo często zmieniane, dlatego konieczne było zawarcie takich regulacji w jednym akcie.

Na potrzeby niniejszej glosy autorka skupi się tylko na jednym elemencie wspomnianej dyrektywy, a mianowicie na celu wprowadzenia pojęcia reklamy porównawczej do porządku unijnego. Komisja Wspólnot Europejskich we wniosku wskazuje na istotny problem, który pojawił się w miarę rozwoju nowych technologii i handlu międzynarodowego, a mianowicie na kwestię przekraczania przez reklamę granic poszczególnych państw członkowskich. Reklamy mogą wywoływać więc wpływ nie tylko w danym państwie, ale także mogą prowadzić do zakłóceń konkurencji na rynku wewnętrznym⁵. Ważnym aspektem jest też fakt, że reklama porównawcza jest instrumentem, który pomaga konsumentom podejmować decyzję dotyczącą zakupu określonych produktów w określonym sklepie, ale także jest instrumentem, który może stymulować konkurencję⁶. W związku z tym postanowienia dyrektywy należy stosować zarówno w przypadku, gdy szkodzi ona konsumentom, ale także gdy szkodzi przedsiębiorcom⁷.

Komisja wspomina również, że konsumenci i przedsiębiorcy mają skorzystać w jak największym stopniu na tym, że powstał rynek wewnętrzny. Reklama natomiast jest

⁴ A. Zielińska, *Pojęcie reklamy porównawczej w prawie Unii Europejskiej*, „Kwartalnik Prawa Publicznego” 2010, vol. 10/3, s. 69-93.

⁵ Wniosek Dyrektywa Parlamentu Europejskiego i Rady dotycząca reklamy wprowadzającej w błąd i reklamy porównawczej (wersja skodyfikowana), Bruksela, 19.05.2006, COM/2006/0222 końcowy – COD 2006/0070.

⁶ J.I. Richards, R.D. Petty, P.M. Spink, *Comparative Advertising Law in the European Community: Will the Proposed Directive Harmonize Across the Atlantic?*, „Journal of Public Policy & Marketing” 1995, vol. 14(2), s. 310-317, <https://search-proquest-com-18znbvuj004a.hansolo.bg.ug.edu.pl/login.aspx?direct=true&db=bsu&AN=9512241360&lang=pl&site=ehost-live> [dostęp: 18.05.2021].

⁷ R. Skubisz, *Zwalczanie nieuczciwej reklamy w prawie UE (zagadnienia podstawowe)*, „Europejski Przegląd Sądowy” 2014, nr 1, s. 90-94.

ważnym narzędziem stosowanym na całym obszarze Unii Europejskiej. W związku z tym trzeba było uregulować kwestię możliwości wykorzystania reklamy porównawczej, jej formę i treść. Ważne jest, by warunki były takie same w każdym z państw członkowskich UE i by przyczyniły się do obiektywnego wydobycia zalet produktów porównywanych, gdyż w ten sposób regulacje te mogą stymulować konkurencję z korzyścią dla konsumentów. Dyrektywa ta ma więc definiować warunki, by reklama porównawcza była dopuszczalna, jednak tylko w zakresie, w jakim nie narusza zasad konkurencji, nie działa na szkodę konkurentów oraz nie ma negatywnego wpływu na wybory konsumentów. Musi być również obiektywna⁸.

W związku z tym wprowadzenie reklamy porównawczej do unijnego porządku prawnego ma prowadzić do jeszcze większej integralności na terytorium UE. Reklama wykracza już poza terytoria państw, w których przedsiębiorstwa prowadzą swoją działalność, dlatego należało stworzyć jednolity akt, który będzie regulował wszelkie warunki reklamy porównawczej, by nie było różnic w określaniu, kiedy taka reklama jest dopuszczalna, a kiedy narusza ona konkurencję. Komisja Europejska zauważyła również, że pomimo tego iż reklama porównawcza niesie ze sobą ryzyko oszustwa, to może też wspierać przejrzystość rynku i konkurencję⁹.

5. Reklama porównawcza w świetle dyrektywy 2006/114

Dla niniejszej sprawy istotne jest zwrócenie uwagi na to, jak reklama porównawcza jest uregulowana w dyrektywie 2006/114. Już w preambule znajdują się ważne informacje dotyczące tego pojęcia. W pkt 8 możemy przeczytać, że taka reklama może być środkiem, który będzie miał za zadanie informować konsumentów o tym, co jest dla nich korzystne. Na jej podstawie konsumenci mogą dokonywać wyborów dotyczących ich zakupów. Jednak by była ona w pełni uprawniona, musi porównywać cechy zasadnicze, istotne, weryfikowalne oraz reprezentatywne i nie może wprowadzać w błąd. Istotną informację zawiera pkt 11, w którym zostało określone, że warunki stosowania reklamy porównawczej opisane w tym akcie muszą być spełnione łącznie.

W art. 2 tej dyrektywy znajduje się definicja reklamy porównawczej. Pojęcie to oznacza każdą reklamę, która w sposób wyraźny albo też przez domniemanie dokonuje identyfikacji konkurenta albo towaru lub usługi oferowanych przez konkurenta. Definicja ta

⁸ Wniosek Dyrektywa Parlamentu Europejskiego i Rady dotycząca reklamy wprowadzającej w błąd i reklamy porównawczej...

⁹ Komunikat Komisji do Parlamentu Europejskiego, Rady, Europejskiego Komitetu Ekonomiczno-Społecznego i Komitetu Regionów. Ochrona przedsiębiorstw przed wprowadzającymi w błąd praktykami marketingowymi i zapewnienie skutecznego wykonania. Przegląd dyrektywy 2006/114/WE dotyczącej reklamy wprowadzającej w błąd i reklamy porównawczej, Bruksela, 27.11.2012, COM(2012) 702 final.

oznacza, że kiedy reklama identyfikuje konkurenta lub oferowane przez niego dobra, należy stosować się do postanowień dyrektywy¹⁰. Następnie należy zwrócić uwagę na art. 4, który przedstawia osiem warunków, jakie musi spełnić reklama, by była dozwolona. W związku z tym reklama: nie może wprowadzać w błąd, musi dokonywać porównań towarów lub usług, które realizują te same potrzeby lub są przeznaczone do tego samego celu, porównanie musi być obiektywne, nie może dyskredytować ani przedstawiać w złym świetle wszelkich znaków określających towary, usługi, działalności lub sytuację konkurenta, musi odnosić się do produktów o tym samym oznaczeniu, nie może korzystać w sposób nieuczciwy z renomy znaku określającego konkurenta, nie może przedstawiać towaru lub usługi jako imitację bądź replikę oraz nie może prowadzić do mylenia przedsiębiorcy reklamującego z konkurentem.

Wskazane wyżej warunki muszą być spełnione łącznie, dopiero wtedy można uznać reklamę porównawczą za dozwoloną. Mają one również charakter wyczerpujący, państwa członkowskie nie mogą nakładać więcej warunków dla reklamy porównawczej, niż zostało wskazane w dyrektywie. W związku z tym każdą sytuację należy interpretować zgodnie z tymi warunkami, które zostały przyjęte przez prawodawcę unijnego. Ponadto przy interpretacji danej reklamy porównawczej pod kątem jej dopuszczalności wszelkie pojawiające się wątpliwości należy rozstrzygać na korzyść tej reklamy¹¹. Trybunał stwierdził tak w związku z elementem stymulującym konkurencję¹².

Jedną z ważniejszych przesłanek wskazanych w tej dyrektywie jest ta, by reklama porównawcza nie wprowadzała w błąd. Sam fakt wprowadzania w błąd jest w ramach tej dyrektywy niedopuszczalny dla każdej reklamy, nie tylko dla reklamy porównawczej. Reklama, która może wprowadzić w błąd, jest reklamą, która ma na celu przekonać konsumenta o prawdziwości danych i może być potencjalnie czynem antykonkurencyjnym. Sprawia, że konsumenci przekonani o prawdziwości tych informacji podejmują inne decyzje, niż podjęliby, gdyby podano prawdziwe informacje. Stanowi to więc zagrożenie zarówno dla konkurencji, jak i dla konsumenta¹³.

¹⁰ J. Andraško, S.R. Sopúchová, *Limitations of Comparative Advertising Permissibility: Denigration/Disparagement*, "International & Comparative Law Review / Mezinárodní a Srovnávací Právní Revue" 2016, vol. 16(2), s. 117-125, doi: 10.1515/iclr-2016-0018, <https://search-lebscohost-1com-18znubvwj004a.hansolo.bg.ug.edu.pl/login.aspx?direct=true&db=e5h&AN=131170748&lang=pl&site=ehost-live> [dostęp: 18.05.2021].

¹¹ J. Dudzik, *Reklama porównawcza*, „Studia Prawa Prywatnego” 2010, nr 1, Legalis.

¹² Opinia rzecznika generalnego H. Saugmandsgaarda Øe przedstawiona w dniu 19 października 2016 r. ECLI:EU:C:2016:781.

¹³ K. Hattori, K. Higashida, *Who Benefits from Misleading Advertising?*, "Economica" 2015, vol. 82, no. 328, s. 613-643, <http://www.jstor.org/stable/24751974> [dostęp: 1.06.2021].

6. Różnice w wielkości lub formacie sklepów porównywanych a dopuszczalność reklamy porównawczej

Główną kwestią poruszaną w glosowanym wyroku jest kwestia dotycząca dopuszczalności reklamy porównawczej dokonującej porównania cen towarów w sklepach różnego formatu lub różnej wielkości. W poprzednim rozdziale został poruszony temat warunków, jakie reklama porównawcza musi spełniać, by zostać uznana za dopuszczalną. Wśród nich nie znajduje się warunek, by sklepy, których ceny produktów są porównywane, były takiej samej wielkości oraz takiego samego formatu. Z tego więc wynika, że nie jest to wymagane, by reklama została uznana za zgodną z prawem. W związku z tym kwestię legalności reklamy należy rozpatrywać pod kątem pozostałych warunków. Kwestia wielkości i formatu sklepów najbardziej podlega pod warunki obiektywności oraz wprowadzania w błąd.

Jeśli chodzi o kwestię obiektywności, reklama porównująca ceny towaru w sklepach o różnej wielkości lub różnego formatu nie powinna zostać uznana za nieobiektywną. Istotne znaczenie ma to, co jest porównywane. Wielkość i format sklepu nie mają wpływu na to, jak postrzegana jest cena, cena jest niepodważalna, o ile jest zgodna z prawdą. Drugą kwestią jest niewprowadzanie w błąd. W tym przypadku nie jest to jednak już tak oczywiste. Występowanie w reklamie sklepów różnej wielkości i różnego formatu może, ale nie musi wprowadzać w błąd. Rzecznik Generalny zauważył, że zakazanie reklam porównawczych, które porównywałyby sklepy różnej wielkości i różnego formatu, byłoby niezgodne z założeniami dyrektywy, która to zakłada, że może ona stymulować konkurencję. Komisja zauważyła natomiast, że w większości przypadków takie porównania nie mają elementu wprowadzającego w błąd, jednak nie jest to regułą. Taka asymetria, zależnie od przekazywanych informacji, może spowodować niespełnienie wskazanego warunku¹⁴.

Również swoboda gospodarcza sama w sobie powinna zapewniać możliwość stosowania reklamy porównawczej dla porównania cen w sklepach różnych wielkości i różnego formatu. Taka reklama może zapewnić korzyści dla przedsiębiorcy-reklamodawcy, w przypadku gdy stosuje on ceny niższe niż jego konkurenci i powinien móc osiągnąć dzięki temu przewagę marketingową. W innym wypadku taki zakaz mógłby uniemożliwić konkurencję cenową, która jest istotna przy rywalizacji między przedsiębiorcami na danym rynku¹⁵.

Dla sytuacji przedstawionej w opisywanym wyroku głównym problemem jest to, że porównywane sklepy należały do sieci handlowych, które posiadały sklepy o różnych

¹⁴ Opinia rzecznika generalnego H. Saugmandsgaarda Øe przedstawiona w dniu 19 października 2016 r. ECLI:EU:C:2016:781.

¹⁵ *Ibidem*.

wielkościach i formatach. W związku z tym reklamodawca mógł bez przeszkód wybrać takie sklepy, których wielkość i format są takie same. Należy więc zauważyć, że mimo tego że porównywane są ceny tych samych towarów, to sieć reklamująca mogła porównać sklepy o tej samej wielkości lub o tym samym formacie. Można więc w tym względzie stwierdzić, że reklama przedstawiała ceny nieobiektywnie. Tak też stwierdził Rzecznik Generalny – Carrefour przez porównanie asymetrycznych sklepów stworzył sztuczną różnicę między cenami. Również zabrakło w niej informacji o tym, że porównywane sklepy nie są jednakowej wielkości lub formatu. Mogło to więc skutkować wprowadzeniem konsumentów w błąd co do przekazywanych w niej treści¹⁶.

W związku z przedstawionymi informacjami, pomimo tego że przedstawienie w reklamie porównawczej dotyczyło cen towaru ze sklepów o różnych wielkościach lub różnego formatu, nie musi oznaczać braku obiektywności oraz wprowadzania w błąd, należy dokładnie przeanalizować daną sytuację. W głosowanym wyroku mamy do czynienia z reklamą, która może wprowadzić w błąd przeciętnego konsumenta, który będzie zakładał, że porównanie dokonywane jest dla sklepów takiej samej wielkości lub takiego samego formatu, w związku z faktem, że obie sieci handlowe posiadają sklepy różnego formatu w całym kraju¹⁷. Sytuacja wyglądałaby zdecydowanie inaczej, gdyby taka informacja została zawarta w reklamie. Konsumentom mogliby świadomie dokonywać wyborów pomiędzy danymi sklepami, wiedząc, że ceny w sklepie takiego samego formatu lub wielkości jak sklep reklamodawcy mogą być podobne do cen występujących w sklepach reklamodawcy.

7. Wpływ wyroku na prawo polskie

Istotną kwestią dla niniejszej pracy jest też to, jak wpływa ten wyrok na prawo polskie. Wyroki Trybunału Sprawiedliwości co do zasady wiążą tylko sądy wychodzące z pytaniem prejudycjalnym. Mimo to należy stwierdzić, że wpływają one na całokształt stosowania prawa unijnego na całym terytorium Unii Europejskiej. W związku z tym przepisy należy interpretować w taki sposób, jak dokonuje tego TS¹⁸.

W prawie polskim warto zwrócić uwagę na to, że stosowne postanowienia zawarte są w ustawie o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji¹⁹ w art. 16 ust. 3. Ustęp ten stanowi element implementacji dyrektywy 2006/114 i zawiera wszystkie osiem warunków, które

¹⁶ *Ibidem*.

¹⁷ M. Sieradzka, *Reklama porównawcza cen produktów sprzedawanych w sklepach różnej wielkości lub różnego formatu. Glosa do wyroku TS z dnia 8 lutego 2017 r., C-562/15, LEX/el. 2017.*

¹⁸ *Ibidem*.

¹⁹ Ustawa z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (Dz. U. z 2003 r. poz. 1503 ze zm.).

zostały przedstawione właśnie w tej dyrektywie. Ponadto zawarto w tym artykule informację, że reklama porównawcza nie może być sprzeczna z dobrymi obyczajami, a nie jest sprzeczna właśnie wtedy, kiedy spełnia warunki przedstawione przez dyrektywę. W związku z tym, że akt ten ma na celu harmonizację prawa w zakresie dopuszczalności reklamy na terytorium Unii Europejskiej, oczywisty wydaje się fakt, że w całej UE należy interpretować te przepisy w taki sam sposób.

Samo porównanie sklepów różnego formatu lub różnej wielkości nie stanowi reklamy niedozwolonej. Może się taką jednak stać, jeśli weźmiemy pod uwagę przepisy ustawy o przeciwdziałaniu nieuczciwym praktykom rynkowym²⁰, w której to istotnym elementem jest zawarcie istotnych informacji. Brak informacji o tym, że porównanie nie dotyczy sklepów takiej samej wielkości lub formatu, może stanowić zaniechanie, które wprowadzi w błąd przeciętnego konsumenta²¹.

Wracając do wyroku w sprawie C-562/15, Trybunał uznał, że to sąd powinien dokonać oceny, czy porównanie zastosowane w reklamie jest dozwolone. Najpierw należy zbadać, czy informacja o tym, z jakiego rozmiaru lub jakiego formatu sklepu pochodzą porównywane ceny towarów, jest informacją istotną. Następną kwestią jest zbadanie, czy brak tych informacji skutkuje wprowadzeniem w błąd. Dzieje się tak, kiedy brak tej informacji powoduje, że konsument podejmuje inną decyzję, niż podjąłby, gdyby taka informacja została podana. W takim wypadku reklama ma wpływ na podejmowanie decyzji rynkowych. Tylko w takiej sytuacji można stwierdzić, że reklama porównawcza jest niedozwolona zgodnie z dyrektywą 2006/114²². Jeżeli w Polsce pojawi się taka sytuacja, w której nie będzie pewne, czy reklama spełnia warunki dopuszczalności reklamy porównawczej, to polski sąd rozstrzygający będzie musiał dokładnie zbadać tę sprawę i ocenić ją pod kątem dopuszczalności reklamy. Dokonać tego będzie jednak musiał w sposób, który wskazał TS. Do tej pory jednak po wydaniu przez TS głosowanego wyroku nie było w Polsce sprawy, w której sąd odwoływałby się do niego. Jest to jednak bardzo popularny sposób reklamy, dlatego jest duże prawdopodobieństwo, że w którymś momencie taka sytuacja w Polsce wystąpi i sąd będzie zmuszony odwołać się do wyroku Trybunału.

8. Ograniczenia reklamy niektórych produktów

W kontekście niedopuszczalności reklamy porównawczej warto również zastanowić się nad kwestią ograniczenia reklamy niektórych produktów. Jednym z takich przy-

²⁰ Ustawa z dnia 23 sierpnia 2007 r. o przeciwdziałaniu nieuczciwym praktykom rynkowym (Dz. U. z 2016 r. poz. 3 ze zm.).

²¹ M. Sieradzka, *op. cit.*

²² *Ibidem.*

kładów jest zakaz reklamy alkoholu. Redukcja spożywania przez społeczeństwo alkoholu jest jednym z ważniejszych celów organizacji zdrowia. W związku z tym zakazane jest też promowanie tego produktu. Takie reklamy mogą zachęcać do spożycia alkoholu np. osoby wchodzące w dorosłość, ale w szczególności mogą one zachęcać osoby, które są uzależnione od alkoholu, a które chcą z niego zrezygnować²³. W polskim prawie mamy do czynienia z ustawowym zakazem reklamy i promocji napojów alkoholowych, który znajduje się w art. 13 ustawy o wychowaniu w trzeźwości²⁴, nie dotyczy to jednak reklamy piwa. W związku z tym należy stwierdzić, że reklama porównawcza dotycząca napojów alkoholowych również stanowi reklamę niedozwoloną niezależnie od tego, czy spełnia przesłanki wskazane w dyrektywie 2006/114.

Innym przykładem ograniczeń w reklamowaniu produktów są leki, nad których reklamą sprawowany jest nadzór. Producenci leków nie mogą dowolnie reklamować swoich produktów, muszą one zostać dopuszczone przez specjalnie do tego powołane organy. Przed tym jednak lek musi zostać sprawdzony pod kątem jego efektywności oraz bezpieczeństwa²⁵. W Polsce taki nadzór sprawuje Główny Inspektorat Farmaceutyczny. W takiej reklamie dane muszą zgadzać się z charakterystyką produktu leczniczego lub dokumentacją zatwierdzoną podczas dopuszczenia go do obrotu. Ponadto reklama ta musi być obiektywna oraz musi zawierać informacje o jego racjonalnym stosowaniu. Określone są także inne elementy, które mogą zostać w niej zawarte, np. hasło reklamowe, ale nie może znaleźć się w niej nic więcej niż wskazane przez Ministerstwo Zdrowia. Ważne jest również to, że reklama nie może być kierowana do dzieci, ani nie może wykorzystywać wizerunków znanych osób, które mogłyby wpłynąć na decyzje konsumentów w sposób niezwiązany z lekiem. Ponadto wskazane są też inne warunki, jakie taka reklama musi spełnić²⁶.

W tym miejscu należy wspomnieć o zakazie reklamy kancelarii prawnych, który znajduje się we właściwych kodeksach etyki. Ze względu na rozwijające się powiązania w Unii Europejskiej dochodzi do sytuacji, gdzie prawnik z Polski może reprezentować swoich klientów za granicą, ale także prawnicy z innych państw członkowskich UE mogą reprezentować klientów w Polsce. Rynek usług prawnych w związku z tym cały czas się rozwija, zwiększa się zapotrzebowanie na obsługę prawną, a prawnicy mają

²³ M. Petticrew, I. Shemilt, T. Lorenc, T.M. Marteau, G.J. Melendez-Torres, A. O'Mara-Eves, K. Stautz, J. Thomas, *Alcohol Advertising and Public Health: Systems Perspectives versus Narrow Perspectives*, "Journal of Epidemiology and Community Health (1979-)" 2017, vol. 71, no. 3, s. 308-312, <http://www.jstor.org/stable/44363654> [dostęp: 1.06.2021].

²⁴ Ustawa z dnia 26 października 1982 r. o wychowaniu w trzeźwości i przeciwdziałaniu alkoholizmowi (t.j. Dz. U. z 2019 r. poz. 2277 z późn. zm.).

²⁵ K. Bi, *What Is "False or Misleading" Off-Label Promotion?*, "The University of Chicago Law Review" 2015, vol. 82, no. 2, s. 975-1021, www.jstor.org/stable/43410708 [dostęp: 1.06.2021].

²⁶ Strona Ministerstwa Zdrowia, *Reklama leków*, <http://www.archiwum.mz.gov.pl/leki/produkty-lecznicze/reklama-lekow/> [dostęp: 1.06.2021].

coraz większą potrzebę poszukiwania klienta oraz przekazywania informacji o zakresie swoich usług. Reklama więc mogłaby być skutecznym narzędziem dla takich przedsiębiorców. Stopniowo jednak dochodzi do łagodzenia tych restrykcji, jednak nie we wszystkich krajach. Takimi krajami, które zniosły zakaz reklamy, są np. Francja oraz Włochy²⁷. W Polsce nadal mamy do czynienia z tym zakazem, w związku z tym kancelarie muszą zachować ostrożność przy informowaniu klientów o swojej działalności czy to przez stronę internetową, czy też przez portale jak np. Facebook.

9. Wojny reklamowe

Ważną kwestią pojawiającą się w kontekście reklamy porównawczej są wojny reklamowe. Pomimo tak brzmiącej nazwy są to dopuszczalne formy marketingowe, o ile tylko spełniają przesłanki dopuszczalności znajdujące się w dyrektywie 2006/114. W związku z tym jest to bardzo kusząca opcja dla marek konkurujących ze sobą, by pokazać swoją wyższość nad konkurentem. Dzięki temu marka reklamująca się może wykorzystać renomę, która została wypracowana przez konkurenta, może pokazać, że to ona wie prym na rynku oraz ze względu na to, że są to często reklamy kontrowersyjne, mogą wywołać szum wokół swojej marki²⁸. Należy wspomnieć, że takie wojny reklamowe to nic innego jak właśnie reklama porównawcza.

Jedną z najbardziej znanych oraz bardzo kreatywnych reklam jest reklama firmy DHL. Pokazuje ona, że reklama to nie tylko zabiegi telewizyjne, internetowe czy też plakaty. DHL jako swoją strategię internetową wykorzystał konkurentów. Polegało to na tym, że za pośrednictwem innych firm kurierskich wysyłali przesyłki, na których znajdował się napis „DHL jest szybszy”. Nie było to jednak widoczne od razu, ponieważ napisy te były pokryte farbą, która pokazywała napis dopiero pod wpływem ciepła²⁹.

Inną bardzo znaną wojną reklamową jest wojna pomiędzy Pepsi a Coca-Colą. W tym przypadku mamy do czynienia z niekończącymi się zabiegami marketingowymi, które mają na celu ośmieszenie konkurenta. Niektóre z tych reklam potrafią być brutalne, przedstawiają produkty konkurenta pobitego do „krwi” przez produkty reklamodawcy. Inne wykorzystują słabość reklamy swojego konkurenta tak jak w przypadku reklamy pepsi ubranej w pelerynę z logo Coca-Coli z napisem „Życzymy strasznego

²⁷ M. Piotrowska, *Reklama usług świadczonych przez adwokatów w prawie polskim i w prawie Unii Europejskiej*, „Przegląd Prawa Handlowego” 2007, nr 8, s. 4-11.

²⁸ Ł. Mędrysa, *Wojna brandów, czyli kto reklamą wojuje, od reklamy ginie*, <https://sprawnymarketing.pl/blog/wojna-brandow/> [dostęp: 2.06.2021].

²⁹ M. Bulzacka, *TOP 10 wojen: walki marek, czyli oko za oko, reklama za reklamę*, <https://cyrekdigital.com/pl/blog/top-10-wojen-walki-marek-czyli-okoz-oko-reklama-za-reklame/> [dostęp: 2.06.2021].

Halloween”, gdzie Coca Cola wykorzystała to zdjęcie, zmieniając napis na „Każdy chce być bohaterem”³⁰.

Po analizie wskazanych przypadków widać, że reklama porównawcza jest zjawiskiem częstym i stanowi bardzo skuteczny instrument wpływający na konkurencję. Wspomniane reklamy mogą przynieść bardzo duży rozgłos ze względu na kontrowersyjność tego typu działań. Właśnie to stanowi cel tworzenia opartych na takich działaniach strategii marketingowych. Mogą przyjmować różne formy, dopuszczalne są reklamy w telewizji, w radiu, w internecie, na billboardach, ale także np. w formie, w jakiej zrobiła to firma DHL. Niezależnie od tego, jak jest ta reklama przedstawiona, należy spełnić w niej wszystkie przesłanki, jakie zostały zawarte w dyrektywie 2006/114.

10. Podsumowanie

Reklama porównawcza może stanowić skuteczny instrument, który ma na celu zdobycie większej liczby klientów oraz przejmowanie klientów konkurentów. Może to doprowadzić do wojny reklamowej, która jednak może być korzystna dla występującej na rynku konkurencji, może stymulować ją, doprowadzić do obniżek cen, z czego będą korzystać konsumenci³¹. Reklamodawca musi jednak stosować się do warunków, które są określone w dyrektywie 2006/114. Istotne jest, że wszystkie wskazane w niej przesłanki muszą być spełnione łącznie. Reklama, która nie spełnia chociażby jednego z podanych warunków, będzie reklamą niedopuszczalną. Każdy przypadek reklamy porównawczej należy badać odrębnie, ponieważ taki sam stan faktyczny w jednej sprawie może nie skutkować niedopuszczalnością reklamy, a w innej może już skutkować. Dopiero po dokładnym przeanalizowaniu można to stwierdzić.

Jak zostało wykazane w niniejszej pracy, sam fakt porównywania sklepów różnej wielkości lub różnego formatu co do zasady nie stanowi naruszenia którejkolwiek z przesłanek zawartych w dyrektywie. Nie znaczy to jednak, że nie może wystąpić podobna sytuacja, w której przesłanka obiektywności czy też niewprowadzania w błąd zostanie naruszona przez taką reklamę porównawczą. W niniejszej sprawie reklamodawca mógł dokonać porównania sklepów tej samej wielkości lub formatu, jednak wybrał porównanie sklepów o różnych wielkościach i formacie. Doprowadziło to do niespełnienia przesłanki obiektywności. Ponadto nie zawarł w reklamie informacji o tym, które sklepy są porównywane, przez co przeciętny konsument mógł odnieść mylne wrażenie, że chodzi o sklepy tego samego formatu i wielkości. Na podstawie tej mylnej informacji mógł podjąć inną decyzję, niż podjąłby, wiedząc o tym, które sklepy są porównywane. W tym

³⁰ *Ibidem*.

³¹ A. Mikołajczyk, *Dopuszczalność stosowania reklamy porównawczej w obszarze prawnym Unii Europejskiej*, „Studia Gdańskie” 2007, t. IV, s. 130-145.

względnie nie została więc spełniona przesłanka niewprowadzania w błąd. Z tego powodu Trybunał Sprawiedliwości zostawił kwestię zbadania, czy doszło do naruszenia tych przesłanek, sądowi odsyłającemu. Nie dał gotowej odpowiedzi, czy reklama porównawcza odnosząca się do sklepów różnej wielkości lub różnego formatu stanowi reklamę dozwoloną czy nie, przekazał jedynie wskazówki, jak można dokonać takiej oceny, na co zwrócić uwagę. Dzięki temu wyrok ten może być stosowany nie tylko do tej konkretnej sprawy, ale także do innych występujących w przyszłości spraw na terytorium całej Unii Europejskiej.

Bibliografia

Akty prawne

- Dyrektywa 2006/114/WE Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 12 grudnia 2006 r. dotycząca reklamy wprowadzającej w błąd i reklamy porównawczej (wersja ujednolicona) (Dz. U. L 376 z 27.12.2006, s. 21-27).
- Ustawa z dnia 26 października 1982 r. o wychowaniu w trzeźwości i przeciwdziałaniu alkoholizmowi (t.j. Dz. U. z 2019 r. poz. 2277 z późn. zm.).
- Ustawa z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (Dz. U. z 2003 r. poz. 1503 ze zm.).
- Ustawa z dnia 23 sierpnia 2007 r. o przeciwdziałaniu nieuczciwym praktykom rynkowym (Dz. U. z 2016 r. poz. 3 ze zm.).

Orzeczenia

- Wyrok Trybunału (druga izba) z dnia 8 lutego 2017 r. w sprawie C-562/15 *Carrefour Hypermarchés SAS przeciwko ITM Alimentaire International SASU*, ECLI:EU:C:2017:95.

Artykuły

- Andraško J., Sopúchová S.R., *Limitations of Comparative Advertising Permissibility: Denigration/Dissparagement*, "International & Comparative Law Review / Mezinárodní a Srovnávací Právní Review" 2016, vol. 16(2), doi: 10.1515/iclr-2016-0018, <https://search-lebscohost-1com-18znubvwj004a.hansolo.bg.ug.edu.pl/login.aspx?direct=true&db=e5h&AN=131170748&lang=pl&site=ehost-live> [dostęp: 18.05.2021].
- Bi K., *What Is "False or Misleading" Off-Label Promotion?*, "The University of Chicago Law Review" 2015, vol. 82, no. 2, www.jstor.org/stable/43410708 [dostęp: 1.06.2021].
- Dudzik J., *Reklama porównawcza*, „Studia Prawa Prywatnego” 2010, nr 1 Legalis.
- Hattori K., Higashida K., *Who Benefits from Misleading Advertising?*, "Economica" 2015, vol. 82, no. 328, <http://www.jstor.org/stable/24751974> [dostęp: 1.06.2021].
- Mikołajczyk A., *Dopuszczalność stosowania reklamy porównawczej w obszarze prawnym Unii Europejskiej*, „Studia Gdańskie” 2007, t. IV.

- Petticrew M., Shemilt I., Lorenc T., Marteau T.M., Melendez-Torres G.J., O'Mara-Eves A., Stautz K., Thomas J., *Alcohol Advertising and Public Health: Systems Perspectives versus Narrow Perspectives*, "Journal of Epidemiology and Community Health (1979-)" 2017, vol. 71, no. 3, <http://www.jstor.org/stable/44363654> [dostęp: 1.06.2021].
- Piotrowska M., *Reklama usług świadczonych przez adwokatów w prawie polskim i w prawie Unii Europejskiej*, „Przegląd Prawa Handlowego” 2007, nr 8.
- Richards J.I., Petty R.D., Spink P.M., *Comparative Advertising Law in the European Community: Will the Proposed Directive Harmonize Across the Atlantic?*, "Journal of Public Policy & Marketing" 1995, vol. 14(2), <https://search-1ebsohost-1com-18znubvwj004a.hansolo.bg.ug.edu.pl/login.aspx?direct=true&db=bsu&AN=9512241360&lang=pl&site=ehost-live> [dostęp: 18.05.2021].
- Sieradzka M., *Reklama porównawcza cen produktów sprzedawanych w sklepach różnej wielkości lub różnego formatu. Glosa do wyroku TS z dnia 8 lutego 2017 r., C-562/15*, LEX/el. 2017.
- Skubisz R., *Zwalczanie nieuczciwej reklamy w prawie UE (zagadnienia podstawowe)*, „Europejski Przegląd Sądowy” 2014, nr 1.
- Zielińska A., *Pojęcie reklamy porównawczej w prawie Unii Europejskiej*, „Kwartalnik Prawa Publicznego” 2010, nr 10/3.

Źródła internetowe

- Bulzacka M., *TOP 10 wojen: walki marek, czyli oko za oko, reklama za reklamę*, <https://cyrekdigital.com/pl/blog/top-10-wojen-walki-marek-czyli-okoz-za-okoz-reklama-za-reklame/> [dostęp: 2.06.2021].
- Mędrysa Ł., *Wojna brandów, czyli kto reklamą wojuje, od reklamy ginie*, <https://sprawnymarketing.pl/blog/wojna-brandow/> [dostęp: 2.06.2021].
- Strona Ministerstwa Zdrowia, Reklama leków, <http://www.archiwum.mz.gov.pl/leki/produkty-lecznicze/reklama-lekow/> [dostęp: 1.06.2021].

Inne

- Komunikat Komisji do Parlamentu Europejskiego, Rady, Europejskiego Komitetu Ekonomiczno-Społecznego i Komitetu Regionów. Ochrona przedsięwzięć przed wprowadzającymi w błąd praktykami marketingowymi i zapewnienie skutecznego wykonania. Przegląd dyrektywy 2006/114/WE dotyczącej reklamy wprowadzającej w błąd i reklamy porównawczej. Bruksela, dnia 27.11.2012 COM(2012) 702 final.
- Opinia rzecznika generalnego H. Saugmandsgaarda Øe przedstawiona w dniu 19 października 2016 r., ECLI:EU:C:2016:781.
- Wniosek Dyrektywa Parlamentu Europejskiego i Rady dotycząca reklamy wprowadzającej w błąd i reklamy porównawczej (wersja skodyfikowana), COM/2006/0222 końcowy – COD 2006/0070.

Aleksandra Kołodziejczyk

Uniwersytet Warszawski

Wydział Prawa i Administracji

Porozumienia z zakresu zrównoważonego rozwoju w łańcuchu żywnościowym – prawo konkurencji jako element hamujący rozwój *sustainable food chain*

Sustainability agreements in the food chain – competition law
as an inhibitor of sustainable food chain development

Streszczenie

Niniejszy artykuł skupia się na wdrażaniu zrównoważonego rozwoju w łańcuchu żywnościowym w ramach porozumień między przedsiębiorcami oraz problemach, jakie występują w związku z obowiązującą polityką prawa konkurencji w Unii Europejskiej. Krytycznie analizowana jest niderlandzka sprawa *Chicken of tomorrow*, w ramach której organ antymonopolowy (ACM) badał propozycję porozumienia między różnymi członkami rynku produkcji drobiu, którego celem była ochrona środowiska i podniesienie dobrostanu zwierząt. ACM powołał się na ekonomiczną koncepcję dobrobytu konsumenta, tym samym uniemożliwiając wejście porozumienia w życie. Jako przeciwwaga przedstawiony został brazylijski projekt Amazon Soy Moratorium – ogólnorynkowe porozumienie, które doprowadziło w ciągu niespełna 20 lat do znaczącego zmniejszenia poziomu wycinania lasów deszczowych. Artykuł przedstawia również postulaty przedsiębiorców oraz różnego rodzaju instytucji (tak państwowych, jak i ponadpaństwowych), tym samym pokazując potrzebę zmiany polityki prawa konkurencji w Unii Europejskiej oraz prawdopodobny jej kierunek w najbliższych latach.

Słowa kluczowe

prawo żywnościowe, polityka konkurencji, ekonomizacja prawa konkurencji, dobrobyt konsumenta

Abstract

The article focuses on the implementation of sustainability in the food chain in business-to-business agreements and the problems that arise concerning existing competition law policy in the European Union. It critically examines the Dutch *Chicken of tomorrow* case, in which the antitrust authority (ACM) investigated a proposed agreement between various members of the poultry production market aimed at protecting the environment and enhancing animal welfare. The ACM invoked the economic concept of consumer welfare, thus preventing the agreement from going into effect. As a counterbalance, the Brazilian Amazon Soy Moratorium project is presented – a market-wide agreement that has led to a significant reduction in the level of deforestation in less than 20 years. The article also presents the demands of businesses and various institutions (both national and supranational), thus showing the need for changes in competition law policy in the European Union and their likely direction in the coming years.

Keywords

food law, competition policy, economization of competition law, consumer welfare

Wstęp

Przedstawiony artykuł skupia się na wdrażaniu zrównoważonego rozwoju w łańcuchu spożywczym (ang. *sustainable food chain*) i problemach, jakie występują w związku z obowiązującą polityką prawa konkurencji w Unii Europejskiej. W jej ramach najbardziej znaczącym zagadnieniem wydaje się trudność wchodzenia przez przedsiębiorców w tzw. *sustainability agreements*¹, tj. takie porozumienia, które na celu mają poprawę jakości środowiska, podniesienie wysokości zarobków oraz jakości życia wszystkich podmiotów działających w ramach *food chain*, jak również podnoszenie poziomu dobrostanu zwierząt. Przedmiot niniejszego artykułu stanowią wybrane działania przedsiębiorców na rynku spożywczym, których celem jest pozytywny wpływ na środowisko, dobrostan zwierząt czy dobrobyt społeczny. Analiza prawna niderlandzkiej sprawy *Chicken of Tomorrow*, która stanęła przed tamtejszym urzędem antymonopolowym, jest impulsem do rozważań dotyczących sposobu oceny *sustainability agreements* w łańcuchu żywnościowym z perspektywy prawa konkurencji. Przedstawiam rozbieżny od zawartego w analizie ACM punkt widzenia, pokazując tym samym, że w zależności od wykorzystanych narzędzi i koncepcji wynik końcowy prowadzonego badania może być diametralnie inny.

Na uwagę zasługują również postulaty przedsiębiorców, którzy od dłuższego czasu zauważają i wskazują na potrzebę zmiany przepisów oraz praktyki decyzyjnej organów antymonopolowych, a także działania Komisji Europejskiej i organów państw członkowskich. W związku z tym, że problem wprowadzania w życie postulatów zrównoważonego rozwoju dotyka coraz większą liczbę działań i przedsięwzięć, wydaje się, że zmiany są nieuniknione. Wszelkie inicjatywy podjęte przez organy UE są niewiążące i opierają się głównie na konsultacjach z zainteresowanymi stronami. Ukazuje to jednak pewien kierunek, który potencjalnie wpłynie również na kształt regulacji prawnych oraz praktykę organów antymonopolowych w Europie.

1. Potrzeby zmian w kontekście kryzysu klimatycznego

W związku z zanieczyszczeniem środowiska, kryzysem klimatycznym czy nierównościami społecznymi widać coraz większą potrzebę zmian w ogromnej liczbie branż.

¹ W związku z faktem, iż zagadnienie nie jest szerzej omawiane w polskiej doktrynie prawnej, nie występuje generalne tłumaczenie powyższego terminu. Z punktu widzenia językowego oraz prawnego najbardziej trafnym tłumaczeniem *sustainability agreements* na język polski wydaje się porozumienie z zakresu zrównoważonego rozwoju.

Jako że dzisiaj mierzymy się nie tylko ze zmianami klimatu, ale jego kryzysem², konieczne są szybkie i sprawne działania, by faktycznie móc uchronić środowisko naturalne, a co za tym idzie, całą ludność z niego korzystającą. Niezależnie jednak od wyznaczonych celów, porozumienia z zakresu zrównoważonego rozwoju zawsze będą dotyczyły interesu publicznego, pozakonkurencyjnych i pozaekonomicznych wartości³. Korporacje, wcześniej nastawione głównie na zysk i przyzwyczajone do konsumpcyjnego społeczeństwa, nie brały pod uwagę działań o pozytywnych, a przynajmniej neutralnych skutkach dla środowiska. Co gorsza, zjawiskiem relatywnie popularnym w ostatnim czasie stał się tzw. *green washing*⁴, który polega na podejmowaniu działań, które mają zachęcać konsumentów do wyboru pewnych produktów czy usług w związku z ich pozornymi prośrodowiskowymi cechami. W związku jednak z coraz większą presją ze strony rządów oraz różnych organizacji (a co za tym idzie również przepisów krajowych i międzynarodowych), a także rosnącą świadomością społeczną, sukcesywnie coraz więcej podmiotów zmuszonych jest wprowadzać zmiany w utartym sposobie działania. Sektor tradycyjnie nastawiony na zysk zaczyna rozumieć swój wpływ na środowisko i powoli dostrzega atrakcyjność wprowadzania inicjatyw ukierunkowanych na zrównoważony rozwój. Jako że działania prośrodowiskowe są bardzo trudne do wprowadzania, pożądanym jest, by podmioty mogące je podjąć miały jak najbardziej korzystne warunki do ich wdrażania. Bariery to przede wszystkim wysokie koszty, jak również trudności w przestawieniu całości biznesu tak od strony technicznej, jak i marketingowej (w związku z różnymi przyzwyczajeniami konsumentów, strategiami sprzedaży, które są kontynuowane w konkretnym kształcie od lat). Istotnym elementem jest również to, że przedsiębiorcy mogą odczuwać ogromną presję ze strony konkurencji i bojąc się, że wypadną z rynku, nie chcą ponosić ryzyka związanego z kosztownymi zmianami (*first-mover disadvantage*). Z tego powodu tak istotne jest, by konkurenci mogli zawiązywać porozumienia z zakresu zrównoważonego rozwoju. Wspólne działanie nie tylko zmniejsza koszty oraz poziom ryzyka ponoszony przez każdy z podmiotów, ale redukuje również presję ze strony bezpośrednich rywali rynkowych. Kolektywne działanie, angażujące dużą część rynku, gwarantuje również, że podjęta inicjatywa będzie mocnym sygnałem dla reszty podmiotów – konkurentów na różnych szczeblach, konsumentów czy rządów państwowych. Ważne jest także, by to właśnie prywatne podmioty mogły wprowadzać dane inicjatywy w życie – państwo może nie mieć wystarczają-

² S. Kingston, *Competition Law in an Environmental Crisis*, "Journal of European Competition Law & Practice" 2019, vol. 10, no. 9, s. 517.

³ A. Gerbrandy, *Solving a Sustainability-Deficit in European Competition Law*, "World Competition" 2017, vol. 40, no. 4, s. 543.

⁴ Zob. B. Watson, *The troubling evolution of corporate greenwashing*, 20 sierpnia 2016, <https://www.theguardian.com/sustainable-business/2016/aug/20/greenwashing-environmentalism-lies-companies> [dostęp: 06.06.2021].

cej znajomości rynku, a zatem możliwości określenia, jakie działania będą najbardziej efektywne z punktu widzenia zrównoważonego rozwoju.

2. Case studies

Współcześnie przed rynkiem żywnościowym stoi wiele wyzwań dotyczących zwłaszcza dążenia do urzeczywistnienia zrównoważonego rozwoju. Dobrostan zwierząt, ochrona środowiska, współczesne niewolnictwo czy bezpieczeństwo żywności to tylko niektóre z zagadnień, które dotyczą teraz łańcuch żywnościowy. Globalizacja, zmiany w produkcji, rosnąca liczba ludzi oraz umiejscowienie podmiotów w różnych częściach świata nieustannie wpływają na to, że łańcuch żywnościowy robi się coraz bardziej skomplikowany⁵. Niezależnie jednak od genezy problemów, ich kształtu i rozmiaru cechą wspólną dla przedstawicieli *food chain* jest niepewność związana ze stosowaniem reguł konkurencji do *sustainability agreements*. W raportach Światowego Forum Bananowego (*World Banana Forum*), organizacji zrzeszającej wszelkich interesariuszy tego rynku w celu osiągnięcia konsensusu w sprawie najlepszych praktyk w zakresie zrównoważonej produkcji i handlu, obok zagadnień środowiskowych pojawiają się coraz częstsze wzmianki o problematyczności przepisów antymonopolowych i ich stosowania w łańcuchu spożywczym⁶. Tego typu głosy pojawiają się również na rynku kakao. Jego przedstawiciele podkreślają między innymi potrzebę podwyższenia cen u producentów (*farm-gate prices*), która pojawia się na wielu rynkach, np. bawełny czy herbaty. Problemem są nie tylko niskie ceny, ale też ich duża fluktuacja w czasie, w związku z czym mali producenci mają niewielką ilość informacji odnośnie do planowanych przychodów⁷. W związku z krachem na rynku kakao w 2017 r. producenci odnotowali spadek wpływów o ok. 30% – niepewność w tak podstawowym aspekcie jak zarobki uniemożliwia doprowadzenie do funkcjonowania zrównoważonego łańcucha żywnościowego. Uczestnicy rynku kakao podkreślają jednak problemy związane w niezbędnych inicjatywami – ich zdaniem konieczne jest działanie kolektywne, ponieważ pojedyncze jednostki, wprowadzając w życie innowacyjne rozwiązania, nie tylko nie zyskają, ale mogą też dużo stracić. Wspólne działanie może

⁵ P. Wojciechowski, *Unijne prawo żywnościowe*, [w:] M. Korzycka, P. Wojciechowski, *System Prawa Żywnościowego*, Wolters Kluwer, Warszawa 2017, s. 117.

⁶ World Banana Forum, *Current challenges banana industry*, Food and Agriculture Organization of the United Nations, Berlin 2019, <https://www.bananenbuendnis.org/wp-content/uploads/1-World-Banana-Forum.pdf> [dostęp: 21.02.2021].

⁷ Competition law and sustainability. A study of industry attitudes towards multi-stakeholder collaboration in the UK grocery sector, Fairtrade Foundation, 2019, s. 10, <https://www.fairtrade.org.uk/resources-library/researching/policy-resources/competition-law-and-sustainability/> [dostęp: 06.06.2021].

jednak zostać negatywnie ocenione z punktu widzenia prawa konkurencji⁸. Widać zatem coraz większą potrzebę zmian związanych z podstawowymi założeniami dotyczącymi zakazanych porozumień oraz konieczność rozluźnienia zasad i ich interpretacji w praktyce decyzyjnej organów antymonopolowych, by kolektywne, a konieczne działania mogły zostać urzeczywistnione. Poniżej zostaną przedstawione i przeanalizowane dwa przykłady, jaki kształt *sustainability agreements* mogą przybrać w praktyce. Pierwszy z nich, dotyczący rynku chowu drobiu, nie został zrealizowany w związku z interwencją niderlandzkiego organu antymonopolowego, który zakazał jego przeprowadzenia. Na uwagę zasługuje w szczególności sposób oceny porozumienia i argumenty *Authority for Consumers & Market* (ACM)⁹. Drugi z nich dotyczy brazylijskiego projektu *Amazon Soy Moratorium* (ASM), który w przeciwieństwie do *Chicken of tomorrow* nie tylko z dużym sukcesem funkcjonuje od lat, ale wpływa również na wdrażanie zbliżonych rozwiązań do innych regionów dotkniętych podobnymi problemami. W poniższej analizie wskazane zostaną istotne elementy związane z konstruowaniem porozumień z zakresu zrównoważonego rozwoju, oraz sposób oceny, a także czynniki, które mogą zwiększać szanse na sukces takich inicjatyw.

2.1. *Chicken of tomorrow*

Chicken of tomorrow to porozumienie z zakresu zrównoważonego rozwoju zawarte między niderlandzką organizacją producentów drobiu, mięsa i jaj oraz niderlandzkim Stowarzyszeniem Detalistów Żywności (CBL) zapoczątkowane w 2012 r., którego celem było całkowite wyeliminowanie ze sklepów drobiu produkowanego z tzw. brojlerów do 2020 r. Porozumienie to zawierało zobowiązania do: (i) wykorzystywania wolniej rosnących ras kurcząt, (ii) zmniejszenia liczby kurcząt na metr kwadratowy, (iii) wprowadzenia zrównoważonych materiałów ściółkowych, (iv) ścisłego przestrzegania norm dobrostanu zwierząt, (v) wydłużenia czasu snu kurcząt, (vi) ograniczenia stosowania antybiotyków, (vii) stosowania jako paszy soi uprawianej w 100% zgodnie z normami Okrągłego Stołu ds. Odpowiedzialnego Sektora Soi (ang. *Round Table for Responsible Soy*), (viii) wprowadzenia różnych środków mających na celu zmniejszenie emisji, śladu węglowego oraz zwiększenia wykorzystywania zrównoważonej energii, (ix) *chicken of tomorrow* jako standard minimum, wraz z innymi certyfikatami dobrostanu zwierząt (np. z oznaczeniem *Better Life* lub produkcji organicznej)¹⁰.

⁸ *Competition law and sustainability. A study...*, s. 12.

⁹ Niderlandzki Urząd Antymonopolowy.

¹⁰ I. Toma, *Competition law and sustainability in the Netherlands. Sustainability exemptions to competition law in the Netherlands as role model for Europe?*, Fair Trade Advocacy Office, 2016, s. 16.

Tabela 1. Proponowane zmiany w porównaniu ze standardami stosowanymi do brojlerów¹¹

	Brojler	Chicken of Tomorrow
Długość życia	40 dni	45 dni
Przestrzeń do poruszania się	21 kurczaków/m ²	19 kurczaków/m ²
Materiał ściółki	Żaden	Słoma oraz materiały rozpraszające (słupki grzędowe, bele słomy)
Światło	Minimum 4 godziny nieprzerwanej ciemności	Minimum 6 godzin nieprzerwanej ciemności

Rasy kurcząt wykorzystywanych w produkcji mogłyby przybierać do 50 gramów dziennie, a większość zmian miałaby wpłynąć pozytywnie na ich dobrostan – zmniejszyć stres, liczbę urazów oraz chorób. Porozumienie zakładało, że będzie to standard minimum, który powinien zostać wprowadzony w supermarketach, które kontrolują 95% rynku sprzedaży kurczaków krajowym konsumentom. Swoim zakresem nie obejmowało drobiu zakupowanego u rzeźników oraz w zakładach drobiarskich, jak również produkowanego na eksport (ok. 70% produkcji krajowej). Założenia porozumienia wykraczały poza minimalne wymogi ustawowe, które obowiązują przy komercyjnej hodowli drobiu w Niderlandach¹².

Mimo iż inicjatywa zyskała duże poparcie rynku, krajowego parlamentu oraz społeczeństwa, ACM wydał w 2015 r. decyzję zakazującą wprowadzenia porozumienia w życie, stwierdzając, że narusza ono zakaz tworzenia karteli. Urząd podkreślił, że w związku z tym, że krajowe supermarkety sprzedają prawie 100% kurczaków niderlandzkim konsumentom, to ich wybór byłby znacząco ograniczony. Inicjatywa ta łamałaby nie tylko krajowe przepisy, ale również art. 101 Traktatu o funkcjonowaniu Unii Europejskiej (dalej TFUE), ponieważ niderlandzkie supermarkety importują mięso także od innych podmiotów działających w Unii Europejskiej – przedsiębiorcy ci mogliby nie być w stanie sprostać tak określonym wymaganiom, co wiązałoby się z wykluczeniem ich z rynku.

ACM badał, czy porozumienie może podlegać wyłączeniu określonemu w art. 101 (3) TFUE. Korzyści i koszty wynikające z przedsięwzięcia zostały wzięte pod uwagę w odniesieniu do dobrostanu zwierząt, środowiska oraz zdrowia publicznego. Organ podkreślił, że skutki takie muszą przynosić korzyści konsumentom, a dzieje się tak wtedy, gdy konsumenci przypisują im rzeczywistą wartość. Co do zasady taka ocena polega na policzeniu, o ile mniej lub więcej ostateczny produkt będzie kosztował czy jaka będzie jego dostęp-

¹¹ I. Toma, *op. cit.*, s. 20.

¹² ACM's analysis of the sustainability arrangements concerning the "Chicken of Tomorrow", https://www.acm.nl/sites/default/files/old_publication/publicaties/13789_analysis-chicken-of-tomorrow-acm-2015-01-26.pdf.pdf [dostęp: 06.06.2021].

ność. W związku jednak z nieekonomicznym charakterem powyższych kategorii konieczne było przeprowadzenie badań wśród zainteresowanych, by stwierdzić, jak duże znaczenie mają dla nich poszczególne ulepszenia i zmiana sposobu produkcji. ACM postanowił wybrać tzw. metodę *willingness-to-pay*, która polega na zbadaniu, ile konsumenci są w stanie zapłacić za poszczególne udogodnienia lub korzyści płynące z porozumienia.

W ramach przeprowadzonych testów organ stwierdził, że konsumenci gotowi są zapłacić niedużą kwotę za podwyższenie dobrostanu zwierząt i określił ją na 68 eurocentów za kilogram mięsa, pozytywny wpływ na środowisko określając na 14 eurocentów, a podwyższenie wysokości zdrowia publicznego na 0, ponieważ zdaniem ACM mniejsze zużycie antybiotyków zostałoby osiągnięte bez porozumienia. Całość korzyści została zatem wyliczona na 82 eurocenty za kilogram kurczaka, natomiast dodatkowe koszty, które musiałby ponieść kupujący, oszacowane zostały na 1,46 euro. W związku z tą prostą analizą ACM stwierdził, że porozumienie nie przynosi żadnych benefitów konsumentom, a co za tym idzie, nie badał drugiego kryterium pozwalającego na zastosowanie wyłączenia – tj. czy przysługuje im sprawiedliwy udział w generowanych korzyściach.

Niezależnie od tego, że w wyżej przytoczonych okolicznościach uwzględnienie wyłączenia było niemożliwe, organ przeanalizował aspekty związane z proporcjonalnością i niezbędnością danego rozwiązania, a ściślej mówiąc, czy wpłynie ono na „poprawienie produkcji lub dystrybucji produktów bądź do popierania postępu technicznego lub gospodarczego”¹³. W tej kwestii ACM stwierdził, że na rynku dostępnych jest wiele rodzajów kurczaka, produkowanych w różny sposób, za przykład podając mięso z oznaczeniem *Better Life*. Zgodnie z przeprowadzonymi przez urząd badaniami konsumenci gotowi są zapłacić nawet 12 euro za kilogram kurczaka posiadającego ten symbol¹⁴. Biorąc pod uwagę, że taki mechanizm nie działał w przypadku *Chicken of Tomorrow*, organ stwierdził, że w przedmiotowej sprawie występuje problem z komunikacją korzyści wynikających z takiej produkcji. W konkluzji stwierdził on, że przy poprawie strony marketingowej oraz wiarygodności certyfikacji samo oznaczenie powinno pozwolić na osiągnięcie celów porozumienia i że faktyczne jego zawiązywanie nie jest konieczne. ACM podkreślił również, że do decyzji supermarketu pozostawione jest to, jaką gamę produktów oferuje i że jest to element wpływający na konkurencję między poszczególnymi podmiotami oraz sposób na przyciągnięcie konsumenta.

ACM zaznaczył występowanie niebezpieczeństwa związanego ze zjawiskiem *first-mover disadvantage*, ale stwierdził, że rynek w ostatnim czasie prężnie się zmienia i dąży w kierunku coraz większej wrażliwości dotyczącej zagadnień środowiskowych

¹³ ACM's analysis of the sustainability arrangements concerning the "Chicken of Tomorrow" ..., s. 6.

¹⁴ *Ibidem*.

czy związanych z ochroną i dobrostanem zwierząt, w związku z czym zbagatelizował fakt, iż porozumienie eliminuje to niepożądane zjawisko. Uważam, że powyższa analiza w wielu aspektach mogłaby być dokonana w inny sposób, a w związku z tym rezultatem jej mogłoby być wydanie zgody przez ACM na zawiązanie porozumienia.

Szeroko podkreślane jest, że *sustainability agreements* niejednokrotnie mogą przynosić korzyści dla społeczeństwa jako całości, a nie dla poszczególnych jednostek¹⁵, a w związku ze sposobem badania i podejściem opartym na *willingness-to-pay* nie jest możliwe wzięcie pod uwagę tych właśnie aspektów. Dodatkowym problemem w tym przypadku była grupa poddana testom – wyłączeni z badania zostali m.in. wegetarianie¹⁶, uznano bowiem, że nie są oni odbiorcami produktu, jakim jest mięso, a zatem ewentualne korzyści ich nie dotyczą, bo ich skłonność do zapłacenia byłaby równa zero. Trudno jest mi się zgodzić z takim podejściem – podejrzewam, że właśnie ta grupa mogłaby być jedną z tych, która uważałaby wprowadzenie tego typu rozwiązania za niezwykle korzystne, również dla nich samych, mimo iż nie byłiby bezpośrednimi odbiorcami produktu.

Wydaje się, że taki sposób analizy jest nietrafiony i znaleźć można wiele uchybień z nim związanych. Przede wszystkim, co już zostało podkreślone wyżej, istotne jest, by badać korzyści dla całego społeczeństwa, nie jednostek. Działania promujące ochronę środowiska czy podwyższanie standardów związanych z dobrostanem zwierząt potencjalnie w niewielu sytuacjach będą faktycznie i bezpośrednio oddziaływać na poszczególnych konsumentów – konieczne jest zatem wzięcie pod uwagę, jak wyglądać będą globalne rezultaty poszczególnych inicjatyw. Istotne jest również spójne podejście dotyczące miejsca występowania pozytywnych skutków – np. w przypadku próby wprowadzania inicjatyw zapobiegających pracy dzieci czy promocji adekwatnych zarobków w krajach rozwijających się, które nie dotyczą bezpośrednio rynku wspólnotowego¹⁷.

Trudno także podzielić zdanie o trafności sposobu przeliczania niewymiernych korzyści na wartości *stricte* pieniężne. Abstrahując od samej metody oceny *willingness-to-pay*, której wykorzystanie jest moim zdaniem również chybione (tak sama metoda, jak i sposób przeprowadzenia badania), powstaje pytanie, czy taki sposób analizowania korzyści pozaekonomicznych ma przełożenie na rzeczywistość i niesie za sobą faktyczną wartość. Wydaje się, że w tym przypadku powinno prędzej dojść do ważenia konkretnych wartości czy zasad prawnych (tj. np. ochrona dobrostanu zwierząt i środowiska a utrzymanie niezakłóconej konkurencji na rynku) i oceny, które w tym przypadku po-

¹⁵ Zob. np. A. Gerbrandy, *op. cit.*; B. Baarsma, N. Rosenboom, *A veritable tower of Babel: on the confusion between the legal and economic interpretations of Article 101(3) of the Treaty on the Functioning of the European Union*, "European Competition Journal" 2016, vol. 11(2), s. 1-24.

¹⁶ A. Gerbrandy, *op. cit.*, s. 541.

¹⁷ I. Toma, *op. cit.*, s. 21.

winny przeważać – a co za tym idzie, czy dane porozumienie może zostać uznane za legalne czy nie. Nadawanie cenie nadzwyczajnego znaczenia nie jest odpowiednią drogą do dokonania analizy. Prowadzona od lat nieodpowiedzialna produkcja nie będzie skutkowała ceną, która wyraża faktyczną wartość towaru – ważne, by na każdym etapie łańcucha żywnościowego każdy z podmiotów mógł być wynagrodzony i traktowany w sposób odpowiedni oraz dający szansę na utrzymanie się. Uważam, że postulat ten dotyczy np. rolników, producentów czy przetwórców, jak również zwierząt, które nieza-przeczalnie uczestniczą w *food chain*.

Aspektem, który jest wart uwzględnienia, jest indywidualizacja odpowiedzialności. Edukacja społeczeństwa jest niezwykle istotna i powinna być jednym z podstawowych elementów i celów w polityce rządów, niemniej jest czasochłonna i absorbująca wiele zasobów, a zatem nie jest odpowiednim środkiem, by móc działać szybko. Nieza-przeczalnie sytuacja związana z ochroną środowiska czy dobrostanem zwierząt wymaga braku zawahania i odważnych decyzji, które są w stanie w krótkim okresie poprawić sytuację. Świetnym tego przykładem jest przytoczone niżej porozumienie *Amazon Soy Moratorium*, pokazujące, że kolektywne działanie sektora prywatnego przy wsparciu podmiotów publicznych może przyczynić się niebagatelnie do stanu środowiska. Uważam, że w sprawach najważniejszych tylko globalne działanie może mieć faktyczne przełożenie na rzeczywistość, a wymaganie, by konsumenci dokonywali świadomych wyborów w zgodzie z tym, co dobre dla planety czy przyszłych pokoleń, może być jedynie ucieczką przed trudnymi, acz niezbędnymi działaniami na szczeblu narodowym lub ponadnarodowym. Działanie to należy uznać za proporcjonalne i konieczne – wprowadzenie samych oznaczeń na produktach wytwarzanych w bardziej zrównoważony sposób oraz ich promocja nie doprowadziłyby do zniknięcia, a przynajmniej nie w tak krótkiej perspektywie czasowej, brojlerów z rynku.

2.2. *Amazon Soy Moratorium*

Mimo iż niniejszy artykuł skupia się na prawie europejskim z ewentualnym odniesieniem do przepisów krajowych, poniżej przedstawię przykład brazylijskiego porozumienia, które moim zdaniem można zaklasyfikować jako *sustainability agreement*. W związku z niedużą liczbą przykładów tego typu inicjatyw, szczególnie na rynku spożywczym, ograniczenie się tylko do analizy rynku europejskiego jest niewystarczające. Mimo iż przepisy konkurencji różnią się od siebie w poszczególnych jurysdykcjach, to niezwykle często są one do siebie podobne w podstawowych założeniach. Pozwoli to dodatkowo na ukazanie działania pewnych mechanizmów na rynku oraz tego, jak mogą one pozytywnie wpływać na ochronę natury oraz dążenie do urzeczywistnienia postulatów koncepcji zrównoważonego rozwoju.

Niezwykle ciekawym przypadkiem ochrony środowiska naturalnego przeprowadzonego na dużą skalę jest projekt realizowany od 2004 r., który ma na celu zatrzymanie wylesiania lasów tropikalnych znajdujących się w Brazylii. Państwo to jest jednym z największych producentów i eksporterów między innymi soi, kukurydzy czy wołowiny¹⁸, a w związku z coraz większym popytem na produkowane tam dobra potrzebne są coraz większe arealy pod ich uprawę lub chów. Potrzeba ta zapoczątkowała w nowym tysiącleciu bardzo intensywne działania związane z degradacją Amazonii, które groziły utratą różnorodności biologicznej, spadkiem jakości wody, były niebezpieczne z punktu widzenia rdzennej ludności, jak również niosły za sobą ogromne lokalne i globalne konsekwencje klimatyczne¹⁹. By podkreślić, jak niebagatelny wpływ na środowisko ma wylesianie terenów tropikalnych, warto przytoczyć, że szacuje się, iż prawie 20% wyemitowanych ostatnio gazów cieplarnianych na świecie związane jest właśnie z takimi działaniami²⁰.

Najważniejszym elementem brazylijskiego projektu jest *Amazon Soy Moratorium* – porozumienie między przedsiębiorcami handlującymi ziarnami, którzy zobowiązali się do tego, by nie kupować soi uprawianej na wylesionych terenach. Całość działań przyczyniła się do spadku tego zjawiska o 84%, a sukces ten uważny jest za jedno z największych osiągnięć XXI w. w dziedzinie ochrony przyrody²¹. ASM zapobiegł wylesieniu $18\,000 \pm 9\,000$ km² tylko w ciągu pierwszej dekady obowiązywania (lata 2006-2016)²².

Jest on również ważny, bo zapoczątkował wiele podobnych inicjatyw w różnych częściach świata. Zawarty w 2006 r. odnawiany był co rok-dwa lata, a w 2016 r. został przedłużony bezterminowo i zakłada zakaz uprawy soi na terenach wylesionych po 24 lipca 2006 r. (data ta później została zmieniona na 22 lipca 2008 r.) i obejmuje on od początku 90% podmiotów, które kupowały soję produkowaną w Amazonii. Porozumienie zawarte na tak szeroką skalę dało spójny i silny sygnał rynkowy dla podmiotów produkujących soję, ale również zmniejszyło ryzyko wycofania się z niego części podmiotów.

Z punktu widzenia europejskiego prawa konkurencji jest to klasyczne porozumienie horyzontalne między bezpośrednimi konkurentami – tj. kartel²³. Aktualnie brazylij-

¹⁸ A.C. Soterroni, F.M. Ramos, A. Mosnier, J. Fargione, P.R. Andrade, L. Baumgarten, J. Pirker, M. Obersteiner, F. Kraxner, G. Camara, A.X.Y. Carvalho, S. Polasky, *Expanding the Soy Moratorium to Brazil's Cerrado*, "Science Advances" 2019, vol. 5, no. 7.

¹⁹ J. Assuncao, C. Gandour, R. Rocha, R. Rocha, *The effect of rural credit on deforestation: Evidence from the Brazilian Amazon*, "The Economic Journal" 2020, vol. 130, iss. 626, s. 290-330.

²⁰ J. Assuncao, C. Gandour, R. Rocha, R. Rocha, *op. cit.*, s. 290.

²¹ R. Heilmayr, L.L. Rausch, J. Munger, H.K. Gibbs, *Brazil's Amazon Soy Moratorium reduced deforestation*, "Nature Food" 2020, vol. 1, s. 801-810.

²² R. Heilmayr, L.L. Rausch, J. Munger, H.K. Gibbs, *op. cit.*, s. 805.

²³ UOKiK, *Działania niezgodne z zasadami konkurencji*, <https://konkurencja.uokik.gov.pl/dzialania-niezgodne-z-regulami-konkurencji/> [dostęp: 06.06.2021].

skie organy odpowiedzialne za kontrolę konkurencji są w trakcie oceny porozumienia, która związana jest ze skargą lokalnych farmerów i ich próbą zdelegalizowania ASM w postępowaniu przed organem antymonopolowym²⁴. Wbrew jednak oporom niedużej części społeczeństwa widać, że zaangażowanie w projekt widoczne jest na bardzo dużą skalę. ASM związane jest z integracją działań bardzo wielu podmiotów – tak prywatnych, jak i publicznych, by zapewnić monitorowanie i egzekwowanie jego założeń. Utworzona niedługo po wejściu ASM w życie grupa robocza ds. soi (*Grupo de Trabalho de Soja*) zrzeszająca handlarzy soją, organizacje pozarządowe oraz organy administracji publicznej miała za zadanie planowanie i koordynowanie działań związanych z porozumieniem²⁵ oraz coroczne opracowywanie map określających zasięg upraw soi na terenie Amazonii. W związku z ogromnym sukcesem projektu prowadzone są prace nad rozszerzeniem go na brazylijski biom Cerrado, na którym to obszarze prowadzona jest bardzo intensywna hodowla oraz uprawa roślin. Prognozuje się, że wdrożenie go w życie może zapobiec do 2050 r. przekształceniu 3,6 mln ha terenów tropikalnej roślinności na pola pod uprawę soi²⁶.

Podobne działania miały miejsce w Indonezji, gdzie główne firmy produkujące olej palmowy weszły w porozumienie *Palm Oil Pledge* (IPOP), celem którego było zwalczanie wylesiania obszarów roślinności tropikalnej. Jego strony zobowiązane były do zakupu oleju tylko od rolników, którzy stosowali zrównoważoną uprawę. W przeciwieństwie jednak do ASM podmioty te spotkały się z zarzutami krajowego organu antymonopolowego (KPPU), który stwierdził, że strony weszły w kartel. Jego zdaniem drobni przedsiębiorcy nie byłoby w stanie dostosować się do praktyk narzuconych porozumieniem²⁷.

Przykład ASM jest niezwykle istotny, bo pokazuje, że porozumienia między prywatnymi podmiotami, działającymi w łańcuchu dostaw produktów rolnych czy żywnościowych, mogą przynieść ogromne korzyści z punktu widzenia ochrony przyrody. Nacisk trzeba jednak położyć na to, że jedynie kolektywne działanie graczy rynkowych

²⁴ Aprosoja, główna organizacja reprezentująca producentów soi dąży do zakończenia ASM, licząc na pozytywną, z ich punktu widzenia, decyzję CADE (urząd zajmujący się konkurencją z Brazylii) uznającą porozumienie za nielegalne. Zob. Raport *Competition law need to cooperate: companies want clarity to enable climate change initiatives to be pursued*, https://lpscdn.linklaters.com/-/media/files/document-store/pdf/uk/2020/april/linklaters_competition-law-needs-to-cooperate_april-2020.ashx?rev=2c2c8c7d-91a8-496f-99fb-92a799c55cb2&extension=pdf&hash=6641BEDB36EC877CA43C7D995BD6EEDA [dostęp: 06.06.2021]; J. Byrne, *EU trade groups aghast over Brazilian farmer push to end Soy Moratorium*, 29.11.2019, <https://www.feednavigator.com/Article/2019/11/29/EU-trade-groups-aghast-over-push-to-end-Soy-Moratorium> [dostęp: 06.06.2021].

²⁵ B.F.T. Rudorff, M. Adami, J. Risso, D. Alves de Aguiar, B. Pires, D. Amaral, L. Fabiani, I. Cecarelli, *Remote Sensing Images to Detect Soy Plantations in the Amazon Biome – The Soy Moratorium Initiative*, "Sustainability" 2012, vol. 4, no. 5, s. 1074-1088.

²⁶ A.C. Soterroni, F.M. Ramos, A. Mosnier, J. Fargione, P.R. Andrade, L. Baumgarten, J. Pirker, M. Obersteiner, F. Kraxner, G. Camara, A.X.Y. Carvalho, S. Polasky, *op. cit.*

²⁷ Zob. A. Arshad, *Jakarta wants oil majors to ditch zero deforestation pact*, 15.04.2016, <https://www.straitstimes.com/world/jakarta-wants-oil-majors-to-ditch-zero-deforestation-pact> [dostęp: 06.06.2021].

może faktycznie przyczynić się do zmian, które, biorąc pod uwagę przykład ASM, mogą nastąpić relatywnie szybko. Mimo iż projekt ten w niektórych środowiskach budzi kontrowersje²⁸, to w związku z ciągłym, prognozowanym wzrostem popytu na soję o ok. 4% rocznie (głównie w związku z produkcją paszy dla bydła i ryb) eksperci podkreślają, że jego kontynuowanie jest konieczne dla ochrony tych terenów²⁹.

Również Unia Europejska wspiera dalsze funkcjonowanie ASM. Rynek wewnętrzny stawia coraz wyższe wymagania produktom rolnym i żywnościowym, ceniąc te, które nie są związane z niszczeniem lasów tropikalnych. Szacuje się, że rezygnacja z kontynuowania ASM może wpłynąć na utratę części europejskiego rynku produktów sojowych, którego wartość w 2018 r. została określona na 5 mld dolarów. Zatem działania Aprosoja (organizacji reprezentującej producentów soi), próbującej doprowadzić do zakończenia obowiązywania ASM, mogą mieć tragiczne skutki dla rynku rolno-spożywczego Brazylii³⁰. W ciekawy sposób obrazuje to, jak szybko rynek adaptuje się do tego typu zmian oraz jak skutecznie może wywierać presję na podmioty na nim działające.

3. Sytuacja rynkowa – perspektywy zmian

Mimo iż powyższe rozważania skupiają się głównie na negatywnych aspektach dzisiejszej sytuacji, widać pewną perspektywę zmiany. W 2020 r. organy antymonopolowe aktywnie działały w zakresie zrównoważonego rozwoju, przynajmniej jeżeli chodzi o szerokie dyskusje w tej kwestii³¹. Widać coraz większą presję z różnych stron, by prawo konkurencji zaczęło zmieniać swoje oblicze, a co za tym idzie, być bardziej elastyczne i przygotowane na zmiany związane z rozwojem nowych technologii, kryzysem klimatycznym i wieloma innymi zagadnieniami, które wywierają coraz większą presję na graczach rynkowych.

²⁸ Głównie brazylijskich rolników, zob. R. Samora, *Europe says Brazil's move to end soy moratorium threatens \$5-billion market*, Reuters, 25.11.2019, <https://www.reuters.com/article/us-brazil-soybeans-environment-idUSKBN1XZ1CV> [dostęp: 17.02.2021]; R. Samora, *Brazil farmers push traders to end Amazon soy moratorium*, <https://www.reuters.com/article/us-brazil-soybeans-moratorium-idUSKBN1XF2J6>, Reuters, 5.11.2019 [dostęp: 06.06.2021].

²⁹ Open letter: supporting the Amazon Soy Moratorium, FAIRR, <https://www.fairr.org/engagements/amazon-soy-moratorium/> [dostęp: 06.06.2021].

³⁰ J. Byrne, *EU trade groups aghast over Brazilian farmer push to end Soy Moratorium*, 29.11.2019 <https://www.feednavigator.com/Article/2019/11/29/EU-trade-groups-aghast-over-push-to-end-Soy-Moratorium> [dostęp: 06.06.2021].

³¹ B. Batchelor, F. Depoortere, G. Motta, I. Vandenborre, A. Luoma, *Green Competition: European Commission and Member States Consider Intersection of Sustainability Agreements and Antitrust Laws*, 19.11.2020, <https://www.skadden.com/insights/publications/2020/11/green-competition?fbclid=IwAR0Hy-HUNB122oyAkauu3KUKTVGDeQRSQ-tImRWqI4zyvN4aoyINPdVNfWVw> [dostęp: 06.06.2021].

3.1. Działania przedsiębiorców

W związku z ogromnym poziomem dyskrecjonalności organów antymonopolowych oraz możliwością nakładania bardzo uciążliwych kar – czy od strony finansowej, czy faktycznej (np. konieczność rozwiązania umów naruszających reguły konkurencji) – wielu przedsiębiorców nie podejmuje pewnych działań w obawie przed ewentualnymi ich konsekwencjami.

Zgodnie z badaniami z marca 2020 r. przeprowadzonymi przez kancelarię Linklaters aż 92% przedsiębiorców dostrzega konieczność zmiany i doprecyzowania zasad prawa konkurencji, jeżeli chodzi o porozumienia z zakresu zrównoważonego rozwoju, a aż 57% rezygnuje z tego typu inicjatyw w obawie przed ewentualnymi działaniami podjętymi przez organy ochrony konkurencji. W tym samym czasie zwraca się uwagę na to, że podmioty te (organy antymonopolowe) niezwykle szybko zareagowały na pandemię COVID-19, rozluźniając zasady konkurencji, tym samym pozwalając na wejście w życie wielu kooperacji niezbędnych w związku ze światową epidemią. Zdaniem wielu ekspertów sytuacja ta pokazuje, że prawo konkurencji może być elastyczne i że działania niezbędne do zwalczania kryzysu klimatycznego mogłyby korzystać z podobnych mechanizmów i wyłączeń. Specjaliści zajmujący się zrównoważonym rozwojem podkreślają, że współpraca między przedsiębiorcami pozwala na łączenie zasobów i dzielenie się wiedzą specjalistyczną, jak również że zmiana zakorzenionych praktyk branżowych może nastąpić tylko, jeżeli konkurenci będą działać wspólnie³².

Jako obszary, które mogą najbardziej skorzystać na tego typu kolaboracji, wskazuje się zmniejszenie poziomu zanieczyszczenia środowiska, emisji CO₂ do atmosfery, zużycia plastiku oraz ochronę zasobów naturalnych. Poza tym tego typu inicjatywy mogą pozytywnie wpłynąć na działania badawczo-rozwojowe, mające na celu innowacyjne podejście do wyzwań i problemów, jakie będą stawać przed przedsiębiorcami³³.

Wart odnotowania jest wkład Unilevera, który wysłał do Komisji Europejskiej (KE) stworzony przez siebie dokument traktujący o *sustainability agreements*³⁴. W jego ramach firma przeprowadziła analizę tego typu porozumień pod kątem prawa konkurencji i przedstawiła zagadnienia najbardziej istotne z perspektywy przedsiębiorców, zgłaszając tym samym potrzebę zmian wytycznych KE oraz szerszą debatę polityczną dotyczącą zbiorowych działań na rzecz zrównoważonego rozwoju.

Podmiot ten pokreślił, jak istotna jest współpraca na szeroką skalę – przede wszystkim ze względu na brak skuteczności działań pojedynczych jednostek, ogromne koszty

³² Raport *Competition law...*

³³ *Ibidem*.

³⁴ *Sustainability cooperations between competitors & art. 101 TFEU*, Unilever submission to DG COMP, https://www.covcompetition.com/wp-content/uploads/sites/21/2020/05/UNILEVER-SUBMISSION_SUSTAINABILITY-COMPETITION-LAW.pdf [dostęp: 06.06.2021].

z nimi związane oraz *first-mover disadvantage*. Przedsiębiorca sceptycznie odnosi się również do tworzenia nowych regulacji. Jego zdaniem mogą być one pożądane, ale bardzo często nie będą środkiem adekwatnym do osiągnięcia założonych celów – problemy z uzyskaniem kompromisu politycznego, obciążenie administracyjne czy bariery geograficzne mogą skutecznie uniemożliwić wprowadzenie stałych zmian systemowych. Głosy takie pojawiają się z wielu stron – podkreślane jest również to, że państwa niejednokrotnie mogą nie być w stanie oszacować, jakie działania na konkretnym rynku są konieczne lub przyniosą pożądane zmiany, a także ich inicjatywy mogą być nieskuteczne, np. te, w przypadku których konieczna jest interwencja poza granicami Unii Europejskiej³⁵.

Pojawia się coraz więcej głosów i postulatów, by najnowsze wytyczne KE zawierały wydzieloną część, która zajmowałaby się właśnie porozumieniami z zakresu zrównoważonego rozwoju³⁶. Byłby to krok i pewnego rodzaju powrót do części wytycznych z 2001 r., zawierających dział dotyczący porozumień środowiskowych, wykraczający jednak poza ich ograniczony zakres, jak bowiem zostało to już przedstawione, ochrona środowiska to tylko jeden z istotnych elementów mających na celu urzeczywistnienie zrównoważonego rozwoju. To co wytyczne powinny zawierać, to przede wszystkim klasyfikacja i określenie sytuacji, w których *sustainability agreements* nie będą naruszały art. 101(1) TFUE oraz, jeżeli zostaną uznane za antykonkurencyjne, warunków, jakie muszą spełnić, by móc skorzystać z wyłączenia zawartego w art. 101(3) TFUE.

Ważne też, by pamiętać, że nie ma podstaw w prawie UE, by twierdzić, że korzyści niewymierne są mniej istotne niż te wymierne. Podkreślenia wymaga, że metody oceny wpływu na środowisko i społeczeństwo często mogą przynieść uzasadnione naukowo wyniki, a już teraz mamy dostęp do danych dotyczących krótko- i długoterminowych korzyści gospodarczych wynikających ze zrównoważonych praktyk³⁷. Zawarte w art. 101(3) TFUE przesłanki polepszenia produkcji lub dystrybucji produktów bądź popierania postępu technicznego lub gospodarczego nie odnoszą się do wydajności, ani nie są ograniczone do postępu gospodarczego. Co za tym idzie, powinny obejmować dużo szerszy zakres korzyści, jakie mogą płynąć z porozumień, tj. np. podniesienie jakości środowiska naturalnego, przestrzeganie praw człowieka czy poprawę warunków społecznych, tak w UE, jak i poza jej granicami³⁸. To samo dotyczy warunków, by działania zastrzegały dla użytkowników słuszną część zysku. Nie jest koniecz-

³⁵ Position on EU Competition Law. Cooperation Agreements for Sustainability, Fair Trade Advocacy Office, June 2020, https://fairtrade-advocacy.org/wp-content/uploads/2020/06/Policy-position-paper_EU-Competition-Law_final.pdf [dostęp: 06.06.2021].

³⁶ Position on EU Competition Law..., s. 7.

³⁷ Zob. np. publikacje dostępne: <https://www.ellenmacarthurfoundation.org/publications> [dostęp: 06.06.2021].

³⁸ Position on EU Competition Law..., s. 8.

ne, by zyski te ujawniały się bezpośrednio dla konsumenta na konkretnym rynku, tak jak nie powinny być limitowane do tych związanych *stricte* z ceną bądź innymi wymiernymi korzyściami.

3.2. Działania Komisji Europejskiej oraz organów krajowych dotyczące *sustainability agreements* i ich oceny

W tym samym czasie Komisja Europejska podejmuje wiele działań mających na celu zbadanie, jakie zmiany w polityce konkurencji są potrzebne, jeżeli chodzi o *sustainability agreements* – w komunikacie dotyczącym strategii „od pola do stołu” zaznaczyła, że przewiduje wyjaśnienie zasad konkurencji dla wspólnych inicjatyw promujących zrównoważony rozwój w łańcuchach dostaw³⁹. Podstawą działań KE jest analiza wytycznych oraz wyłączeń blokowych w porozumieniach horyzontalnych oraz prowadzone na szeroką skalę konsultacje z czołowymi interesariuszami.

Państwem, które podejmuje bardzo aktywnie zagadnienie *sustainability agreements*, jest Królestwo Niderlandów. Od kilku już lat tamtejszy urząd antymonopolowy wydaje wytyczne dotyczące oceny tychże porozumień. Wstępna wersja nowego dokumentu została opublikowana w lipcu 2020 r. w celu zweryfikowania jej treści z rynkiem⁴⁰ – wszystkie zainteresowane podmioty miały szansę zgłosić swoje uwagi, by wytyczne były w jak największym stopniu dostosowane do realiów na rynku i przedsiębiorców na nim działających.

Spotykają się one z różnym przyjęciem – również krytyką. Jednym z elementów ją wywołujących jest odejście od standardu *consumer welfare* i zamiana go na *citizens welfare*⁴¹. Zmiana ta oznacza ocenę skutków porozumienia nie dla pojedynczego konsumenta, ale dla całości społeczeństwa. Pozwala to na otwarcie się na działania, które bezpośrednio nie przynoszą wymiernych korzyści dla jednostki, ale wpływają na np. generalną poprawę środowiska, która odczuwana jest przez całe społeczeństwo. Uważam wprowadzenie tego standardu za jak najbardziej korzystne, jeżeli oczywiście zostanie wykorzystane odpowiednio. Pojawiają się jednak głosy, że taka koncepcja uderza w utrwaloną interpretację artykułu 101(3) TFUE i jest uważana za niedopuszczalną ze względu na niebezpieczeństwo, jak najbardziej realne, pogorszenia sytuacji konsumenta, na przykład w związku z podwyższeniem cen końcowych⁴². W moim odczuciu zagro-

³⁹ Communication from the Commission to the European Parliament, the Council, the European Economic and Social Committee and the Committee of the Regions, A Farm to Fork Strategy for a fair, healthy and environmentally-friendly food system, COM(2020) 381 final, s. 10.

⁴⁰ Zob. Draft guidelines Sustainability Agreements, 09.07.2020, <https://www.acm.nl/en/publications/draft-guidelines-sustainability-agreements> [dostęp: 06.06.2021].

⁴¹ M.P. Schinkel, L. Treuren, *Green Antitrust: Friendly fire in the fight against climate change*, Conferences, March 2021, s. 15-17.

⁴² M.P. Schinkel, L. Treuren, *op. cit.*, s. 15.

żenie to powinno być faktycznie brane pod uwagę przez organ antymonopolowy, nie mniej otwarcie tych drzwi dla porozumień branżowych może być dużym krokiem w stronę ochrony środowiska.

Poza tym lipcowe wytyczne dzielą porozumienia na dwie kategorie – związane z ochroną środowiska oraz inne inicjatywy z zakresu zrównoważonego rozwoju – większy nacisk położony jest na te pierwsze. Wynika to na pewno z faktu, że Królestwo Niderlandów stara się intensywnie zmniejszyć ilość produkowanego CO₂, do czego kraj zobligowany jest przez Porozumienie paryskie⁴³. Dodatkowo ACM, chcąc uciec od konieczności zrewidowania swojej decyzji w sprawie *Chicken of tomorrow*, próbuje skupić się na jednym spektrum *sustainability*, czyli ochronie środowiska⁴⁴. Ten element zdecydowanie należy ocenić negatywnie – podobnie jak zanieczyszczenie powietrza, okrucieństwo wobec zwierząt czy stosowanie antybiotyków na masową skalę dotyka, w negatywny sposób, społeczeństwa, a zatem może i powinno być eliminowane. Rozróżnianie aspektów środowiskowych od innych działań z zakresu zrównoważonego rozwoju powinno być dobrze uargumentowane, jeżeli ma obronić się przed opinią publiczną – w tym przypadku trudno doszukać się powodów, które obiektywnie uzasadniałyby taką sytuację.

Działaniami kontynuującymi ten kierunek są inicjatywy HCC, który proponuje utworzenie „piaskownicy zrównoważonego rozwoju”, tj. miejsca, w którym przedsiębiorcy mogą wypróbowywać różne, zrównoważone formaty biznesowe, bez natychmiastowego wywołania określonych konsekwencji regulacyjnych⁴⁵. Grecki organ proponuje czasowe ograniczenie takich działań, pod jego ciągłym nadzorem w celu zbadania konsekwencji rynkowych z nim związanych⁴⁶. HCC podkreśla, że w obliczu *climate emergency* klasycznie działanie biznesu nie jest opcją, a przejście do zrównoważonego systemu jest możliwe tylko przy wsparciu i współpracy wszystkich prywatnych i publicznych podmiotów.

Widoczne jest, że działania UE, państw członkowskich oraz przedsiębiorców to dopiero początek, stawianie pierwszych kroków i że potrzeba jeszcze wiele pracy oraz debaty, by były one bardziej adekwatne do realiów rynkowych i zagrożeń, z jakimi przy-

⁴³ Przyjęto je podczas konferencji klimatycznej w Paryżu w 2015 r. (COP21). Stanowi ogólnosiwiatowy plan działania, mający na celu spowolnienie ocieplenia klimatu. Do porozumienia przystąpiło prawie 190 krajów, w tym UE i jej państwa członkowskie.

⁴⁴ M.P. Schinkel, L. Treuren, *op. cit.*, s. 16.

⁴⁵ Zob. B. Batchelor, F. Depoortere, G. Motta, I. Vandenborre, A. Luoma, *Green Competition: European Commission and Member States Consider Intersection of Sustainability Agreements and Antitrust Laws*, 19.11.2020, <https://www.skadden.com/insights/publications/2020/11/green-competition?fbclid=IwAR0HyHUNB122oyAkaau3KUkTVGDeQRSQ-tImRWqI4zyvN4aoyINPdVNfWVw> [dostęp: 06.06.2021].

⁴⁶ Hellenic Competition Commission, *Competition Law & Sustainability*, https://www.epant.gr/en/enimerosi/competition-law-sustainability/item/download/1896_9b05dc293adbae88a7bb6cce37d1ea60.html [dostęp: 06.06.2021].

chodzi się zmagać tym podmiotom. Pozytywnie oceniam jednak zauważalny trend związany z coraz szerszą dyskusją wokół problemów *sustainability agreements* oraz prawa konkurencji.

Podsumowanie

Analizując sytuację łańcucha żywnościowego, widać coraz większy wachlarz problemów dotyczących go – od zmian środowiskowych, przez współczesne niewolnictwo czy niski poziom ochrony zwierząt, po zdrowie publiczne i jakość produktów spożywczych. Perspektywa zmian jest nieunikniona, co ważne, w bardzo krótkim okresie.

Projekt *Amazon Soy Moratorium* jest fantastycznym przykładem, że inicjatywny prywatnych podmiotów mogą mieć niebagatelny wpływ na stan środowiska i w stosunkowo niedługim okresie zdecydowanie poprawić (lub pogorszyć) jego jakość. To co jest jednak istotne, to kolektywność działań, tj. zaangażowanie dużej części rynku oraz wsparcie ze strony rządów krajowych, których działania mogą przyczynić się do wzrostu skuteczności tego typu porozumień. *First-mover disadvantage* może zniechęcać do podejmowania tego typu inicjatyw, należy zatem minimalizować niepożądane skutki z nim związane.

Ważne jest też, by instytucje publiczne wspierały w możliwie największym zakresie tego typu inicjatywy. Należy jednak doprowadzić do tego, by działania tych podmiotów były odpowiednio skoordynowane i jednoznaczne. W przypadku *Chicken of Tomorrow* widać ogromny rozdźwięk w tym właśnie aspekcie – projekt poparty przez Parlament i lokalne organy został zniweczony przez innego przedstawiciela *imperium* – ACM.

Kluczowym elementem jest także debata. Rządy państwowe oraz organy odpowiedzialne za utrzymanie konkurencji na rynku mają absolutną dyskrecjonalność w podejmowaniu decyzji i kreowaniu zasad dotyczących wchodzenia w porozumienia. Przy ich zamknięciu na sygnały z rynku, tak od przedsiębiorców, jak i konsumentów, nie będzie możliwy skuteczny rozwój w kierunku zrównoważonych rozwiązań.

Trzeba pamiętać, że „zyski mogą być osiągnięte nie poprzez eksploatację (np. tworzenie popytu na szkodliwe lub bezużyteczne produkty), ale poprzez współpracę i zaufanie oraz poprzez lepsze pomaganie konsumentom w rozwiązywaniu ich problemów. Zrównoważony rozwój, zamiast być kosztem, stanowi dla firm szansę na poprawę wydajności i dobrobytu społecznego”⁴⁷.

⁴⁷ M.E. Stucke, *Occupy Wall Street and antitrust*, Legal Studies Research Paper Series, vol. 85, March 2012, the University of Tennessee, s. 50, tłumaczenie własne.

Literatura

Artykuły

- Assuncao J., Gandour C., Rocha R., *The effect of rural credit on deforestation: Evidence from the Brazilian Amazon*, "The Economic Journal" 2019, vol. 130.
- Baarsma B., Rosenboom N., *A veritable tower of Babel: on the confusion between the legal and economic interpretations of Article 101(3) of the Treaty on the Functioning of the European Union*, "European Competition Journal" 2016, vol. 11(2).
- Gerbrandy A., *Solving a Sustainability-Deficit in European Competition Law*, "World Competition" 2017, vol. 40, no. 4.
- Heilmayr R., Rausch L.L., Munger J., Gibbs H.K., *Brazil's Amazon Soy Moratorium reduced deforestation*, "Nature Food" 2020, vol. 1.
- Kingston S., *Competition Law in an Environmental Crisis*, "Journal of European Competition Law & Practice" 2019, vol. 10, no. 9.
- Rudorff F.T., Adami M., Risso J., Alves de Aguiar D., Pires B., Amaral D., Fabiani L., Cecarelli I., *Remote Sensing Images to Detect Soy Plantations in the Amazon Biome – The Soy Moratorium Initiative*, "Sustainability" 2012, vol. 4, no. 5.
- Schinkel M.P., Treuren L., *Green Antitrust: Friendly fire in the fight against climate change*, Concurrences, March 2021.
- Soterroni C., Ramos F.M., Mosnier A., Fargione J., Andrade P.R., Baumgarten L., Pirker J., Obersteiner M., Kraxner F., Camara G., Carvalho A.X.Y., Polasky S., *Expanding the Soy Moratorium to Brazil's Cerrado*, "Science Advances" 2019, vol. 5, iss. 7.
- Stucke M.E., *Occupy Wall Street and antitrust*, Legal Studies Research Paper Series, vol. 85, March 2012, the University of Tennessee.
- Toma I., *Competition law and sustainability in the Netherlands. Sustainability exemptions to competition law in the Netherlands as role model for Europe?*, Fair Trade Advocacy Office, 2016
- Wojciechowski P., *Unijne prawo żywnościowe*, [w:] M. Korzycka, P. Wojciechowski, *System prawa żywnościowego*, Wolters Kluwer, Warszawa 2017.

Źródła internetowe

- ACM's analysis of the sustainability arrangements concerning the "Chicken of Tomorrow", https://www.acm.nl/sites/default/files/old_publication/publicaties/13789_analysis-chicken-of-tomorrow-acm-2015-01-26.pdf.pdf.
- Arshad A., *Jakarta wants oil majors to ditch zero deforestation pact*, 15.04.2016, <https://www.straitstimes.com/world/jakarta-wants-oil-majors-to-ditch-zero-deforestation-pact>.
- Batchelor B., Depoortere F., Motta G., Vandenborre I., Luoma A., *Green Competition: European Commission and Member States Consider Intersection of Sustainability Agreements and Antitrust Laws*, 19.11.2020, <https://www.skadden.com/insights/publications/2020/11/green-competition?fbclid=IwAR0-HyHUNB122oyAkauu3KUKTVGDeQRSQ-tlmRWq14zyvN4aoyINPdVNfWVw>.
- Byrne J., *EU trade groups aghast over Brazilian farmer push to end Soy Moratorium*, 29.11.2019, <https://www.feednavigator.com/Article/2019/11/29/EU-trade-groups-aghast-over-push-to-end-Soy-Moratorium>.

- Competition law and sustainability. A study of industry attitudes towards multi-stakeholder collaboration in the UK grocery sector, Fairtrade Foundation, 2019, <https://www.fairtrade.org.uk/resources-library/researching/policy-resources/competition-law-and-sustainability/>.
- Competition law need to cooperate: companies want clarity to enable climate change initiatives to be pursued*, https://lpscdn.linklaters.com/-/media/files/document-store/pdf/uk/2020/april/linklaters_competition-law-needs-to-cooperate_april-2020.ashx?rev=2c2c8c7d-91a8-496f-99fb-92a799c55cb2&extension=pdf&hash=6641BEDB36EC877CA43C7D995BD6EEDA.
- Draft guidelines Sustainability Agreements, 09.07.2020, <https://www.acm.nl/en/publications/draft-guidelines-sustainability-agreements>.
- Hellenic Competition Commission, *Competition Law & Sustainability*, https://www.epant.gr/en/enimerosi/competition-law-sustainability/item/download/1896_9b05dc293adbae88a7bb6cce37d1ea60.html.
- Open letter: supporting the Amazon Soy Moratorium, FAIRR, <https://www.fairr.org/engagements/amazon-soy-moratorium/>.
- Position on EU Competition Law. Cooperation Agreements for Sustainability, Fair Trade Advocacy Office, June 2020, https://fairtrade-advocacy.org/wp-content/uploads/2020/06/Policy-position-paper_EU-Competition-Law_final.pdf.
- Samora R., *Brazil farmers push traders to end Amazon soy moratorium*, <https://www.reuters.com/article/us-brazil-soybeans-moratorium-idUSKBN1XF2J6>.
- Samora R., *Europe says Brazil's move to end soy moratorium threatens \$5-billion market*, Reuters, 25.11.2019, <https://www.reuters.com/article/us-brazil-soybeans-environment-idUSKBN1XZ1CV>.
- Sustainability cooperations between competitors & art. 101 TFEU*, Unilever submission to DG COMP, https://www.covcompetition.com/wp-content/uploads/sites/21/2020/05/UNILEVER-SUBMISSION_SUSTAINABILITY-COMPETITION-LAW.pdf.
- UOKiK, *Działania niezgodne z regułami konkurencji*, <https://konkurencja.uokik.gov.pl/dzialania-niezgodne-z-regulami-konkurencji/>.
- Watson B., *The troubling evolution of corporate greenwashing*, 20.08.2016, <https://www.theguardian.com/sustainable-business/2016/aug/20/greenwashing-environmentalism-lies-companies>.
- World Banana Forum, *Current challenges banana industry*, Food and Agriculture Organization of the United Nations, Berlin 2019, <https://www.bananenbuendnis.org/wp-content/uploads/1-World-Banana-Forum.pdf>.

Inne źródła

- Competition law and sustainability. A study of industry attitudes towards multi-stakeholder collaboration in the UK grocery sector, Fairtrade Foundation, 2019.

Oskar Kwiatkowski
Uniwersytet Warszawski
Wydział Prawa i Administracji

Klauzule waloryzacyjne stosowane w umowach kredytowych indeksowanych do franka szwajcarskiego

Indexation clauses used in loan agreements indexed to the Swiss franc

Streszczenie

Obecnie w Polsce trwa gorąca dyskusja dotycząca kredytów frankowych m.in. ze względu na wciąż odraczane posiedzenie w sprawie III CZP 11/21 toczącej się przed Sądem Najwyższym. W związku z tym celem niniejszego artykułu jest zwrócenie uwagi na *clou* problemu frankowego, czyli postanowienia umowne, jakie były stosowane we wzorcach umownych. Szczegółowo omówiona zostanie abuzywność owych postanowień z powołaniem na orzecznictwo oraz literaturę.

Słowa kluczowe

kredyt, bank, umowa, klauzula niedozwolona, frank szwajcarski

Abstract

Currently, there is a discussion in Poland about loans in Swiss francs, among others due to the still postponed hearing in case III CZP 11/21 pending before the Supreme Court. Therefore, the purpose of this article is to draw attention to *clou* of the Swiss franc problem, i.e. the contractual provisions that were used in the contract templates. Abusiveness of these provisions will be discussed in detail with reference to jurisprudence and literature.

Keywords

loan, bank, agreement, unfair term, Swiss frank

Wstęp

Celem niniejszego artykułu będzie zbadanie klauzul waloryzacyjnych, jakie stosowane były we wzorcach umownych kredytów indeksowanych do franka szwajcarskiego w latach 2004-2008 pod kątem ich ewentualnej abuzywności. Ze względu na skalę zjawiska temat ten jest bardzo mocno eksploatowany nie tylko w środowisku prawniczym, ale również w życiu codziennym setek tysięcy Polaków.

Na wstępie należy zwrócić uwagę na różnicę, jaka występuje pomiędzy kredytem indeksowanym a denominowanym. Nie jest ona znaczna – w praktyce kredyty te różni

jedynie waluta, w jakiej wyrażona jest kwota zobowiązania w umowie kredytowej lub w jakiej następuje wypłata. Natomiast zarówno w przypadku kredytu denominowanego, jak i indeksowanego ustalenie wysokości rat kredytu zgodnie z harmonogramem spłaty powoduje, że wysokość bieżącej spłacanej raty uzależniona jest od kursu waluty w danym dniu. Oznacza to, że kredytobiorca nie może przewidzieć, jaka kwota będzie pobrana z jego rachunku bankowego.

Na potrzeby niniejszego artykułu konieczne jest również wyjaśnienie, czym jest *spread* walutowy. Cena danej jednostki waluty wyraża się jako stosunek do innej waluty. Mówiąc więc o kursie frank szwajcarski/złoty polski mamy na myśli, ile złotych musimy zapłacić za jeden frank szwajcarski. Osoba, która jest zainteresowana wymianą konkretnej waluty, musi obserwować trzy różne kursy: kurs sprzedaży, kurs kupna i kurs rynkowy. Kurs kupna jest zwykle wyższy od kursu sprzedaży. Kurs rynkowy mieści się najczęściej pośrodku. Jednak trzeba pamiętać, że klient w rzeczywistości nie wymienia waluty po rynkowym kursie. Kurs rynkowy określa bowiem wartość, ile uczestnicy rynku są w stanie zapłacić za walutę. Kurs rynkowy jest bazą do obliczania kursu sprzedaży i kupna w kantorach i bankach. Innymi słowy *spread* jest więc różnicą między kursem kupna a kursem sprzedaży.

1. Klauzule dotyczące wypłaty i spłaty kapitału

Klauzula waloryzacyjna to postanowienie umowne, które przewiduje, że wartość świadczenia wynikającego z umowy będzie określona poprzez odniesienie się do innego miernika wartości niż pieniądź. Oznacza to, że w umowie nie będzie wskazanej konkretnej kwoty świadczenia, a jedynie sposób jej obliczania w chwili, gdy nadejdzie termin spełnienia świadczenia¹.

We wskazanym okresie, w każdym banku wzorzec umowny inaczej formułował klauzule waloryzacyjne, jednakże w większości polegały one na tym, iż wypłata kapitału następowała po przeliczeniu kwoty kredytu według kursu kupna dewiz dla franka szwajcarskiego zgodnie z tabelą kursów obowiązującą w tym banku w dniu wykorzystania kredytu. Spłata rat natomiast dokonywana była po uprzednim przeliczeniu według kursu sprzedaży dewiz dla franka szwajcarskiego zgodnie z tabelą kursów obowiązującą w tym banku w dniu spłaty.

Dla przykładu Bank PKO BP w swoich wzorach umownych stosował postanowienie umowne dotyczące wypłaty kredytu o treści: „Kredyt jest wypłacany w walucie polskiej przy zastosowaniu kursu kupna dla dewiz (aktualna Tabela kursów) obowiązujące-

¹ T. Wiśniewski, *Art. 358(1) Zasada nominalizmu*, [w:] J. Gudowski (red.), *Kodeks cywilny. Komentarz, tom III. Zobowiązania. Część ogólna*, Warszawa 2018.

go w PKO BP S.A. w dniu realizacji zlecenia płatniczego”². Natomiast postanowienie umowne dotyczące spłaty kredytu brzmiało: „Potrącanie środków z rachunku oszczędnościowo-rozliczeniowego w walucie polskiej następuje w wysokości stanowiącej równowartość kwoty kredytu lub raty w walucie wymienialnej, w której udzielony jest kredyt, według obowiązującego w PKO BP S.A. w dniu wymagalności, kursu sprzedaży dla dewiz (aktualna Tabela kursów)”³.

BRE Bank, a obecnie mBank, do wypłaty kredytu stosował klauzule o treści: „Kwota uruchomionego kredytu/transzy Kredytu wyrażona w walucie CHF jest określona na podstawie kursu kupna waluty CHF z tabeli kursowej BRE Banku S.A. z dnia i godziny uruchomienia Kredytu/transzy Kredytu”. Natomiast do spłaty kredytu stosował postanowienie o treści: „Raty kapitałowo-odsetkowe spłacane są w złotych po uprzednim ich przeliczeniu wg kursu sprzedaży CHF z tabeli kursowej BRE Bank S.A. obowiązującego na dzień spłaty z godziny 14:50”⁴.

Z kolei Bank Millennium stosował klauzule wypłaty kredytu o treści: „Kredyt jest indeksowany do CHF, po przeliczeniu wypłaconej kwoty zgodnie z kursem kupna CHF według Tabeli Kursów Walut Obcych obowiązującej w Banku Millennium w dniu uruchomienia kredytu lub transzy”. Natomiast klauzula spłaty rat brzmiała: „Kredytobiorca zobowiązuje się spłacić kwotę kredytu w CHF ustaloną zgodnie z § 2 w złotych polskich, z zastosowaniem kursu sprzedaży CHF obowiązującego w dniu płatności raty kredytu, zgodnie z Tabelą Kursów Walut Obcych Banku Millennium S.A.”⁵.

Kredyt Bank, którego następcą prawnym jest Santander Bank Polska, do uruchomienia kredytu stosował postanowienie o treści: „Kredyt wykorzystywany jest w złotych, przy jednoczesnym przeliczeniu kwoty kredytu według kursu kupna dewiz dla CHF zgodnie z «Tabelą kursów» obowiązującą w Banku w dniu wykorzystania kredytu”. Odnośnie do spłaty rat Kredyt Bank stosował klauzule o treści: „Wysokość rat kapitałowo-odsetkowych określona jest w CHF. Spłata rat kapitałowo-odsetkowych jest w złotych po uprzednim przeliczeniu rat kapitałowo-odsetkowych według kursu sprzedaży dewiz dla CHF zgodnie z «Tabelą kursów» obowiązującą w Banku w dniu spłaty”⁶.

² Niedozwolone postanowienia PKO BP S.A. w umowach kredytów frankowych, <https://brodniccy.pl/niedozwolone-postanowienia-pko-bp-s-a-w-umowach-kredytow-frankowych/> [dostęp 3.02.2021].

³ Stanowisko Prezesa Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów zawierające istotny pogląd dla sprawy, sygn. akt XXIV C 1161/15, www.uokik.gov.pl/2Fdownload.php%3Fplik%3D20073&usg=AOvVaw0hNMdX-NJh-4_o249qc7p [dostęp: 3.02.2021].

⁴ Mapa klauzul niedozwolonych w umowach kredytów „walutowych”, <https://rf.gov.pl/wp-content/uploads/2021/06/Mapa-Klauzul-aktualizacja-na-07.06.2021.pdf> [dostęp: 3.02.2021].

⁵ *Ibidem*.

⁶ Stanowisko Prezesa Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów zawierające istotny pogląd dla sprawy, sygn. akt I C 781/16, www.uokik.gov.pl/2Fdownload.php%3Fplik%3D20073&usg=AOvVaw0hNMdX-NJh-4_o249qc7p [dostęp: 3.02.2021].

Jak można z łatwością zauważyć, klauzule te są do siebie bardzo zbliżone. Wypłata kapitału następowała według kursu kupna franka szwajcarskiego z tabeli kursów banku, natomiast spłata rat dokonywana była według kursu sprzedaży franka szwajcarskiego z tabeli kursów banku.

2. Ochrona konsumenta w zakresie niedozwolonych warunków umownych

Jak wskazuje Grzegorz Karaszewski, przepisy art. 385¹ i n. k.c.⁷ stanowią implementację dyrektywy Rady 93/13/EWG z dnia 5 kwietnia 1993 r. w sprawie nieuczciwych warunków w umowach konsumenckich⁸. Przepisy te wprowadzają instytucję niedozwolonych postanowień (klauzul) umownych, które bywają też nazywane klauzulami abuzywnymi. Celem tych przepisów jest stworzenie jeszcze jednego instrumentu ochrony konsumenta jako strony ekonomicznie słabszej, oprócz tych instrumentów, które zapobiegają nieuczciwym umowom. Artykuł 385¹ k.c. stosuje się do umów zawieranych między przedsiębiorcą a konsumentem. Ochrona przewidziana w tym artykule obejmuje jedynie te postanowienia, które nie zostały indywidualnie uzgodnione. Artykuł 385¹ § 3 k.c. definiuje takie postanowienia jako klauzule, na które konsument nie miał rzeczywistego wpływu. W szczególności odnosi się to do postanowień przejętych z wzorca umowy⁹.

Ciężar dowodu, że postanowienie zostało uzgodnione indywidualnie, spoczywa na tym, kto się na to powołuje. Oznacza to po pierwsze, że konsument może żądać udzielenia mu ochrony opartej na art. 385¹ k.c. co do zasady w każdej umowie zawartej z przedsiębiorcą, jeśli żądaniu takiemu towarzyszy twierdzenie, iż umowa zawiera postanowienia niezgodnione indywidualnie. Po drugie, jeżeli przedsiębiorca twierdzi, że umowa nie podlega temu artykułowi, powinien udowodnić, że jej postanowienia (a przynajmniej postanowienie będące przedmiotem sporu) były uzgodnione indywidualnie (konsument współkształtował ich treść albo miał możliwość takiego współkształtowania, ale z niej nie skorzystał i aprobował przedstawiony mu tekst umowy). Po trzecie, przedsiębiorca nie może dowodzić, że uzgodnione indywidualnie zostały postanowienia dołączonego do umowy wzorca lub postanowienia przejęte z wzorca do treści umowy (w tych granicach art. 385¹ § 3 k.c. ustanawia domniemanie nieusuwalne). Płyne z tego wniossek, że art. 385¹ k.c. chroni konsumenta nie tylko przed klauzulami abuzywnymi znajdującymi

⁷ Ustawa z dnia 23 kwietnia 1964 r. Kodeks cywilny, t.j. Dz. U. z 2020 r. Nr 1740, art. 385¹ i n.

⁸ Dyrektywa Rady 93/13/EWG z dnia 5 kwietnia 1993 r. w sprawie nieuczciwych warunków w umowach konsumenckich, Dz. U. UE L 95/29 z 21.04.1993 r., P. 0029-0034.

⁹ G. Karaszewski, *Art. 385(1) Niedozwolone postanowienia umowne*, [w:] J. Ciszewski, P. Nazaruk (red.), *Kodeks cywilny. Komentarz*, Warszawa 2019.

się we wzorcu, lecz także przed postanowieniami narzuconymi konsumentowi poza treścią wzorca.

Prezes UOKiK prowadzi rejestr klauzul niedozwolonych, w którym znajdują się postanowienia umowne uznane za niedozwolone przez SOKiK lub samego Prezesa. Jednym z postanowień wpisanych do tego rejestru jest wcześniej opisana klauzula dotycząca spłaty rat kapitałowo-odsetkowych stosowana przez BRE Bank. SOKiK w sprawie XVII AmC 1531/09¹⁰ rozpatrywał powództwo przeciwko temu bankowi o uznanie postanowienia wzorca umownego za niedozwolone. Treść tego postanowienia w umowie kredytu indeksowanego do franka szwajcarskiego brzmiała: „Raty kapitałowo-odsetkowe oraz raty odsetkowe spłacane są w złotych po uprzednim ich przeliczeniu wg kursu sprzedaży CHF z tabeli kursowej BRE Banku S.A. obowiązującego na dzień spłaty z godziny 14:50”. Sąd w wyroku z dnia 27 grudnia 2010 r. ustalił, iż przedmiotowa umowa o kredyt hipoteczny zawiera jednostronnie przygotowane przez Bank gotowe klauzule umowne, a więc stanowi wzorzec umowny, wobec czego dokonał merytorycznej oceny zakwestionowanego postanowienia. Odwołał się do art. 385¹ § 1 k.c., który stanowi, że postanowienia umowy zawieranej z konsumentem nieuzgodnione indywidualnie nie wiążą go, jeżeli kształtują jego prawa i obowiązki w sposób sprzeczny z dobrymi obyczajami, rażąco naruszając jego interesy, co nie dotyczy postanowień określających główne świadczenia stron, w tym cenę lub wynagrodzenie, jeżeli zostały sformułowane w sposób jednoznaczny. Sąd wskazał zatem, iż muszą zostać spełnione łącznie cztery przesłanki, aby uznać postanowienie umowne za abuzywne i wyeliminować je z obrotu z udziałem konsumentów: (1) postanowienie nie zostało uzgodnione indywidualnie z konsumentem, (2) postanowienie nie dotyczy sformułowanych w sposób jednoznaczny głównych świadczeń stron, (3) ukształtowane przez postanowienie prawa i obowiązki konsumenta pozostają w sprzeczności z dobrymi obyczajami, (4) ukształtowane przez postanowienie prawa i obowiązki konsumenta rażąco naruszają jego interesy.

Sąd przeszedł następnie do oceny, czy doszło do spełnienia wyżej wymienionych przesłanek i stwierdził, jak zostało już wcześniej wspomniane, iż przedmiotowa umowa stanowi wzorzec umowny, a więc nie została indywidualnie uzgodniona, a treść postanowień narzucono kredytobiorcy. Spełniony został zatem pierwszy warunek.

Ponadto sąd stwierdził, że głównymi świadczeniami kredytobiorcy jest ustanowienie hipoteki na rzecz banku oraz spłata kredytu zgodnie z przewidzianymi w umowie warunkami. Natomiast waloryzacja rat kredytu i przeliczania należności przez bank jest postanowieniem pobocznym o drugorzędnym znaczeniu. Głównym świadczeniem ban-

¹⁰ Wyrok SOKiK z dnia 27 grudnia 2010 r. w sprawie XVII AmC 1531/09, https://www.rejestr.uokik.gov.pl/uzasadnienia/5720/AmC%20_1531_2009.pdf [dostęp: 2.02.2021].

ku jest udzielenie kredytu drugiej stronie, zatem zdaniem sądu druga przesłanka również została spełniona¹¹.

W ocenie składu orzekającego spełnione zostały również pozostałe dwie przesłanki, tzn. przedmiotowe postanowienie kształtuje prawa i obowiązki konsumenta w sposób sprzeczny z dobrymi obyczajami oraz rażąco narusza jego interesy¹². Bank bowiem przyznał sobie prawo do jednostronnego regulowania wysokości rat kredytu waloryzowanego kursem franka szwajcarskiego poprzez wyznaczanie w tabelach kursowych kursu sprzedaży franka szwajcarskiego oraz wartości *spreadu* walutowego. Nie ma znaczenia, że kurs ten miał charakter generalny i odnosił się do całej działalności banku, a nie tylko do waloryzacji świadczeń kredytobiorców.

Sąd stwierdził, że o uznaniu przedmiotowej klauzuli za niedozwolone postanowienie umowne decyduje fakt, że uprawnienie banku do określania wysokości kursu sprzedaży franka szwajcarskiego nie doznaje żadnych formalnych ograniczeń. Wzorzec umowy nie precyzował sposobu ustalania kursu wymiany waluty wskazanego w tabeli kursów banku. Bank pozostawił sobie dowolność w zakresie wyboru kryteriów ustalania kursu franka szwajcarskiego w swoich tabelach kursowych, a przez to kształtowania wysokości zobowiązań klientów, którzy mieli kredyty waloryzowane do waluty obcej.

Warto wskazać, że BRE Bank jako pozwany w sprawie podnosił w odpowiedzi na pozew, że gdyby stosował niekorzystny kurs sprzedaży franka szwajcarskiego, to nikt nie chciałby kupować waluty od niego, a co za tym idzie ponosiłby on znaczne straty. Sąd jednak nie przychylił się do twierdzeń pozwanego i stwierdził, że czynniki związane z funkcjonowaniem banku w warunkach gospodarki wolnorynkowej nie stanowią wystarczającego zabezpieczenia interesów klientów banku, a dobre obyczaje wymagają, aby kryteria ustalania *spreadu* były jasno sprecyzowane w umowie z klientem. Sąd wskazał również, iż w uchwalonej przez KNF rekomendacji S z dnia 17 grudnia 2008 r. w pkt 5.2.2. ppkt c) stwierdza się wyraźnie, że w każdej umowie, która dotyczy walutowych ekspozycji kredytowych, powinny znaleźć się co najmniej zapisy dotyczące sposobów i terminów ustalania kursu wymiany walut, na podstawie którego wyliczana jest kwota uruchomionego kredytu, jego transz i rat kapitałowo-odsetkowych oraz zasad przeliczania na walutę wypłaty i spłaty kredytu. Sąd zatem uznał, że bezsporny jest fakt, że nie określono sposobu ustalania kursu sprzedaży franka szwajcarskiego, a sam fakt, że doprecyzowano jedynie moment waloryzacji, nie stanowi wystarczającego zabezpieczenia interesów klientów banku.

¹¹ Zob. szerzej K. Dąbrowska, *Świadczenie główne jako przesłanka indywidualnej kontroli abuzywności wzorca umowy (art. 385[1] § 1 KC) w orzecznictwie SN i TSUE*, „Monitor Prawniczy” 2021, nr 1.

¹² Zob. szerzej P. Sokal, *Czyn nieuczciwej konkurencji a dobre obyczaje*, „Monitor Prawniczy” 2011, nr 24.

Reasumując – sąd, badając przedmiotowe postanowienie, uznał, iż nie zostało ono indywidualnie uzgodnione, nie określało jednoznacznie głównych świadczeń stron, a prawa i obowiązki konsumenta pozostawały w sprzeczności z dobrymi obyczajami oraz rażąco naruszały jego interesy. Bank bowiem przyznał sobie możliwość jednostronnego określania wysokości rat kredytu poprzez nieokreślenie formalnych ograniczeń dotyczących ustalania wysokości kursu sprzedaży CHF w swojej tabeli kursowej.

Trudno nie zgodzić się z polemiką sądu z tego względu, iż poprzez nieokreślenie w umowie kredytu ograniczeń związanych ze sposobem ustalania kursu wymiany walut bank miał nieograniczoną, dyskrecyjną władzę w ustalaniu wysokości rat kredytobiorców¹³. Dla zobrazowania sprzeczności tego postanowienia z dobrymi obyczajami oraz rażącego naruszenia interesów konsumenta można wyobrazić sobie sytuację, w której bank podniósł swoją marżę za *spread* walutowy o 1000%, co na podstawie brzmienia tego postanowienia jest możliwe. Natomiast dla zbadania abuzywnego charakteru postanowienia nie ma znaczenia fakt, że bank tak nie postąpił, lecz to, że mógł tak zrobić, gdyż nie był związany żadnymi formalnymi ograniczeniami.

W związku z orzeczeniem SOKiK postanowienie umowne, które zostało uznane za abuzywne, wpisane zostało do rejestru postanowień wzorców umownych uznanych za niedozwolone pod numerem 5743¹⁴. Inne postanowienie umowne, które zostało wpisane do rejestru, brzmi: „Kredyt jest indeksowany do CHF/USD/EUR, po przeliczeniu wypłaconej kwoty zgodnie z kursem kupna CHF/USD/EUR według Tabeli Kursów Walut Obcych obowiązującej w Banku Millennium w dniu uruchomienia kredytu lub transzy”. Pozwanym w tej sprawie był Bank Millennium S.A. z siedzibą w Warszawie, a nadany numer postanowienia to 3178¹⁵.

Celem doprecyzowania określenia „główne świadczenia stron” z art. 385¹ § 1 k.c. należy odwołać się też do kryteriów przedstawionych przez TSUE w wyroku z dnia 20 września 2017 r. wydanym w sprawie C-186/16¹⁶, a także w wyroku z dnia 30 kwietnia 2014 r., w sprawie C 26/13¹⁷. TSUE wskazał, iż art. 4 ust. 2 dyrektywy 93/13 ustanawia wyjątek od mechanizmu kontroli treści nieuczciwych warunków, przewidzianego w ramach systemu ochrony konsumentów ustanowionego w tej dyrektywie, z uwagi na co przepis ten powinien podlegać wykładni zawężającej. Za warunki umowne mieszczą-

¹³ Zob. szerzej M. Wierzbowski, *Niedozwolony mechanizm ustalania przez bank kursu waluty*, „Monitor Prawniczy” 2019, nr 22.

¹⁴ Rejestr klauzul niedozwolonych, <https://www.rejestr.uokik.gov.pl/wyszukiwanie.php?details=5720#details> [dostęp: 2.02.2021].

¹⁵ Wyrok SOKiK z dnia 14 grudnia 2010 r. w sprawie XVII AmC 426/09, <https://www.rejestr.uokik.gov.pl/wyszukiwanie.php?details=3162> [dostęp: 2.02.2021].

¹⁶ Wyrok TSUE z dnia 20 września 2017 r. w sprawie C-186/16 *Ruxandra Paula Andriciuc i in. przeciwko Banca Românească SA*, EU:C:2017:703, pkt 34-41.

¹⁷ Wyrok TSUE z dnia 30 kwietnia 2014 r. w sprawie C-26/13 *Arpad Kasler i Hajnalka Kaslerne Rabai przeciwko OTP Jelzalogbank Zrt*, EU:C:2014:282.

ce się w pojęciu „głównego przedmiotu umowy” należy uważać te, które określają podstawowe świadczenia w ramach danej umowy i które z tego względu charakteryzują tę umowę. Warunki, które wykazują charakter posiłkowy względem warunków definiujących samą istotę stosunku umownego, nie mogą być objęte pojęciem „głównego przedmiotu umowy”. Poprzez umowę kredytową kredytodawca zobowiązuje się głównie udostępnić kredytobiorcy określoną kwotę pieniężną, zaś kredytobiorca – głównie spłacać tę sumę w przewidzianych terminach, zasadniczo z odsetkami. Świadczenia podstawowe tej umowy odnoszą się zatem do kwoty pieniężnej, która musi być określona w stosunku do waluty wypłaty i określonej spłaty. W konsekwencji okoliczność, że kredyt musi zostać spłacony w określonej walucie, nie ma związku z posiłkowym sposobem płatności, lecz związana jest z samym charakterem zobowiązania dłużnika, przez co stanowi podstawowy element umowy kredytowej. Artykuł 4 ust. 2 dyrektywy 93/13 należy interpretować w ten sposób, że pojęcie „głównego przedmiotu umowy” w rozumieniu tego przepisu obejmuje warunek umowny ujęty w umowie o kredyt w walucie obcej, który nie był indywidualnie negocjowany i na mocy którego kredyt należy spłacić w tej samej walucie obcej co waluta, w której został on zaciągnięty, w wypadku gdy warunek ten określa podstawowe świadczenie charakteryzujące tę umowę.

Powyższe znajduje potwierdzenie w uzasadnieniu wyroku SN z dnia 11 grudnia 2019 r. w sprawie V CSK 382/18¹⁸, w którym Sąd wskazał, że postanowieniami określającym świadczenie główne w rozumieniu art. 385¹ § 1 zd. 2 k.c. są m.in. postanowienia, które wiążą się z obciążeniem kredytobiorcy-konsumenta ryzykiem zmiany kursu waluty i związanym z tym ryzykiem zwiększeniem kosztu kredytu.

Również Rzecznik Finansowy konsekwentnie prezentuje pogląd, że klauzule waloryzacyjne w umowach kredytów frankowych mają charakter blankietowy i nie spełniają warunku formalnej i materialnej przejrzystości postanowień umowy. Ponadto odwołują się do miernika wartości nie mającego charakteru obiektywnego i zewnętrznego, gdyż odwołanie następuje do kursów (kursów kupna i sprzedaży waluty CHF) obowiązujących u kredytodawcy (a więc ustalanych przez niego jednostronnie i samodzielnie). Klauzule waloryzacyjne powodują, że nikt (a zwłaszcza kredytobiorca bądź nawet sąd) poza przedsiębiorcą (kredytodawcą) nie są w stanie w żaden sposób ustalić zasad, wedle których następuje ustalenie kursów walut, a w konsekwencji wysokości rat kapitałowo-odsetkowych. Jednocześnie nawet ewentualne wytłumaczenie mechanizmu należy uznać za niewystarczające, ponieważ zasady nie wynikają z umowy, a zatem są nieweryfikowalne i przeciętny konsument-kredytobiorca nie ma w tym zakresie wiedzy wynikającej z łączącego strony stosunku prawnego (abuzywność klauzuli badana jest bowiem na moment

¹⁸ Wyrok SN z dnia 11 grudnia 2019 r. w sprawie V CSK 382/18, <http://www.sn.pl/sites/orzecznictwo/orzeczenia3/v/%20csk%20382-18-1.pdf> [dostęp: 2.02.2021].

zawarcia umowy). Warto zwrócić też uwagę, że klauzule zawarte w umowach mają jedynie charakter rozrachunkowy – skoro kredytodawca w relacji z kredytobiorcą w rzeczywistości (w sensie faktycznym) nie dokonuje kupna i sprzedaży waluty obcej (gdyż pożyczka złotych), to nadwyżki w tym zakresie – wyliczonej dla celów rachunkowych – nie sposób ocenić inaczej niż jako jednostronnie ustalany i pobierany zysk banku – zysk, który w istocie w żaden sposób nie jest powiązany z istotą oraz funkcją klauzul waloryzacyjnych w rozumieniu prawnym (art. 358¹ § 2 k.c.) i ekonomicznym¹⁹.

3. Abuzywność postanowień umownych

Podstawę przyjęcia, że postanowienie przewidujące waloryzację kredytu jest niedozwolone, stanowi nierównomierne rozłożenie pomiędzy stronami umowy ryzyka wynikającego z zastrzeżenia indeksacji kredytu, tj. wyrażenia wysokości zobowiązania konsumentów w walucie obcej, której kurs podlega nieograniczonym zmianom – bez zagwarantowania w umowie jakichkolwiek mechanizmów, które mogłyby ograniczyć ryzyko ponoszone przez konsumentów²⁰.

Skutkiem wyrażenia wysokości zobowiązania konsumentów w walucie obcej jest nierównomierne rozłożenie ryzyka ponoszonego przez strony w związku z zawarciem umowy. Bank, udzielając kredytu w określonej w złotych polskich kwocie, ryzykuje – poza ryzykiem wynikającym z samego zawarcia umowy i potencjalnej możliwości niespłacenia kredytu – stratę jedynie kwoty, która została wypłacona konsumentom. Strata taka może nastąpić w przypadku radykalnego spadku wartości waluty wskazanej jako waluta indeksacji. Jest to przy tym, biorąc pod uwagę sytuację ekonomiczną oraz proces spłacania kredytu, ryzyko teoretyczne. Utrata całej wyrażonej w złotych wartości udzielonego kredytu miałyby miejsce tylko w przypadku spadku niemalże do zera wartości waluty indeksacji, która nastąpiłaby niezwłocznie po wypłaceniu kredytu. W przypadku nastąpienia takiego zdarzenia w innym momencie wykonywania umowy bank uzyskałby już w ramach następującej z czasem ratalnej spłaty zadłużenia przynajmniej część zainwestowanego kapitału. Tymczasem sytuacja konsumentów przedstawia się zupełnie inaczej. Nie tylko wysokość ich zobowiązania po przeliczeniu na złote polskie może osiągnąć niczym nieograniczoną wysokość (wraz ze spadkiem wartości waluty krajowej w stosunku do waluty indeksacji), ale też może to nastąpić na każdym etapie długoletniego wykonywania umowy.

¹⁹ Analiza aktualnych zagadnień dotyczących kredytów „frankowych”, 29 września 2020 r., <https://rf.gov.pl/2020/09/29/kredyty-frankowe-2020/> [dostęp: 20.04.2021].

²⁰ Zob. szerzej P. Gieroń, *Jurydyczne skutki pominięcia klauzul abuzywnych (niedozwolonych, nieuczciwych) w warunkach umów o kredyt indeksowany do waluty obcej (CHF)*, „Przegląd Ustawodawstwa Gospodarczego” 2019, nr 3, s. 72-77.

Tożsamy pogląd prezentuje Jacek Czabański, który wskazuje, iż taka klauzula walutowa wystawia kredytobiorcę i kredytodawcę na ryzyko kursowe, które rozłożone jest jednak nierównomiernie: o ile kredytodawca przy spadku kursu waluty do zera traci co najwyżej kwotę pożyczonego kapitału, o tyle kredytobiorca jest narażony na nieograniczone (przynajmniej teoretycznie) ryzyko kursowe. Kurs waluty obcej może bowiem rosnąć bez żadnych ograniczeń, a wraz ze wzrostem kursu rośnie również wielkość zobowiązania kredytobiorcy. W rezultacie może okazać się, że kredytobiorca zobowiązany jest do zwrotu znacznie większej kwoty niż pożyczona²¹.

Konsumenci w istocie nie dysponują żadnym instrumentem, który pozwoliłby im na zmianę sposobu wykonywania umów wraz z niekorzystnym ukształtowaniem się kursu walut. Tymczasem banki przyznają sobie w razie niedotrzymania przez kredytobiorców warunków udzielenia kredytów oraz w razie utraty przez kredytobiorców zdolności kredytowej m.in. prawo do wypowiedzenia umów kredytów bądź żądania dodatkowego zabezpieczenia. A przecież przypadek złego stanu majątkowego kredytobiorców obejmuje również sytuację, w której dochody kredytobiorców będą zbyt małe, aby pokryć rosnącą wraz z ewentualną zmianą kursu wysokość wyrażonej w złotych spłaty kredytu. Dlatego też wcześniej wymienione postanowienia należy uznać za niedozwolone. Opisane wyżej konstrukcje prowadzą bowiem do wniosku, że następuje rażące naruszenie interesów konsumentów, gdyż brak jest sprawiedliwego i uczciwego wyważenia praw i obowiązków stron umowy.

Równocześnie wprowadzenie tych postanowień należy uznać za naruszające dobre obyczaje, gdyż następuje to z wykorzystaniem przewagi kontraktowej banków, które dysponując nieporównywalnie większymi możliwościami należytej oceny ryzyka wiążącego się z indeksacją kredytów, wprowadziły do umów postanowienia chroniące przede wszystkim własne interesy²². Oczywiście należy mieć przy tym na uwadze, że wprowadzenie postanowień dotyczących waloryzacji kredytów pozwoliło na zaoferowanie konsumentom niższego oprocentowania kredytów. Jednak warto pamiętać, że dopuszczalność takiego rozwiązania uzależniona jest od równoczesnego wprowadzenia instrumentów, które pozwalałyby chronić konsumentów przed nadmiernym ryzykiem, jak również od spełnienia wszystkich wymogów związanych z udzieleniem pełnej i rzetelnej informacji o wszystkich skutkach wprowadzenia określonej konstrukcji. Tymczasem konsumenci, co do zasady, przed zawarciem umowy otrzymywali jedynie informacje koncentrujące się na zaletach kredytu indeksowanego (niższej wysokości oprocentowania i rat oraz stabil-

²¹ J. Czabański, *Walutowe klauzule waloryzacyjne w umowach kredytów hipotecznych. Analiza problemu*, „Palestra” 2016, nr 6, <https://palestra.pl/pl/czasopismo/wydanie/6-2016/arttykul/walutowe-klauzule-waloryzacyjne-w-umowach-kredytow-hipotecznych.-analiza-problemu> [dostęp: 23.03.2021].

²² Zob. szerzej R. Mroczkowski, *Abuzywność klauzul walutowych w umowach o kredyt hipoteczny denominowany w walucie obcej*, „Gdańskie Studia Prawnicze” 2017, vol. 38, nr 2, s. 367-388.

ności kursu franka szwajcarskiego). Konsumentów nie informowano natomiast o tym, że na skutek zmian kursowych możliwy jest nieograniczony wzrost rat. Konsumentom nie uzyskiwano informacji przekazywanych prostym językiem o mechanizmie przeliczeniowym oraz jego skutkach dla kształtowania się wysokości salda kredytu w przypadku zmian kursu waluty waloryzacji²³. Powyższych okoliczności nie podważa ewentualne oświadczenie o zapoznaniu się z kwestią ryzyka kursowego związanego z zaciąganiem kredytu indeksowanym, bowiem przedstawione informacje były niewystarczające dla należytej oceny tego ryzyka, zwłaszcza w sytuacji, gdy kredyt jest zaciągany przez konsumenta.

W tym miejscu należy przywołać ponownie wyrok TSUE z dnia 20 września 2017 r. w sprawie C-186/16, w którym Trybunał stwierdził, iż art. 4 ust. 2 dyrektywy 93/13 należy interpretować w ten sposób, że wymóg wyrażenia warunku umownego prostym i zrozumiałym językiem oznacza, że w wypadku umów kredytowych instytucje finansowe muszą zapewnić kredytobiorcom informacje wystarczające do podjęcia przez nich świadomych i rozważnych decyzji. W tym względzie wymóg ów oznacza, że warunek dotyczący spłaty kredytu w tej samej walucie obcej co waluta, w której kredyt został zaciągnięty, musi zostać zrozumiany przez konsumenta zarówno w aspekcie formalnym, jak i gramatycznym. A także, w odniesieniu do jego konkretnego zakresu, tak aby właściwie poinformowany oraz dostatecznie uważny i rozsądny przeciętny konsument mógł nie tylko dowiedzieć się o możliwości wzrostu lub spadku wartości waluty obcej, w której kredyt został zaciągnięty, ale również oszacować – potencjalnie istotne – konsekwencje ekonomiczne takiego warunku dla swoich zobowiązań finansowych. Banki nie tylko wykorzystały swoją przewagę kontraktową, ale też nie dopełniały wymaganych od instytucji finansowych obowiązków informacyjnych. Pozwala to na przyjęcie, że zastrzeżenia indeksacji kredytów są sprzeczne z dobrymi obyczajami, a skoro równocześnie rażąco naruszają interesy konsumenta, to stanowią klauzule niedozwolone.

Powyższe okoliczności nie stanowią przy tym wyłącznej przesłanki uznania indeksacji kredytów za postanowienia niedozwolone. Taki sam wniosek wynika z przeprowadzonej oceny kształtu postanowień kredytów indeksowanych, które z jednej strony różnicują wysokość kursu przyjętego dla przeliczeń zobowiązania ze złotych polskich na franki szwajcarskie, a następnie przeliczeń wysokości wymaganej spłaty z franka szwajcarskiego na złote polskie, a z drugiej strony – pozwalają kredytodawcy na swobodne ustalenie wysokości każdego z tych kursów²⁴.

²³ Zob. szerzej T. Tomczak, *Klauzule abuzywne w umowach kredytów frankowych – analiza orzecznictwa Sądu Najwyższego*, „Monitor Prawniczy” 2020, nr 20.

²⁴ Zob. szerzej M. Szymański, *Eliminacja abuzywnej klauzuli waloryzacyjnej umowy kredytu indeksowanego do franka szwajcarskiego*, „Monitor Prawniczy” 2020, nr 2.

Jak wskazuje Ewa Łętowska, ocena i eliminacja klauzul abuzywnych mają swój własny reżim w art. 385¹ k.c., jednak w przypadku braku tego reżimu, niewykluczona byłaby kontrola takich klauzul przez instytucje niezgodności z zasadami współżycia społecznego (prowadzącymi do nieważności), błędu kwalifikowanego czy wyzysku (obecnie możliwa do zastosowania w stosunkach pozakonsumenckich)²⁵.

Wywód dotyczący znaczenia treści kwestionowanych postanowień należy rozpocząć od wskazania, że przyznają one bankom uprawnienie do jednostronnego wpływu na wysokość świadczeń stron ustalonych w umowach. Kursy zarówno kupna, jak i sprzedaży waluty, po których przeliczana jest kwota kredytu oraz raty, określane są każdorazowo w tabelach kursów sporządzanych przez banki. Oznacza to, że wyłącznie jednej stronie stosunku prawnego, tj. bankom, zostało przyznane uprawnienie do jednostronnego określania wysokości wskaźnika wpływającego na wysokość świadczeń stron. Z przyznanego uprawnienia nie wynika możliwość zweryfikowania przez konsumentów kryteriów przyjętych przez banki do ustalenia wysokości samego wskaźnika. W postanowieniach nie zostały sprecyzowane bowiem przesłanki ustalania kursów kupna i sprzedaży waluty obcej – klauzule odnoszą się jedynie do terminu, w jakim ustalana jest wysokość kursów.

Rodzi to uzasadnione ryzyko, że wspomniane kryteria mogą być oderwane od rzeczywistości rynkowej, ustalone w arbitralny i nieprzewidywalny dla konsumentów sposób. W związku z tym wysokość kursów ustalanych przez banki może zostać ukształtowana na znacznie wyższym lub niższym poziomie niż średnie wartości na rynku walutowym i w konsekwencji zabezpieczać jedynie interesy banków. Powyższe przyznaje bankom uprawnienie do uzyskania dodatkowego wynagrodzenia, którego oszacowanie dla konsumenta jest niemożliwe ze względu na brak oparcia zasad ustalania kursów na obiektywnych i przejrzystych kryteriach, co wyklucza możliwość zweryfikowania przez konsumenta prawdziwości i zasadności działań podejmowanych przez banki.

Powyższe jednoznacznie prowadzi do wniosku, że postanowienia stosowane przez banki dotyczące zasad ustalania kursów wymiany walut są sprzeczne z dobrymi obyczajami i rażąco naruszają interesy konsumentów. Postanowienia wprowadzają rażącą dysproporcję praw i obowiązków stron, przyznając jedynie jednej z nich uprawnienie do dowolnego ustalania kryteriów wpływających na wysokość świadczeń stron, przy jednoczesnym odebraniu drugiej stronie możliwości do weryfikowania poprawności działania silniejszej strony umowy. Należy zauważyć, że na konsumentów, poza ryzykiem kursowym przy zawieraniu umowy kredytu indeksowanego, zostało przerzucone ryzyko

²⁵ E. Łętowska, *Kwalifikacje prawne w sprawach o sanację kredytów frankowych – da mihi factum dabo tibi ius*, https://www.rpo.gov.pl/sites/default/files/Prof._Ewa_Łętowska_Kwalifikacje_prawne_w_sprawach_o_sanację_kredytów_frankowych_da_mihi_final_29.06.20.pdf [dostęp: 23.03.2021], s. 3-4.

całkowicie dowolnego kształtowania kursów wymiany przez kredytodawcę²⁶. W przypadku umów o kredyt hipoteczny jest to o tyle istotne, że kredytobiorcy są narażeni na to ryzyko przez wiele lat trwania umowy. W tym miejscu należy podkreślić, że charakter umowy kredytu hipotecznego powiązanego z walutą obcą wiąże się ze znacznym skomplikowaniem oraz długotrwałością zobowiązania. Opisane zakłócenie równowagi stron umowy w sposób rażąco narusza ekonomiczny interes konsumentów, w szczególności kredytobiorców związanych umową kredytu hipotecznego. Należy również zwrócić uwagę, że banki – będące profesjonalistami i silniejszą stroną stosunku prawnego – wykorzystały swoją uprzywilejowaną pozycję.

Banki przyznały sobie prawo do jednostronnego regulowania wysokości rat kredytu i odsetek (opłat, prowizji) przeliczanego kursem franka szwajcarskiego. Jednocześnie prawo banków do ustalania kursów waluty w świetle zawartej przez strony umowy nie doznawało żadnych ograniczeń. Skoro banki mogą wybrać dowolne i niepoddające się weryfikacji kryteria ustalania kursów kupna i sprzedaży walut obcych, stanowiących mechanizm indeksacji kredytu i rat jego spłaty, wpływając na wysokość własnych korzyści finansowych i generując dla kredytobiorców dodatkowe i nieprzewidywalne co do wysokości koszty kredytu, klauzule te rażąco naruszają zasadę równowagi kontraktowej stron na niekorzyść konsumentów, a także dobre obyczaje, które nakazują, by ponoszone przez konsumentów koszty związane z zawarciem i wykonywaniem umów, o ile nie wynikają z czynników obiektywnych, były możliwe do przewidzenia, a sposób ich generowania poddawał się weryfikacji²⁷.

Tobiasz Nowakowski, w głosie do wyroku Sądu Okręgowego w Warszawie z dnia 15 grudnia 2017 r. sygn. akt XXV C 961/17, zgodził się z poglądem prezentowanym w uzasadnieniu, iż nie powinno budzić wątpliwości zapatrywanie, że niedozwolonymi postanowieniami umownymi są te składniki umowy, które przyznają bankowi, w okresie kredytowania, uprawnienie do kreowania wysokości poszczególnych rat. Kredytodawca zastrzegł sobie w ich treści prawo do arbitralnego wyznaczania kursu franka szwajcarskiego. Wysokość zobowiązania kredytobiorcy zależała bowiem od bankowej tabeli kursu walut. Trudno dopatrzeć się tu jakiegoś miernika obiektywnego, pozwalającego konsumentowi na jednoznaczną ocenę, jak ukształtuje się wysokość poszczególnej raty²⁸.

²⁶ Zob. szerzej J. Świeca, *Kredyty we frankach a granice ryzyka gospodarczego konsumenta*, „Rzeczpospolita”, PCD 2014, nr 2, s. 18.

²⁷ Wyrok SO w Olsztynie z dnia 10 marca 2017 r. w sprawie I C 472/16, [http://orzeczenia.olsztyn.so.gov.pl/content/\\$N/150515000000503_I_C_000472_2016_Uz_2017-03-10_002](http://orzeczenia.olsztyn.so.gov.pl/content/$N/150515000000503_I_C_000472_2016_Uz_2017-03-10_002) [dostęp: 2.02.2021].

²⁸ T. Nowakowski, *Nieważność umowy frankowego kredytu indeksowanego – glosa do wyroku Sądu Okręgowego w Warszawie z 15.12.2017 r. (XXV C 961/17)*, „Palestra” 2019, nr 6, <https://palestra.pl/pl/czasopismo/wydanie/6-2019/artukul/niewaznosc-umowy-frankowego-kredytu-indeksowanego-glosa-do-wyroku-sadu-okregowego-w-warszawie-z-15.12.2017-r.-xxv-c-961-17> [dostęp: 23.03.2021].

Należy przyjąć, że skoro niedozwolone postanowienia umowne nie wiążą konsumentów od momentu zawarcia umowy, to bez znaczenia jest fakt, jak banki wykonywały te postanowienia umowne, a więc jak ustalały kursy przyjęte do obliczania kwot kredytów oraz wysokości poszczególnych rat kapitałowo-odsetkowych. Umowy nie zawierały bowiem postanowienia, na mocy którego banki mogły w sposób skuteczny ustalać takie kursy.

W wyroku Sądu Najwyższego z dnia 22 stycznia 2016 r. w sprawie I CSK 1049/14 SN potwierdził, iż stosowany przez bank mechanizm, zapewniający bankowi dowolność w kształtowaniu obowiązków konsumenta poprzez odwołanie do bankowej tabeli kursów, jest niezgodny z prawem. W swoim orzeczeniu SN oddalił skargę kasacyjną banku, a jednocześnie zgodził się z poglądem Sądu Apelacyjnego w Warszawie²⁹, który rozpoznawał sprawę, stwierdzając m.in., że postanowienia umowne zawarte w umowie kredytu hipotecznego kształtują prawa i obowiązki kontrahenta banku (tj. kredytobiorcy) w sposób sprzeczny z dobrymi obyczajami i rażąco naruszają jego interesy.

W tym miejscu trzeba zwrócić uwagę na wyrok SN z dnia 8 września 2016 r. w sprawie II CSK 750/15³⁰, który dotyczy sprawy o pozbawienie wykonalności tytułu wykonawczego w postaci BTE. SN potwierdza, że klauzule waloryzacyjne stosowane przez bank są abuzywne i rażąco godzą w interesy konsumenta.

Abstrahując od powyższego, Pierwszy Prezes Sądu Najwyższego Małgorzata Manowska zwróciła się z wnioskiem do Izby Cywilnej Sądu Najwyższego o rozstrzygnięcie zagadnień prawnych dot. kredytów frankowych, w celu zapewnienia jednolitości orzecznictwa. Jednakże z przyczyn politycznych Izba Cywilna Sądu Najwyższego postanowieniem z dnia 2 września 2021 r., sygn. akt III CZP 11/21, zwróciła się do Trybunału Sprawiedliwości Unii Europejskiej z pytaniami prejudycjalnymi o status nowo powołanych sędziów Sądu Najwyższego³¹. W związku z tym należy powziąć wątpliwości, czy taka uchwała w ogóle zapadnie.

4. Zakończenie

Analiza umów kredytów frankowych wyraźnie wskazuje, iż ukształtowane w nich prawa i obowiązki konsumentów są sprzeczne z dobrymi obyczajami oraz rażąco naruszają ich interesy. Banki przyznały sobie prawo do jednostronnego regulowania wyso-

²⁹ Wyrok SA w Warszawie z dnia 25 czerwca 2014 r.

³⁰ Wyrok SN z dnia 8 września 2016 r. w sprawie II CSK 750/15, <http://www.sn.pl/sites/orzecznictwo/Orzeczenia3/II%20CSK%20750-15-1.pdf> [dostęp: 2.02.2021].

³¹ Postanowienie Sądu Najwyższego z dnia 2 września 2021 r. w sprawie III CZP 11/21, <https://www.sn.pl/aktualnosci/SiteAssets/Lists/Wydarzenia/AllItems/Postanowienie%20z%20dnia%202%20wrzesnia%202021%20r.%20III%20CZP%2011-21-3%20.pdf> [dostęp: 2.02.2021].

kości rat kredytów waloryzowanych kursem franka szwajcarskiego poprzez wyznaczania w tabelach kursowych kursu sprzedaży franka szwajcarskiego oraz wartości *spreadu* walutowego. Postanowienia wprowadzają rażącą dysproporcję praw i obowiązków stron, przyznając jedynie jednej z nich uprawnienie do dowolnego ustalania kryteriów wpływających na wysokość świadczeń stron, przy jednoczesnym odebraniu drugiej stronie możliwości do weryfikowania poprawności działania silniejszej strony umowy. To na konsumentów zawierających umowę kredytu indeksowanego, poza ryzykiem kursowym, zostało przerzucone ryzyko całkowicie dowolnego kształtowania kursów wymiany przez kredytodawcę.

Nie można zatem dziwić się kredytobiorcom, którzy dochodzą stwierdzenia nieważności umów przed sądami krajowymi. Ich intencją jest bowiem jedynie spłacanie kredytów na uczciwych warunkach, a nie uwolnienie się od zobowiązania. W takim stanie rzeczy najskuteczniejszym rozwiązaniem byłoby rozwiązanie systemowe polegające na ugodach zawieranych pomiędzy bankami a kredytobiorcami. Jednakże zawieranie takich uгод nie jest praktykowane przez banki.

Bibliografia

Akty prawne

Ustawa z dnia 23 kwietnia 1964 r. Kodeks cywilny, t.j. Dz. U. z 2020 r. poz. 1740, art. 385¹ i n.

Dyrektywa Rady 93/13/EWG z dnia 5 kwietnia 1993 r. w sprawie nieuczciwych warunków w umowach konsumenckich, Dz. U. UE L 95/29 z 21.04.1993, P. 0029-0034.

Orzecznictwo

Wyrok TSUE z dnia 30 kwietnia 2014 r. w sprawie C-26/13 *Arpad Kasler i Hajnalka Kaslerne Rabai przeciwko OTP Jelzalogbank Zrt*, EU:C:2014:282.

Wyrok TSUE z dnia 20 września 2017 r. w sprawie C-186/16 *Ruxandra Paula Andriciuc i in. przeciwko Banca Românească SA*, EU:C:2017:703.

Wyrok SN z dnia 8 września 2016 r. w sprawie II CSK 750/15, <http://www.sn.pl/sites/orzecznictwo/Orzeczenia3/II%20CSK%20750-15-1.pdf> [dostęp: 2.02.2021].

Wyrok SN z dnia 11 grudnia 2019 r. w sprawie V CSK 382/18, <http://www.sn.pl/sites/orzecznictwo/orzeczenia3/v%20csk%20382-18-1.pdf> [dostęp: 2.02.2021].

Wyrok SA w Warszawie z dnia 25 czerwca 2014 r.

Wyrok SO w Olsztynie z dnia 10 marca 2017 r. w sprawie I C 472/16, [http://orzeczenia.olsztyn.so.gov.pl/content/\\$N/150515000000503_I_C_000472_2016_Uz_2017-03-10_002](http://orzeczenia.olsztyn.so.gov.pl/content/$N/150515000000503_I_C_000472_2016_Uz_2017-03-10_002) [dostęp: 2.02.2021].

Wyrok SOKiK z dnia 14 grudnia 2010 r. w sprawie XVII AmC 426/09, <https://www.rejestr.uokik.gov.pl/wyszukiwanie.php?details=3162> [dostęp: 2.02.2021].

Wyrok SOKiK z dnia 27 grudnia 2010 r. w sprawie XVII AmC 1531/09, https://www.rejestr.uokik.gov.pl/uzasadnienia/5720/AmC%20_1531_2009.pdf [dostęp: 2.02.2021].

Literatura

- Czabański J., *Walutowe klauzule waloryzacyjne w umowach kredytów hipotecznych. Analiza problemu*, <https://palestra.pl/pl/czasopismo/wydanie/6-2016/artukul/walutowe-klauzule-waloryzacyjne-w-umowach-kredytow-hipotecznych.-analiza-problemu> [dostęp: 23.03.2021].
- Dąbrowska K., *Świadczenie główne jako przesłanka indywidualnej kontroli abuzywności wzorca umowy (art. 385[1] § 1 KC) w orzecznictwie SN i TSUE*, „Monitor Prawniczy” 2021, nr 1.
- Gieroń P., *Jurydyczne skutki pominięcia klauzul abuzywnych (niedozwolonych, nieuczciwych) w warunkach umów o kredyt indeksowany do waluty obcej (CHF)*, „Przegląd Ustawodawstwa Gospodarczego” 2019, nr 3.
- Karaszewski G., *Art. 385(1) Niedozwolone postanowienia umowne*, [w:] J. Ciszewski, P. Nazaruk (red.), *Kodeks cywilny. Komentarz*, Warszawa 2019.
- Łętowska E., *Kwalifikacje prawne w sprawach o sanację kredytów frankowych – da mihi factum dabo tibi ius*, https://www.rpo.gov.pl/sites/default/files/Prof._Ewa_Łętowska_Kwalifikacje_prawne_w_sprawach_o_sanację_kredytów_frankowych_da_mihi_final_29.06.20.pdf [dostęp: 23.03.2021].
- Mroczkowski R., *Abuzywność klauzul walutowych w umowach o kredyt hipoteczny denominowany w walucie obcej*, „Gdańskie Studia Prawnicze” 2017, vol. 38, nr 2.
- Nowakowski T., *Nieważność umowy frankowego kredytu indeksowanego – glosa do wyroku Sądu Okręgowego w Warszawie z 15.12.2017 r. (XXV C 961/17)*, „Palestra” 2019, nr 6, <https://palestra.pl/pl/czasopismo/wydanie/6-2019/artukul/niewaznosc-umowy-frankowego-kredytu-indeksowanego-glosa-do-wyroku-sadu-okregowego-w-warszawie-z-15.12.2017-r.-xxv-c-961-17> [dostęp: 23.03.2021].
- Sokal P., *Czyn nieuczciwej konkurencji a dobre obyczaje*, „Monitor Prawniczy” 2011, nr 24.
- Szymański M., *Eliminacja abuzywnej klauzuli waloryzacyjnej umowy kredytu indeksowanego do franka szwajcarskiego*, „Monitor Prawniczy” 2020, nr 2.
- Świeca J., *Kredyty we frankach a granice ryzyka gospodarczego konsumenta*, „Rzeczpospolita”, PCD 2014, nr 2.
- Tomczak T., *Klauzule abuzywne w umowach kredytów frankowych – analiza orzecznictwa Sądu Najwyższego*, „Monitor Prawniczy” 2020, nr 20.
- Wierzbowski M., *Niedozwolony mechanizm ustalania przez bank kursu waluty*, „Monitor Prawniczy” 2019, nr 22.
- Wiśniewski T., *Art. 358(1) Zasada nominalizmu*, [w:] J. Gudowski (red.), *Kodeks cywilny. Komentarz, tom III. Zobowiązania. Część ogólna*, Warszawa 2018.

Źródła elektroniczne

- Analiza aktualnych zagadnień dotyczących kredytów „frankowych”, 29 września 2020 r., <https://rf.gov.pl/2020/09/29/kredyty-frankowe-2020/> [dostęp 20.04.2021].
- Mapa klauzul niedozwolonych w umowach kredytów „walutowych”, <https://rf.gov.pl/wp-content/uploads/2021/06/Mapa-Klauzul-aktualizacja-na-07.06.2021.pdf> [dostęp: 3.02.2021].
- Niedozwolone postanowienia PKO B.P. S.A. w umowach kredytów frankowych <https://brodniccy.pl/niedozwolone-postanowienia-pko-bp-s-a-w-umowach-kredytow-frankowych/> [dostęp 3.02.2021].
- Rejestr klauzul niedozwolonych, <https://www.rejestr.uokik.gov.pl/wyszukiwanie.php?details=5720#details> [dostęp: 2.02.2021].

Stanowisko Prezesa Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów zawierające istotny pogląd dla sprawy, sygn. akt I C 781/16, www.uokik.gov.pl/2Fdownload.php%3Fplik%3D20073&usg=AOvVaw0hNMdX-NJh—4_o249qc7p [dostęp: 3.02.2021].

Stanowisko Prezesa Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów zawierające istotny pogląd dla sprawy, sygn. akt XXIV C 1161/15, www.uokik.gov.pl/2Fdownload.php%3Fplik%3D20073&usg=AOvVaw0hNMdX-NJh—4_o249qc7p [dostęp 3.02.2021].

Jan Łukaszewicz
Uniwersytet Gdański
Wydział Prawa i Administracji
Lukaszewicz.jan@autonomik.pl
ORCID: [0000-0002-8052-5864](https://orcid.org/0000-0002-8052-5864)

Prawo do odstąpienia od umowy zawartej na odległość dotyczącej usług finansowych – glosa do orzeczenia Trybunału Sprawiedliwości z 11 września 2019 r. w sprawie C-143/18

The right to withdraw from a distance contract
concerning financial services – a gloss to the judgment
of the Court of Justice of 11 September 2019 in case C-143/18

Streszczenie

Praca stanowi głosę aprobującą do wyroku Trybunału Sprawiedliwości z dnia 11 września 2019 r. wydanego w sprawie o sygn. akt C-143/18. Celem glosy jest omówienie prawa konsumenta do odstąpienia od umowy dotyczącej usług finansowych zawartej na odległość w oparciu o dyrektywę 2002/65/WE Parlamentu Europejskiego i Rady z 23 września 2002 r. dotyczącej sprzedaży konsumentom usług finansowych na odległość w świetle komentowanego orzeczenia. W glosie przedstawiono stan faktyczny wraz z pytaniami prejudycjalnymi, zaprezentowano rozstrzygnięcie Trybunału Sprawiedliwości oraz prawo i praktykę niemiecką mające zastosowanie w sprawie. Skonfrontowano omawiane orzeczenie z właściwymi przepisami Traktatu o Unii Europejskiej i Traktatu o funkcjonowaniu Unii Europejskiej. Wyrok poddano analizie w świetle idei przyświecających Unii Europejskiej, takich jak stabilność kontraktowa czy maksymalizacja poziomu harmonizacji porządków prawnych państw członkowskich i maksymalizacja poziomu ochrony konsumentów. Omówiono również model „wystarczająco rozważnego” konsumenta, na który powołał się Trybunał Sprawiedliwości. Wyrok porównano z zapoczątkowaną nim linią orzeczniczą, na którą składają się orzeczenia Trybunału Sprawiedliwości oraz sądów polskich. W podsumowaniu odniesiono się do późniejszych wyroków dotyczących kredytów walutowych wydawanych przez Trybunał Sprawiedliwości oraz sądy polskie.

Słowa kluczowe

konsument, ochrona konsumenta, dyrektywa 2002/65/WE, usługi finansowe na odległość, odstąpienie od umowy, C-143/18, Trybunał Sprawiedliwości

Abstract

The work is a gloss of approval for the judgment of the Court of Justice of 11 September 2019, issued in the case no. file C-143/18. The aim of the gloss is to discuss the consumer's right to withdraw from

a distance contract on financial services based on Directive 2002/65 / EC of the European Parliament and of the Council of 23 September 2002 on the distance sale of financial services to consumers in the light of the commented judgment. The gloss presents the facts together with the questions referred for a preliminary ruling, the ruling of the Court of Justice, and the applicable German law and practice. The ruling was confronted with the relevant provisions of the Treaty on European Union and the Treaty on the Functioning of the European Union. The judgment was analyzed in the light of the European Union's ideas, such as contractual stability or maximizing the level of harmonization of the legal orders of the Member States and maximizing the level of consumer protection. The "reasonably prudent" consumer model, invoked by the Court of Justice, was also discussed. The judgment was compared with the line of jurisprudence initiated by it, which consists of judgments of the Court of Justice and Polish courts. In conclusion, reference was made to later judgments on foreign currency loans issued by the Court of Justice and Polish courts.

Keywords

consumer, consumer protection, Directive 2002/65/EC, financial services at a distance, withdrawal from the contract, C-143/18, Court of Justice

Wstęp

Rosnąca liczba transakcji zawieranych pomiędzy konsumentami a przedsiębiorcami wymusza tworzenie coraz większej liczby regulacji odnoszących się do tej sfery stosunków prawnych. Konsument jest niejako słabszą stroną umowy zawieranej z przedsiębiorcą. Nie posiada on doświadczenia ani specjalistycznej wiedzy z danej branży, którą dysponuje przedsiębiorca. Różnice te skutkują koniecznością równoważenia pozycji przedsiębiorców i konsumentów. Odbywa się to w drodze nakładania na profesjonalistów dodatkowych obowiązków przed zawarciem umowy, głównie o charakterze informacyjnym¹. Z drugiej strony konsumenci zyskują szczególne uprawnienia, których celem jest spowodowanie, iż relacja na linii *business to consumer* (B2C) będzie bardziej wyrównana.

Celem Unii Europejskiej jest wspieranie dobrobytu jej mieszkańców². Unijna wizja dobrobytu obejmuje ochronę konsumentów oraz wymuszoną przez nią odpowiednią politykę przedsiębiorców, która przekłada się na zwiększenie konkurencyjności produktów pochodzenia unijnego w światowej gospodarce. Potrzeba ochrony konsumentów stanowi naturalną konsekwencję prowadzonej polityki integracyjnej, nastawionej na urzeczywistnienie swobód wyrażonych w traktatach konstytuujących Unię Europejską. Naturalnym kosztem integracji są zagrożenia dla konsumenta (jego życia, zdrowia, bezpieczeństwa i interesów ekonomicznych). Dla zrównoważenia intensywnych zabiegów, mających zapewnić swobodny przepływ towarów, usług, pracowników, kapitału

¹ P. Marano, I. Rokas, P. Kochenburger, *The 'dematerialized' insurance. Distance Selling and Cyber Risks from an International Perspective*, Switzerland 2016, s. 164.

² Art. 3 ust. 1 Traktatu o Unii Europejskiej z dnia 7 lutego 1992 r., Dz. Urz. UE C-326 z 26.10.2012 r., P. 0001-0390, dalej TUE.

oraz swobodę przedsiębiorczości, niezbędne jest przeciwdziałanie skutkom integracji europejskiej, które mogłyby negatywnie oddziaływać na interesy konsumentów³. Dążenie do ochrony konsumenta jest jednak jedną z barier swobody świadczenia usług i swobody przedsiębiorczości, które stanowią filary Unii Europejskiej. Aby umożliwić więc realizację swobody przedsiębiorczości i swobodę świadczenia usług, a przy tym zapewnić możliwie szeroki i jednolity na terytorium całej wspólnoty europejskiej zakres ochrony konsumentów, państwa członkowskie zdecydowały się podzielić kompetencjami w zakresie ochrony konsumentów z organami Unii Europejskiej⁴.

Jednym z rynków, na którym różnice pomiędzy przedsiębiorcami jako profesjonalistami a konsumentami jako podmiotami nieposiadającymi szczególnego doświadczenia widoczne są najmocniej, jest rynek usług finansowych. Ze względu na złożoność zawieranych na nim transakcji uczestniczący w nim konsumenci wymagają szczególnego traktowania i podwyższonego poziomu ochrony. Szczególnym rodzajem transakcji zawieranych między konsumentami a przedsiębiorcami są transakcje zawierane na odległość, bez równoczesnej obecności stron. Dążąc do uregulowania tego segmentu wspólnego rynku, organy Unii Europejskiej w 2002 r. wydały dyrektywę 2002/65/WE z dnia 23 września 2002 r. dotyczącą sprzedaży konsumentom usług finansowych na odległość oraz zmieniającą dyrektywę Rady 90/619/EWG oraz dyrektywy 97/7/WE i 98/27/WE. Dyrektywa ta jako środek harmonizacji skuteczny jedynie pośrednio wymagała implementacji do porządku prawnego państw członkowskich. W art. 6 ust. 1 tej dyrektywy wskazano, iż konsumentowi przysługuje prawo do odstąpienia od umowy zawartej na odległość dotyczącej usług finansowych w ciągu 14 dni od zawarcia umowy. Dokonując jednak implementacji tej dyrektywy do krajowego porządku prawnego, władze państw członkowskich niekiedy określały termin na dokonanie tego odstąpienia w sposób odmienny niż w dyrektywie. Było to podyktowane dopuszczalnością zastosowania rozwiązań korzystniejszych dla konsumenta niż te przyjęte w dyrektywie. Wobec rozbieżności pomiędzy normami dyrektywy a prawa krajowego powstawały wątpliwości, czy zgodne z prawem unijnym jest uregulowanie, w myśl którego konsumentowi przysługuje prawo do odstąpienia od umowy w terminie innym niż określony w art. 6 ust. 1 dyrektywy⁵. Wątpliwości te rozstrzygnął Trybunał Sprawiedliwości w wyroku w sprawie *Romano* o sygn. akt C-143/18 z dnia 11 września 2019 r.

³ A. Tischner, *Pojęcie „przeciętny konsument” w ustawie o przeciwdziałaniu nieuczciwym praktykom rynkowym na tle prawa i orzecznictwa Unii Europejskiej*, Kraków 2012, s. 92.

⁴ Art. 4 ust. 2 lit. f Traktatu o funkcjonowaniu Unii Europejskiej z dnia 25 marca 1957 r., Dz. Urz. UE C-326 z 26.10.2012 r., P. 0001-0390, dalej TFUE.

⁵ Justice and Consumers Department, *Evaluation of Directive 2002/65/EC on Distance Marketing of Consumer Financial Services Final Report*, 2020, s. 120.

1. Stan faktyczny i rozstrzygnięcie Trybunału Sprawiedliwości

Trybunał Sprawiedliwości (dalej jako: „Trybunał”) w wyroku z dnia 11 września 2019 r. o sygn. akt C-143/18 rozstrzygnął sprawę pomiędzy Antonio i Lidią Romano a DSL Bank. Przedmiotem tego postępowania były pytania prejudycjalne wystosowane przez sąd krajowy w Bonn (Niemcy) w związku z wytoczeniem przez A. i L. Romano powództwa o ustalenie prawa konsumenta do odstąpienia od umowy kredytu zawartej na odległość. Odpowiadając na przedstawione pytania prejudycjalne, Trybunał dokonał wykładni przepisów dyrektywy 2002/65/WE Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 23 września 2002 r. dotyczącej sprzedaży konsumentom usług finansowych na odległość oraz zmieniającej dyrektywę Rady 90/619/EWG oraz dyrektywy 97/7/WE i 98/27/WE (dalej jako: dyrektywa).

W październiku 2007 r. Antonio i Lidia Romano zawarli z DSL Bank, będącym instytucją kredytową, umowę kredytu przeznaczonego na sfinansowanie nieruchomości, którą zajmowali na cele prywatne. Kredyt ten miał być obciążony stałą, roczną stopą procentową, do dnia 31 grudnia 2017 r. Kredytobiorcy mieli dokonać wstępnej spłaty w wysokości 2% kapitału i następnie spłacać miesięczne raty w wysokości 548,53 EUR z tytułu odsetek oraz część kapitału. Spłata miała rozpocząć się w dniu 30 listopada 2007 r., wraz z płatnością pierwszej raty. Udzielenie kredytu było uzależnione od ustanowienia zabezpieczenia w postaci hipoteki na nieruchomości, której dotyczy sprawa.

DSL Bank przesłał A. i L. Romano na piśmie uprzednio wypełniony „wniosek o udzielenie kredytu” wraz z dokumentem informacyjnym zawierającym pouczenie o odstąpieniu od umowy, przypomnieniem warunków przyznania kredytu, warunkami finansowania, a także „arkuszem informacyjnym dla konsumenta dotyczącym kredytu na zakup nieruchomości”. Wspomniany dokument informacyjny dotyczący prawa konsumenta do odstąpienia od umowy kredytu uściślał między innymi, że „w przypadku, w którym umowa zostanie w pełni wykonana, a kredytobiorca wyrazi na to wyraźną zgodę, prawo do odstąpienia wygasa z wyprzedzeniem”. A. i L. Romano podpisali wniosek o udzielenie kredytu, dokument informacyjny dotyczący prawa odstąpienia od umowy, a także potwierdzenie odbioru arkusza informacyjnego dla konsumenta dotyczącego kredytu na zakup nieruchomości i dostarczyli podpisany egzemplarz tych dokumentów do DSL Bank. Następnie DSL Bank drogą listowną zaakceptował wniosek A. i L. Romano o udzielenie kredytu. Antonio i Lidia Romano następnie ustanowili uzgodnioną hipotekę. Na ich żądanie DSL Bank wypłacił całość kredytu. Antonio i Lidia Romano zaczęli następnie dokonywać uzgodnionych spłat rat kapitałowo-odsetkowych.

Pismem z 8 czerwca 2016 r. A. i L. Romano złożyli oświadczenie o skorzystaniu z prawa do odstąpienia od umowy zawartej w 2007 r. i podnieśli, że dokument informacyjny był niezgodny z prawem niemieckim w zakresie prawa odstąpienia. DSL Bank

podważył skuteczność wykonania prawa odstąpienia. A. i L. Romano wystąpili do sądu krajowego w Bonn (Niemcy) z powództwem o stwierdzenie, że na skutek dokonanego odstąpienia od umowy DSL Bank nie był już uprawniony do dochodzenia praw przysługujących mu z tytułu przedmiotowej umowy kredytu. A. i L. Romano ponadto zażądali zwrotu przez DSL Bank kwot wypłaconych na podstawie tej umowy przed odstąpieniem, a także zapłaty odszkodowania z tytułu pożytków z tych kwot⁶.

Wobec wystąpienia w sprawie kwestii implementacji dyrektywy sąd krajowy zdecydował się skierować do Trybunału Sprawiedliwości pytania prejudycjalne. W pierwszym pytaniu sąd krajowy rozważał, czy art. 6 dyrektywy stoi na przeszkodzie takim uregulowaniom i praktyce krajowej, które w odniesieniu do umowy o usługi finansowe zawartej na odległość między przedsiębiorcą a konsumentem nie wykluczają prawa konsumenta do odstąpienia od umowy w przypadku, gdy umowa ta została wykonana w całości przez obie strony na wyraźne życzenie konsumenta, zanim konsument ten skorzysta ze swego prawa do odstąpienia od takiej umowy.

Drugie rozważane przez Trybunał pytanie dotyczyło tego, czy art. 5 dyrektywy należy interpretować w ten sposób, że ciążący na przedsiębiorcy, który zawiera na odległość z konsumentem umowę o świadczenie usług finansowych, obowiązek poinformowania w sposób jasny i zrozumiały dla przeciętnego konsumenta właściwie poinformowanego, dostatecznie uważnego i rozsądnego zgodnie z wymogami prawa Unii Europejskiej, zanim konsument ten jest związany umową zawartą na odległość lub ofertą, o prawie do odstąpienia od umowy jest naruszony, gdy przedsiębiorca ten informuje konsumenta o prawie do odstąpienia w sposób zgodny z wymogami określonymi w dyrektywie, ale w sposób niezgodny ze wzorem pouczenia ustalonym w prawie krajowym.

Sąd krajowy zadał ponadto jeszcze dwa pytania, jednak udzielenie na nie odpowiedzi było uzależnione od odpowiedzi udzielonej na wcześniejsze pytania. W związku z treścią odpowiedzi udzielonej na powyżej przytoczone pytania, Trybunał Sprawiedliwości odstąpił od udzielenia odpowiedzi na pozostałe pytania sądu krajowego. Z tego też względu nie będą one stanowiły przedmiotu niniejszej glosy.

Trybunał doszedł do przekonania, iż art. 6 ust. 1 dyrektywy w związku z jej art. 1 ust. 1 oraz w świetle motywu 13 tej dyrektywy stoi na przeszkodzie takim uregulowaniom i praktyce krajowej, które w odniesieniu do umowy o usługi finansowe zawartej na odległość między przedsiębiorcą a konsumentem nie wykluczają prawa konsumenta do odstąpienia od umowy w przypadku, gdy umowa ta została wykonana w całości przez

⁶ Wyrok Trybunału Sprawiedliwości Unii Europejskiej z dnia 11 września 2019 r. w sprawie C-143/18 *Antonio Romano, Lidia Romano przeciwko DSL Bank – filia DB Privat – und Firmenkundenbank AG*, uzasadnienie pkt 17-25, ECLI:EU:C:2019:701.

obie strony na wyraźne życzenie konsumenta, zanim konsument ten skorzysta ze swego prawa do odstąpienia od takiej umowy⁷.

Trybunał stwierdził ponadto, iż art. 5 ust. 1 dyrektywy w związku z jej art. 3 ust. 1 pkt 3 lit. a oraz art. 6 ust. 2 lit. c należy interpretować w ten sposób, że ciążący na przedsiębiorcy, który zawiera na odległość z konsumentem umowę o świadczenie usług finansowych, obowiązek poinformowania w sposób jasny i zrozumiały dla przeciętnego konsumenta właściwie poinformowanego, dostatecznie uważnego i rozsądnego, zgodnie z wymogami prawa Unii, zanim konsument ten jest związany umową zawartą na odległość lub ofertą, o prawie do odstąpienia od umowy nie jest naruszony, gdy przedsiębiorca ten informuje konsumenta, iż prawo do odstąpienia nie ma zastosowania do umowy wykonanej w całości przez obydwie strony na wyraźne życzenie konsumenta, zanim ten ostatni wykona swoje prawo do odstąpienia, nawet jeżeli informacja ta nie odpowiada uregulowaniu krajowemu, które przewiduje, że w takim przypadku prawo do odstąpienia od umowy znajduje zastosowanie⁸.

Z powyższego wynika, iż państwa członkowskie są związane czternastodniowym terminem na odstąpienie przez konsumenta od umowy o świadczenie usług finansowych zawartej na odległość i nie mogą tego terminu modyfikować, choćby modyfikacja ta była korzystniejsza dla konsumentów niż termin wskazany w art. 6 ust. 1 dyrektywy. Z odpowiedzi na drugie z pytań prejudycjalnych wynika z kolei, iż z samego faktu błędnego poinformowania konsumenta przez przedsiębiorcę o prawie do odstąpienia od umowy nie można wywodzić uprawnienia tego konsumenta do odstąpienia od umowy w dowolnym czasie po jej wykonaniu przez każdą ze stron.

Takie rozstrzygnięcie Trybunału należy uznać za właściwe i uzasadnione. Przedmiotem niniejszej glosy będzie analiza orzeczenia Trybunału Sprawiedliwości wraz z próbą uzasadnienia słuszności decyzji podjętej przez Trybunał i ukazania znaczenia orzeczenia w sprawie C-143/18 dla ukształtowania linii orzeczniczej Trybunału i innych sądów w podobnych sprawach. Wobec ciągłego rozwoju rynku transakcji finansowych zawieranych na odległość temat ten jest niezwykle istotny, a prawo konsumenta do odstąpienia od takiej umowy wymaga dokładnego omówienia.

2. Prawo niemieckie mające zastosowanie w sprawie

Analizując przedmiotowe orzeczenie Trybunału Sprawiedliwości, należy poruszyć kwestię implementacji dyrektywy do niemieckiego porządku prawnego. Kwestię uprawnienia konsumenta do odstąpienia od umowy o świadczenie usług finansowych zawartej

⁷ *Ibidem*, orzeczenie pkt 1.

⁸ *Ibidem*, orzeczenie pkt 2.

na odległość reguluje niemiecki kodeks cywilny (Bürgerliches Gesetzbuch, dalej również jako BGB). Ustawa ta, w brzmieniu obowiązującym w okresie, którego dotyczyło postępowanie w sprawie o sygn. akt C-143/18, odnosiła się do kwestii uprawnienia konsumenta do odstąpienia od umowy o usługi finansowe zawartej na odległość w § 355 ust. 3 BGB⁹.

Artykułem tym dokonano implementacji art. 6 ust. 1 dyrektywy do niemieckiego porządku prawnego. Przepis ten, w ówczesnym brzmieniu, w przeciwieństwie do art. 6 ust. 1 dyrektywy określał jednak sześciomiesięczny termin, w jakim konsument mógł skorzystać z przysługującego mu uprawnienia do odstąpienia od umowy. Orzecznictwo niemieckiego federalnego trybunału sprawiedliwości stało więc na stanowisku, iż konsument może z tego uprawnienia skorzystać w każdym czasie po zawarciu umowy, niezależnie od jej pełnego wykonania przez każdą ze stron, w sytuacji gdy przedsiębiorca nie pouczył konsumenta o prawie do odstąpienia w sposób określony w prawie niemieckim¹⁰. Zdaniem Trybunału Sprawiedliwości taka praktyka stała w sprzeczności z art. 6 ust. 1 dyrektywy. Takie rozstrzygnięcie Trybunału należy uznać za słuszne, zarówno w zakresie zapewnienia odpowiedniego poziomu harmonizacji ustawodawstw państw członkowskich UE, jak i w kontekście dążenia do zapewnienia stabilności stosunków umownych pomiędzy uczestnikami rynku.

3. Maksymalizacja poziomu harmonizacji ustawodawstw państw członkowskich a szerszy zakres ochrony konsumentów w prawie krajowym

Unia Europejska już w prawie pierwotnym kładzie duży nacisk na ochronę praw konsumentów. Przepisy Traktatu o funkcjonowaniu Unii Europejskiej z 25 marca 1957 r. (dalej jako: TFUE) wskazują, iż ochrona konsumentów jest jednym z celów Unii Europejskiej¹¹. Dziedzina ta należy do kompetencji dzielonych pomiędzy Unię i państwa członkowskie¹². „Dążąc do popierania interesów konsumentów i zapewnienia wysokiego poziomu ochrony konsumentów, Unia przyczynia się do ochrony [...] interesów gospodarczych konsumentów, jak również wspierania ich prawa do informacji, [...] w celu zachowania ich interesów”¹³.

Środki zmierzające do urzeczywistnienia ochrony konsumentów przyjmowane przez organy Unii Europejskiej można podzielić na przyjmowane w ramach urzeczywist-

⁹ *Ibidem*, uzasadnienie pkt 15.

¹⁰ *Ibidem*, uzasadnienie pkt 27.

¹¹ Art. 12 TFUE.

¹² *Ibidem*, art. 4 ust. 2 lit. f.

¹³ *Ibidem*, art. 169 ust. 1.

niania wspólnego rynku wewnętrznego oraz na wspierające, uzupełniające i nadzorujące politykę prowadzoną przez państwa członkowskie w zakresie ochrony konsumentów. Należy przy tym zaznaczyć, iż, co do zasady, państwa członkowskie mogą przyjmować bardziej rygorystyczne środki ochrony konsumentów niż te wprowadzane przez organy UE¹⁴. Dyrektywę 2002/65/WE należy uznać za środek przyjęty w ramach urzeczywistniania wspólnego rynku wewnętrznego. Taka klasyfikacja tego aktu normatywnego oznacza również, stosownie do art. 169 ust. 3 w zw. z art. 169 ust. 2 lit. a TFUE, zmniejszenie poziomu dopuszczalnych modyfikacji, których mogą dokonać państwa członkowskie w drodze implementacji treści tej dyrektywy do krajowego porządku prawnego.

Na ograniczenie poziomu dopuszczalnych modyfikacji, których mogą dokonać państwa członkowskie, implementując treść omawianej dyrektywy do krajowego porządku prawnego, wpływa również brzmienie motywu 13 tej dyrektywy. Jakkolwiek motywy zawarte w treści dyrektyw nie stanowią części normatywnej¹⁵ i nie są prawnie wiążące dla państw członkowskich, to stanowią istotny punkt odniesienia przy ich interpretacji. Brzmienie motywu 13 omawianej dyrektywy ma jednak charakter niemal normatywny, dzięki czemu wskazuje konkretny kierunek jej interpretacji, w którym podążył również Trybunał, dokonując wykładni art. 6 ust. 1 tej dyrektywy. Zgodnie z motywem 13 omawianej dyrektywy jej postanowienia mają na celu maksymalne zbliżenie ustawodawstw państw członkowskich w zakresie ochrony konsumentów na rynku usług finansowych w celu zapewnienia swobodnego przepływu usług finansowych. Dlatego też motyw ten wskazuje, iż państwa członkowskie nie powinny mieć możliwości przyjmowania innych przepisów niż przepisy ustanowione w niniejszej dyrektywie w obszarach, które ona harmonizuje, chyba że inaczej postanowiono w niniejszej dyrektywie.

Wobec powyższego powstaje niejako konflikt wartości pomiędzy dążeniem do maksymalizacji poziomu ochrony konsumentów a pragnieniem osiągnięcia możliwie wysokiego poziomu harmonizacji ustawodawstw państw członkowskich oraz ujednolicenia zasad prowadzenia działalności na rynku wspólnotowym. Maksymalizacja poziomu harmonizacji porządków prawnych w państwach członkowskich wynika z dążenia Unii Europejskiej do urzeczywistnienia swobody świadczenia usług na takich samych zasadach na całym terytorium Unii. Z drugiej jednak strony Unia Europejska jako wspólnota dąży do maksymalizacji poziomu ochrony konsumenta, dając państwom członkowskim możliwość przyjęcia rozwiązań bardziej korzystnych dla konsumentów niż minimum ochrony ich praw wskazane w większości aktów prawa wspólnotowego.

¹⁴ T.-J. Chen (red.), *An International Comparison of Financial Consumer Protection*, Republic of Korea 2018.

¹⁵ Wspólny Przewodnik Praktyczny Parlamentu Europejskiego, Rady i Komisji przeznaczony dla osób redagujących akty prawne Unii Europejskiej, pkt 10.1, <https://eur-lex.europa.eu/content/techleg/KB0213228PLN.pdf> [dostęp: 12.05.2021].

Swoboda świadczenia usług na całym terytorium UE wynika z art. 56 TFUE. W celu urzeczywistnienia swobody świadczenia usług organy Unii Europejskiej przyjmują dyrektywy. Aby faktycznie urzeczywistnić swobodę świadczenia usług w zakresie usług finansowych, zdecydowano o wprowadzeniu jednolitego poziomu ochrony konsumenta na rynku usług finansowych świadczonych na odległość. Takie rozwiązanie zwiększa pewność prawa po stronie przedsiębiorców, którzy świadcząc usługi w różnych państwach członkowskich, muszą spełnić jednakowe wymagania w zakresie zapewnienia odpowiedniego poziomu ochrony konsumentów. Takie rozwiązanie wpisuje się w politykę ułatwiania przedsiębiorcom świadczenia usług na całym terytorium UE, dzięki czemu mogą oni wykorzystać w całości potencjał rynku wspólnotowego.

Ochrona konsumenta nie doznaje przy tym żadnego uszczerbku. Nawet ograniczając kompetencję państw członkowskich do przyjęcia bardziej korzystnych dla konsumentów środków na rzecz jednolitej regulacji na całym obszarze Wspólnoty, organy Unii Europejskiej nie zachwiały dotychczasowym modelem ochrony konsumenta. Co prawda przy dokonywaniu na odległość lub poza lokalem przedsiębiorstwa innych transakcji niż te dotyczące usług finansowych istnieje możliwość wydłużenia czternastodniowego terminu na odstąpienie przez konsumenta od umowy zawartej na odległość lub poza lokalem przedsiębiorcy, ale jest to uprawnienie samych przedsiębiorców, wynikające z zasady swobody umów, a nie narzucone mocą przepisów prawa powszechnie obowiązującego. Państwa mogą przedłużyć ten termin do 30 dni, jednak zostało to wyraźnie przewidziane w dyrektywie Parlamentu Europejskiego i Rady 2011/83/UE z dnia 25 października 2011 r. W dyrektywie dotyczącej świadczenia usług finansowych na odległość wydłużono jedynie termin na odstąpienie od umowy w odniesieniu do usług ubezpieczeniowych.

Należy przy tym założyć racjonalność prawodawczych organów UE. Dyrektywa 2011/83/UE w sprawie praw konsumentów jest oczywiście aktem późniejszym niż dyrektywa dotycząca sprzedaży konsumentom usług finansowych na odległość, jednak gdyby organy prawodawcze UE zamierzały, po wprowadzeniu dyrektywy z 2011 r., dopuścić analogicznie możliwość przedłużenia terminu na odstąpienie od umowy na poziomie prawa krajowego, to właściwy zapis w tym zakresie znalazłby się w tekście dyrektywy, tak jak ma to miejsce w przypadku dyrektywy 2011/83/UE. Nic nie stało bowiem na przeszkodzie dokonaniu nowelizacji dyrektywy z 2002 r. po uchwaleniu dyrektywy z 2011 r. Wobec powyższego należy uznać, iż celem prawodawcy unijnego było wskazanie konkretnego terminu, w którym konsumentowi winno przysługiwać prawo odstąpienia od umowy o usługi finansowe zawartej na odległość. Po tak przeprowadzonej analizie należy uznać, iż Trybunał Sprawiedliwości słusznie wskazał, iż ustawodawca niemiecki, dokonując implementacji dyrektywy 2002/65/WE, nie był uprawniony do

określenia terminu wykonania uprawnienia konsumenta do odstąpienia od umowy o usługi finansowe zawartej na odległość, w sposób inny niż wskazany w art. 6 ust. 1 tej dyrektywy. Orzeczeniem w sprawie *Romano* Trybunał wpisał się również w tendencję do interpretacji aktów unijnego prawa ochrony konsumentów jako zakładających najwyższy, niemal rozporządzeniowy poziom harmonizacji systemów prawnych państw członkowskich¹⁶.

4. Model „dostatecznie rozważnego konsumenta” jako granica ochrony konsumentów w prawie Unii Europejskiej a prawo do odstąpienia od umowy

Drugie z pytań prejudycjalnych sformułowanych przez niemiecki sąd krajowy dotyczyło tego, czy art. 4 ust. 2, art. 5 ust. 1, art. 6 ust. 1 akapit drugi tiret drugie i art. 6 ust. 6 dyrektywy 2002/65/WE należy interpretować w ten sposób, że dla prawidłowego otrzymania informacji przewidzianych w prawie krajowym zgodnie z art. 5 ust. 1, art. 3 ust. 1 pkt 3 lit. a) dyrektywy i wykonania prawa odstąpienia od umowy przez konsumenta zgodnie z prawem krajowym należy odnieść się wyłącznie do przeciętnego konsumenta, właściwie poinformowanego oraz dostatecznie uważnego i rozsądnego, w świetle całokształtu istotnych okoliczności faktycznych, jak i ogółu okoliczności towarzyszących zawarciu tej umowy. Sąd krajowy pytaniem tym zmierzał do stwierdzenia przez Trybunał, czy zgodne z prawem Unii Europejskiej jest stosowanie przez sądy krajowe modelu konsumenta mniej rozważnego niż „modelowy” konsument uwzględniany w orzecznictwie Trybunału Sprawiedliwości.

Pytanie to wynikało z faktu, iż DSL Bank nie poinformował A. i L. Romano, iż prawo do odstąpienia od umowy wygasa, jeśli umowa zostanie wykonana w całości na wyraźne życzenie konsumenta przez obie strony przed upływem terminu na wykonanie prawa do odstąpienia od umowy. A. i L. Romano zażądali wykonania umowy przez DSL Bank przed upływem terminu na wykonanie przysługującego im prawa do odstąpienia. Tym samym przysługujące im prawo do odstąpienia od tej umowy wygasło w chwili wykonania jej przez bank. Prawo krajowe nakładało surowsze wymogi w zakresie przekazania tej informacji konsumentom niż te określone w art. 3 ust. 1 dyrektywy. Dlatego też A. i L. Romano wnosili o uznanie, iż DSL Bank nie przekazał im informacji o prawie do odstąpienia w sposób wymagany przepisami prawa krajowego. Na tej podstawie powodowie wnosili o uznanie, iż ich prawo do odstąpienia nie wygasło pomimo pełnego

¹⁶ A. Kunkiel-Kryńska, *Metody harmonizacji prawa konsumenckiego w Unii Europejskiej i ich wpływ na procesy implementacyjne w państwach członkowskich*, Warszawa 2013.

wykonania umowy przez obie strony przed upływem terminu na wykonanie prawa do odstąpienia od umowy.

Ochrona konsumenta w prawie unijnym nie ma charakteru bezwzględnego. Ograniczona jest między innymi modelem konsumenta właściwie poinformowanego, dostatecznie uważnego i rozsądnego w świetle wszystkich istotnych okoliczności faktycznych i wszystkich faktów przytoczonych w ramach negocjowania umowy. Takie ograniczenie zostało wypracowane we wcześniejszym orzecznictwie Trybunału Sprawiedliwości. Już w orzeczeniu w sprawie C-470/93 *Verein gegen Unwesen in Handel und Gewerbe Köln e.V. przeciwko Mars GmbH*¹⁷ Trybunał stwierdził, iż „od przeciętnie zorientowanego konsumenta należy oczekiwać, iż wie o tym, że nie zawsze zachodzi związek pomiędzy wielkością napisu promującego zwiększoną objętość produktu, a rzeczywistą wielkością produktu. W orzeczeniu tym Trybunał, analizując wprowadzający w błąd charakter kampanii reklamowej, dokonał oceny jej skutków nie empirycznie *ex post*, [...] lecz jej wprowadzający w błąd charakter zbadany został *ex ante* na podstawie normatywnie uzasadnionych oczekiwań względem ostrożnego konsumenta i jego roli w działaniach rynkowych”¹⁸.

W tę samą linię orzecniczą w zakresie modelu świadomego konsumenta wpisuje się również wyrok Trybunału Sprawiedliwości w sprawie *A. i L. Romano*. W uzasadnieniu orzeczenia wskazano bowiem, iż przy ocenie prawidłowości przekazania przez przedsiębiorcę informacji o prawie konsumenta do odstąpienia od umowy należy uwzględnić jedynie sposób postrzegania przez przeciętnego konsumenta, czyli konsumenta, który jest właściwie poinformowany, dostatecznie uważny i rozsądny¹⁹.

Tym samym odpowiadając na drugie pytanie prejudycjalne, Trybunał wskazał, iż nawet jeśli DSL Bank, przekazując A. i L. Romano informację o tym, iż prawo do odstąpienia wygaśnie w przypadku wykonania umowy przed terminem na dokonanie tego odstąpienia, nie dochował wymogów określonych w prawie krajowym, to nie może to być uznane za naruszenie przepisów prawa unijnego. Naruszeniem takim jest natomiast nakładanie na przedsiębiorców wyższych niż określone w dyrektywie obowiązków informacyjnych przez przepisy prawa krajowego. Tym samym konsumentowi nie przysługuje prawo do odstąpienia od umowy po jej pełnym wykonaniu przez przedsiębiorcę, jeśli przekazana przez tego ostatniego informacja o przysługującym konsumentowi prawie do odstąpienia odpowiada wymogom określonym w art. 3 dyrektywy.

Należy zgodzić się ze stanowiskiem Trybunału Sprawiedliwości w omawianym zakresie wyrażonym w wyroku będącym przedmiotem niniejszej glosy. Jak wskazano po-

¹⁷ Wyrok Trybunału (piąta izba) z 6 lipca 1995 r. w sprawie C-470/93 *Verein gegen Unwesen in Handel und Gewerbe Köln e.V. przeciwko Mars GmbH*, ECLI:EU:C:1995:224.

¹⁸ *Ibidem*, s. 95.

¹⁹ *Ibidem*, uzasadnienie pkt 54.

wyżej, dyrektywa 2002/65/WE wprowadza stosunkowo wysoki poziom integracji prawa wśród państw członkowskich. Wynika to z dążenia organów Unii Europejskiej do urzeczywistnienia swobody prowadzenia działalności gospodarczej. Aby to osiągnąć, należy wprowadzić jednolite wymagania dla przedsiębiorców w zakresie informacji przekazywanych konsumentom. Równocześnie ci ostatni muszą być świadomymi uczestnikami rynku, potrafiącymi wysnuć odpowiednie wnioski na podstawie kierowanych do nich komunikatów. Przedsiębiorca nie może też ponosić negatywnych skutków spełnienia obowiązku informacyjnego, jaki nakłada na niego prawo wspólnotowe, jeśli realizuje go zgodnie z wzorcem wskazanym w akcie stanowiącym część tego systemu prawnego. Gdyby bowiem dopuścić możliwość nakładania na przedsiębiorców większej liczby obowiązków (w tym obowiązków informacyjnych) w prawie krajowym poszczególnych państw członkowskich, powodowałoby to u przedsiębiorców brak pewności prawa i prowadziło do zaburzeń stabilności wspólnego rynku europejskiego.

5. Ochrona konsumentów a stabilność kontraktowa

Stabilność kontraktowa i pewność prawa stanowią, obok m.in. równego poziomu ochrony konsumentów, główne filary wspólnego rynku europejskiego, do którego urzeczywistnienia dąży Unia Europejska²⁰. Z jednej strony tworzenie jednolitych reguł prowadzenia działalności gospodarczej na całym terytorium wspólnoty europejskiej umożliwia równy dostęp przedsiębiorców do rynków wszystkich państw członkowskich, a z drugiej umożliwia konsumentom swobodny dostęp do usług świadczonych przez przedsiębiorców mających swoje siedziby w dowolnym miejscu na terytorium Unii Europejskiej. Eliminując bariery w działalności transgranicznej, wspólnota europejska przyczynia się do rozwoju przedsiębiorców mających siedziby na terytorium państw członkowskich, przez co zwiększa ich konkurencyjność na rynku globalnym. Ochrona praw konsumentów przyspiesza dodatkowo rozwój przedsiębiorstw, w tym instytucji finansowych, działających zgodnie z prawem, eliminuje bowiem oszukańcze praktyki finansowe²¹.

Aby rozwój ten mógł być kontynuowany, przedsiębiorcy muszą poruszać się w stabilnym środowisku prawnym. Częste i gwałtowne zmiany kierunków prawodawców krajowych wpływałyby niekorzystnie na długoterminowe polityki i dalekowzroczne plany przedsiębiorców. Stabilność tę gwarantuje Unia Europejska, która stanowiąc prawo, kieruje się m.in. jego stabilnością i przewidywalnością. Stabilność prawa nie może przy tym dotyczyć jedynie prawa publicznego. Prowadzenie działalności gospodarczej,

²⁰ Art. 3 ust. 3, pkt 9 preambuły TUE.

²¹ B. Obama, *Ziemia obiecana*, t. I, Warszawa 2021, s. 228.

szczególnie na skalę międzynarodową, wymaga stabilności również w sferze stosunków prywatnoprawnych. Ze względu na brak równowagi pomiędzy przedsiębiorcą a konsumentem nadanie temu ostatniemu pewnych dodatkowych uprawnień uznać należy za w pełni uzasadnione. Jednak nadawanie uprawnień konsumentom powinno prowadzić do wyrównania pozycji konsumenta i przedsiębiorcy, a nie generowania nadmiernych różnic, które stawiałyby tego pierwszego w pozycji uprzywilejowanej. Nadanie konsumentom uprawnienia do odstąpienia od umowy zawartej na odległość oraz nałożenie na przedsiębiorców określonych obowiązków informacyjnych z jednej strony, a ograniczenie w czasie uprawnienia do odstąpienia od umowy zawartej na odległość przysługującego konsumentowi z drugiej, ma służyć równoważeniu pozycji i kompetencji stron stosunków z kategorii B2C.

Mając na uwadze zachowanie równowagi pomiędzy stronami umowy o usługi finansowe, organy Unii Europejskiej zdecydowały o nadaniu konsumentowi uprawnienia do odstąpienia od takiej umowy w sytuacji zawarcia jej na odległość. Uprawnienie to ma charakter kształtujący, wpływa na istnienie lub nieistnienie stosunku prawnego. Z tego względu nie może ono być bezterminowe. Ograniczenie czasowe tego uprawnienia chroni przy tym zarówno przedsiębiorcę, jak i samego konsumenta. Odstąpienie bowiem od umowy skutkuje fikcją jej nieistnienia od początku, co wiąże się z koniecznością natychmiastowego rozliczenia pomiędzy stronami, które muszą dokonać zwrotu wzajemnych świadczeń.

Konsument musi zwrócić instytucji finansowej wszystko, co od niej otrzymał (całą kwotę kredytu), a instytucja musi zwrócić konsumentowi wszelkie prowizje i odsetki, jakie pobrała od niego po zawarciu umowy. Banki i instytucje finansowe z reguły na bieżąco dysponują dość dużymi sumami pieniędzy, więc z ich punktu widzenia rozliczenie się z pojedynczymi konsumentami nie stanowiłoby większego wyzwania. Problematyczne mogłoby być zwrócenie świadczeń w przypadku, gdyby większa liczba klientów zdecydowała się na odstąpienie od zawartych umów w jednym czasie. Rozliczenie się byłoby trudniejsze z punktu widzenia konsumenta. Po upływie dłuższego czasu od zawarcia umowy konsument może nie dysponować już całą kwotą kredytu, która powinna zostać spożytkowana na cel wskazany w umowie kredytu. Znalezienie więc w krótkim czasie środków finansowych w wysokości równej sumie kredytu mogłoby być utrudnione, jeśli nie niemożliwe.

Ustanowienie więc określonego terminu na wykonanie przez konsumenta prawa do odstąpienia chroni interesy zarówno instytucji kredytowej, jak i samego konsumenta. Równocześnie wskazany w dyrektywie termin 14 dni pozwala konsumentowi w pełni rozważyć skutki zawartej umowy i przeanalizować podjętą decyzję. Z drugiej strony in-

stytucja kredytowa w tym terminie nie wykonuje jeszcze zawartej umowy, co ogranicza jej ryzyko związane z wykonaniem przez konsumenta prawa odstąpienia.

Konsumentowi przysługuje prawo żądania wykonania przez instytucję kredytową zawartej umowy przed upływem terminu na odstąpienie od umowy. W tym przypadku, w momencie pełnego wykonania umowy przez instytucję kredytową, prawo konsumenta do odstąpienia od umowy wygasa (pomimo braku upływu terminu 14 dni), o czym konsument musi zostać wcześniej poinformowany. Elementy pouczenia konsumenta określa art. 3 ust. 1 pkt 3 oraz art. 5 ust. 1 dyrektywy. Trybunał Sprawiedliwości stwierdził, iż wymogi określone w tych przepisach są wyczerpujące i państwa członkowskie UE nie mogą nakładać na przedsiębiorców większych obciążeń w zakresie informowania konsumenta, niż te wynikające z dyrektywy, a konsument nie może korzystać z prawa do odstąpienia, jeśli przekazana mu informacja jest zgodna z wymogami określonymi w dyrektywie, nawet jeśli prawo krajowe nakłada na przedsiębiorców surowsze wymagania w tym zakresie. Rozstrzygnięcie takie należy uznać za słuszne z dwóch powodów. Po pierwsze nakładanie dodatkowych obowiązków na podstawie prawa krajowego byłoby sprzeczne z zasadą swobody przedsiębiorczości i świadczenia usług, ponieważ przedsiębiorcy działający na terytoriach kilku państw musieliby na każdym z nich stosować inną treść pouczenia, wynikającą z prawa krajowego. Po drugie uznanie, iż w przypadku wadliwego pouczenia, ale zgodnego z brzmieniem dyrektywy, konsumentowi przysługuje prawo do odstąpienia od umowy w dowolnym czasie po jej wykonaniu, zaburzałoby stabilność kontraktową i groziłoby zaburzeniem funkcjonowania instytucji kredytowych oraz tworzyłoby ryzyko dla samych konsumentów.

Biorąc powyższe pod uwagę, należy zgodzić się ze stanowiskiem Trybunału wyrażonym w ramach odpowiedzi na drugie z pytań prejudycjalnych w wyroku w sprawie C-143/18.

6. Linia orzecznicza

Słuszność stanowiska Trybunału potwierdza również powoływanie się na orzeczenie z 11 września 2019 r. w późniejszych wyrokach wydawanych przez sam Trybunał, jak i sądy krajowe państw członkowskich UE. Wyroki powołujące się na orzeczenie Trybunału w sprawie *Romano* dokładają również kolejne elementy w interpretacji dyrektywy 2002/65/WE. Jednym z takich orzeczeń jest wyrok Trybunału Sprawiedliwości (pierwsza izba) z dnia 18 czerwca 2020 r. w sprawie C-639/18 *KH przeciwko Sparkasse Sudholstein*²². W wyroku tym Trybunał dokonał analizy zakresu zastosowania dyrekty-

²² Wyrok Trybunału Sprawiedliwości (pierwsza izba) z dnia 18 czerwca 2020 r. w sprawie C-639/18 *KH przeciwko Sparkasse Sudholstein*, ECLI:EU:C:2020:477.

wy oraz wykładni definicji „umowy zawartej na odległość”, ustalając, że umową taką nie może być aneks do umowy zmieniający jedynie oprocentowanie kredytu zaciągniętego przez konsumenta w drodze umowy zawartej z instytucją kredytową w okresie przed przyjęciem dyrektywy 2002/65/WE²³. Zdaniem powodów w postępowaniu głównym zawarcie takiego aneksu po wejściu w życie dyrektywy miałoby skutkować prawem konsumenta do odstąpienia od aneksu na podstawie przepisów krajowych implementujących dyrektywę. Trybunał zakwestionował postępowanie strony powodowej, powołując się przy tym na wyrok w sprawie *A. i L. Romano* w zakresie zupełności regulacji dyrektywy, co prowadzi do braku możliwości rozszerzającej wykładni stosowanych w dyrektywie pojęć.

Innym wyrokiem Trybunału Sprawiedliwości rozszerzającym linię orzeczniczą zapoczątkowaną komentowanym orzeczeniem jest wyrok Trybunału Sprawiedliwości w sprawie C-301/18 z dnia 4 czerwca 2020 r. *T. Leonhard przeciwko DSL Bank*²⁴. W sprawie tej Trybunał odniósł się do następstw skorzystania przez konsumenta z prawa do odstąpienia od umowy dotyczącej usług finansowych zawartej na odległość. Z analizy przeprowadzonej przez Trybunał Sprawiedliwości wynika, że zgodnie z art. 7 ust. 4 dyrektywy bank może dochodzić od konsumenta jedynie kwot stanowiących kapitał podstawowy oraz odsetki należne na podstawie zawartej umowy. Nie może przy tym domagać się odszkodowania z tytułu pożytków uzyskanych przez konsumenta ze środków przekazanych przedsiębiorcy. Prawo instytucji świadczącej usługi finansowe domagania się od konsumenta zwrotu przekazanych świadczeń pieniężnych ogranicza ponadto art. 7 ust. 1 dyrektywy, z którego wynika, iż konsumentowi nie przysługuje zwrot opłat za usługi wykonane przez przedsiębiorcę, które nie podlegają zwrotowi. Będą to opłaty m.in. za obsługę konsumenta na etapie przedkontraktowym. Odnosząc się do orzeczenia w sprawie *A. i L. Romano* Trybunał wskazał, iż ograniczenia wynikające z art. 7 ust. 4 dyrektywy należy interpretować literalnie, co jest zgodne z motywem 13 tej dyrektywy oraz modelem jej interpretacji wskazanym w orzeczeniu będącym przedmiotem niniejszej glosy. Do orzeczenia tego odnoszą się również inne wyroki Trybunału Sprawiedliwości²⁵. W niniejszej glosie nie poddano ich analizie, gdyż nie poruszają aspektów istotnych z punktu widzenia celu niniejszej glosy.

Również polskie sądy krajowe w wydawanych wyrokach kontynuowały linię orzeczniczą zapoczątkowaną orzeczeniem w sprawie *A. i L. Romano*. Przykładowo Sąd Okręgo-

²³ *Ibidem*, pkt 34 uzasadnienia.

²⁴ Wyrok Trybunału Sprawiedliwości (szósta izba) z dnia 4 czerwca 2020 r. w sprawie C-301/18 *Thomas Leonhard przeciwko DSL Bank*, ECLI:EU:C:2020:427.

²⁵ Wyrok Trybunału Sprawiedliwości (trzecia izba) z 19 grudnia 2019 r., sprawy połączone C-355/18 do 357/18 i C-479/18, ECLI:EU:C:2019:1123.

wy w Warszawie w wyroku z dnia 9 czerwca 2020 r.²⁶ powołał się na wyrok w sprawie *T. Leonhard*, wskazując, iż po uznaniu umowy zawartej pomiędzy konsumentem a bankiem za nieważną instytucji finansowej nie przysługuje roszczenie o wynagrodzenie z tytułu korzystania przez konsumenta z przekazanych przez bank środków. Uzasadniając swoje stanowisko, Sąd wskazał, iż roszczenie takie nie znajduje poparcia w jakiegokolwiek podstawie prawnej²⁷. Tym samym Sąd Okręgowy w Warszawie podzielił stanowisko Trybunału Sprawiedliwości wyrażone w wyroku w sprawie o sygn. akt C-143/18 o literalnej, a nie rozszerzającej wykładni przepisów dyrektyw odnoszących się do praw konsumenta. Powołanie się przez Sąd Okręgowy na wyrok Trybunału Sprawiedliwości wskazuje na rolę Trybunału w ujednolicaniu orzecznictwa sądów państw członkowskich Unii Europejskiej, przez co Trybunał przyczynia się do budowania jednolitego rynku wspólnotowego, realizując jedną z głównych wizji przyświecających Unii Europejskiej i jej twórcom.

7. Podsumowanie

Celem niniejszej glosy była analiza orzeczenia Trybunału Sprawiedliwości w sprawie *A. i L. Romano* wraz z próbą uzasadnienia słuszności decyzji podjętej przez Trybunał i ukazania znaczenia orzeczenia w sprawie C-143/18 dla ukształtowania linii orzeczniczej Trybunału i innych sądów w podobnych sprawach. Po spojrzeniu na omawiane orzeczenie z kilku perspektyw należy potwierdzić postawioną na początku tej glosy tezę o słuszności stanowiska Trybunału Sprawiedliwości wyrażonego w wyroku w sprawie o sygnaturze akt C-143/18. Należy wskazać, iż dokonana przez Trybunał wykładnia art. 5 oraz art. 6 ust. 1 dyrektywy znajduje potwierdzenie zarówno w prawie pierwotnym Unii Europejskiej, treści samej omawianej dyrektywy oraz w wartościach leżących u podstaw wydania tego aktu prawnego, jak i w funkcjonowaniu Unii Europejskiej oraz rynku wspólnotowego.

Wyrok w sprawie *A i L. Romano* można uznać za „kamień milowy” orzecznictwa dotyczącego praw konsumenta na rynku usług finansowych. Orzeczenie Trybunału Sprawiedliwości w sprawie *A. i L. Romano* zapoczątkowało bardzo istotny nurt w orzecznictwie samego Trybunału, a także sądów państw członkowskich UE, który kontynuowany jest m.in. w postępowaniach dotyczących konsumenckich kredytów walutowych. Trybunał dokonał prokonsumenckiej wykładni przepisów prawa UE m.in. w sprawie *T. Leonhard*, gdzie wskazał, że po odstąpieniu przez konsumenta od umowy przedsiębiorca nie może dochodzić od konsumenta zapłaty wynagrodzenia z tytułu wykorzystania kapitału udostępnionego przez przedsiębiorcę. W tym samym kierunku podążył Try-

²⁶ Sygn. akt XXV, C 1050/18.

²⁷ *Ibidem*, uzasadnienie.

bunał, dokonując wykładni art. 6 ust. 1 dyrektywy Rady 93/13 z 5 kwietnia 1993 r. w sprawie nieuczciwych warunków w umowach konsumenckich w wyroku z 3 października 2019 r. w sprawie C-260/18 *K. i J. Dziubak przeciwko Raiffeisen*²⁸. W orzeczeniu tym Trybunał Sprawiedliwości wskazał, iż art. 6 ust. 1 tej dyrektywy nie sprzeciwia się temu, aby po uznaniu niektórych postanowień umowy zawartej pomiędzy bankiem a konsumentem za nieuczciwe i jako takie niedopuszczalne sąd krajowy zastąpił postanowienia umowne przepisami krajowymi, choćby o charakterze ogólnym, jeśli miałyby to uchronić konsumenta od negatywnych skutków całkowitego unieważnienia umowy²⁹. Dalszej wykładni przepisów dyrektywy Rady 93/13 dokonał Trybunał w orzeczeniach z dnia 10 maja 2021 r.³⁰, gdzie wskazał, iż „wobec konsumenta, który zawarł umowę kredytu denominowanego w walucie obcej i nie ma wiedzy w zakresie nieuczciwego charakteru warunku zawartego w umowie kredytu, nie może obowiązywać jakiegokolwiek termin przedawnienia w odniesieniu do żądania zwrotu kwot zapłaconych na podstawie tego warunku”³¹. Orzeczenia te wpisują się w korzystny dla konsumenta nurt wykładni przepisów prawa unijnego dotyczącego rynku usług finansowych, dokonanej przez Trybunał Sprawiedliwości, który należy podzielić jako słuszny.

Dodatkowym celem niniejszej glosy było również wykazanie wagi regulacji prawa konsumentów na szczeblu organów Unii Europejskiej, ze szczególnym uwzględnieniem rynku usług finansowych. Jak wskazano we wstępie, na rynku tym różnice pomiędzy przedsiębiorcami jako profesjonalistami i konsumentami są szczególnie widoczne. Z przeprowadzonej analizy można wysnuć kilka wniosków. Pozytywnie należy ocenić umiejscowienie praw konsumenta w ramach kompetencji dzielonych Unii Europejskiej i państw członkowskich. Daje to możliwość zapewnienia określonego, minimalnego poziomu ochrony konsumenta w prawie wspólnotowym, pozwalając z jednej strony państwu członkowskiemu na ustanowienie dalej idących regulacji, a przy tym na weryfikację, czy środki przyjęte przez poszczególnych członków UE nie stoją w sprzeczności z realizacją idei wspólnego rynku. Idea ta wymaga bowiem zachowania wspólnych zasad w zakresie ochrony konsumentów, tak aby umożliwić podmiotom gospodarczym rzeczywiste korzystanie z traktatowej swobody prowadzenia działalności gospodarczej i swobody świadczenia usług. Za korzystną dla budowania stabilnego wspólnego rynku,

²⁸ Wyrok Trybunału Sprawiedliwości (trzecia izba) z dnia 3 października 2019 r. w sprawie C-260/18 *Kamil Dziubak i Justyna Dziubak przeciwko Raiffeisen Bank International AG*, ECLI:EU:C:2019:819.

²⁹ *Ibidem*, orzeczenie pkt 3.

³⁰ Wyrok Trybunału Sprawiedliwości (pierwsza izba) z dnia 10 czerwca 2021 r. w sprawie C-609/19 *BNP Paribas Personal Finance SA przeciwko VE*, ECLI:EU:C:2021:469; wyrok Trybunału Sprawiedliwości (pierwsza izba) z dnia 10 czerwca 2021 r. w sprawie C-776/19 do C-782/19 *VB i in. przeciwko BNP Paribas Personal Finance SA i AV i in. przeciwko BNP Paribas Personal Finance SA i Procureur de la République*, ECLI:EU:C:2021:470.

³¹ Komunikat prasowy Trybunału Sprawiedliwości Unii Europejskiej nr 100/21 z dnia 10 czerwca 2021 r.

a także dla podnoszenia świadomości konsumentów należy uznać jednolitą, literalną interpretację przepisów dyrektywy 2002/65/WE. Wobec powyższego uregulowanie kwestii dotyczących praw konsumentów na poziomie prawa wspólnotowego należy ocenić pozytywnie.

Podsumowując, podobnie należy odnieść się do orzeczenia Trybunału Sprawiedliwości Unii Europejskiej w sprawie o sygn. akt C-143/18. Przeprowadzona analiza wskazuje na słuszność stanowiska wyrażonego w wyroku z dnia 11 września 2019 r., co potwierdzają również późniejsze orzeczenia Trybunału Sprawiedliwości, a także sądów krajowych państw członkowskich powołujących się na omawiane orzeczenie oraz poszerzające, zapoczątkowaną nim, linię orzeczniczą. Skutkuje to również wzrostem świadomości konsumentów co do przysługującego im prawa do odstąpienia od umowy zawartej na odległość³².

Bibliografia

Akty prawne

Traktat o funkcjonowaniu Unii Europejskiej z 25.03.1957 r.

Traktat o Unii Europejskiej z 7.02.1992 r.

Orzeczenia

Wyrok Trybunału (piąta izba) z dnia 6 lipca 1995 r. w sprawie C-470/93 *Verein gegen Unwesen in Handel und Gewerbe Köln e.V. przeciwko Mars GmbH*, ECLI:EU:C:1995:224.

Wyrok Trybunału Sprawiedliwości Unii Europejskiej z dnia 11 września 2019 r. w sprawie C-143/18 *Antonio Romano, Lidia Romano przeciwko DSL Bank – filia DB Privat – und Firmenkundenbank AG*, ECLI:EU:C:2019:701.

Wyrok Trybunału Sprawiedliwości (pierwsza izba) z dnia 18 czerwca 2020 r. w sprawie C-639/18 *KH przeciwko Sparkasse Sudholstein*, ECLI:EU:C:2020:477.

Wyrok Trybunału Sprawiedliwości (szósta izba) z dnia 4 czerwca 2020 r. w sprawie C-301/18 *Thomas Leonhard przeciwko DSL Bank*, ECLI:EU:C:2020:427.

Wyrok Trybunału Sprawiedliwości (trzecia izba) z 19 grudnia 2019 r., sprawy połączone C-355/18 do 357/18 i C-479/18, ECLI:EU:C:2019:1123.

Wyrok Trybunału Sprawiedliwości (trzecia izba) z dnia 3 października 2019 r. w sprawie C-260/18 *Kamil Dziubak i Justyna Dziubak przeciwko Raiffeisen Bank International AG*, ECLI:EU:C:2019:819.

Wyrok Trybunału Sprawiedliwości (pierwsza izba) z dnia 10 czerwca 2021 r. w sprawie C-609/19 *BNP Paribas Personal Finance SA przeciwko VE*, ECLI:EU:C:2021:469.

³² J. Łuzak, *To Withdraw or Not to Withdraw? Evaluation of the Mandatory Right of Withdrawal in Consumer Distance Selling Contracts Taking Into Account Its Behavioural Effects on Consumers*, "Journal of Consumer Policy" 2014, vol. 37(1), doi: [10.1007/s10603-013-9249-6](https://doi.org/10.1007/s10603-013-9249-6), s. 92.

Wyrok Trybunału Sprawiedliwości (pierwsza izba) z dnia 10 czerwca 2021 r. w sprawie C-776/19 do C-782/19 VB i in. przeciwko BNP Paribas Personal Finance SA i AV i in. przeciwko BNP Paribas Personal Finance SA i Procureur de la République, ECLI:EU:C:2021:470.

Wyrok Sądu Okręgowego w Warszawie z dnia 9 czerwca 2020 r. sygn. akt, XXV C 1050/18.

Literatura

Chen T.-J. (red.), *An International Comparison of Financial Consumer Protection*, Republic of Korea 2018.

Kunkiel-Kryńska A., *Metody harmonizacji prawa konsumenckiego w Unii Europejskiej i ich wpływ na procesy implementacyjne w państwach członkowskich*, Warszawa 2013.

Luzak J., *To Withdraw Or Not To Withdraw? Evaluation of the Mandatory Right of Withdrawal in Consumer Distance Selling Contracts Taking Into Account Its Behavioural Effects on Consumers*, "Journal of Consumer Policy" 2014, vol. 37(1), doi: [10.1007/s10603-013-9249-6](https://doi.org/10.1007/s10603-013-9249-6).

Marano P., Rokas I., Kochenburger P., *The 'dematerialized' insurance. Distance Selling and Cyber Risks from an International Perspective*, Switzerland 2016.

Obama B., *Ziemia obiecana*, tom I, Warszawa 2021.

Tischner A., *Pojęcie „przeciętny konsument” w ustawie o przeciwdziałaniu nieuczciwym praktykom rynkowym na tle prawa i orzecznictwa Unii Europejskiej*, Kraków 2012.

Inne

Justice and Consumers Department, *Evaluation of Directive 2002/65/EC on Distance Marketing of Consumer Financial Services Final Report*, 2020.

Komunikat prasowy Trybunału Sprawiedliwości Unii Europejskiej nr 100/21 z dnia 10 czerwca 2021 r. *Wspólny Przewodnik Praktyczny Parlamentu Europejskiego, Rady i Komisji przeznaczony dla osób redagujących akty prawne Unii Europejskiej*, <https://eur-lex.europa.eu/content/techleg/KB0213228PLN.pdf> [dostęp: 12.05.2021].

Adrian Maryniak
Absolwent Uniwersytetu Gdańskiego
Wydziału Prawa i Administracji
ORCID: [0000-0002-7017-4335](https://orcid.org/0000-0002-7017-4335)

Zwalczanie opóźnień w płatnościach
w transakcjach handlowych na przykładzie
opóźnienia w płatności czynszu najmu.
Głosa do wyroku Trybunału Sprawiedliwości
z dnia 1 czerwca 2017 r. w sprawie C-330/16
Piotr Zarski przeciwko Andrzejowi Stadnickiemu

Combating late payment in commercial transactions
using the example of late payment of rent.
A gloss to the judgment of the Court of Justice
of 1 June 2017 in Case C-330/16 *Piotr Zarski vs. Andrzej Stadnicki*

Streszczenie

Celem glosy było omówienie wyroku Trybunału Sprawiedliwości wydanego dnia 1 czerwca 2017 r. w sprawie C-330/16 *Piotr Zarski przeciwko Andrzejowi Stadnickiemu* oraz przedstawienie problematyki przeciwdziałania nadmiernym opóźnieniom w transakcjach handlowych. W szczególności analizie poddana została instytucja rekompensaty za koszty odzyskiwania należności. Odniesiono się zarówno do treści ustawowych, jak i orzecznictwa polskich sądów powszechnych. W glosie nie pozostawiono również bez omówienia efektywności instytucji rekompensaty oraz jej problemów. Poruszony został aspekt popularności ustawy oraz niejednolitej linii orzeczniczej polskich sądów budzącej wątpliwość wierzycieli co do stosowania prawa. Przedstawione zostało szerokie spektrum przypadków związanych ze stosowaniem rekompensaty ze szczególnym naciskiem na często błędne interpretowanie przepisów ustawy w stosunku do rekompensaty za koszty odzyskiwania należności oraz notoryczne wręcz pomijanie warunku *sine qua non* domagania się jej przez wierzyciela. Do omówienia przedstawionej problematyki zastosowano głównie wyroki polskich sądów powszechnych oraz literaturę przedmiotu zarówno krajową, jak i zagraniczną. Przeprowadzona analiza tematu doprowadziła do uzyskania wyników, które wyjaśniły wiele aspektów problematyki opóźnień płatności w transakcjach handlowych. Na uwagę zasługuje fakt, iż wprowadzenie przepisów odnośnie do rekompensaty w praktyce nie wpłynęło pozytywnie na skrócenie terminów płatności w transakcjach handlowych. Dodatkowo wykazano, iż wyrok Trybunału Sprawiedliwości wydany w omawianej sprawie miał niebagatelne znaczenie w kontekście umów zawieranych przed wejściem w życie ustawy stanowiącej transpozycję dyrektywy 2011/7/UE do polskiego porządku prawnego. Dogłębna ana-

liza przedstawionego wyroku oraz dyrektywy doprowadziła do konkluzji, iż dozwolone jest wyłączenie z zakresu zastosowania omawianych przepisów umów zawartych przed wejściem w życie ww. dyrektywy.

Słowa kluczowe

rekompensata, koszty odzyskiwania należności, opóźnienia w transakcjach handlowych, transakcje handlowe, czynsz najmu

Abstract

The purpose of the gloss was to discuss the judgment of the Court of Justice delivered on 1 June 2017 in Case C-330/16 *Piotr Zarski vs. Andrzej Stadnicki* and to present the issue of counteracting excessive delays in commercial transactions. In particular, the institution of compensation for recovery costs was analysed. Reference was made to both the statutory content and the case law of Polish common courts. The gloss also discussed the effectiveness of the institution of compensation and its problems. The aspect of the Act's popularity and the inconsistent line of rulings by Polish courts raising doubts among creditors as to the application of the law was raised. A broad spectrum of cases related to the application of compensation is presented with particular emphasis on the often erroneous interpretation of the Act's provisions in relation to compensation for recovery costs and the notorious omission of the sine qua non condition for a creditor to demand it. To discuss the presented problem mainly the judgements of Polish common courts and the literature on the subject, both domestic and foreign, were used. The analysis of the topic has led to results that explain many aspects of the problem of late payments in commercial transactions. It is worth noting that the introduction of provisions on compensation has not had a positive impact on shortening payment periods in commercial transactions. In addition, it has been demonstrated that the judgment of the Court of Justice in this case was of considerable significance in the context of contracts concluded before the entry into force of the act transposing Directive 2011/7/EU into the Polish legal system. An in-depth analysis of the presented judgment and the Directive led to the conclusion that only agreements concluded before the entry into force of the above Directive are allowed to be excluded from the scope of application of the discussed provision.

Keywords

compensation, recovery costs, delays in commercial transactions, commercial transactions, rent

1. Wstęp

Temat poruszany w niniejszej glosie jest niezwykle istotny, zarówno biorąc pod uwagę ustawodawstwo unijne, jak i obecne funkcjonowanie stosunków handlowych z naciskiem na terminowość w uiszczaniu płatności na rzecz kontrahentów. Celem glosy jest omówienie tez przyjętych przez Trybunał Sprawiedliwości w wyroku wydanym w sprawie C-330/16 *Piotr Zarski przeciwko Andrzejowi Stadnickiemu* z dnia 1 czerwca 2017 r.¹ oraz wykazanie problematyki ustawy o przeciwdziałaniu nadmiernym opóźnieniom w transakcjach handlowych z wyszczególnieniem instytucji rekompensaty za koszty odzyskiwania należności zawartej w art. 10 ust. 1 ustawy z dnia 8 marca 2013 r.

¹ ECLI:EU:C:2017:418.

o przeciwdziałaniu nadmiernym opóźnieniom w transakcjach handlowych², która stanowi transpozycję do polskiego systemu prawnego dyrektywy 2011/7/UE³ opublikowanej w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej. Skupiono się na powodach, dla których została ona wprowadzona do polskiego systemu prawnego oraz jej obecnej popularności w polskim systemie prawnym. Na wskazanie zasługuje fakt, iż instytucja rekompensaty stanowi swoiste *novum* w polskim prawie poprzez wprowadzenie wprost określonych w ustawie kwot, jakich może domagać się wierzyciel od dłużnika. Wprowadzenie takiej zmiany miało mieć przełomowy wpływ na terminowość płatności w transakcjach handlowych. Nie pominięto również jakże istotnych kwestii, jakimi są popularność stosowania przepisów o przeciwdziałaniu opóźnieniom w transakcjach handlowych oraz ich wpływ na gospodarkę. W celu jak najszerzego omówienia tematu zostały poruszone zarówno kwestie ustawodawcze, jak i orzecznictwo polskich sądów powszechnych. Podkreślenia wymaga fakt, iż linia orzecnicza polskich sądów powszechnych odnosząca się do przedmiotowej materii jest niejednolita, co nie sprzyja pewności prawa. W celu pełnego zrozumienia oraz wyjaśnienia powyższej problematyki glosa została usystematyzowana w sposób, który dodatkowo wpłynął na poprawne zapoznanie się z tym jakże istotnym tematem. W pierwszej części glosy skupiono się głównie na omawianym wyroku wydanym przez Trybunał Sprawiedliwości, przechodząc następnie do istotnych z punktu widzenia sprawy definicji i w kolejnych krokach odnosząc się do regulacji polskich oraz polskiego orzecznictwa krajowego.

2. Stan faktyczny oraz rozstrzygnięcie Trybunału Sprawiedliwości

Sprawa C-330/16 miała swój początek w Polsce⁴. Strony postępowania, Piotr Zariski oraz Andrzej Stadnicki, są przedsiębiorcami. W dniu 20 września 2010 r. strony zawarły umowę najmu na czas nieokreślony; najem dotyczył prowadzonych przez nie działalności gospodarczych. Na podstawie tejże umowy Stadnicki miał korzystać z pomieszczeń biurowych należących do wynajmującego Zarskiego. Zgodnie z umową Stadnicki był zobowiązany do zapłaty czynszu najmu na rzecz Zarskiego. W związku z opóźnieniami w płatnościach, których dopuścił się Stadnicki, Zarski zażądał rekompensaty w stałej kwocie 40 euro tytułem rekompensaty kosztów odzyskiwania należno-

² Ustawa z dnia 8 marca 2013 r. o przeciwdziałaniu nadmiernym opóźnieniom w transakcjach handlowych, Dz. U. z 2021 r. poz. 424, t.j. z 8.03.2021, dalej „ustawa o przeciwdziałaniu nadmiernym opóźnieniom”.

³ Dyrektywa Parlamentu Europejskiego i Rady Nr 2011/7/UE z dnia 16 lutego 2011 r. w sprawie zwalczania opóźnień w płatnościach w transakcjach handlowych, Dz. Urz. UE L 48/1 z 23.02.2011 r., dalej dyrektywa 2011/7/UE.

⁴ I. Tot, *Late payment directive: recent and pending cases at the court of justice*, “Intereulaweast” 2016, vol. III (2), s. 82.

ści, tj. czynszu najmu płaconego z opóźnieniem w okresie od 9 kwietnia 2014 r. do lutego 2015 r., zgodnie z art. 10 ust. 1 ustawy z dnia 8 marca 2013 r. o terminach zapłaty w transakcjach handlowych (po nowelizacji z 2019 r. nazwa została zmieniona na ustawę o przeciwdziałaniu nadmiernym opóźnieniom w transakcjach handlowych⁵, dalej u.p.n.o.t.h.)⁶.

W związku z nieuiszczeniem wyżej wymienionej opłaty Zarski wniósł powództwo do Sądu Rejonowego dla m.st. Warszawy. Powództwo oparte na art. 10 ust. 1 u.p.n.o.t.h. z dnia 8 marca 2013 r. zostało oddalone na podstawie art. 15 wyżej wymienionej ustawy. Sąd Rejonowy dla m.st. Warszawy wskazał, iż w związku z przytoczonym wyżej przepisem do przedmiotowej ustawy nie stosuje się umów zawartych przed 28 kwietnia 2013 r. Zarski wniósł apelację do Sądu Okręgowego w Warszawie.

Sąd Okręgowy, rozpatrując sprawę w II instancji, dopatrywał się szeregu niejasnych kwestii. W związku z powyższym, w oparciu o procedurę odesłania prejudycjalnego⁷, do Trybunału Sprawiedliwości zostały skierowane następujące pytania prejudycjalne:

- „1) Czy najem lokalu jest usługą w rozumieniu art. 2 pkt 1, art. 3 (oraz motywów 2, 3, 7, 11, 18 i 23) dyrektywy 2011/7?
- 2) W przypadku odpowiedzi pozytywnej na pytanie pierwsze: czy w razie zawarcia na czas nieokreślony umowy najmu transakcją handlową jest umowa czy pojedyncza, odrębna transakcja, jaką jest każdorazowa płatność czynszu w zamian za udostępnienie lokalu i mediów w rozumieniu art. 1 ust. 1, art. 2 pkt 1, art. 3, 6, 8 (oraz motywów 1, 3, 4, 8, 9, 26, 35) dyrektywy 2011/7?
- 3) W przypadku uznania w odpowiedzi na pytanie drugie, że transakcją handlową jest każdorazowa płatność czynszu w zamian za udostępnienie lokalu i mediów, to czy art. 1 ust. 1, art. 2 pkt 1 oraz art. 12 ust. 4 (oraz motyw 3) dyrektywy 2011/7 należy interpretować w ten sposób, że państwa członkowskie mogą wykluczyć zastosowanie tej dyrektywy do umów najmu zawartych przed 16 marca 2013 r., w sytuacji, jeżeli opóźnienia w realizacji poszczególnych płatności czynszu występują po tej dacie?”⁸.

Trybunał Sprawiedliwości na wstępie wskazał, iż pytania pierwsze oraz trzecie należy rozpatrywać łącznie, gdyż Sąd odsyłający zmierzał według Trybunału Sprawiedliwości do ustalenia, czy art. 12 ust. 4 dyrektywy 2011/7/UE należy interpretować w ten sposób, że państwa członkowskie mogą wykluczyć z zakresu stosowania powyższej dy-

⁵ Ustawa z dnia 19 lipca 2019 r. o zmianie niektórych ustaw w celu ograniczenia zatorów płatniczych, Dz. U. z 2019 r. poz. 1649, dalej „ustawa o zmianie niektórych ustaw w celu ograniczenia zatorów płatniczych”.

⁶ Ustawa o przeciwdziałaniu nadmiernym opóźnieniom.

⁷ M. Koszowski, *Granice państwa jako granice jurysdykcji w Unii Europejskiej*, Dąbrowa Górnicza 2012, s. 38-44, 48, 52.

⁸ ECLI:EU:C:2017:418.

rektywy umowy zawarte przed dniem 16 marca 2013 r. oraz jaki wpływ na powyższe ma fakt, iż opóźnienia nastąpiły po wcześniej wskazanej dacie pomimo zawarcia umów, z których wynikały przed dniem 16 marca 2013 r.

Trybunał Sprawiedliwości wskazał, iż art. 12 ust. 4 dyrektywy 2011/7/UE zezwala państwom członkowskim na wyłączenie z zakresu obowiązywania ustawy stanowiącej transpozycję dyrektywy umów zawartych przed 16 marca 2013 r. Trybunał Sprawiedliwości, powołując się zarówno na orzecznictwo, jak i na zasadę jednolitego stosowania prawa Unii Europejskiej oraz równości prawa, wskazał, iż w przypadku braku konkretnego odesłania w przepisie do prawa państwa członkowskiego w celu określenia jego znaczenia oraz zakresu konieczne jest nadanie przedmiotowemu przepisowi w całej Unii Europejskiej jednolitej oraz autonomicznej wykładni. W dalszej części wyroku Trybunał Sprawiedliwości wskazał, iż art. 12 ust. 4 dyrektywy 2011/7/UE nie zawiera odesłania do prawa państw członkowskich, w związku z czym jego interpretacja powinna przebiegać w sposób autonomiczny oraz jednolity.

Co istotne, Trybunał Sprawiedliwości odniósł się do szczegółowego brzmienia art. 12 ust. 4 dyrektywy 2011/7/UE, w którym prawodawca posłużył się sformułowaniem „umowy zawarte”, nie zaś „transakcje handlowe”, przy czym sformułowanie „transakcje handlowe” zostało wielokrotnie użyte w przedmiotowej dyrektywie. W związku z tym należy stwierdzić, iż prawodawca celowo posłużył się w tym przypadku stwierdzeniem „umowy zawarte”. Powyższe prowadzi do konkluzji, iż prawodawca, posługując się w tym przepisie wyżej wskazanym wyrażeniem, zamierzał pozwolić państwom członkowskim na wyłączenie ze stosowania dyrektywy 2011/7/UE stosunków umownych zawartych przed dniem 16 marca 2013 r. oraz skutków tych umów. Co istotne, powyższe jest wsparte przez kontekst art. 13 tejże dyrektywy. Wskazany przepis uchyla dyrektywę 2000/35 od dnia 16 marca 2013 r., podkreślając jednak, iż ta dyrektywa ma nadal zastosowanie do umów, do których nie stosuje się dyrektywy 2011/7/UE zgodnie z art. 12 ust. 4. Zgodnie z tym, jeżeli państwo członkowskie skorzystało z nadanej mu przez przytoczony wyżej artykuł możliwości wyłączenia ze stosowania nowo utworzonego aktu prawnego, który powstał w związku z obowiązkiem transpozycji dyrektywy umów zawartych przed 16 marca 2013 r., umowy te podlegać będą dyrektywie 2000/35. Podkreślić przy tym należy, iż umowy nie mogą jednocześnie podlegać przepisom kilku dyrektyw.

W związku z tym, w przypadku gdy umowa, na podstawie której ma zostać dokonana płatność, została zawarta przed 16 marca 2013 r., zaś państwo członkowskie skorzystało z możliwości zawartej w art. 12 ust. 4 dyrektywy 2011/7/UE, to spory nie mogą podlegać tejże dyrektywie.

Mając na względzie powyższe, Trybunał Sprawiedliwości wskazał, iż odpowiadając na pytania drugie i trzecie, art. 12 ust 4 dyrektywy 2011/7/UE należy interpretować w następujący sposób: na jego podstawie państwa członkowskie mają możliwość wykluczenia z zakresu stosowania nowo powstałego aktu prawnego w związku z transpozycją dyrektywy umów zawartych przed 16 marca 2013 r., nawet jeżeli opóźnienia wynikające z tychże umów występują po tej dacie. Trybunał Sprawiedliwości, mając na względzie odpowiedź udzieloną w stosunku do pytania drugiego i trzeciego, uznał za zbędne udzielanie odpowiedzi na pytanie pierwsze.

Odnosząc odpowiedź Trybunału Sprawiedliwości do stanu faktycznego sprawy, należy wskazać, iż umowa będąca podstawą roszczenia została zawarta przed 16 marca 2013 r., natomiast Polska skorzystała z możliwości, jaką daje art. 12 ust 4 dyrektywy 2011/7/UE. W związku z tym umowa ta nie mogłaby podlegać czasowemu zakresowi tejże dyrektywy, dlatego ustalanie, czy jest ona wykluczona z materialnego zakresu stosowania dyrektywy 2011/7/UE, jest zbędne, gdyż nie ma znaczenia dla rozstrzygnięcia.

W sentencji Trybunał Sprawiedliwości wskazał: „Artykuł 12 ust. 4 dyrektywy Parlamentu Europejskiego i Rady 2011/7/UE z dnia 16 lutego 2011 r. w sprawie zwalczania opóźnień w płatnościach w transakcjach handlowych należy interpretować w ten sposób, że państwa członkowskie mogą wykluczyć z zakresu stosowania tej dyrektywy opóźnienia w płatnościach w ramach wykonywania umowy zawartej przed dniem 16 marca 2013 r., nawet jeśli te opóźnienia występują po tej dacie”.

3. Znaczenie wyroku w sprawie C-330/16 *Piotr Zarski przeciwko Andrzejowi Stadnickiemu*

Wyrok wydany w omawianej sprawie ma niebagatelne znaczenie dla podmiotów obrotu gospodarczego oraz sądów powszechnych w zakresie stosowania do umów zawartych przed dniem 16 marca 2013 r. przepisów u.p.n.o.t.h. Wskazać należy, iż rozstrzygnięcie, w którym wskazano art. 12 ust. 4 dyrektywy 2011/7/UE, rozwiąło wątpliwości dotyczące tego, czy umowy zawarte przed dniem 16 marca 2013 r. wchodzą w zakres przepisów krajowych powstających na bazie transpozycji przedstawionej dyrektywy. W tym miejscu należy przyrzeć się bliżej datom zarówno wydania wyroku, jak i skierowania do Trybunału Sprawiedliwości pytań prejudycjalnych przez sąd⁹ procedujący w tej sprawie. Pytania prejudycjalne wpłynęły do Trybunału Sprawiedliwości 10 czerwca 2016 r. zgodnie z postanowieniem Sądu z dnia 16 maja 2016 r., natomiast wyrok został wydany przez Trybunał Sprawiedliwości 1 czerwca 2017 r. Zważając na to, iż ustawa weszła życie w marcu 2013 r. pierwsze rozstrzygnięcie Trybunału Sprawiedli-

⁹ Wyrok Sądu Okręgowego w Warszawie, XXIII Wydział Gospodarczy Odwoławczy, XXIII Ga 251/15.

wości w zakresie art. 15 u.p.n.o.t.h. w związku z art. 12 ust. 4 dyrektywy 2011/7/UE nastąpiło po ponad czterech latach. Nie oznacza to przy tym, iż wcześniej polskie sądy nie procedowały w sprawach opartych na wyżej wskazanym przepisie. Jako przykład można wskazać wyrok z dnia 29 marca 2016 r. wydany przez Sąd Okręgowy w Warszawie w sprawie o sygn. akt XXIII Ga 428/16, w której podobnie jak w omawianym wyroku C-330/16 powód dochodził roszczenia związanego z czynszem najmu. Powód w przedmiotowej sprawie zmierzał do wykazania, iż transakcją handlową jest każdy nieopłacony czynsz najmu, nie zaś cała umowa. Z przedmiotowym stwierdzeniem nie zgodził się Sąd Okręgowy, wskazując, iż przyjęcie takiego założenia świadczyłoby o comiesięcznym zawieraniu nowej umowy. Sąd Okręgowy ponadto wskazał, iż odwołując się zarówno do specyfiki umowy, jak i art. 15 u.p.n.o.t.h., do przedmiotowej umowy stosuje się przepisy sprzed 16 marca 2013 r. Następnie powyższe zostało również potwierdzone przez Trybunał Sprawiedliwości, co utwierdziło zarówno sądy polskie, jak i innych krajów członkowskich w zakresie stosowania wskazywanego przepisu dyrektywy. Dzięki wyrokowi w tej sprawie zostały rozwiązane zarówno wątpliwości co do prawa, jakie należy stosować w przypadku umów zawartych przed 16 marca 2013 r., jak i charakterystyki transakcji handlowych, za które nie należy poczytywać pojedynczych płatności. Na przykładzie czynszu najmu zgodnie ze stanem faktycznym sprawy wskazano, iż takie rozumienie transakcji handlowych doprowadziłoby do znacznych nadużyć poprzez próby domagania się rekompensaty w wysokości 40 euro (lub więcej w zależności od wartości zgodnie z art. 10 ust. 1. u.p.n.o.t.h.) za każdą nieopłaconą miesięczną należność. Takie zastosowanie rekompensaty byłoby nad wyraz niekorzystane dla dłużników oraz stałoby w sprzeczności do art. 5 Kodeksu cywilnego, mając na względzie zasadę współzycia społecznego oraz uczciwej gospodarki.

4. Definicje istotne dla sprawy C-330/16 *Piotr Zarski przeciwko Andrzejowi Stadnickiemu*

Bezsprzecznie dla szerszego oraz pełnego zrozumienia przedmiotowej tematyki istotne jest przedstawienie znaczenia głównych pojęć towarzyszących zagadnieniu. Jako pierwszą należy przedstawić definicję pojęcia „transakcja handlowa”. Zgodnie z ustawą z dnia 8 marca 2013 r. o przeciwdziałaniu nadmiernym opóźnieniom w transakcjach handlowych przez transakcje należy rozumieć „umowę, której przedmiotem jest odpłatna dostawa towaru lub odpłatne świadczenie usługi, jeżeli strony, o których mowa w art. 2, zawierają ją w związku z wykonywaną działalnością”. W przytoczonej wyżej definicji znajduje się odniesienie do art. 2 ustawy, który wskazuje strony transakcji, jakie

muszą brać w niej udział, aby transakcję można było uważać za transakcję handlową. Zgodnie z tym przepisem takimi stronami są:

- a) przedsiębiorcy w rozumieniu przepisów ustawy z dnia 6 marca 2018 r. – Prawo przedsiębiorców (Dz. U. z 2021 r. poz. 162)¹⁰;
- b) podmioty prowadzące działalność, o której mowa w art. 6 ust. 1 ustawy z dnia 6 marca 2018 r. – Prawo przedsiębiorców¹¹;
- c) podmioty, o których mowa w art. 4, art. 5 ust. 1 i art. 6 ustawy z dnia 11 września 2019 r. – Prawo zamówień publicznych (Dz. U. poz. 2019 oraz z 2020 r. poz. 288, 1492, 1517, 2275 i 2320)¹²;
- d) osoby wykonujące wolny zawód;
- e) oddziały i przedstawicielstwa przedsiębiorców zagranicznych;
- f) przedsiębiorcy z państw członkowskich Unii Europejskiej, państw członkowskich Europejskiego Porozumienia o Wolnym Handlu (EFTA) – stron umowy o Europejskim Obszarze Gospodarczym lub Konfederacji Szwajcarskiej.

Następnym niezwykle istotnym zagadnieniem jest wskazane m.in. w tytule przedmiotowej glosy „opóźnienie”. Zauważyć należy, iż nie sposób odnaleźć wyjaśnienia tego sformułowania w obowiązujących aktach prawnych czy dostępnej literaturze przedmiotu. Opóźnienie w płatności należy rozumieć jako stan, w którym jedna ze stron umowy nie dochowała wymaganego terminu płatności. Przeciwdziałanie opóźnieniom polega natomiast na tym, aby kontrahenci dotrzymywali tychże terminów. Jest to tak istotne, gdyż w przypadku częstych zaniedbań przedsiębiorstwa tracą płynność finansową. Takie działania mogą doprowadzić do powstania spirali niewypłacalności, która może mieć negatywny wpływ na gospodarkę w wielu sektorach. Powyższa sytuacja jest doskonale widoczna w branży transportu drogowego. Zator płatniczy przedsiębiorstwa dominującego może nieść za sobą negatywne skutki dla mniejszych przedsiębiorców, przy czym podmiot mający silniejszą pozycję rynkową jest w stanie poradzić sobie z chwilowym brakiem płynności finansowej, natomiast mniejsze podmioty znacznie bardziej odczuwają opóźnienia w płatnościach. W ostatnich latach branża transportowa kilkakrotnie odczuła upadek wiodących przedsiębiorstw. W tym gronie należy zaliczyć taki podmiot jak RiCö Internationale Transporte und Logistik, której upadek w 2008 r. spowodował wiele negatywnych konsekwencji. Definiując „opóźnienie”, należy również odnieść się do kwestii wymagalności roszczenia. Zgodnie zarówno z doktryną¹³, jak i orzecnictwem¹⁴ poprzez wymagalność roszczenia należy rozumieć stan, w którym żądanie wierzyciela otrzymuje

¹⁰ Ustawa z dnia 6 marca 2018 r. – Prawo przedsiębiorców (t.j. Dz. U. z 2021 r. poz. 162), art. 4.

¹¹ *Ibidem*, art. 6 ust. 1.

¹² Ustawa z dnia 11 września 2019 r. – Prawo zamówień publicznych (Dz. U. poz. 2019 z późn. zm.).

¹³ J. Ignatowicz, *System prawa cywilnego*, t. I, Wrocław 1985, s. 814.

¹⁴ Wyrok Sądu Najwyższego z dnia 12 lutego 1991 r., III CRN 500/90.

swoją ważność w stosunku do dłużnika. W przypadku rekompensaty za koszty odzyskiwania należności zgodnej z art. 10 u.p.n.o.t.h. zgodnie z brzmieniem ustawy wierzyciel może domagać się rekompensaty wraz z chwilą uzyskania prawa do odsetek, przy czym odsetki przysługują wierzycielowi pierwszego dnia po umówionym terminie płatności. W związku z tym już dzień po terminie może domagać się on zryczałtowanej kwoty rekompensaty od dłużnika. Jednakże orzecznictwo sądów w tym zakresie jest niejednolite i niejednokrotnie polskie sądy podają w wątpliwość zasadność domagania się rekompensaty, gdy opóźnienie jest znikome, chociaż z ustawy nie wynika, że opóźnienie musi być znaczne. Zgodnie z ustawą rekompensata przysługuje wierzycielowi od dnia nabycia przez niego prawa do odsetek. Jedynie powyższe należy pochytywać jako warunek *sine qua non* domagania się rekompensaty. Wybrane orzecznictwo sądów powszechnych odnoszące się do poruszanej materii zostanie wskazane w dalszej części glosy.

5. Powód wprowadzenia nowej dyrektywy

W Unii Europejskiej na długo przed wprowadzeniem dyrektywy 2011/7/UE debatowano nad tym, jak zaradzić coraz bardziej pogłębiającym się zatorom płatniczym. W związku z tym 29 czerwca 2000 r. została wprowadzona dyrektywa 2000/35/WE Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 29 czerwca 2000 r. w sprawie zwalczania opóźnień w płatnościach w transakcjach handlowych. W celu ulepszenia narzędzi do walki z opóźnieniami została wprowadzona dyrektywa 2011/7/UE. W roku jej wprowadzenia średnie terminy płatności w Unii Europejskiej wynosiły 56 dni w sektorze prywatnym i 65 dni w sektorze publicznym. Warto jednak podkreślić, iż są to dane uśrednione. Na przykład terminy płatności w greckim sektorze prywatnym wynosiły 110 dni, natomiast w publicznym 168 dni¹⁵. Statystykę zawyżały również średnie terminy w takich krajach jak Włochy czy Hiszpania. Jednym z krajów, który znacznie poprawiał uśrednione wyniki terminów płatności, była Polska, w której terminy płatności w sektorze prywatnym wynosiły 36 dni, natomiast w publicznym 38 dni. Były to jedne z najkrótszych terminów płatności w Europie¹⁶. Dodatkowo organy Unii Europejskiej chciały przeciwdziałać pośrednim skutkom opóźnień płatności, jakim bezsprzecznie jest m.in. bezrobocie. W roku 2011 szacowano, iż około 400 000 osób rocznie traci pracę w związku z upadkiem przedsiębiorstw spowodowanym niewypłacalnością wynikającą z zatorów płatniczych¹⁷.

¹⁵ European Payment Index 2011, firstonline.info, <http://firstonline.info/news/files/356.pdf>, s. 24, 33 [dostęp: 30.05.2021], dalej "European Payment Index".

¹⁶ *Ibidem*.

¹⁷ Opinion of the European Economic and Social Committee on the Proposal for a Directive of the European Parliament and of the Council on Combating Late Payment in Commercial Transactions (Recast) – Implementing the Small Business Act, 2010 O.J. (C 255) s. 42, 43.

Opóźnienia w płatnościach w poszczególnych krajach członkowskich dodatkowo zniechęcały przedsiębiorców do kontaktów z kontrahentami z innego kraju członkowskiego. To z kolei prowadziło do paraliżu w handlu międzynarodowym, któremu Unia Europejska chciała szczególnie zapobiec. W związku z tym wprowadzono dyrektywę 2011/7/UE, która miała m.in. wprowadzić nowe narzędzie w walce z dłużnikami w postaci rekompensaty za koszty odzyskiwania należności czy zreformować kulturę płatniczą we Wspólnocie poprzez chociażby wprowadzenie maksymalnych terminów płatności¹⁸.

6. Transpozycja dyrektywy 2011/7/UE do prawa polskiego oraz praw krajowych wybranych państw członkowskich

Rzeczpospolita Polska, wypełniając obowiązek państwa członkowskiego, wprowadziła do własnego stanu prawnego ustawę będącą transpozycją dyrektywy. W wyniku tego weszła w życie ustawa z dnia 8 marca 2013 r. o transakcjach handlowych¹⁹. Wprowadzenie jej do polskiego porządku prawnego miało nie tylko na celu wypełnienie obowiązku dotyczącego transpozycji dyrektywy. Równie ważnym zadaniem stawianym przed tym aktem prawnym było działanie na rzecz ograniczenia opóźnień w transakcjach handlowych. Jednym z głównych narzędzi wprowadzonych tą ustawą stała się rekompensata dochodzona na podstawie art. 10 ust. 1 wskazanej wyżej ustawy. Dzięki temu zapisowi wierzyciel mógł się domagać od dłużnika zryczałtowanej rekompensaty za koszty windykacji w kwocie 40 euro. Ustawa z dnia 19 lipca 2019 r. o zmianie niektórych ustaw w celu ograniczenia zatorów płatniczych (Dz. U. poz. 1649) zmieniła wyżej wskazany przepis, dając wierzycielowi możliwość dochodzenia rekompensaty za koszty odzyskiwania należności, stanowiącej równowartość kwoty:

- 1) 40 euro – gdy wartość świadczenia pieniężnego nie przekracza 5000 zł;
- 2) 70 euro – gdy wartość świadczenia pieniężnego jest wyższa niż 5000 zł, ale niższa niż 50 000 zł;
- 3) 100 euro – gdy wartość świadczenia pieniężnego jest równa lub wyższa od 50 000 zł.

W tym miejscu należy wyjaśnić sposób przeliczania wartości euro na złotego. Umiejętność poprawnego przeliczania rekompensaty może okazać się niezwykle przydatna podczas wytaczania powództwa czy w poprawnym wypełnianiu obowiązków księgowych. Zgodnie z art. 10 ust. 1a²⁰ „Równowartość kwoty rekompensaty, o której mowa w ust. 1, jest ustalana przy zastosowaniu średniego kursu euro ogłoszonego przez Narodowy Bank Polski ostatniego dnia roboczego miesiąca poprzedzającego miesiąc, w którym świadczenie pieniężne stało się wymagalne”. Przykładowo, jeżeli roszczenie

¹⁸ Dyrektywa 2011/7/UE, s. 5-8.

¹⁹ Ustawa o przeciwdziałaniu nadmiernym opóźnieniom.

²⁰ Ustawa o przeciwdziałaniu nadmiernym opóźnieniom.

wierzyciela stało się wymagalne np. 25 maja 2021 r., w celu przeliczenia rekompensaty na złote należy odnieść się do ostatniego dnia roboczego w miesiącu poprzedzającym miesiąc, w którym roszczenie stało się wymagalne. W takim przypadku przedmiotem zainteresowania wierzyciela powinien być kurs obowiązujący w ostatnim dniu roboczym kwietnia. Ostatnim dniem roboczym w kwietniu był 30 kwietnia, w którym ogłoszony przez Narodowy Bank Polski kurs euro wynosił 4,5654 zł²¹. W związku z tym przeliczając na złote: 40 euro, wierzyciel mógłby domagać się 182,62 zł, 70 euro – wierzyciel mógłby domagać się 319,58 zł, natomiast w przypadku 100 euro rekompensata po przeliczeniu wynosiłaby 456,54 zł. Sposób przeliczania rekompensaty wskazuje, iż w zależności od miesiąca, w którym wierzytelność stała się wymagalna, będzie miała ona inną wartość. Taki sposób obliczania rekompensaty wydaje się najbardziej transparentny dla każdej ze stron stosunku prawnego. Zarówno wierzyciel, jak i dłużnik mogą swobodnie przeliczać należną kwotę.

Jednym z pierwszych państw europejskich, które wdrożyło dyrektywę do swojego systemu prawnego, były Włochy. Dnia 31 października 2012 r. włoski rząd przyjął projekt dekretu ustawodawczego wdrażającego dyrektywę. Następnie wskazywany wyżej projekt został potwierdzony dekretem ustawodawczym nr 192 z 9 listopada 2012 r., który został opublikowany we włoskim dzienniku ustaw „Gazetta Ufficiale” w dniu 15 listopada 2012 r.²² Co istotne, przepisy weszły w życie w dniu 1 stycznia 2013 r. pomimo tego, iż państwa członkowskie zostały zobligowane do transpozycji dyrektywy do dnia 16 marca 2013 r. Włoski ustawodawca postanowił wprowadzić je jak najszybciej, aby działać na rzecz małych i średnich przedsiębiorców będących słabszą stroną stosunków handlowych przez wzgląd na ich sytuację finansową. Niezwykle ważną cechą implementacji jest miejsce wprowadzenia regulacji zgodnych z dyrektywą 2011/7/UE. Na przykład w Niemczech oraz Austrii implementacja nastąpiła do kodeksów cywilnych obowiązujących w tych krajach²³. Natomiast Francja, podobnie jak Polska, wprowadziła oddzielną ustawę, w której w art. 9 została zawarta kwestia odnosząca się do rekompensaty w kwocie 40 euro²⁴. Podkreślić przy tym należy, iż prawo krajowe nie może przewidywać surowszych warunków dochodzenia rekompensaty. Wprowadzenie przez kraj członkowski przepisów utrudniających dochodzenie rekompensaty wiązałoby się z niewłaściwą transpozycją dyrektywy. Zgodnie ze stanowiskiem Komisji Europejskiej prze-

²¹ Tabela A kursów średnich, Tabela nr 083/A/NBP/2021 z dnia 30.04.2021, <https://www.nbp.pl/home.aspx?navid=archa&c=/ascx/tabarch.ascx&n=a083z210430> [dostęp: 29.05.2021].

²² Decreto Legislativo, 9 novembre 2012, n. 192.

²³ P. Dzienis, *Motywacyjna funkcja rekompensaty za koszty odzyskiwania należności w wysokości 40 euro w transakcjach handlowych a zasady słuszności. Glosa do uchwały SN z dnia 11 grudnia 2015 r., III CZP 94/15*, „Glosa” 2017, nr 3, s. 63-72.

²⁴ Décret n° 2013-269 du 29 mars 2013 relatif à la lutte contre les retards de paiement dans les contrats de la commande publique.

pisy dyrektywy 2011/7/UE w zakresie rekompensaty w kwocie 40 euro zostały poprawnie przeniesione do prawa krajowego przez wszystkie państwa członkowskie²⁵.

7. Przepisy intertemporalne zastosowane w ustawie z dnia 8 marca 2013 r. o terminach zapłaty w transakcjach handlowych oraz ich znaczenie

Analizując wyrok wydany przez Trybunał Sprawiedliwości w przedmiotowej sprawie, wskazać trzeba, iż zawiera on wiele istotnych kwestii wartych poruszenia. Przede wszystkim należy odnieść się do rozstrzygnięcia Trybunału Sprawiedliwości opartego wprost na art. 12 ust. 4 dyrektywy 2011/7/UE. Warty wskazania jest fakt, iż polski ustawodawca skorzystał z możliwości zawartej w art. 15 ustawy z dnia 8 marca 2013 r. o terminach zapłaty w transakcjach handlowych stanowiącym implementację wskazanej dyrektywy i wprowadził zasadę, iż do transakcji handlowych zawartych przed dniem wejścia w życie ustawy stosuje się przepisy dotychczasowe. Co istotne, we wcześniejszej ustawie z dnia 12 czerwca 2003 r. o terminach zapłaty w transakcjach handlowych brak było zapisu umożliwiającego wierzycielowi ubieganie się od dłużnika rekompensaty za koszty odzyskiwania należności. Analizując brzmienie wskazanego przepisu, należy zwrócić szczególną uwagę na sformułowanie „umowy zawarte”²⁶. Jest to jedyne miejsce w całej dyrektywie, w którym zastosowano wskazane powyżej określenie, ustawa bowiem stosuje sformułowanie „transakcje handlowe”. W związku z powyższym należy wskazać, iż przedmiotowy zapis był niezwykle przemyślany oraz miał za zadanie wpłynąć na umowy już zawarte. Wierzyciel, chcąc skorzystać z uprawnień przyznanych mu w nowej dyrektywie, mając na względzie skorzystanie z tego zapisu przez konkretne państwo członkowskie, musiał zawrzeć nową umowę. Do nowej umowy zastosowanie znalazłyby przepisy znajdujące się w nowej ustawie, które mają za zadanie w większym stopniu chronić wierzyciela. Dzięki przedmiotowemu zapisowi przedsiębiorcy, chcąc skorzystać z nowych przysługujących im uprawnień, musieli zawrzeć nowe umowy zgodne z nowo przyjętymi przepisami. Takie działanie ze strony ustawodawcy zarówno krajowego, jak i unijnego miało doprowadzić w rezultacie do zmniejszenia opóźnień płatności w transakcjach handlowych, ponieważ wychodzono z przekonania, że dodatkowa sankcja finansowa zadziała na dłużników motywująco. Jednakże późniejsze nowelizacje oraz badania wskazały, iż początkowe założenia zarówno dyrektywy, jak i usta-

²⁵ Odpowiedź udzielona przez komisarz Elżbietę Bieńkowską w imieniu Komisji, 14 grudnia 2016 r., numer referencyjny pytania: E-007377/2016, https://www.europarl.europa.eu/doceo/document/E-8-2016-007377-ASW_PL.html [dostęp: 30.05.2021].

²⁶ „Podczas transpozycji niniejszej dyrektywy państwa członkowskie mogą zdecydować czy wykluczyć umowy zawarte przed dniem 16 marca 2013 r.” – art. 12 ust. 4 dyrektywy 2011/7/UE.

wy wymagały znacznego dopracowania oraz zaostżenia, co w polskim prawie nastąpiło dzięki ustawie z dnia 19 lipca 2019 r. o zmianie niektórych ustaw w celu ograniczenia zatorów płatniczych, na mocy której wprowadzono m.in. nowe, wyższe stawki rekompensat w zależności od zadłużenia.

8. Wybrane orzecznictwo polskich sądów powszechnych w zakresie ustawy z dnia 8 marca 2013 r. o przeciwdziałaniu nadmiernym opóźnieniom w transakcjach handlowych

Od momentu wejścia w życie ustawy z dnia 8 marca 2013 r. o przeciwdziałaniu nadmiernym opóźnieniom w transakcjach handlowych w polskich sądach powszechnych występuje wiele spraw głównie związanych z art. 10 przedmiotowej ustawy. Orzecznictwo w tym zakresie jest wielce zróżnicowane, natomiast wiele spraw było rozstrzyganych przez Sąd Najwyższy. Jedną z najczęściej omawianych i najszerzej komentowanych uchwał w zakresie tejże ustawy jest uchwała Sądu Najwyższego z dnia 11 grudnia 2015 r. wydana w sprawie o sygn. akt III CZP 94/15. Wskazywana uchwała wyjaśnia sposób dochodzenia stałej rekompensaty w kwocie 40 euro (uchwała była wydawana przed nowelizacją wprowadzającą dodatkowe stawki 70 euro i 100 euro) za koszty odzyskiwania należności w transakcjach handlowych. Sąd Najwyższy we wskazanej wyżej uchwale wyjaśnił, iż zgodnie z obowiązującymi przepisami dochodzenie rekompensaty nie wymaga wykazania faktycznie poniesionych kosztów, przy czym roszczenie może okazać się niezasadne np. poprzez wzgląd na nadużycie prawa podmiotowego wynikającego z art. 5 k.c. przez powoda. Powyższe rozstrzygnięcie Sądu Najwyższego stało się podstawą wielu wyroków sądów powszechnych, jednakże nie wszystkie sądy podzielają poglądy Sądu Najwyższego zawarte w uchwale. W zakresie braku nakazu wykazania faktycznie poniesionych kosztów pojawiają się głosy, iż dochodzenie rekompensaty powinno być skorelowane z bezpośrednio poniesionymi kosztami windykacyjnymi. Za powyższym opowiadali się zarówno przedstawiciele doktryny²⁷, jak i niektóre sądy powszechne²⁸. Warto przy tym również zastosować wykładnię autentyczną zarówno samych przepisów, jak i uzasadnienia projektu z dnia 9 października 2015 r. W swojej treści zawiera on zdanie, które wydaje się kluczowe dla rozwiązania powyższej kwestii. „Jest to kwota ryczałtowa, możliwość jej dochodzenia nie jest uwarunkowana spełnieniem jakichkolwiek dodatkowych przesłanek”. Powyższe niejako rozwiewa wątpliwości i wskazuje, iż wierzyciel w żadnym stopniu nie jest zobowiązany do

²⁷ P. Fik, P. Staszczuk, *Wątpliwości dotyczące możliwości dochodzenia rekompensaty za koszty odzyskiwania należności na podstawie ustawy o terminach zapłaty w transakcjach handlowych*, „Przegląd Sądowy” 2015, nr 7-8, s. 122-123.

²⁸ Wyrok Sądu Okręgowego w Koszalinie z dnia 17 lutego 2015 r., VI Ga 8/15.

wykazania jakichkolwiek poniesionych przez siebie kosztów. Pomimo jasnego sformułowania Sądu Najwyższego polskie sądy powszechne niejednokrotnie podejmowały decyzje sprzeczne ze stanowiskiem wskazanym w uchwale. Warto w tym miejscu przytoczyć np. treść wyroku Sądu Okręgowego w Łodzi z dnia 10 września 2019 r. wydanego w sprawie o sygn. akt II C 690/19²⁹. W tym wyroku Sąd Okręgowy stwierdził: „W ocenie sądu nie można żądać rekompensaty kosztów, jeżeli do odzyskiwania należności w ogóle nie doszło. Powód nie wykazał poniesienia jakichkolwiek kosztów pomiędzy dniem popadnięcia przez pozwanego w opóźnienie, a faktycznym dniem uiszczenia przez niego należności. Zważywszy zatem na cel wprowadzenia tego uregulowania i tym samym społeczno-gospodarcze przeznaczenie tego prawa, w niniejszej sprawie brak było podstaw dla uwzględnienia powództwa w zakresie przekraczającym równowartości kwoty 40 euro. Celem bowiem wprowadzenia tejże normy, jak wynikało to zarówno z dyrektywy europejskiej podlegającej implementacji właśnie w tej ustawie, jak i z samej treści art. 10, było zapewnienie rekompensaty za koszty odzyskiwania należności”. Podobne twierdzenia Sąd Okręgowy w Łodzi zawarł również w wyroku z dnia 14 czerwca 2019 r. wydanym w sprawie o sygn. akt XIII Ga 224/19. Również Sąd Okręgowy w Toruniu³⁰ wskazał, iż rekompensata przysługuje wierzycielowi jedynie w wypadku podjęcia przez niego jakichkolwiek działań windykacyjnych. Powyższe stoi w sprzeczności zarówno z treścią ustawy, jak i z założeniami dyrektywy 2011/7/UE. Przepisy ustawy w żadnym stopniu nie uzależniają dochodzenia rekompensaty od poniesionych przez wierzyciela kosztów lub podjętych przez niego działań windykacyjnych. Sądy przy tym powołują się na wykładnię historyczną, która miałaby wskazywać, że roszczenie jest zależne od podjęcia przez wierzyciela działań windykacyjnych³¹. W opozycji do powyższych wyroków sądów stoi m.in. treść wyroku Sądu Okręgowego w Bydgoszczy, który powołując się na uchwałę Sądu Najwyższego III CZP 94/15 z dnia 11 grudnia 2015 r., wskazał, iż celem ustalenia rekompensaty w wysokości 40 euro nie jest zwrócenie wierzycielowi poniesionych przez niego kosztów, lecz skłonienie dłużnika do zapłaty zgodnej z terminem³². Podobne stanowisko zajął m.in. Sąd Okręgowy w Warszawie³³. Powyższe zdaje się najlepiej oddawać instytucję rekompensaty, gdyż jest to zgodne z założeniami dyrektywy. Często poruszaną kwestią jest również „znaczność” opóźnienia. Zarówno przepisy ustawy, jak i dyrektywy w żadnym miejscu nie

²⁹ Wyrok Sądu Okręgowego w Łodzi z dnia 10 września 2019 r., II C 690/19, LEX nr 2729349.

³⁰ Wyrok Sądu Okręgowego w Toruniu z dnia 22 marca 2018 r., VI Ga 5/18, LEX nr 2467513.

³¹ S. Gołębiowski, *Nowe instrumenty zwalczania opóźnień płatności w ustawie o terminach zapłaty w transakcjach handlowych*, „Przegląd Prawa Handlowego” 2015, nr 1, s. 41-42.

³² Wyrok Sądu Okręgowego w Bydgoszczy z dnia 20 grudnia 2017 r., VIII Ga 267/17, LEX nr 2437219.

³³ Wyrok Sądu Okręgowego w Warszawie z dnia 23 marca 2017 r., XXIII Ga 173/17, LEX nr 2295533.

wskazują, jakie powinno być opóźnienie, aby dochodzona przez wierzyciela rekompensata była słuszną. Natomiast art. 10 ust. 1 u.p.n.o.t.h. wskazuje wprost, iż rekompensata przysługuje „od dnia nabycia uprawnienia do odsetek”. Oznacza to, iż rekompensata przysługuje wierzycielowi już dzień po umownym terminie zapłaty. Powyższe nie znalazło jednak potwierdzenia w polskim orzecznictwie. Tak na przykład Sąd Okręgowy w Łodzi wskazał, iż „Opóźnienie w rozmiarze kilkunastu dni, w skład którego wchodzi też dni wolne od pracy, nie może być kwalifikowane jako znaczne, a już szczególnie nie jako nadmierne”. W dalszej części treści wyroku Sąd wskazuje, iż przez wzgląd na brak „znaczności” powód naruszył art. 5 k.c.³⁴ Warto podkreślić, iż w ocenie Sądu 30-dniowe opóźnienie należy poczytywać za niewielkie. Naruszenie art. 5 k.c. w sprawach dotyczących rekompensaty jest również niezwykle szeroko omawiane. Wskazać należy przy tym treść wyroku Sądu Okręgowego w Łodzi, w którym wskazano, iż podnoszenie zarzutu naruszenia art. 5 k.c. musi wiązać się z wykazaniem przez pozwanego istnienia okoliczności rażących i nieakceptowalnych w świetle prawnych wartości³⁵. Wyjątkowość instytucji zawartej w powyższym przepisie wskazuje w swoim orzecznictwie również Sąd Najwyższy³⁶. W zakresie rekompensaty problematyczny jest również termin przedawnienia przedmiotowego roszczenia, gdyż u.p.n.o.t.h. nie porusza tejże kwestii. Słusznie zauważył Sąd Okręgowy w Szczecinie, iż instytucja zawarta w art. 10 ust. 1 u.p.n.o.t.h. nie jest roszczeniem akcesoryjnym związanym z konkretnym stosunkiem prawnym, lecz oddzielną instytucją, dla której nie został uregulowany termin przedawnienia. W związku z tym zastosowanie powinien znaleźć ogólny termin przedawnienia zgodny z art. 118 k.c.³⁷ Powyższe stanowisko jest powielane przez inne sądy powszechne, np. Sąd Okręgowy w Łodzi³⁸.

9. Znaczenie przepisów o opóźnieniach w transakcjach handlowych dla obecnej gospodarki oraz powszechność ich stosowania

Zgodnie z najnowszym raportem przeprowadzonym przez Intrum Iustitia obecnie średni termin płatności w sektorze prywatnym w Polsce wynosi 62 dni, natomiast w sektorze publicznym 79 dni³⁹. Oznacza to, iż w porównaniu do raportu z 2011 r. terminy wzrosły odpowiednio o 26 dni w sektorze prywatnym oraz 41 dni w sektorze publicz-

³⁴ Wyrok Sądu Okręgowego w Łodzi z dnia 11 grudnia 2019 r., III Ca 1830/19, LEX nr 3060798.

³⁵ Wyrok Sądu Okręgowego w Łodzi z dnia 21 września 2017 r., XIII Ga 748/17, LEX nr 2386352.

³⁶ Wyrok Sądu Najwyższego z dnia 11 kwietnia 2013 r., II CSK 438/12, LEX nr 1341662.

³⁷ Wyrok Sądu Okręgowego w Szczecinie z dnia 6 grudnia 2017 r., VIII Ga 477/17, LEX nr 2429940.

³⁸ Wyrok Sądu Okręgowego w Łodzi z dnia 17 marca 2017 r., XIII Ga 130/17, LEX nr 2386130.

³⁹ *European Payment Report 2020*, https://www.intrum.com/media/8918/european-payment-report-2020_final.pdf, s. 72 [dostęp: 30.05.2021].

nym⁴⁰. Powyższe mogłoby wskazywać, iż transpozycja do polskiego prawa dyrektywy 2011/7/UE nie przynosi oczekiwanych efektów. Na wskazanie zasługuje fakt, iż jest to pierwsza obowiązująca w historii naszego prawa ustawa nakładająca na dłużnika wprost wyartykułowaną karę pieniężną za niedotrzymywanie terminów. Na obecnym etapie obowiązywania problemów należy doszukiwać się między innymi w niejasnym orzecznictwie sądów powszechnych. Dodatkowo należy odnieść się do popularności wskazywanej ustawy. Obecnie brak jest pozycji naukowych, które wyjaśniałyby problematyczne kwestie związane z u.p.n.o.t.h., dodatkowo pomimo ponad ośmiu lat jej obowiązywania nie jest ona popularna wśród przedsiębiorców. W celu usprawnienia działania ustawy znowelizowano ją ustawą z dnia 19 lipca 2019 r.⁴¹ Wprowadzono do niej m.in. możliwość prowadzenia przez Prezesa Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów (dalej: UOKiK) postępowania w sprawie nadmiernego opóźniania się ze spełnieniem świadczenia pieniężnego. Postępowanie wszczynane jest z urzędu, co jednocześnie nie oznacza, iż informacje o opóźnieniach może przekazać Prezesowi UOKiK podmiot zewnętrzny. Najistotniejsza w tym kontekście jest przeprowadzona przez Prezesa UOKiK analiza informacji oraz zbadanie, czy faktycznie doszło do opóźnienia⁴². Ważną nowelizacją było również wprowadzenie zmiany w zakresie terminów maksymalnych oraz zobowiązanie kierowników podmiotów, o których mowa w art. 27b ust. 2 o podatku dochodowym od osób prawnych⁴³, do przedkładania ministrowi właściwemu ds. gospodarki sprawozdań o stosowanych terminach zapłaty w transakcjach handlowych. Przez wzgląd na wejście w życie przepisów z początkiem stycznia 2020 r. oraz wybuch pandemii COVID-19 w marcu 2020 r. obecnie utrudnione jest wnioskowanie, czy przedmiotowe zmiany wpłyną pozytywnie na zachowywanie terminów płatności. Pandemia spowodowała znaczny regres gospodarczy w wielu sektorach gospodarki, który może być odczuwalny przez wiele kolejnych lat. Powyższe znajduje również odniesienie w terminach płatności, które zostały drastycznie wydłużone w wielu branżach. W związku z tym na rezultaty związane z nowelizacją będziemy musieli poczekać kilka najbliższych lat.

10. Wnioski

Po przeprowadzonej analizie wyroku będącego przedmiotem glosy oraz instytucji rekompensaty opartej na ustawie o przeciwdziałaniu nadmiernym opóźnieniom w trans-

⁴⁰ European Payment Index 2011, s. 33 [dostęp: 30.05.2021].

⁴¹ Ustawa o zmianie niektórych ustaw w celu ograniczenia zatorów płatniczych.

⁴² P. Dolniak, *Przeciwdziałanie nadmiernym opóźnieniom w transakcjach handlowych. Komentarz*, Warszawa 2021, art. 13(c).

⁴³ Ustawa z dnia 15 lutego 1992 r. o podatku dochodowym od osób prawnych (Dz. U. z 2020 r. poz. 1406 z późn. zm.).

akcjach handlowych należy wyartykułować kilka niezmiernie istotnych wniosków. Po pierwsze należy wskazać, iż wyrok Trybunału Sprawiedliwości wydany w omawianej sprawie jest szczególnie ważny dla obrotu prawnego. Wyjaśnia on, jakie prawo należy stosować do umów zawartych przed dniem wejścia w życie ustawy stanowiącej implementację dyrektywy 2011/7/UE w danym kraju. Dodatkowo podkreślone zostało, iż ostateczna decyzja była zależna od państwa członkowskiego. Jako drugi istotny wniosek płynący z przedmiotowej glosy należy wskazać to, iż polskie sądy powszechne często błędnie interpretują przepisy o rekompensacie za koszty odzyskiwania należności. Dochodzi do sytuacji, w której wierzyciel zostaje niejako ukarany za to, iż stosuje instytucję ustawową zgodnie z założeniami. Nie sposób pominąć faktu, iż wielokrotnie polskie sądy wskazują na znikomą zwłokę czy zbyt duże obciążenie rekompensatą dla dłużnika. Jednocześnie warunkiem *sine qua non* domagania się rekompensaty jest uzyskanie przez wierzyciela prawa do odsetek. Należy również odnieść się do kwestii skuteczności oraz popularności ustawy. Z treści tekstu wynika, iż instytucja rekompensaty w dalszym ciągu nie jest popularna wśród przedsiębiorców, natomiast jej wprowadzenie nie wpłynęło pozytywnie na skrócenie terminów płatności. W związku z powyższym należy wywnioskować, iż konieczne wydają się kolejne zmiany w przedmiotowej materii. Ustawodawca zarówno unijny, jak i krajowy dokłada wielu starań, aby maksymalnie skrócić terminy płatności. W tym celu należałoby przede wszystkim doprowadzić do ujednolicenia linii orzecniczej oraz wpłynięcia na popularność instytucji rekompensaty. Obecnie polskie sądy orzekają w niezmiernie zróżnicowany sposób w sprawach dotyczących rekompensaty za koszty odzyskiwania należności. Niejednolita linia orzecnicza prowadzi natomiast do braku pewności prawa, co niejednokrotnie skutkuje brakiem podjęcia działań przez wierzyciela. Dla zwiększenia skuteczności działań wierzyciela nieodzowne byłoby znowelizowanie przepisów egzekucyjnych zmierzające do zwiększenia efektywności postępowań. Obecnie dłużnicy niejednokrotnie czują się bezkarni z powodu nieefektywnej drogi egzekucyjnej. Wprowadzenie większej efektywności egzekucyjnej oraz wpłynięcie na skrócenie postępowań sądowych mogłoby skłonić wierzyciela do stosowania instytucji rekompensaty, zaś dłużników do uiszczania płatności za transakcje handlowe w terminie.

Bibliografia

Akty prawne

Decreto Legislativo, 9 novembre 2012, n. 192.

Décret n° 2013–269 du 29 mars 2013 relatif à la lutte contre les retards de paiement dans les contrats de la commande publique.

- Dyrektywa Parlamentu Europejskiego i Rady nr 2011/7/UE z dnia 16 lutego 2011 r. w sprawie zwalczania opóźnień w płatnościach w transakcjach handlowych (Dz. Urz. UE L 48/1 z 23.02.2011 r.).
- Opinion of the European Economic and Social Committee on the Proposal for a Directive of the European Parliament and of the Council on Combating Late Payment in Commercial Transactions (Recast) – Implementing the Small Business Act, 2010 O.J. (C 255).
- Ustawa z dnia 15 lutego 1992 r. o podatku dochodowym od osób prawnych (Dz. U. z 2020 r. poz. 1406 z późn. zm.).
- Ustawa z dnia 8 marca 2013 r. o przeciwdziałaniu nadmiernym opóźnieniom w transakcjach handlowych (t.j. Dz. U. z 2021 r. poz. 424).
- Ustawa z dnia 6 marca 2018 r. – Prawo przedsiębiorców (t.j. Dz. U. z 2021 r. poz. 162).
- Ustawa z dnia 19 lipca 2019 r. o zmianie niektórych ustaw w celu ograniczenia zatorów płatniczych (Dz. U. z 2019 r. poz. 1649).
- Ustawa z dnia 11 września 2019 r. – Prawo zamówień publicznych (Dz. U. poz. 2019 z późn. zm.).

Orzecznictwo

- Wyrok Trybunału (dziewiąta izba) z dnia 1 czerwca 2017 r., C – 330/16.
- Wyrok Sądu Okręgowego w Warszawie, XXIII Wydział Gospodarczy Odwoławczy, XXIII Ga 251/15.
- Wyrok Sądu Najwyższego z dnia 12 lutego 1991 r., III CRN 500/90.
- Wyrok Sądu Najwyższego z dnia 11 kwietnia 2013 r., II CSK 438/12, LEX nr 1341662.
- Wyrok Sądu Okręgowego w Koszalinie z dnia 17 lutego 2015 r., VI Ga 8/15.
- Wyrok Sądu Okręgowego w Łodzi z dnia 17 marca 2017 r., XIII Ga 130/17, LEX nr 2386130.
- Wyrok Sądu Okręgowego w Warszawie z dnia 23 marca 2017 r., XXIII Ga 173/17, LEX nr 2295533.
- Wyrok Sądu Okręgowego w Łodzi z dnia 21 września 2017 r., XIII Ga 748/17, LEX nr 2386352.
- Wyrok Sądu Okręgowego w Szczecinie z dnia 6 grudnia 2017 r., VIII Ga 477/17, LEX nr 2429940.
- Wyrok Sądu Okręgowego w Bydgoszczy z dnia 20 grudnia 2017 r., VIII Ga 267/17, LEX nr 2437219.
- Wyrok Sądu Okręgowego w Toruniu z dnia 22 marca 2018 r., VI Ga 5/18, LEX nr 2467513.
- Wyrok Sądu Okręgowego w Łodzi z dnia 10 września 2019 r., II C 690/19, LEX nr 2729349.
- Wyrok Sądu Okręgowego w Łodzi z dnia 11 grudnia 2019 r., III Ca 1830/19, LEX nr 3060798.

Literatura

- Dolniak P., *Przeciwdziałanie nadmiernym opóźnieniom w transakcjach handlowych. Komentarz*, Warszawa 2021, art. 13(c).
- Dzienis P., *Motywacyjna funkcja rekompensaty za koszty odzyskiwania należności w wysokości 40 euro w transakcjach handlowych a zasady słuszności. Glosa do uchwały SN z dnia 11 grudnia 2015 r., III CZP 94/15*, „Glosa” 2017, nr 3.
- Fik P., Staszczuk P., *Wątpliwości dotyczące możliwości dochodzenia rekompensaty za koszty odzyskiwania należności na podstawie ustawy o terminach zapłaty w transakcjach handlowych*, „Przegląd Sądowy” 2015, nr 7–8.
- Gołębiowski S., *Nowe instrumenty zwalczania opóźnień płatności w ustawie o terminach zapłaty w transakcjach handlowych*, „Przegląd Prawa Handlowego” 2015, nr 1.
- Ignatowicz J., *System prawa cywilnego*, t. I, Wrocław 1985.

Koszowski M., *Granice państwa jako granice jurysdykcji w Unii Europejskiej*, Dąbrowa Górnicza 2012.

Tot I., *Late payment directive: recent and pending cases at the court of justice*, "Intereulaweast" 2016, vol. III, no 2.

Źródła internetowe

European Payment Index 2011, firstonline.info, <http://firstonline.info/news/files/356.pdf>.

Odpowiedź udzielona przez komisarz Elżbietę Bieńkowską w imieniu Komisji, 14 grudnia 2016 roku, Numer referencyjny pytania: E-007377/2016, https://www.europarl.europa.eu/doceo/document/E-8-2016-007377-ASW_PL.html.

European Payment Report 2020, https://www.intrum.com/media/8918/european-payment-report-2020_final.pdf.

Tabela A kursów średnich, Tabela nr 083/A/NBP/2021 z dnia 2021-04-30, www.nbp.pl, <https://www.nbp.pl/home.aspx?navid=archa&c=/ascx/tabarch.ascx&n=a083z210430>.

Joanna Szczęch

*Absolwentka Wydziału Prawa i Administracji**Uniwersytetu Gdańskiego*ORCID: [0000-0003-2305-8224](https://orcid.org/0000-0003-2305-8224)

Czerwony kolor podeszwy szpilek jako kształt. Głosa do wyroku Trybunału Sprawiedliwości z dnia 12 czerwca 2018 r., C-163/16¹

The red colour of the sole of stilettos as a shape.
A gloss to the judgment of the Court of Justice of 12 June 2018, C-163/16

Streszczenie

Inspiracją do podjęcia niniejszej problematyki stał się wyrok Trybunału Sprawiedliwości wydany na skutek wszczęcia przez sąd krajowy Rechtbank Den Haag pytania prejudycjalnego, czy definicja „kształtu” w rozumieniu art. 3 ust. 1. lit. e) ppkt (iii) dyrektywy Parlamentu Europejskiego i Rady 2008/95/WE z dnia 22 października 2008 r. mającej na celu zbliżenie ustawodawstw państw członkowskich odnoszących się do znaków towarowych została ograniczona do trójwymiarowych cech towarów, takich jak trójwymiarowe kontury, rozmiar i objętość towarów, czy też przepis ten ma zastosowanie również do innych niż trójwymiarowe cech towarów, takich jak kolor. Ponadto odniesiono się do przesłanki znacznego zwiększania wartości towaru będącej podstawą do odmowy rejestracji bądź unieważnienia zgodnie z art. 3 dyrektywy 2008/95/WE. Istotnymi punktami rozważań nad niniejszą problematyką stały się dwie opinie rzecznika generalnego, które częściowo nie są zgodne z wyrokiem Trybunału. Głosa próbuje stanowisko rzecznika, że znak towarowy, który łączy oznaczenia takie jak kształt oraz kolor może podlegać wyłączeniom przewidzianym przez art. 3 dyrektywy 2008/95/WE. Ponadto, co do znacznego zwiększania wartości znaku, sam fakt, że oznaczenie posiada jakiekolwiek walory estetyczne, nie powinien wyłączać ochrony znaków towarowych przewidzianej w dyrektywach Parlamentu Europejskiego i Rady, a powinien być oceniany indywidualnie przez sąd.

Słowa kluczowe

znak towarowy, zdolność odróżniająca, kolor, kształt, Trybunał Sprawiedliwości

Abstract

The present case is inspired by a judgment of the Court of Justice following a preliminary ruling by the national court of the Rechtbank Den Haag on whether the definition of ‘shape’ within the meaning of Article 3 1(e)(iii) of Directive 2008/95/EC of the European Parliament and of the Council

¹ Wyrok Trybunału (wielka izba) z dnia 12 czerwca 2018 r. w sprawie C-163/16 *Christian Louboutin i Christian Louboutin SAS przeciwko Van Haren Schoenen BV*, ECLI: EU:C:2018:423, dalej wyrok C-163/16.

of 22 October 2008 intended to approximate the laws of the Member States relating to trade marks is limited to three-dimensional characteristics of the goods, such as the three-dimensional contours, size and volume of the goods, or does that provision also apply to characteristics of the goods other than three-dimensional characteristics, such as colour. Furthermore, reference is also made to the condition of substantial increase in the value of the goods as grounds for refusal or invalidation under Article 3 of Directive 2008/95/EC. Two opinions of the Advocate General, which partially disagreed with the judgment of the Court, became important points for consideration of this issue. The opinion approves the Advocate General's view that a trademark which combines signs such as shape and colour may be covered by the exceptions provided for in Article 3 of Directive 2008/95/EC. Moreover, as far as the substantial increase in the value of a sign is concerned, the mere fact that a sign has any aesthetic value should not exclude the protection of trademarks provided for in the directives of the European Parliament and of the Council and should be assessed by the court on an individual basis.

Keywords

trademark, distinctive character, colour, shape, Court of Justice

Artykuł 3 ust. 1 lit. e) ppkt (iii) dyrektywy Parlamentu Europejskiego i Rady 2008/95/WE z dnia 22 października 2008 r. mającej na celu zbliżenie ustawodawstw państw członkowskich odnoszących się do znaków towarowych należy interpretować w ten sposób, że oznaczenie przedstawiające kolor naniesiony na podeszwę buta na wysokim obcasie, takie jak rozpatrywane w postępowaniu głównym, nie składa się wyłącznie z „kształtu” w rozumieniu tego przepisu.

Glosa

1. Wstęp

Tematem niniejszej publikacji jest ochrona znaku towarowego pod postacią koloru naniesionego na podeszwę buta na obcasie. Inspiracją do podjęcia niniejszej problematyki stał się wyrok Trybunału Sprawiedliwości z dnia 12 czerwca 2018 r., C-163/16, który zapadł na skutek pytania zadanego przez sąd odsyłający, czy oznaczenie przedstawiające kolor naniesiony na podeszwę buta składa się wyłącznie z kształtu w rozumieniu art. 3 ust. 1 lit. e) ppkt (iii) dyrektywy 2008/95/WE². W oparciu o wiodący wyrok przeanalizowane zostały trzy główne kwestie. W pierwszej kolejności podjęta została próba zdefiniowania pojęcia kształtu, następnie analiza dotyczyła problematyki kształtu znacznie zwiększającego wartość towaru. Ponadto, w kolejnej części rozważań nad głosowanym wyrokiem omówiony został nowy rodzaj znaków towarowych, tj. znaki pozy-

² Dyrektywa Parlamentu Europejskiego i Rady 2008/95/WE z dnia 22 października 2008 r. mająca na celu zbliżenie ustawodawstw państw członkowskich odnoszących się do znaków towarowych, Dz. Urz. UE L 299/25 z 8.11.2008 r., art. 3 ust. 1 lit. e) ppkt (iii) – dalej dyrektywa 2008/95/WE.

cyjne. Powyższe zagadnienia mają na celu pomóc w zrozumieniu, czy kolor, także ten będący przedmiotem omawianego wyroku, może stanowić kształt w rozumieniu dyrektywy 2008/95/WE.

2. Spór przed Sądem Krajowym

Christian Louboutin jest projektantem tworzącym damskie buty na wysokich obcasach, których znakiem charakterystycznym jest pokrycie ich zewnętrznej podeszwy kolorem czerwonym. W dniu 28 grudnia 2009 r. Christian Louboutin dokonał w Urzędzie Własności Intelktualnej Państw Beneluksu zgłoszenia znaku towarowego, który zarejestrowano w dniu 6 stycznia 2010 r. i opisano jako „znak towarowy utworzono z koloru czerwonego (Pantone 18–1663TP) naniesionego na podeszwę buta zgodnie z przedstawieniem (kontur buta nie stanowi części znaku towarowego, lecz służy wyłącznie uwiarygodnieniu umiejscowienia znaku towarowego)³. W dniu 27 maja 2013 r. Christian Louboutin wniósł do Rechtbank Den Haag (sąd rejonowy w Hadze, Niderlandy) powództwo o stwierdzenie naruszenia prawa do jego znaku przeciwko spółce Van Haren prowadzącej w Niderlandach sklepy detaliczne, która wprowadzała do obrotu buty na obcasie z czerwoną podeszwą. W dniu 17 lipca 2013 r. sąd rejonowy w Hadze wydał wyrok zaoczny, w którym jedynie częściowo uwzględnił żądania Christiana Louboutina, czego konsekwencją było wniesienie przez stronę pozwaną sprzeciwu od wyroku, w którym wskazała, że znak towarowy zgłoszony przez Christiana Louboutina powinien podlegać unieważnieniu. Według spółki Van Haren omawiany znak towarowy jest dwuwymiarowym graficznym znakiem towarowym, a dokładniej został on utworzony z powierzchni o kolorze czerwonym. Rechtbank Den Haag stwierdził, że mając na względzie sposób, w jaki przedstawiony został ów znak towarowy, kolor czerwony jest nierozdzielnie związany z podeszwą buta, w związku z czym omawiany znak nie może być zakwalifikowany jako zwykły dwuwymiarowy graficzny znak towarowy. Następnie sąd krajowy uznał, że znaczna część konsumentów nabywających obuwie na wysokich obcasach w Beneluksie byłaby w stanie zidentyfikować, czy obuwie pochodzi od marki Louboutin, czy jest to produkt innego podmiotu gospodarczego. W związku z tym można by wnioskować, że powszechnie znak ten postrzegany był jako znak towarowy zgodnie z normami Unii Europejskiej.

Spór przed sądem krajowym został zawieszony poprzez skierowanie pytania do Trybunału Sprawiedliwości. Sąd w Hadze powziął wątpliwości, analizując art. 3 ust. 1 lit. e ppkt (iii) dyrektywy 2008/95/WE⁴ mówiący o bezwzględnych podstawach odmo-

³ Wyrok C-163/16.

⁴ Dyrektywa 2008/95/WE, art. 3 ust. 1 lit. e ppkt (iii), dalej art. 3.

wy rejestracji lub unieważnienia znaku towarowego. Wiodącą wątpliwością sądu krajowego było, czy pojęcie kształtu w rozumieniu art. 3⁵ jest ograniczone jedynie do trójwymiarowych cech danego towaru, takich jak kontur i rozmiar, czy też pojęcie to dotyczy również cech niemających charakteru trójwymiarowego. W tym też celu zadano pytanie prejudycjalne⁶.

3. Opinie rzecznika generalnego

Znaczącą rolę dla omawianego wyroku pełniły dwie opinie rzecznika generalnego. W pierwszej opinii⁷ rzecznik skoncentrował się na funkcjonalności znaku, uznając, że kolor naniesiony na kształt towaru powoduje, że dochodzi się przyznania ochrony koloru związanego z konkretnym kształtem, a nie jedynie ochrony znaku składającego się z koloru. Ponadto, analizując funkcjonalność omawianego znaku towarowego, uznał, że kolor naniesiony na konkretny element towaru, jakim jest podeszwa buta na obcasie, sprawia, że zmonopolizowanie tej cechy uniemożliwiłoby konkurentom sprzedaż obuwia o tej samej funkcjonalności. Podkreślił również, że wątpliwe jest, by kolor czerwony spełniał podstawowe funkcje znaku towarowego⁸ i wskazywał właściciela w sposób jednoznaczny, w sytuacji gdy kolor byłby wykorzystany na innej podeszwie niż podeszwa wskazana w rejestracji znaku towarowego⁹. Rzecznik generalny w swojej pierwszej opinii wykazał pewne wątpliwości co do analizowanych zagadnień, albowiem po rozprawie przed Trybunałem Sprawiedliwości, podczas której strony zostały wysłuchane ponownie, wydał drugą opinię konkretyzującą zagadnienia będące podstawą wniesienia powództwa i pytania omawianego w sprawie. Rzecznik Generalny Maciej Szpur w drugiej opinii zakwestionował spełnianie przez przedmiotowy znak podstawowych funkcji znaku towarowego, które nawiązują do postrzegania wartości danego towaru przez pryzmat osoby będącej jego właścicielem. Ponadto stanął na stanowisku, że odbieranie znaku przez konsumentów jako czynnika, który określa właściwości zwiększające znacznie wartość towaru, przemawia za możliwością stosowania podstawy unieważnienia lub odmowy rejestracji w art. 3. Ostatecznie podtrzymał twierdzenia zawarte w pierwszej opinii oraz zaznaczył, że w oparciu o art. 3 można stosować go w sytuacji, kiedy sprawa dotyczy oznaczenia składającego się z kształtu towaru i koloru, który ma być objęty ochroną. Jednak pojęcie kształtu, który w rozumieniu tego

⁵ *Ibidem*.

⁶ Wyrok C-163/16.

⁷ Opinia rzecznika generalnego M. Szpunara z dnia 22 czerwca 2017 r., C-163/16, *Christian Louboutin i Christian Louboutin Sas przeciwko van Haren Schoenen BV*, ECLI:EU:C:2017:495 – dalej opinia rzecznika.

⁸ Dyrektywa 2008/95/WE.

⁹ *Ibidem*.

przepisu zwiększa znacznie wartość towaru, dotyczy nierozdzielnej więzi z kolorem, którego ochrony dochodzimy.

4. Wyrok Trybunału Sprawiedliwości

Podczas rozważań dotyczących kwestii spornych, Trybunał Sprawiedliwości skupił się na zdefiniowaniu pojęcia „kształt”. W rezultacie uznał, że pomimo iż kształt odgrywa rolę, gdy mamy na celu wyodrębnienie koloru w przestrzeni, to nie możemy stwierdzić, że oznaczenie jest chronione przez kształt, który kolor ten wyodrębnia. Ostatecznie Trybunał Sprawiedliwości rozpatrzył sprawę odmiennie niż zrobił to rzecznik generalny we wspomnianych dwóch opiniach. Zgodnie z wyrokiem Trybunału Sprawiedliwości oznaczenie przedstawiające kolor naniesiony na podeszwę buta na wysokim obcasie nie składa się wyłącznie z „kształtu” w rozumieniu art. 3 dyrektywy 2008/95/WE. Co więcej, kwestia miejsca, w którym naniesiony jest kolor będący spornym znakiem towarowym, nie oznacza, że znak jest tworzony przez kształt.

5. Omówienie wyroku

a. Zdefiniowanie pojęcia kształtu w celu zrozumienia wyroku TSUE

Podczas analizy wyroku TSUE wiodącym pytaniem było, czy kolor naniesiony na podeszwę może stanowić kształt w rozumieniu dyrektywy 2008/95/WE. Kwestie sporne w omawianym wyroku okazały się na tyle zawile, że wyjaśnienia wątpliwości podjęła się wielka izba Trybunału Sprawiedliwości. Co istotne, do omawianego wyroku sporządzone zostały aż dwie opinie rzecznika generalnego, w tym w części odmienne od końcowego wyroku. Punktem wyjścia, od którego należy rozpocząć niniejszą analizę, jest definicja kształtu w rozumieniu dyrektywy 2008/95/WE. Artykuł 3 niniejszej dyrektywy stanowi, że nie są rejestrowane, a w przypadku gdy zostały już zarejestrowane, mogą zostać uznane za nieważne, oznaczenia, które składają się wyłącznie z kształtu zwiększającego znacznie wartość towaru, jednakże artykuł ten nie wskazuje samej definicji kształtu. W związku z tym definicji kształtu, który jest przedmiotem głosowanej sprawy, należy szukać w orzecznictwie dotyczącym znaków towarowych. W przedmiotowej sprawie TSUE uznał, że „kształt” należy rozumieć jako ogół linii lub konturów wyodrębniających dany towar w przestrzeni¹⁰. Wynika z tego, że pojęciem „kształt” można objąć nie tylko przedstawienie trójwymiarowego znaku towarowego, wobec którego to pojęcie jest stosowane, ale również element graficzny przedstawiony w dwóch wymiarach. Można więc wywnioskować, że sam kolor, który nie zostanie wyodrębniony na

¹⁰ Wyrok C-163/16.

danym kształcie, nie będzie mógł stanowić kształtu. W celu przybliżenia zagadnienia ochrony konkretnego kształtu należy przywołać wyrok TSUE z dnia 14 września 2010 r. w sprawie *LEGO*¹¹, gdzie Trybunał podkreślił, że możliwość badania znaku może zostać rozciągnięta na badanie każdego innego znaku, który tworzony jest przez kształt towaru. W związku z tym TSUE w głosowanym wyroku dotyczącym czerwonej podeszwy buta wskazał, że pojęcie „kształtu” rozumie się z zasady jako oznaczenie ogółu linii lub konturów wyodrębniających wskazany towar w przestrzeni. W związku z powyższym można przyjąć rozumowanie, że bez wydzielenia w przestrzeni kolor *per se* nie mógłby stanowić kształtu¹². W związku z powyższym istotną kwestią zdaje się być również definicja koloru *per se*. Zgodnie z wnioskami zawartymi przez autora w dziele *Law of Trade Marks and Trade Names*¹³ kolor jest to bezkształtna, nieograniczona liniowo plama niezależna od konkretnej formy umiejscowienia. Problematykę określenia w urzędzie koloru i kształtu w odniesieniu do niniejszej sprawy podjęła w komentarzu Olena Butriy¹⁴, wskazując, jakoby jedną z podstaw sporu była niedokładność określenia koloru i kształtu w opisie znaku towarowego. Wymienione definicje i rozważania pozwalają szerzej spojrzeć na sprawę C-163/16, jednak należy wskazać, że w przedmiotowej sprawie przy rejestracji omawianego spornego znaku określono, na jakim konkretnym towarze zostanie wyodrębniony kolor, co w celu ułatwienia weryfikacji zostało przedstawione również w formie graficznej. Sąd odsyłający, nawiązując do opisu w zgłoszeniu znaku marki Louboutin, zadał pytanie, czy to, że dany kolor został umieszczony w określonym miejscu na wskazanym towarze, oznacza, że przedmiotowe oznaczenie jest tworzone przez kształt w rozumieniu art. 3 dyrektywy 2008/95/WE.

b. W przedmiocie wykładni pojęcia „kształtu zwiększającego znacznie wartość towaru”

W celu rozważenia kwestii znacznego zwiększania wartości towaru należy przywołać przesłanki stosowania bezwzględnej podstawy odmowy lub stwierdzenia nieważności rejestracji, o której mowa art. 3 dyrektywy 2008/95/WE, oraz o art. 7 ust. 1 lit. e) ppkt (iii) rozporządzenia 2017/1001¹⁵. Trybunał wskazał, że przepis ten nie jest ograniczony do kształtu towaru mającego wyłącznie wartość artystyczną lub zdobniczą, ale stosuje się

¹¹ Wyrok TSUE z dnia 14 września 2010 roku, w sprawie C-48/09 P *Lego Juris A/S przeciwko Urzędowi Harmonizacji w ramach Rynku Wewnętrznego*, ECLI:EU:C:2010:516, dalej wyrok C-48/09 P.

¹² E. Juhász, *Una marca consistente en un color aplicado en la suela de un zapato no está comprendida en la prohibición de registro de las formas*, TJ, Gran Sala, S 12 Jun. 2008. Asunto C-163/16: *Louboutin y Christian Louboutin*, „La Ley Unión Europea” 2018, número 61.

¹³ J. Mellor, QC et al., *Law of Trade Marks and Trade Names*, Sweet & Maxwell 2017, s. 24, nb 2-68.

¹⁴ O. Butriy, *Shaping a Colour as a Trade Mark: Comments on the Judgment of the CJEU C-163/16*, 10 July 2018, <https://ssrn.com/abstract=3227872> [dostęp: 03.04.2022].

¹⁵ Rozporządzenie Parlamentu Europejskiego i Rady (UE) 2017/1001 z dnia 14 czerwca 2017 r. w sprawie znaku towarowego Unii Europejskiej, art. 7 ust. 1 lit. e) ppkt (iii), dalej rozporządzenie 2017/1001.

również do oznaczeń odnoszących się do towarów, które poza funkcją estetyczną pełnią również inne. Problematykę znacznego zwiększania wartości towaru poruszył w toku postępowania sąd krajowy. Rechtbank Den Haag wskazał, że czerwona podeszwa znacznie zwiększa wartość obuwia oraz że charakterystyczny kolor czerwony znacząco wpływa na wybory konsumenta i podjęcie ostatecznej decyzji o kupnie konkretnego produktu. Według sądu odsyłającego Christian Louboutin początkowo wykorzystywał czerwone podeszwy obcasów jako aspekt czysto estetyczny, jednak z biegiem czasu i zdobycia większego uznania wśród konsumentów zaczął traktować czerwoną podeszwę jako sposób na identyfikację właściciela, co wskazuje na używanie tego koloru jako znaku towarowego. Zgodnie ze wspomnianym wyżej art. 7 rozporządzenia 2017/1001 nie są rejestrowane oznaczenia, które składają się wyłącznie z kształtu lub innej właściwości zwiększających znacznie wartość towaru. Przepis ten odnosi się *stricte* do kształtu, którego właściwości estetyczne znacząco wpływają na decyzję konsumenta. Jednakże w przypadku omawianego wyroku ewentualna ochrona dotyczy koloru, a nie kształtu, który miałby zwiększać wartość towaru. Jednak gdyby zostało przyjęte, że kolor czerwony stanowi znak towarowy jedynie przy ściśle określonym modelu buta, wtedy można byłoby uznać za prawdopodobne, że ten konkretny kształt powoduje zwiększenie wartości produktu, o którym mowa w art. 7 rozporządzenia 2017/1001. Zgodnie ze stanowiskiem niniejszej glosy, gdyby zmieniono choćby wysokość szpilki bądź wprowadzono inną widoczną dla oka modyfikację w bucie, ochrona przyznawana znakom towarowym nie miałaby już zastosowania. Pewne nieścisłości można wywnioskować z postawy sądu krajowego, ponieważ sąd ten uznał, że to intensywny czerwony kolor może powodować zwiększenie wartości towaru, a nie kształt, który jest przedmiotem omawianego art. 7 rozporządzenia 2017/1001. Sąd odsyłający sam poniekąd ustalił, że to nie kształt tego oznaczenia stanowi tu kluczową kwestię, a kolor, więc posługiwanie się przepisami dotyczącymi zwiększenia wartości towaru poprzez kształt może powodować pewne nieścisłości. Ponadto, w kontekście zwiększenia wartości towaru, należy pamiętać, iż omawiana sprawa ma szczególnie charakter, gdyż Christian Louboutin to znany powszechnie projektant mody, co jak opisała Katarzyna Grzybczyk w dziele *Ikony popkultury a prawo własności intelektualnej. Jak znani i sławni chronią swoje prawa*¹⁶, ma duże znaczenie. W związku z powyższym potencjalni odbiorcy często wybierają akurat ten model buta nie z powodu atrakcyjności czerwonej podeszwy, której w czasie chodzenia w zasadzie nie widać, ale ze względu na renomę samego projektanta, a także cenę, której wysokość kojarzy się z czymś luksusowym. Temat reputacji projektanta i zwiększenia wartości towaru na podstawie omawianej sprawy przybliży Eleonora Rosati w artykule *AG Szpunar confirms that there is a way out*

¹⁶ K. Grzybczyk, *Ikony popkultury a prawo własności intelektualnej. Jak znani i sławni chronią swoje prawa*, Warszawa 2018.

of invalidation for the Louboutin red sole trade mark zamieszczonym w czasopiśmie „Journal of Intellectual Property Law & Practice”¹⁷. Przy kupnie obuwia zazwyczaj w pierwszej kolejności patrzy się na wygląd, funkcjonalność i wygodę buta, jednakże czerwona podeszwa nie spełnia wprost cechy funkcjonalności czy wygody. Tematykę znacznego zwiększenia wartości towaru Trybunał Sprawiedliwości rozważał przy sprawie T-508/08¹⁸ *Bang & Olufsen A/S przeciwko Urzędowi Harmonizacji w ramach Rynku Wewnętrznego*. W powyższej sprawie Trybunał uznał, że oznaczenie przedstawiające głośnik nie może być zarejestrowane jako znak towarowy, gdyż składa się z formy znacznie zwiększającej wartość towaru. Zdaniem Sądu, w ocenie, czy kształt produktu znacznie zwiększa jego wartość, należy wziąć pod uwagę istotne właściwości całego produktu¹⁹, w tym – co istotne dla glosowanego wyroku – kolor. Należy wspomnieć, że od dnia wydania przedmiotowego wyroku pewne kwestie uległy zmianie, co może wpływać na ocenę zagadnienia kształtu zwiększającego znacznie wartość produktu. Zmiana, jaką wprowadziła dyrektywa Parlamentu Europejskiego i Rady (UE) 2015/2436²⁰, zastępująca dyrektywę 2008/95/WE obowiązującą w dniu, gdy wydany został wyrok, w odniesieniu do oznaczeń znacznie zwiększających wartość towaru, rozszerzyła zakres zastosowania tego wyłączenia, stanowiąc w art. 4 ust. 1 lit. e) ppkt (iii)²¹, że nie są rejestrowane oznaczenia, które składają się wyłącznie z kształtu lub innej właściwości, zwiększających znacznie wartość towarów. Obiektywnie patrząc, ta inna właściwość określona w nowym brzmieniu tego przepisu może stanowić podstawę pozwalającą na wyłączenie koloru z rejestracji. Podobne stanowisko przyjęła Karolina Sztobryn w głosie do przedmiotowego wyroku, podkreślając ważność opinii rzecznika generalnego²². Powracając do glosowanego wyroku, opinia rzecznika generalnego praktycznie wyprzedziła nowe brzmienie przepisu o zwiększaniu wartości towaru, a co za tym idzie, osłabiła wyrok TSUE. Trybunał podkreślił, że „w każdym wypadku oznaczenie takie jak rozpatrywane w postępowaniu głównym nie może zostać uznane za tworzone wyłącznie przez kształt, gdy przedmiotem tego oznaczenia jest sprecyzowany kolor – w tym przypadku Pantone 18-1663TP”. W związku z powyższym, kolor naniesiony na podeszwę buta jest tą „inną” właściwością

¹⁷ E. Rosati, *AG Szpunar confirms that there is a way out of invalidation for the Louboutin red sole trade mark*, „Journal of Intellectual Property Law & Practice” 2018, vol. 13, iss. 7, s. 518-520.

¹⁸ Wyrok Trybunału Sprawiedliwości z dnia 6 października 2011 r. w sprawie T-508/08 *Bang & Olufsen A/S przeciwko Urzędowi Harmonizacji w ramach Rynku Wewnętrznego*, ECLI:EU:T:2011:575.

¹⁹ *Ibidem*.

²⁰ Dyrektywa Parlamentu Europejskiego i Rady (UE) 2015/2436 z dnia 16 grudnia 2015 r. mająca na celu zbliżenie ustawodawstw państw członkowskich odnoszących się do znaków towarowych (Dz. Urz. UE L 336 z 23.12.2015 r., s. 1–26) – dalej dyrektywa 2015/2436; weszła w życie 14.01.2019 r. i zastąpiła dyrektywę Parlamentu Europejskiego i Rady 2008/95/WE z dnia 22 października 2008 r. mającą na celu zbliżenie ustawodawstw państw członkowskich odnoszących się do znaków towarowych.

²¹ Dyrektywa 2015/2436.

²² K. Sztobryn, *Czy kolor może być kształtem? Glosa do wyroku TS z dnia 12 czerwca 2018 r., C-163/16*, „Glosa” 2019, nr 1, s. 86-93.

według nowego brzmienia dyrektywy 2015/2436. To właśnie ta „inna” właściwość może powodować znaczne zwiększenie wartości towaru. Nie należy jednak zapominać o przepisach, które obowiązywały w dniu wydania glosowanego wyroku, co skłania do aprobaty końcowych wniosków Trybunału Sprawiedliwości.

c. Znak pozycyjny jako pomocnicze rozwiązanie dla znaków graficznych objętych ochroną przyznaną znakom towarowym

Pomimo istnienia rozległych przepisów w kwestii znaków towarowych w praktyce pojawiają się trudności z określaniem znaku umieszczonego na danym produkcie. W celu zniwelowania nieścisłości w sposobie oznaczenia znaku na produkcie ustawodawca unijny zdecydował się na dodanie „znaku pozycyjnego” do katalogu znaków towarowych Unii Europejskiej²³. Znak pozycyjny jest to nowy rodzaj znaku towarowego, którego istotę stanowi umieszczenie na danym produkcie elementu graficznego – zazwyczaj jest to kolor, tak jak w przypadku omawianego wyroku. Tradycyjnie używane są w sektorze odzieży i obuwia, jednakże również popularne przy oznaczaniu opakowań napojów alkoholowych. W celu wyjaśnienia warto przywołać przykładowe sprawy, m. in. o sygnaturze T-235/12²⁴, która dotyczy sporu w sprawie ochrony jako znaku towarowego żdźbła w szklanej butelce napoju alkoholowego Żubrówka. Znak pozycyjny w tej sprawie, czyli trawa rosnąca w Puszczy Białowieskiej zwana potocznie żubrówką, jest znakiem, który szczególnie pomaga potencjalnemu klientowi skojarzyć ten produkt z producentem. W związku z tym należy zauważyć, że posiada on zdolność odróżniającą od innych produktów. Kolejną znaną sprawą w kwestii kolizji znaków pozycyjnych jest sprawa C-396/15 P²⁵ dotycząca obuwia sportowego firmy Adidas AG, a konkretnie charakterystycznych pasków umieszczonych na obuwiu jako znaku pozycyjnego. Według praktyki EUIPO znaki pozycyjne, by takowymi je nazwać, muszą posiadać pierwotną zdolność odróżniającą. W związku z powyższym, aby przybliżyć funkcję znaku pozycyjnego, należy wyjaśnić znaczenie pojęć pierwotnej oraz wtórnej zdolności odróżniającej. Choć nie istnieje w polskim prawie ustawowa definicja zdolności odróżniającej znaku towarowego, jest to jedna z podstawowych przesłanek decydujących o możliwości zarejestrowania znaku. W związku z tym zdolność odróżniająca to sposób, w jaki znak towarowy umożliwia odróżnianie towarów jednego przedsiębiorstwa od towarów innego przedsiębiorstwa. W przypadku pierwotnej zdolności cechy odróżniające są wyodrębniane celowo i od wejścia na rynek produktu mają nam kojarzyć się z danym przed-

²³ Rozporządzenie 2017/1001, art. 4.

²⁴ Wyrok TSUE z dnia 11 grudnia 2014 roku w sprawie T-235/12 *CEDC International przeciwko OHMI – Underberg (Forme d'un brin d'herbe dans une bouteille)*, ECLI:EU:T:2014:1058.

²⁵ Wyrok TSUE z dnia 17 lutego 2017 r. w sprawie C-396/15 P *Shoe Branding Europe przeciwko Adidas*, ECLI:EU:C: 2016:95.

siębiorcą²⁶. Inne kryteria będziemy brać pod uwagę, rozważając wtórną zdolność odróżniającą znaku towarowego, bowiem to sytuacja, kiedy oznaczenie, które początkowo nie posiadało cech znaku towarowego, w następstwie ogromnej popularności zaczyna konsumentom kojarzyć się z określonym przedsiębiorcą. To, czy znak nabył wtórną zdolność odróżniającą, ocenia się, biorąc pod uwagę okres jego używania, jego udział w rynku czy sposób i intensywność jego używania. Najistotniejsza przy tym wszystkim jest nie popularność samego znaku, ale fakt, że dla znaczącej grupy odbiorców znak ten identyfikuje towar z konkretnym producentem. Wracając więc do omawianego znaku towarowego, należy zastanowić się, czy czerwona podeszwa buta na wysokim obcasie wprowadzona przez znanego projektanta Christiana Louboutina spełnia przesłanki wtórnej zdolności odróżniającej. Zagadnienie zdolności odróżniającej, także w kontekście czerwonej podeszwy Louboutin, szerzej opisała Gabriela Sacha w artykule *Ochrona znaczeń odróżniających w modzie*²⁷. W przypadku omawianego znaku towarowego kolor czerwony pierwotnie nie miał na celu przywołać na myśl danego przedsiębiorcę, jednak odbiorcy zaczęli z czasem rozpoznawać i kojarzyć ten kolor naniesiony na podeszwę z konkretną marką. W przypadku butów Christiana Louboutina szczególnie ważna jest również popularność projektanta, która z pewnością przyspieszyła proces nabycia zdolności odróżniającej. Instytucja znaku pozycyjnego dotyczy produktów, które posiadają pierwotną zdolność odróżniającą, dlatego też pojawia się pytanie, czy omawiany znak towarowy może być zarejestrowany jako znak pozycyjny, czy zarejestrowanie go w tej formie wiązałoby się z obejściem udowodnienia wtórnej wartości odróżniającej, której wymaga się w celu uzyskania ochrony. Po wniesieniu do urzędu zgłoszenia o ochronę znaku, sprawdza się, czy znak towarowy umożliwia identyfikację danego towaru jako pochodzącego od określonego przedsiębiorcy, a w rezultacie odróżnienie tego towaru od innych podobnych towarów obecnych na rynku.

6. Podsumowanie

Reasumując rozważania nad wyrokiem C-163/16, należy wskazać, że organ rozpatrujący przyznanie ochrony dla konkretnego znaku powinien przede wszystkim zbadać, czy istnieje związek między kształtem lub inną właściwością, w tym przypadku kolorem, a zwiększeniem wartości danego towaru. Ponadto powinien zastanowić się, czy powszechnie uznana atrakcyjność danego towaru, w tym przypadku butów z czerwoną po-

²⁶ Mikołaj Lech – rzecznik patentowy, LECH Prawna Ochrona marki, znakitowarowe-blog.pl [dostęp: 25.11.2021].

²⁷ G. Sacha, *Ochrona oznaczeń odróżniających w modzie*, „Rynek – Społeczeństwo – Kultura” 2017, nr 26, s. 84-89, <https://kwartalnikrsk.pl/Artykuly/RSK-Specjalny-2017/RSK-Specjalny-2017-Sacha-ochrona-oznaczen-odrozniajacych-w-modzie.pdf> [dostęp: 02.04.2022].

deszwą, wiąże się z jednym modelem tego buta z czerwoną podeszwą, a więc ma związek z czerwonym kolorem naniesionym na jeden konkretny typ buta, czy może podstawą do uznania towaru za atrakcyjny jest jedynie kolor. Co za tym idzie, czy przyznanie prawa ochrony jednemu przedsiębiorstwu na sam kolor, niewyodrębniony na konkretnym kształcie, nie wpłynęłoby realnie na możliwość konkurowania na rynku, a więc doprowadziłoby do sytuacji monopolu na jeden produkt. Jednakże odpowiadając na zadane pytanie, czy kolor naniesiony na podeszwę szpilek może być traktowany jako kształt w rozumieniu art. 3 dyrektywy 2008/95/WE, należy uznać, że w odniesieniu do omawianej sprawy, gdy kolor naniesiony będzie na jeden konkretnie oznaczony model buta na wysokim obcasie, może stanowić on kształt w rozumieniu obowiązujących przepisów, jednak taki rodzaj oznaczenia ogranicza możliwość jego ochrony na innym modelu, dzięki czemu nie pojawi się sytuacja niepożądanego monopolu na kolor *per se*. Analizując wyrok Trybunału, należy pamiętać o nowelizacjach, tzn. dyrektywie 2015/2436, która pojawiając się po wydaniu wyroku, osłabiła znaczenie rozważań i wyroku TSUE. Uwagi także wymaga kwestia zakwalifikowania znaku jako znaku pozycyjnego, a w związku z tym określenia, czy posiada on pierwotną bądź wtórną zdolność odróżniającą od innych produktów. Jednakże, odnosząc się do wyroku Trybunału, należy zgodzić się, że oznaczenie przedstawiające kolor naniesiony na podeszwę buta na wysokim obcasie nie składa się wyłącznie z „kształtu” w rozumieniu art. 3 dyrektywy 2008/95/WE. Jednak na podstawie późniejszej dyrektywy 2015/2436 kwestia omawianej zwiększonej wartości towaru będzie mogła dotyczyć również innych właściwości towaru niż kształt, w tym koloru. Oznacza to, że czerwony kolor na podeszwie buta na wysokim obcasie, w świetle obowiązujących obecnie przepisów, mógłby zostać wyłączony z ochrony ze względu na znaczne zwiększanie wartości produktu, co, jak wcześniej wspomniano, osłabia wyrok Trybunału. Biorąc pod uwagę omówione kwestie, niniejsza glosa stanowi częściowo krytyczny komentarz do wyroku, przede wszystkim ze względu na odmienne zdanie rzecznika generalnego zawarte w opinii, którego twierdzenia zostały później potwierdzone wydaną dyrektywą 2015/2436.

Bibliografia

Akty prawne

Dyrektywa Parlamentu Europejskiego i Rady 2008/95/WE z dnia 22 października 2008 r. mająca na celu zbliżenie ustawodawstw państw członkowskich odnoszących się do znaków towarowych (Dz. Urz. UE L 299/25 z 8.11.2008 r.); weszła w życie dnia 22 października 2008 r.

Dyrektywa Parlamentu Europejskiego i Rady (UE) 2015/2436 z dnia 16 grudnia 2015 r. mająca na celu zbliżenie ustawodawstw państw członkowskich odnoszących się do znaków towarowych (Dz. Urz. UE L 336 z 23.12.2015 r.); weszła w życie dnia 14 stycznia 2019 r.

Rozporządzenie Parlamentu Europejskiego i Rady (UE) 2017/1001 z dnia 14 czerwca 2017 r. w sprawie znaku towarowego Unii Europejskiej (Dz. Urz. L 154/1 z 14.06.2017 r.).

Orzecznictwo

Wyrok TSUE z dnia 14 września 2010 r. w sprawie C-48/09 P *Lego Juris A/S przeciwko Urzędowi Harmonizacji w ramach Rynku Wewnętrznego*, ECLI:EU:C:2010:516.

Wyrok Trybunału Sprawiedliwości z dnia 6 października 2011 r. w sprawie T-508/08 *Bang & Olufsen A/S przeciwko Urzędowi Harmonizacji w ramach Rynku Wewnętrznego*, ECLI:EU:T:2011:575.

Wyrok TSUE z dnia 11 grudnia 2014 r. w sprawie T-235/12 *CEDC International przeciwko OHMI – Underberg (Forme d'un brin d'herbe dans une bouteille)*, ECLI:EU:T:2014:1058.

Wyrok TSUE z dnia 17 lutego 2016 r. w sprawie C-396/15 P *Shoe Branding Europe przeciwko Adidas*, ECLI:EU:C:2016:95.

Wyrok Trybunału (wielka izba) z dnia 12 czerwca 2018 r. w sprawie C-163/16 *Christian Louboutin i Christian Louboutin SAS przeciwko Van Haren Schoenen BV*, ECLI: EU:C:2018:423.

Opinia rzecznika generalnego M. Szpunara z dnia 22 czerwca 2017 r. w sprawie C-163/16 *Christian Louboutin i Christian Louboutin Sas przeciwko van Haren Schoenen BV*, ECLI:EU:C:2017:495.

Literatura

Butriy O., *Shaping a Colour as a Trade Mark: Comments on the Judgment of the CJEU C-163/16*, 10 July 2018, <https://ssrn.com/abstract=3227872>.

Grzybczyk K., *Ikony popkultury a prawo własności intelektualnej. Jak znani i sławni chronią swoje prawa*, Warszawa 2018.

Juhász E., *Una marca consistente en un color aplicado en la suela de un zapato no está comprendida en la prohibición de registro de las formas*, TJ, Gran Sala, S 12 Jun. 2008. Asunto C-163/16: *Louboutin y Christian Louboutin*, "La Ley Unión Europea" 2018, número 61.

Mellor J., QC, Llewelyn D., Moody-Stuart T., QC, Keeling D., Berkeley I., Chantrielle A., Keay M., *Law of Trade Marks and Trade Names*, Sweet & Maxwell 2017.

Rosati E., *AG Szpunar confirms that there is a way out of invalidation for the Louboutin red sole trade mark*, "Journal of Intellectual Property Law & Practice" 2018, vol. 13, iss. 7.

Sacha G., *Ochrona oznaczeń odróżniających w modzie*, „Rynek – Społeczeństwo – Kultura” 2017, nr 26, <https://kwartalnikrsk.pl/Artykuły/RSK-Specjalny-2017/RSK-Specjalny-2017-Sacha-ochronaoznaczen-odrozniajacych-w-modzie.pdf>.

Sztobryn K., *Czy kolor może być kształtem? Glosa do wyroku TS z dnia 12 czerwca 2018 r., C-163/16, „Glosa”* 2019, nr 1.

Strony internetowe

Mikołaj Lech – rzecznik patentowy, LECH Prawna Ochrona marki, znakitowarowe-blog.pl, [dostęp: 25.11.2021].

Patrycja Szczuka

Absolwentka Wydziału Prawa i Administracji

Uniwersytetu Gdańskiego

ORCID: [0000-0002-6166-6274](https://orcid.org/0000-0002-6166-6274)

Dopuszczalność istnienia zasady ogólnej równego traktowania akcjonariuszy mniejszościowych i akcjonariusza dominującego w prawie unijnym. Glosa do wyroku Trybunału Sprawiedliwości w sprawie C-101/08

Admissibility of the existence of general principle of equality in treating minority shareholders and dominant shareholder in European law.
A gloss to the Judgement of the Court of Justice of the European Union in Case C-101/08

Streszczenie

Celem glosy jest analiza sytuacji prawnej akcjonariuszy mniejszościowych w kontekście ochrony ich prawa do równego traktowania. W pierwszej kolejności omówiony został stan faktyczny będący podstawą do wydania przez Trybunał Sprawiedliwości orzeczenia w sprawie C-101/08 oraz rozstrzygnięcie tejże sprawy. W dalszej części wyводу szczegółowo zbadano instytucję zasad ogólnych w prawie Unii Europejskiej oraz przeanalizowano miejsce tychże zasad w unijnym porządku prawnym. W glosie dogłębnie omówiona została dopuszczalność uznania zasady równego traktowania akcjonariuszy mniejszościowych i akcjonariuszy dominujących za jedną z zasad ogólnych. Aby zrealizować ideę dokonania najpełniejszej analizy, poruszono wzajemny związek między zasadą ogólną równego traktowania a zasadą równego traktowania akcjonariuszy mniejszościowych. W konkluzji, na podstawie powyższych omówień, stwierdzono, że nie da się uznać zasady równego traktowania akcjonariuszy mniejszościowych i akcjonariuszy dominujących za zasadę ogólną prawa Unii Europejskiej. Temat glosy jest szczególnie istotny z punktu widzenia szeroko pojętego prawa handlowego, toteż jego analiza jest z zupełności uzasadniona.

Słowa kluczowe

akcjonariusz mniejszościowy, równe traktowanie, generalne zasady prawa wspólnotowego, prawo handlowe

Abstract

The purpose of this article is to analyze the legal status of minority stockholders in the context of protection their right to equal treatment. Firstly, the author discussed the state of fact that was fundamen-

tal to the Court of Justice judgment in C-101/08 case and the settlement of it. Then, the author studied in detail general principles of community law and analyze place of these general principles in the legal order. In the article author exhaustively discussed acceptability of considering the minority stockholders' right to equal treatment to be the one of the UE general principle. To achieve the concept of accomplish the best analysis of this subject the author raised interassociation between general principle of equal treatment and the principle of equal treatment of minority stockholders. In the conclusion, based on all of the previous treatment, it is ascertained that there is no possibility to consider the right of equal treatment of minority stockholders to be the one of the general principles of community law. The topic of this article is significant in terms of trade law.

Keywords

minority stockholder, equal treatment, general principles of community law, trade law

1. Wstęp

Tematem pracy jest dopuszczalność istnienia w prawie unijnym zasady ogólnej równego traktowania akcjonariuszy mniejszościowych i akcjonariusza dominującego, nakazująca podjęcie konkretnych działań akcjonariusza dominującego celem ochrony akcjonariuszy mniejszościowych. Temat jest istotny z punktu widzenia relacji między akcjonariuszami spółki i ma szczególne znaczenie w przypadku przejmowania przedsiębiorstwa prowadzonego w formie spółki akcyjnej. Głosa będzie opierać się na rozważaniach na temat definicji zasady ogólnej oraz jej miejsca w systemie źródeł prawa unijnego, elementach obligatoryjnych zasady ogólnej, możliwości uznania zasady równego traktowania akcjonariuszy mniejszościowych za zasadę ogólną, a także możliwości zakwalifikowania tej zasady do szczególnej formy zasady ogólnej równego traktowania. Celem pracy jest więc określenie, czy w przypadkach podobnych działań w strukturze wewnętrznej spółki akcyjnej możliwe jest powołanie się na zasady ogólne Unii Europejskiej.

2. Stan faktyczny i wyrok Trybunału Sprawiedliwości

Przedmiotem omawianej sprawy było istnienie w prawie unijnym zasady ogólnej równego traktowania akcjonariuszy mniejszościowych. Pytanie prejudycjalne zawisłe przed Trybunałem Sprawiedliwości wynikało ze sporu między akcjonariuszami mniejszościowymi spółki RTL Group (w tym Audiolux SA) a spółkami Groupe Bruxelles Lambert SA (GBL), Bertelsmann AG oraz RTL Group. Spór dotyczył transakcji między GBL a Bertelsmann, przenoszących udział w kapitale spółki RTL na Bertelsmann w zamian za 25% kapitału drugiej spółki oraz nabycia przez Bertelsmann akcji posiadanych przez Pearson Television, co w konsekwencji doprowadziło do delistingu papierów wartościowych z giełdy w Londynie decyzją spółki RTL. W ocenie akcjonariuszy mniejszo-

ściowych, w tym Audiolux, powyższe działanie było naruszeniem ogólnej zasady równego traktowania akcjonariuszy. Na kanwie przedstawionego sporu Audiolux zapoczątkował dwa postępowania sądowe przed sądem krajowym. Przedmiotem pierwszego z nich było przeniesienie akcji spółki RTL przez jej akcjonariusza GBL na Bertelsmann. Audiolux podnosił zarzut nieważności omawianych transakcji, podkreślając fakt, że nie dopełniono obowiązku zaoferowania im zmiany posiadanych akcji RTL na Bertelsmann na warunkach równoważnych do tych przyznanych GBL i zażądał naprawienia wynikłej z tego tytułu szkody. Sąd krajowy oddalił żądania powodów, wskazując na brak ich umocowania w przepisach lub ogólnych zasadach prawa uznanych przez Luksemburg. Przedmiotem drugiego z postępowań wynikających ze sporu był wspomniany wcześniej delisting papierów wartościowych RTL z londyńskiej giełdy. W tym przypadku Audiolux uznał za niedopuszczalne niedopełnienie obowiązku zwiększenia ilości papierów wartościowych i zażądał pozostawienia ich w publicznym obrocie na giełdzie w Londynie. Żądania również i w tym przypadku zostały oddalone. Wynikiem obu postępowań było skierowanie ich do sądu apelacyjnego w Luksemburgu, który po połączeniu obu spraw utrzymał wyroki w mocy. Sąd w tym wypadku wskazał, że ogólna zasada równości traktowania wszystkich akcjonariuszy nie może stanowić podstawy dla roszczeń wnoszonych przez Audiolux. Właśnie to zagadnienie stało się przedmiotem wniesionej przez powoda skargi kasacyjnej z wystosowanym żądaniem przyznania spółce Audiolux takiego samego traktowania, jakie otrzymało GBL podczas przenoszenia akcji w RTL na Bertelsmann.

W związku z pojawiającymi się wątpliwościami sąd kasacyjny zwrócił się do Trybunału Sprawiedliwości z trzema pytaniami prejudycjalnymi dotyczącymi odpowiednio: możliwości uznania odniesień do równości akcjonariuszy zawartych w prawie unijnym za ogólną zasadę prawa wspólnotowego, możliwości stosowania domniemanej zasady ogólnej również w przypadku relacji między akcjonariuszami większościowymi i mniejszościowymi lub przejmującymi kontrolę a akcjonariuszami mniejszościowymi spółki, w szczególności jeśli jej akcje są notowane na giełdzie papierów wartościowych, a także temporalnego zastosowania domniemanej zasady. Swoje pytania sąd kasacyjny oparł na czterech aktach unijnych, tj. dyrektywach 77/91¹, 2001/34², 2004/25³ oraz zale-

¹ Druga Dyrektywa Rady z dnia 13 grudnia 1976 r. w sprawie koordynacji gwarancji, jakie są wymagane w Państwach Członkowskich od spółek w rozumieniu art. 58 akapit drugi Traktatu, w celu uzyskania ich równoważności, dla ochrony interesów zarówno współników, jak i osób trzecich w zakresie tworzenia spółki akcyjnej, jak również utrzymania i zmian jej kapitału, Dz. U. WE L 26 z 31.01.1977 r., s. 1 z późn. zm.

² Dyrektywa 2001/34/WE Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 28 maja 2001 r. w sprawie dopuszczenia papierów wartościowych do publicznego obrotu giełdowego oraz informacji dotyczących tych papierów wartościowych, które podlegają publikacji, Dz. U. WE L 184/1 z 6.07.2001 r.

³ Dyrektywa 2004/25/WE Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 21 kwietnia 2004 r. w sprawie ofert przejęcia, Dz. U. UE L 142/12 z 30.04.2004 r.

ceniu 77/534⁴. Trybunał w swoich rozważaniach odniósł się do każdego z wymienionych wyżej aktów, dochodząc do wniosku, że nie ma w prawie wspólnotowym zasady ogólnej, która nakazywałaby, w ramach ochrony akcjonariuszy mniejszościowych, złożenie przez akcjonariusza dominującego przejmującego oferty odkupu akcji takich akcjonariuszy na tych samych zasadach jak w przypadku nabywania akcji skutkującego uzyskaniem kontroli. Trybunał ponadto stwierdził, że sama zasada ogólna nie może być podstawą do nałożenia na akcjonariusza dominującego szczególnego obowiązku, gdyż takie rozwiązanie w sposób znaczący zmieniałoby konsekwencje nabywania przedsiębiorstw, co z kolei wymusiłoby konkretne działanie w postaci ustawodawstwa określającego prawa i obowiązki podmiotów zainteresowanych. Dodatkowo Trybunał zwrócił uwagę na fakt, że stopień szczegółowości rozwiązania sugerowanego przez Audiolum jest na tyle wysoki, iż wymaga skonkretyzowania poprzez akt wtórnego prawa wspólnotowego, co prowadzi do wniosku, że nie może stanowić ogólnej zasady prawa wspólnotowego. Podsumowując, Trybunał Sprawiedliwości uznał brak ogólnej zasady prawa w kształcie, w jakim jej istnienie sugerował Audiolum.

3. Definicja zasad ogólnych UE oraz ich miejsce w porządku prawnym UE

Pojęcie zasad ogólnych Unii Europejskiej wykształciło się na przestrzeni lat głównie w orzecznictwie Trybunału Sprawiedliwości Unii Europejskiej. Mimo wielu lat rozważań na ten temat ich definicja wciąż pozostaje kwestią sporną. Zarówno w doktrynie, jak i judykaturze wskazuje się jednak, że zasadami ogólnymi są przepisy niepisanego prawa pierwotnego Unii Europejskiej, które stanowią istotną i integralną część unijnego porządku prawnego, bądź te, które są jednolite w porządkach prawnych wszystkich państw członkowskich⁵. W ten sposób do tej definicji odniósł się także Rzecznik Generalny Verica Trstenjak, opiniujący omawiany wyrok. Kwestią istotną jest również miejsce, jakie zajmują zasady ogólne w porządku prawnym Unii Europejskiej. Podążając za rozważaniami Armina Cuyversa w książce pod tytułem *General Principles of EU law*⁶, stwierdzić należy, że zasady ogólne stanowią bądź część prawa pierwotnego Unii Europejskiej, bądź specjalną kategorię norm usytuowanych zaraz po prawie pierwotnym, a przed innymi źródłami prawa Unii Europejskiej. Rzecznik generalny opiniujący gło-

⁴ Zalecenie Komisji z dnia 25 lipca 1977 r. ustanawiające europejski kodeks postępowania w zakresie transakcji zbywalnymi papierami wartościowymi, Dz. U. UE L 212 z 20.08.1977 r., s. 37.

⁵ J. Barcz, M. Górka, A. Wyrozumska, *Instytucje i prawo Unii Europejskiej. Podręcznik dla kierunków prawa, zarządzania i administracji*, Wolters Kluwer Polska 2020.

⁶ A. Cuyvers, *General Principles of EU Law*, [w:] A. Cuyvers et al. (ed.), *East African Community Law: Institutional, Substantive and Comparative EU Aspects*, Brill, Leiden, Boston 2017, s. 217-228, www.jstor.org/stable/10.1163/j.ctt1w76vj.2.16 [dostęp: 12.03.2019].

wany wyrok jednoznacznie opowiedział się za pierwszą z tych wersji. Trudno się z tym nie zgodzić, gdyż przedmiotem zasad ogólnych są najbardziej podstawowe i fundamentalne kwestie związane z funkcjonowaniem Unii Europejskiej, ale także z codziennym życiem jej obywateli, co charakterologicznie wskazuje na potrzebę usytuowania ich najwyżej w hierarchii źródeł prawa unijnego. Ponadto zasady ogólne spełniają cztery podstawowe funkcje, z których charakteru również wynika potrzeba tak wysokiego usytuowania w porządku prawnym Unii Europejskiej zasad ogólnych. Po pierwsze zasady ogólne są punktem wyjścia do interpretacji prawa pierwotnego i wtórnego, po drugie przez ich pryzmat spojrzeć należy na legalność prawa wtórnego i międzynarodowych porozumień przyjętych przez UE, po trzecie formułują niezależne podstawy dla zobowiązań państw członkowskich i wreszcie po czwarte – mogą uzupełniać luki prawne w prawie unijnym. Dodatkowo w doktrynie wskazuje się, że zasady ogólne wpływają na porządek prawny w bardzo różny i dynamiczny sposób⁷. Owa dynamika jest zresztą w ocenie autorki również nieodłącznym elementem zasad ogólnych, ale także tym, co powoduje, że mogą być stosowane w tak wielu stanach faktycznych. Stąd właśnie umieszczenie zasad ogólnych w prawie pierwotnym wydaje się zasadne.

Dodatkową kwestią wymagającą omówienia w tym miejscu jest relacja zasad ogólnych do traktatów unijnych zaliczanych do prawa pierwotnego, a więc m.in. do Traktatu o Unii Europejskiej oraz Traktatu o funkcjonowaniu Unii Europejskiej. Ta kwestia jest również sporna, natomiast właściwy wydaje się pogląd, że zasady ogólne nie mogą górować nad traktatami. Pojawiają się natomiast głosy, że w konkretnych przypadkach niektóre z głównych i podstawowych zasad ogólnych mogą nabyć status unormowań wyższych w hierarchii niż traktaty, niemniej jednak uważam ten pogląd za zbyt daleko idący. Posiłkując się rozważaniami o miejscu zasad ogólnych w hierarchii porządku prawnego UE i wcześniejszym zaliczeniu ich do prawa pierwotnego, można stwierdzić, że niezasadne byłoby oddanie im niejako prymatu nad innymi aktami prawa pierwotnego, nawet jeśli miałyby to mieć zastosowanie tylko do wyjątkowych sytuacji. Zasadom ogólnym nadawałabym jednak funkcję uzupełniającą w stosunku do norm traktatowych, gdyż one same w wielu punktach są tylko ograniczonym i otwartym modelem rozwiązań normatywnych, a w połączeniu z zasadami ogólnymi tworzą spójny system prawny, co prowadzi do wniosku, że ich rozdzielenie byłoby niemożliwe. Dodatkowo, jak już wskazałam wcześniej, podstawowym zadaniem zasad ogólnych jest rozwiązywanie problemów wynikłych z braku regulacji jakiegoś zagadnienia w przepisach traktatowych, co również wskazuje na równoległość pozycji obu tych źródeł prawa. Podsumowując więc, należy stwierdzić, że zasady ogólne Unii Europejskiej są tak samo istotne jak każdy inny akt będący źródłem prawa unijnego.

⁷ X. Groussot, *General Principles of Community Law*, Groningen 2016.

4. Elementy konieczne zasady ogólnej

W przypadku każdej z zasad ogólnych istnieje możliwość wyprowadzenia elementów charakterystycznych dla zasad jako grupy. Podstawowym elementem jest ich wysoki stopień ogólności, wspomniany również w glosowanym wyroku. Trudno się z takim rozwiązaniem nie zgodzić, gdyż pozwala to na zastosowanie zasad ogólnych w wielu różnych przypadkach, które mają jednak wspólny mianownik w postaci ogólnej materii, jakiej dotyczą. Z istoty zasad ogólnych wyłania się więc niedopuszczalność uznania za jedną z nich regulacji ściśle związanej np. z konkretnym stosunkiem prawnym czy też z określonymi, konkretnie wskazanymi podmiotami prawa. Tak szczegółowe uregulowania powinny być raczej materią aktów, które w sposób wyczerpujący regulują daną kwestię, jednocześnie wypełniając zakres zasady pewności prawa. Z zasady pewności prawa wynika bowiem obowiązek tworzenia prawa, które będzie cechowało się określonością, a więc możliwością zapoznania się z nim przez obywatela w sposób łatwy i jednoznaczny, co raczej trudne jest do osiągnięcia w przypadku zasad ogólnych, a także przewidywalnością, to jest jasnością sytuacji faktycznej i skutków, jakie ze sobą niesie.

Dodatkowo ważnym aspektem jest również pochodzenie zasad ogólnych. Co do zasady, ze względu na kryterium pochodzenia wyróżniamy zasady ogólne wynikające z tradycji demokratycznej państw członkowskich, zasady ogólne wywodzące się z orzecznictwa Trybunału Sprawiedliwości Unii Europejskiej, a także zasady wywiedzione z systemów krajowych państw członkowskich. Pochodzenie jest czynnikiem, który pozwala określić okoliczności i cel powstania danej zasady ogólnej, co z kolei może być przydatne w jej późniejszym użyciu. Uważam, że należy przyjąć, iż tylko z tych źródeł wymienionych powyżej należy wywodzić zasady ogólne w przyszłości, co potwierdzają głosy doktryny. Trudno jest sobie wyobrazić wywodzenie zasad ogólnych np. bezpośrednio z prawa wtórnego Unii Europejskiej ze względu chociażby na przywołaną wcześniej cechę obligatoryjną ogólności, wszak prawo wtórne jest raczej zbiorem dosyć szczegółowych uregulowań. Ponadto tylko te źródła pozwalają na wyłonienie dostatecznie generalnych zasad, które będą tak samo istotne w każdym z państw członkowskich.

Ważna jest również szczególna doniosłość zasad ogólnych Unii Europejskiej. Z ich istoty wynika fakt, że dotyczą kwestii najbardziej newralgicznych i podstawowych zarówno dla całego systemu unijnego, jak i dla każdego z państw członkowskich. Aby taką funkcję pełniły, muszą być dostatecznie ważne z punktu widzenia członkostwa w Unii Europejskiej i stanowić punkt orientacyjny dla ustawodawstwa i orzecznictwa nie tylko unijnego, ale również krajowego. Nie mogą więc stanowić zasad ogólnych uregulowania, które będą niedostatecznie usprawiedliwione interesem ogólnym państw członkowskich. Ich doniosłość sprawia, że są tak wysoko w hierarchii źródeł prawa unijnego oraz że pełnią tak istotne funkcje jak choćby wypełnianie luk systemu czy bycie punktem

odniesienia dla kontroli sądowej aktów prawa unijnego oraz regulacji krajowych. Doniosłość jest też cechą, która determinuje państwa członkowskie do ich bezsprzecznego przestrzegania, a w konsekwencji do jednności wszystkich państw członkowskich w konkretnych kwestiach.

5. Dopuszczalność uznania zasady równego traktowania akcjonariuszy mniejszościowych i akcjonariusza dominującego za zasadę ogólną Unii Europejskiej

Cechą charakterystyczną wszystkich zasad ogólnych jest ich duży stopień ogólności, co w dużej mierze zostało omówione powyżej. Zasada równego traktowania akcjonariuszy mniejszościowych została podczas wyrokowania w glosowanej sprawie przebadana przez Trybunał Sprawiedliwości pod kątem tej ogólności. Wynikiem było stwierdzenie, że nie jest ona wystarczająco ogólna, aby mogła ową zasadą ogólną się stać. Trudno się z tym nie zgodzić, gdyż domniemana zasada miałaby dotyczyć bardzo wąskiej grupy podmiotów, jakimi są akcjonariusze mniejszościowi. Dodatkowo miałaby ona zastosowanie do nielicznych jednak sytuacji, co również zaprzecza zasadzie ogólności. Jej obowiązywanie jest także ograniczone do prawa spółek, na co zwrócił uwagę również Rzecznik Generalny, a więc trudne byłoby uregulowanie tego zagadnienia w postaci zasady ogólnej. W świetle powyższych rozważań należy uznać, że zasada, której istnienie postuluje Audiolux, jest uregulowaniem szczególnym, dotyczącym bardzo konkretnych sytuacji związanych z funkcjonowaniem działalności gospodarczej w formie spółki akcyjnej, co zupełnie pozbawia ją cechy ogólności, uznanej wcześniej przeze mnie za element niezwykle istotny. Pochodną ogólności zasady ogólnej jest również niemożność nakładania przez nią szczególnego obowiązku na podmioty prawa. Zasady ogólne mają bowiem charakter generalno-abstrakcyjny, są zupełnie oderwane od konkretnej sytuacji prawnej w stopniu dużo wyższym niż tradycyjnie rozumiane normy prawa. Zasada w kształcie postulowanym przez Audiolux miałaby nakładać na akcjonariusza dominującego obowiązek konkretnego zachowania się względem akcjonariuszy mniejszościowych. Konsekwencją, na co również zwrócił uwagę Trybunał Sprawiedliwości, byłaby potrzeba rozważenia interesów obu stron, a więc akcjonariuszy mniejszościowych i akcjonariusza dominującego, a także pojawienie się konkretnych wątpliwości co do prawidłowego sposobu przejęcia przedsiębiorstwa. Wobec powyższego uznanie zasady równego traktowania akcjonariuszy mniejszościowych za zasadę ogólną godziłoby w sposób znaczny w jej istotę. Podsumowując, jest to pierwszy argument przemawiający za tym, że zasada równego traktowania akcjonariuszy mniejszościowych nie może być uznawana za zasadę ogólną.

Kolejnym rozważanym aspektem będzie pochodzenie domniemanej zasady ogólnej równego traktowania akcjonariuszy mniejszościowych. Trybunał Sprawiedliwości w głosowanym wyroku jasno stwierdził, że akty prawne, na które powołuje się sąd krajowy, nie pozwalają bezapelacyjnie na stwierdzenie, jakoby postulowana zasada ogólna istniała i miała w nich swoje źródło. Dodatkowo należy podać w wątpliwość istnienie jakiegokolwiek unijnego aktu prawnego, innego niż wspomniane w wyroku, który pozwalałby na zaklasyfikowanie tak szczegółowej regulacji, jaką jest zasada równego traktowania akcjonariuszy mniejszościowych i akcjonariusza dominującego do zasad ogólnych. Również ustawodawstwa krajowe nie nadają zasadom tego typu rangi konstytucyjnej, co pozbawia je szczególnej doniosłości, jaka jest nadawana zasadom ogólnym. Ponadto problematyczna jest kwestia rozumienia tej domniemanej zasady przez państwa członkowskie. W ustawodawstwie państw członkowskich, podążając za głosowanym wyrokiem, „równe traktowanie akcjonariuszy mniejszościowych” nie jest rozumiane jednolicie, a więc trudne byłoby uregulowanie tego zagadnienia w postaci zasady ogólnej, z czym bezapelacyjnie należy się zgodzić. Jednolite uregulowanie tak złożonej i trudnej kwestii wymagałoby bowiem dużo bardziej szczegółowego uregulowania, niż ma to miejsce w przypadku zasad ogólnych. Ta potrzeba wynika również z zasady ogólnej pewności prawa, gdyż brak konkretnego uregulowania kwestii związanych w konsekwencji z przejęciem przedsiębiorstwa rodziłby zagrożenie dla jednolitego rozumienia podstawowych jego mechanizmów. Nie ma więc wątpliwości, że zasada równego traktowania akcjonariuszy mniejszościowych i akcjonariusza dominującego nie mogłaby stanowić zasady ogólnej, a tym samym nie mogłaby doprowadzić do szczególnej ochrony akcjonariuszy mniejszościowych, lecz raczej mogłaby stanowić podstawę do jeszcze bardziej szczegółowych rozważań.

6. Zasada ogólna równego traktowania a zasada równego traktowania akcjonariuszy mniejszościowych

Jedną z pierwszych i podstawowych zasad ogólnych jest zasada równego traktowania. Pochodzenia tej zasady należy upatrywać we wspólnych tradycjach konstytucyjnych państw członkowskich, ale również w powszechnych prawach człowieka spisanych chociażby w europejskiej Konwencji o ochronie praw człowieka i podstawowych wolności⁸ czy też w Karcie praw podstawowych⁹. Równość będąca przedmiotem tej zasady może być postrzegana jako równość formalna, rozumiana jako jednakowe trak-

⁸ Konwencja o ochronie praw człowieka i podstawowych wolności sporządzona w Rzymie dnia 4 listopada 1950 r., zmieniona następnie Protokołami nr 3, 5 i 8 oraz uzupełniona Protokołem nr 2, Dz. U. z 1993 r. Nr 61, poz. 284 z późn. zm.

⁹ Karta praw podstawowych Unii Europejskiej, Dz. U. UE C 303 z 14.12.2007 r., s. 1 z późn. zm.

towanie podmiotów będących w sytuacji podobnej, oraz równość materialna, czyli szeroko pojęte wyrównanie szans społecznych¹⁰. Ma ona zastosowanie w wielu kategoriach spraw rozstrzyganych przez Trybunał Sprawiedliwości, a także stanowi podstawę dla innych, bardziej szczegółowych uregulowań. Jest typową zasadą ogólną, posiadającą wszystkie przytoczone wyżej elementy obligatoryjne zasad ogólnych. Zasada równości jest zaliczana także do praw podstawowych, które, zgodnie z opinią Rzecznika Generalnego w omawianej sprawie, nadają jednostce prawa do przeciwstawienia się władzy publicznej.

Z punktu widzenia omawianego wyroku należy się również zastanowić, czy taka ochrona akcjonariuszy mniejszościowych, jaką proponuje Audioux, nie może wypływać bezpośrednio z wcześniej omówionej zasady równego traktowania. Zarówno Trybunał Sprawiedliwości w wyroku, jak i Rzecznik Generalny opiniujący sprawę doszli do wniosku, że takie działanie jest niemożliwe. Głównym czynnikiem, który wpłynął na takie rozstrzygnięcie, jest jedna z cech zasady równego traktowania, a mianowicie możliwość użycia jej przez jednostkę przede wszystkim w konflikcie z władzą publiczną. Zasada równego traktowania akcjonariuszy mniejszościowych rodziłaby skutki w prawie prywatnym, toteż stanowiłaby niejako opozycję do całego założenia zasady równego traktowania. Ponadto, jak już wcześniej zostało wspomniane, zasada równego traktowania nie rodzi konkretnych i precyzyjnych skutków prawnych dla strony dopuszczającej się jej naruszenia, natomiast Audioux, powołując się na istnienie zasady ogólnej równego traktowania, doszukuje się konkretnych praw podmiotowych dla akcjonariuszy mniejszościowych w spółce akcyjnej, dodatkowo również obowiązków leżących po stronie akcjonariusza dominującego. W związku z powyższym należy stwierdzić, że zasada równego traktowania akcjonariuszy mniejszościowych nie mogłaby być rozumiana jako szczególny wyraz zasady ogólnej równego traktowania. Dodatkowo, nawet jeśli pokusić się o zaliczenie domniemanej zasady do części głównej zasady ogólnej, nie niosłaby ona takich skutków, jakich istnienia doszukiwał się w sprawie Audioux. Zasadę równego traktowania należy łączyć z sytuacjami o zupełnie innym charakterze niż ta w omawianej sprawie, np. w sprawach pracowniczych, które niewątpliwie stanowią duży odsetek spraw z zastosowaniem zasady ogólnej równego traktowania.

7. Wnioski

W omawianym wyroku Trybunał Sprawiedliwości zasadnie uznał, że nie da się z prawa unijnego wyprowadzić zasady ogólnej równego traktowania akcjonariuszy

¹⁰ A. Śledzińska-Simon, *Zasada równości i zasada niedyskryminacji w prawie Unii Europejskiej*, „Studia Biura Analiz Sejmowych” 2011, nr 2 (26), s. 41-86.

mniejszościowych i akcjonariusza dominującego, która prowadziłaby do nadania akcjonariuszom mniejszościowym szczególnej ochrony. W przeważającej części o rozstrzygnięciu zdecydowały cechy istniejących już zasad ogólnych, a więc zakres ich stosowania, pochodzenie czy też relacje do prawa krajowego państw członkowskich. Istotnym argumentem z punktu widzenia skutków istnienia domniemanej zasady okazał się brak możliwości wyprowadzenia z zasad ogólnych konkretnych praw i obowiązków dla podmiotów nią związanych, co wyraźnie wskazuje na niemożliwość zaliczenia tak prezentowanej zasady równego traktowania akcjonariuszy mniejszościowych i akcjonariusza dominującego do zasad ogólnych. Ponadto, przedstawiciele doktryny w innych omówieniach wyroku wydanego w przedmiotowej sprawie wskazują, że w jego świetle ciężko jest sobie wyobrazić, aby w przyszłości jakakolwiek inna reguła związana z prawem spółek mogła być uznana za posiadającą charakter zasady ogólnej¹¹. W ocenie autorki wynika to przede wszystkim z pewnego rodzaju szczegółowości norm prawa spółek oraz względnie wąskiego grona podmiotów objętych tymi normami. Po analizie przedstawionych zagadnień należy dojść do wniosku, że w kwestiach relacji między akcjonariuszami spółek i wykupu akcji zastosowanie powinny mieć szczególne regulacje dotyczące tych materii, co wynika z potrzeby nałożenia na te podmioty konkretnych praw i obowiązków. Podsumowując, należy stwierdzić, że jest to zagadnienie szczególnie zasługujące na rozważenie w tożsamyh bądź podobnych przypadkach przekształceń wewnątrz spółek.

Bibliografia

Akty prawne

- Druga Dyrektywa Rady z dnia 13 grudnia 1976 r. w sprawie koordynacji gwarancji, jakie są wymagane w Państwach Członkowskich od spółek w rozumieniu art. 58 akapit drugi Traktatu, w celu uzyskania ich równoważności, dla ochrony interesów zarówno współników, jak i osób trzecich w zakresie tworzenia spółki akcyjnej, jak również utrzymania i zmian jej kapitału, Dz. U. WE L 26 z 31.01.1977 r., s. 1 z późn. zm.
- Dyrektywa 2001/34/WE Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 28 maja 2001 r. w sprawie dopuszczenia papierów wartościowych do publicznego obrotu giełdowego oraz informacji dotyczących tych papierów wartościowych, które podlegają publikacji, Dz. U. WE L 184/1 z 6.07.2001 r.
- Dyrektywa 2004/25/WE Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 21 kwietnia 2004 r. w sprawie ofert przejęcia, Dz. U. UE L 142/12 z 30.04.2004 r.
- Zalecenie Komisji z dnia 25 lipca 1977 r. ustanawiające europejski kodeks postępowania w zakresie transakcji zbywalnymi papierami wartościowymi, Dz. U. UE L 212 z 20.08.1977 r., s. 37.

¹¹ A. Gawrysiak-Zabłocka, *Równe traktowanie akcjonariuszy w świetle orzecznictwa Trybunału Sprawiedliwości Unii Europejskiej*, „Master of Business Administration” 2010, no. 3.

Konwencja o ochronie praw człowieka i podstawowych wolności sporządzona w Rzymie dnia 4 listopada 1950 r., zmieniona następnie Protokołami nr 3, 5 i 8 oraz uzupełniona Protokołem nr 2, Dz. U. z 1993 r. Nr 61, poz. 284 z późn. zm.

Karta praw podstawowych Unii Europejskiej, Dz. U. UE C 303 z 14.12.2007 r., s. 1 z późn. zm.

Literatura

Barcz J., Górka M., Wyrozumska A., *Instytucje i prawo Unii Europejskiej. Podręcznik dla kierunków prawa, zarządzania i administracji*, Wolters Kluwer Polska 2020.

Cuyvers A., *General Principles of EU Law*, [w:] A. Cuyvers et al. (ed.), *East African Community Law: Institutional, Substantive and Comparative EU Aspects*, Brill, Leiden, Boston 2017, www.jstor.org/stable/10.1163/j.ctt1w76vj2.16 [dostęp: 12.03.2019].

Gawrysiak-Zabłocka A., *Równe traktowanie akcjonariuszy w świetle orzecznictwa Trybunału Sprawiedliwości Unii Europejskiej*, „Master of Business Administration” 2010, no. 3.

Groussot X., *General Principles of Community Law*, Groningen 2016.

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

Marta Trębacka

*Uniwersytet Warszawski**Wydział Prawa i Administracji*ORCID: [0000-0003-2942-7668](https://orcid.org/0000-0003-2942-7668)

Prawo europejskie wobec stereotypizacji i mowy nienawiści

European law towards stereotyping and hate speech

Streszczenie

W niniejszym artykule podejmowane są rozważania o charakterze interdyscyplinarnym, z obszaru nauk prawnych i społecznych. W rozwoju instytucji praw człowieka w okresie po II wojnie światowej doszło do wyodrębnienia się w prawie międzynarodowym systemu globalnego ochrony praw człowieka (uniwersalnego) i systemów regionalnych. W Europie system regionalnej ochrony praw człowieka stanowi prawo europejskie, stworzone przez organy Rady Europy i UE. Termin „prawo europejskie”, będące osią analizy autorki, odnosi się do systemu prawnego Rady Europy oraz UE, wspieranych przez ETPC i TSUE. W ramach postępujących współcześnie zmian społecznych to właśnie prawo europejskie stoi przed największymi wyzwaniami ochrony godności jednostki, nieznanymi w obecnym wymiarze w XX w. Niniejszy artykuł ma na celu scharakteryzowanie zjawisk społecznych takich jak stereotypizacja i mowa nienawiści, które mimo nikłego rozpoznania w prawie europejskim są szeroko analizowane i badane w ramach nauk społecznych. Szeroka charakterystyka tych zjawisk ma na celu ukazanie korelacji, jakie zachodzą pomiędzy nimi jako nieposiadającymi w prawie europejskim odpowiednich definicji legalnych a obecnymi już regulacjami w zakresie przeciwdziałania dyskryminacji i wolności słowa. W niniejszym artykule przedstawiona zostanie charakterystyka zjawiska stereotypizacji oraz wyzwania, przed jakimi stoi europejskie sądownictwo przy rozstrzyganiu o szkodliwości stereotypów. Następnie przedstawiona zostanie charakterystyka mowy nienawiści wraz z analizą współczesnych regulacji prawnych o zasięgu europejskim obejmujących to zjawisko. Przedstawiona charakterystyka prowadzi do opisanie korelacji zjawiska stereotypizacji i mowy nienawiści z wolnością słowa i możliwością jej ograniczania w prawem przewidzianych przypadkach w celu zapobiegania zachowaniom dyskryminacyjnym w stosunku do grup dyskryminowanych. W ramach prowadzonej analizy wskazana zostanie również hierarchia ochrony cech naturalnych, która poprzez archaiczne regulacje europejskich przepisów przeciwdziałających dyskryminacji nie obejmuje w pełni ochrony mniejszości seksualnych pozostających współcześnie głównie adresatami stereotypizacji i mowy nienawiści.

Słowa kluczowe

stereotypizacja, mowa nienawiści, prawo europejskie, prawa człowieka, ochrona godności jednostki, dyskryminacja, przepisy antydyskryminacyjne, homofobia, wolność słowa, stereotyp, mniejszości seksualne

Abstract

This article takes up considerations of an interdisciplinary nature, from the field of legal and social sciences. After the Second World War the development of human rights institutions, international law has been distinguished in a global system of human rights protection (universal) and regional systems. In Europe, the regional system of human rights protection is the European law, created by the Council of Europe and EU bodies. The term “European law”, constituting the core of the author’s research, refers to the legal system of the Council of Europe and the EU, supported by the ECtHR and the CJEU. Within the ongoing social changes, it is European law that faces the greatest challenges to the protection of individual dignity, unknown in its present form in the 20th century. This article focuses on characterization of social phenomena such as stereotyping and hate speech which, despite their poor recognition in European law, are widely analyzed and studied in social sciences. A broad characterization of these phenomena is aimed at showing the correlations that occur between them, as they do not have adequate legal definitions in European law, and the current regulations in the field of anti-discrimination and freedom of speech. This article will present the characteristics of the phenomenon of stereotyping and the challenges facing the European judiciary in deciding about the harmfulness of stereotypes. Subsequently, the characteristics of hate speech will be presented together with an analysis of present European legal regulations covering this phenomenon. The presented overview leads to a description of the correlation of the phenomenon of stereotyping and hate speech with freedom of speech and the possibility of its restriction in cases provided by law to prevent discriminatory behavior towards discriminated groups. The analysis will also indicate the hierarchy of protection of natural features which, due to archaic regulations of the European anti-discrimination laws, does not fully include the protection of sexual minorities, which remain today the main addressees of stereotyping and hate speech.

Keywords

stereotyping, hate speech, European law, human rights, protection of human dignity, discrimination, anti-discrimination legislation, homophobia, freedom of speech, stereotype, sexual minorities

1. Wprowadzenie

Wolność słowa i przekonań została uznana w preambule Powszechnej Deklaracji Praw Człowieka¹ za „najwznioślejszy cel człowieka zważywszy, że brak poszanowania i pogarda dla praw człowieka doprowadziły do aktów barbarzyństwa, które wstrząsnęły sumieniem ludzkości”. Wolność słowa i przekonań ma zapewnić nadejście wolności od strachu i nienawiści. Stanowi ona nie tylko cel, ale i środek dla ochrony godności jednostki, jednakże nie jest to wolność absolutna. Jak każda wolność może służyć jednostce, jednocześnie szkodząc innej, dlatego podlega ograniczeniom. Niniejszy artykuł stanowi analizę społecznych zachowań, które korzystając z przymiotu wolności słowa, przyczyniają się do szerzenia homofobii i negatywnego obrazu społecznego grup mniejszościowych. Do tych zachowań należą mowa nienawiści, stereotypizacja i szerzenie uprzedzeń. Są to jednocześnie pojęcia, które nie posiadają definicji legalnych w europej-

¹ Dnia 10 grudnia 1948 r. Zgromadzenie Ogólne Organizacji Narodów Zjednoczonych przyjęło Powszechną Deklarację Praw Człowieka jako wzorzec przestrzegania praw człowieka i stanowienia prawa przez państwa sygnatariuszy deklaracji.

skim systemie prawnym, dlatego w ramach niniejszego artykułu podjęta zostanie próba zdefiniowania ww. pojęć. Na potrzeby przeprowadzenia analizy zakres prawa europejskiego obejmuje system prawny Rady Europy oraz UE jako organizacji międzynarodowych, które mają największy wpływ na obecny kształt ochrony praw człowieka w Europie, głównie poprzez działania ich organów jurysdykcyjnych – ETPC i TSUE.

2. Społeczna charakterystyka stereotypów

Najogólniej rzecz ujmując, stereotyp stanowi utrwalone i popularne wyobrażenie, które dotyczy określonego zjawiska lub grupy społecznej. Jest ono zazwyczaj uproszczone w warstwie poznawczej oraz silnie nacechowane aksjologicznie i emocjonalnie. Stereotyp wydaje się jednocześnie nieodzowny w komunikacji jako skrót poznawczy, jak i uznawany jest za wyraz, także źródło, uprzedzeń oraz dyskryminacji. Nierzadko stanowi skuteczne narzędzie upowszechniania i utrwalania ideologii².

Głównymi cechami stereotypów, jak przyjmuje się w naukach społecznych, jest (i) charakter poznawczy oraz (ii) pewna uogólniona wizja rzeczywistości³. Ta ostatnia ma stanowić informację posiadaną przed danym doświadczeniem, a tym samym ukierunkowuje je. Stereotypy odnoszą się do kategorii społecznych oraz są tworzone i podtrzymywane przez grupę. Ponadto są wysoce nieelastyczne i odporne na zmiany. Sama treść stereotypu jest uogólniona, jednakże nie zawsze jest ona fałszywa. To uproszczenie polega na przecenianiu międzygrupowych różnic oraz ignorowaniu różnic wewnątrzgrupowych, przez co jednostki identyfikowane są nie przez ich indywidualne cechy, ale przez jedną główną, która warunkuje przynależność do danej grupy.

Stereotypy zwykle wiążą się z wartościowaniem i emocjonalnym stosunkiem do rzeczywistości. Mogą być zarówno pozytywne, jak i negatywne, a także neutralne – same w sobie nie są emocjami, ale raczej zbiorem przekonań. W przypadku kilku funkcjonujących stereotypów istnieje tendencja do łączenia się ich w zespoły i tworzenia spójnych systemów wzajemnie wzmacniających się opinii. Wiążą się z językiem, są w nim utrwalone i za jego pomocą przekazywane. Tym samym w stosunku do jednej grupy mogą funkcjonować różne stereotypy przekazywane w ramach jednego języka lub regionu. Dodatkowo cechuje je wysoka subiektywna pewność.

² I. Kurz, *Stereotyp*, [w:] M. Rudaś-Grodzka i in. (red.), *Encyklopedia gender: Płeć w kulturze*, Warszawa 2014, s. 520-522.

³ Szerzej zob. A. Schaff, *Stereotypy a działanie ludzkie*, Spółdzielnia Wydawniczo-Handlowa Książka i Wiedza, Warszawa 1981; oraz Z. Chlewiński, *Stereotypy: struktura, funkcje, geneza. Analiza interdyscyplinarna*, [w:] Z. Chlewiński, I. Kurcz (red.), *Kolokwia psychologiczne nr 1: Stereotypy i uprzedzenia*, Instytut Psychologii PAN, Warszawa 1992.

Ładunek emocjonalny odróżnia uprzedzenia od stereotypów. Ich zmiana jest tym samym trudniejsza, ponieważ skorelowanie stereotypów z emocjami powoduje silne zniekształcenie otrzymywanych informacji. Jednak zmiana uprzedzeń jest możliwa przy zastosowaniu hipotezy kontaktu. Zgodnie z tą koncepcją nieformalny kontakt międzygrupowy jednostek z grup od siebie zależnych, o jednakowym statusie, może pomagać w walce z uprzedzeniami⁴. Dlatego też należy tworzyć przestrzenie do swobodnych interakcji i doprowadzać do spotkań grup negatywnie się postrzegających. Prostsza do zastosowania wydaje się metoda odwrócenia sytuacji zaproponowana przez Katarzynę Adamską. Polega ona na „wczuciu się” w rolę osoby, wobec której przedstawiane są stereotypowe przekonania, a przez to wzbudzenie wobec niej współczucia, sympatii i innych emocji pozytywnych⁵.

Mechanizmy powstawania stereotypów i uprzedzeń są w dużej mierze identyczne. Zdzisław Chlewiński wyróżnił cztery z nich, a mianowicie: (i) społeczne uczenie się, (ii) rzeczywisty konflikt, (iii) uwarunkowania osobowościowe, oraz (iv) uwarunkowania poznawcze. Przez społeczne uczenie się rozumiana jest socjalizacja, w której już na etapie nauki języka wpajane są dzieciom pojęcia o zabarwieniu emocjonalnym. Na dalszym etapie socjalizacji te uprzedzenia wypełniane są treścią, a tym samym zyskują walor stereotypów. Rzeczywisty konflikt dotyka aspektów politycznych i ekonomicznych, jest wynikiem międzygrupowej konkurencji. Uwarunkowania osobowościowe należą do cech danej jednostki, która może mieć predyspozycje do tworzenia stereotypów i uprzedzeń. Mechanizm poznawczy wynika z natury ludzkiej, która koncentruje się na tendencji ludzkiego poznania społecznego. Znajomość tych mechanizmów wydaje się nie tylko pomocna w działaniach przeciwko podtrzymywaniu stereotypów i uprzedzeń, ale także w tworzeniu prawa skutecznie chroniącego przed mową nienawiści, której są one częścią.

3. Badanie skargi na dyskryminacyjne traktowanie w przypadkach stereotypizacji

Związek przyczynowo-skutkowy między stereotypami a dyskryminacją został dostrzeżony i usankcjonowany przez prawo międzynarodowe już kilkadziesiąt lat temu, a jego wyraz można znaleźć w Międzynarodowej konwencji w sprawie likwidacji wszel-

⁴ S. Waclawik, *Problematyka dyskryminacji i uprzedzeń wobec osób o odmiennej orientacji seksualnej na przykładzie filmów „Tajemnica Brokeback Mountain” (Brokeback Mountain) oraz „Wszystko w porządku” (The Kids are all right)*, [w:] M. Brol, A. Skorupa (red.), *Psychologiczna praca z filmem*, 2014, s. 461.

⁵ K. Adamska, *Ludzie obok. Lesbijki i geje w Polsce*, Toruń 1998, s. 70-81.

kich form dyskryminacji rasowej⁶, Konwencji w sprawie likwidacji wszelkich form dyskryminacji kobiet⁷ czy Konwencji o zapobieganiu i zwalczaniu przemocy wobec kobiet i przemocy domowej⁸ podjętej przez państwa pod auspicjami Rady Europy⁹. Stereotypizacja jest formą dyskryminacji, którą należy eliminować. Zgodnie z poglądami doktryny krzywdy wyrządzone przez stereotypizację są z natury rzeczy nieporównywalne: ich przyczyną nie jest bowiem porównanie z inną grupą, która została lepiej potraktowana, jak w przypadku klasycznych zjawisk dyskryminacji¹⁰.

Najbardziej znaczącym wyrokiem ETPC, dotyczącym rozpoznawalności stereotypów w ramach dyskryminacji, jest sprawa *M.I. Carvalho Pinto de Sousa Morais przeciwko Portugalii*¹¹. Problemem metodologicznym w przedmiotowej sprawie był fakt, że nie występuje tutaj element nierównego traktowania, tak jak zazwyczaj w sprawach dotyczących dyskryminacji¹². Zdania odrębne złożone do wyroku sugerują, że ETPC był zmuszony stworzyć nowy system do rozwiązania sprawy, przyjmując element „testu na dyskryminację” oraz metody badania naruszenia art. 14 EKPC w sprawach, w których niemożliwe jest dokonanie oceny traktowania w zestawieniu z „podmiotem porównywalnym”¹³.

Badanie, czy doszło do dyskryminacji w ramach skargi na podstawie art. 14 EKPC, wymaga określenia stanu faktycznego i stanu podobnego do zaistniałej sytuacji, tj. przeprowadzenia „testu podobieństwa”¹⁴. W przypadku stereotypów nie można przeprowa-

⁶ Międzynarodowa Konwencja otwarta do podpisu w Nowym Jorku dnia 7 marca 1966 r. (Dz. U. z 1969 r. Nr 25, poz. 187).

⁷ Konwencja w sprawie likwidacji wszelkich form dyskryminacji kobiet, przyjęta przez Zgromadzenie Ogólne Narodów Zjednoczonych dnia 18 grudnia 1979 r. (Dz. U. z 1982 r. Nr 10, poz. 71).

⁸ Konwencja Rady Europy o zapobieganiu i zwalczaniu przemocy wobec kobiet i przemocy domowej, sporządzona w Stambule dnia 11 maja 2011 r. (Dz. U. z 2015 r. poz. 961 z późn. zm.).

⁹ K. Sękowska-Kozłowska, *Stereotypy dotyczące seksualności i społecznej roli kobiet jako przyczyna naruszenia zakazu dyskryminacji ze względu na płeć. Glosa do wyroku ETPC z dnia 25 lipca 2017 r., 17484/15*, „Europejski Przegląd Sądowy” 2018, nr 2, s. 33-37.

¹⁰ A. Timmer, *Judging Stereotypes: What the European Court of Human Rights Can Borrow from American and Canadian Equal Protection Law*, „American Journal of Comparative Law” 2015, vol. 63, iss. 1, s. 252.

¹¹ Wyrok ETPC z dnia 25 października 2017 r. w sprawie *M.I. Carvalho Pinto de Sousa Morais przeciwko Portugalii*, skarga nr 17484/15.

¹² K. Sękowska-Kozłowska, *op. cit.*, s. 33-37.

¹³ Konwencja o ochronie praw człowieka i podstawowych wolności sporządzona w Rzymie dnia 4 listopada 1950 r., zmieniona następnie Protokołami nr 3, 5 i 8 oraz uzupełniona Protokołem nr 2 (Dz. U. z 1993 r. Nr 61, poz. 284 z późn. zm.).

¹⁴ Test podobieństwa opiera się na Arystotelesowskim stwierdzeniu, że rzeczy podobne winny być traktowane podobnie, a rzeczy niepodobne powinny być traktowane różnie, proporcjonalnie do ich zróżnicowania. Jest to podstawa współczesnego myślenia o równości. Koncepcja ta bywa określana przez doktrynę jako sformułowanie *ignotum per ignotum*, ponieważ za rozumowaniem Arystotelesa, aby określić podobieństwo rzeczy, należy przyjąć test, który określałby cechy, które świadczą o podobieństwie i te, które świadczą o różności. Zdaniem autorki nie jest to sprawiedliwy test. Prowadzi do konkluzji, że „równość” oznacza „podobieństwo” podmiotów, biorąc pod uwagę pewną istotną cechę.

dzić takiego testu, ponieważ dokonana ocena opiera się na założeniach funkcjonujących niezależnie od sytuacji innych osób. Z jednej strony mowa więc o tradycyjnej interpretacji pojęcia równości, rozumianej jako identyczne traktowanie podmiotów podobnych (równość w ujęciu formalnym), z drugiej zaś o koncepcji równości materialnej, która opiera się na założeniu, że niektóre grupy nie mogą korzystać ze swoich praw na równi z innymi członkami społeczeństwa z uwagi na stereotypy, uprzedzenia czy brak racjonalnych usprawnień. Prowadzi to do konkluzji, że jedynie zapewnienie identycznego traktowania umożliwi osobom należącym do tych grup pełną realizację ich praw. Jako przykład takich środków można wskazać usprawnienia dla osób niepełnosprawnych czy kwoty wyborcze na rzecz kobiet¹⁵.

Mimo rozpoznania problemu, jakim jest stereotypizacja, a także jego znaczenia w ramach problemu dyskryminacji, organy międzynarodowe nadal szukają właściwej metody do rozstrzygania tego rodzaju spraw. Same próby nie zawsze są pozytywnie oceniane przez doktrynę i nie zawsze znajdują poparcie wszystkich sędziów w danej sprawie. Jest to kolejny dowód na głębokie zakorzenienie stereotypów we współczesnej kulturze i ich znaczenie dla tendencji poznawczych społeczeństwa. W swoim zdaniu odrębnym, zgłoszonym do wyroku w sprawie *M.I. Carvalho Pinto de Sousa Morais przeciwko Portugalii*, sędzia Yudkivska zauważa, że nawet w Europie XXI w. zdarza się, że stare uprzedzenia wciąż jeszcze „dają o sobie znać”. Trudno przekonać społeczeństwo o szkodliwości i niewłaściwości pewnych figur w sytuacji, gdy nawet sędziowie międzynarodowego trybunału zajmującego się ochroną praw człowieka objawiają swoje zwątpienie w tej kwestii. Co za tym idzie, sędziowie nie wypełniają swojej roli, jeżeli „wspierają utrwalanie stereotypów poprzez brak ich podważania”¹⁶.

Wysoki Komisarz ONZ ds. Praw Człowieka Navi Pillay wielokrotnie wyrażała swoje stanowisko w kwestii dotkliwości stereotypów dotyczących przede wszystkim płci i kobiet, jednak jej tezy można zastosować do każdego rodzaju stereotypizacji. W wypowiedzi z marca 2014 r. podkreśliła, że „konieczne jest podjęcie zdecydowanych działań w celu zapewnienia, że urzędnicy państwowi, w szczególności pracujący w wymiarze sprawiedliwości, nie będą wydawać decyzji opierających się na szkodliwych stereotypach i podważać praw człowieka kobiet i dziewcząt. Urzędnicy powinni raczej identyfikować i kwestionować tego rodzaju negatywne przekonania, aby pomagać

¹⁵ Szerzej zob. C. Nikolaidis, *The Right to Equality in European Human Rights Law. The quest for substance in the jurisprudence of the European Courts*, Routledge 2015.

¹⁶ S. Cusack, *Eliminating Judicial Stereotyping – Equal Access for Justice to Women in Gender-Based Violence Cases. Final paper submitted to the United Nations Office of the High Commissioner for Human Rights*, 2014, s. 30.

w tworzeniu środowiska, które w większym stopniu szanuje prawa człowieka kobiet i dziewcząt, oraz budowaniu kultury równości”¹⁷.

W przypadku stereotypów i uprzedzeń problemem natury teoretycznej może być przedstawienie treści danego stereotypu, który jednocześnie stanowi część językowego dziedzictwa, a także jego wpływ na dyskryminacyjne traktowanie danej grupy. Z uwagi na fakt, że takie traktowanie jest często spowodowane uprzedzeniami, czyli stereotypami obejmującymi także warstwę emocjonalną osoby je wyrażającej, trudno ingerować w warstwę poznawczą jednostki. Mowa tutaj o zanegowaniu właściwości odczuć emocjonalnych jednostki, przez co jest to ingerencja w sferę wewnętrzną. Warto w tym miejscu podkreślić, że uprzedzenia warunkują nie tylko sferę emocjonalną jednostki, ale także jej stosunek do świata zewnętrznego, dlatego, zdaniem autorki, zarówno stereotypy, jak i uprzedzenia nie powinny być objęte ochroną w ramach wolności słowa.

Jak już zostało wyżej wskazane, stereotypy mają m.in. funkcję poznawczą, która pozwala, za pomocą społecznie przyjętych figur, odnaleźć się w nieznanym środowisku czy nowej sytuacji. W przypadku gdy mowa o jawnym szerzeniu uprzedzeń i pogardy, warstwa emocjonalna zostaje skierowana ku bardziej zdecydowanym emocjom ujawniającym się w sferze zewnętrznej, takim jak nienawiść wyrażana na różne sposoby. W tym właśnie obszarze ujawnia się zjawisko mowy nienawiści, której definicja obejmuje wszystkie rodzaje wypowiedzi o charakterze nienawistnym, w tym także te motywowane uprzedzeniami.

4. Zjawisko mowy nienawiści – charakterystyka

Kolejnym zagadnieniem wymagającym analizy jest pojęcie mowy nienawiści, które jest pojęciem nieostrym, podlegającym interdyscyplinarnym analizom i interpretacjom. Jego definicja jest przedstawiana w różny sposób w zależności od perspektywy, z jakiej to pojęcie jest badane¹⁸. Prawna reglamentacja mowy nienawiści jest problemem współczesnej judykatury, ponieważ ochrona przed nią stanowi ograniczenie wolności słowa, które może pozostawać w sprzeczności z zasadami współczesnego liberalizmu. Jednocześnie pozostaje pierwszym objawem, który może w dłuższej perspektywie prowadzić do przypadków *hate crimes*, czyli przestępstw z nienawiści. Przeciwnicy tej teorii wskazują, iż selektywność obejmowania poszczególnych grup ochroną przed mową nienawiści oznacza faworyzowanie jednych grup – tych posiadających polityczne wpływy – i dyskryminowanie innych. Przyjęcie szerokich ram ta-

¹⁷ Dane ze strony internetowej: https://www.huffpost.com/entry/equality-and-justice-in-t_b_4892624 [dostęp: 13.06.2021].

¹⁸ Z. Werra, *Mowa nienawiści vs przemysł pogardy*, „Studia Politicae Universitatis Silesiensis” 2019, t. 27, s. 12.

kiej ochrony i odnoszenie jej do każdej grupy doznającej aktów nienawiści „skutkowałoby negacją wolności słowa”¹⁹.

Charakterystyka mowy nienawiści jest złożona zarówno pod względem społecznym, jak i prawnym. W wielu przypadkach trudno powiedzieć, czy mamy do czynienia z mową nienawiści, pogardą, zniesławieniem czy po prostu wyrażaniem agresywnych opinii. Zdaniem autorki, jeśli zwrócić uwagę na to, jaki skutek wywołują pewne wypowiedzi bądź jakie mogą wywołać, tj. nie opierając się na intencji autora takich wypowiedzi, ale na samych treściach, łatwiej ocenić szkodliwość takiej mowy, a tym samym dostrzec potrzebę wprowadzenia wiążących regulacji chroniących jednostki przed mową nienawiści.

Mowa nienawiści jako zjawisko jest niejednoznaczna i złożona. Przygotowany w 2016 r. raport Fundacji im. Stefana Batorego wykonany przy współpracy z Centrum Badań nad Uprzedzeniami Uniwersytetu Warszawskiego wskazuje, że to, co powszechnie uważane jest za mowę nienawiści, w rzeczywistości wynika bardziej z pogardy niż z nienawiści – albowiem zbudowane jest na tej poniżającej emocji, która blokuje jakiekolwiek reakcje empatyczne i uprzedmiotawia drugiego człowieka²⁰. Jeśli jednak, jak już zostało to wyżej wskazane, wziąć pod uwagę nie podświadomą motywację autora przekazywanych treści, a ich skutek, pozostaje on ten sam – wyrażanie treści dyskryminacyjnych dotyczących określonej zbiorowości posiadającej daną cechę dyskryminacyjną. Zdaniem autorki niniejszej pracy pojęcie „mowy nienawiści” jest bardziej trafne niż „mowa pogardy”, ponieważ w swoim brzmieniu (ang. *hate speech*) odpowiada zjawisku, do którego może prowadzić, czyli do przestępstw z nienawiści (ang. *hate crimes*), co pozwala również zachować lingwistyczny związek między dwoma ww. zjawiskami.

W celu pełnego opisanie zjawiska mowy nienawiści niezbędne wydaje się podzielenie tego zagadnienia na aspekt społeczny i prawny. Społeczną charakterystykę mowy nienawiści, w opinii autorki, najpełniej oddają kryteria przyjęte przez Sergiusza Kowalskiego i Magdę Tulli. Po pierwsze celem mowy nienawiści jest zawsze zbiorowość. Nawet jeśli pozornie jej adresatem jest jednostka, w rzeczywistości podmiotem, który jest atakowany, jest wyróżniona w oparciu o cechy społeczne lub biologiczne grupa, której jednostka pozostaje tylko reprezentantem²¹. Nawet jeśli pozornie jest ona skierowana do konkretnej osoby, to dotykając określonych cech dyskryminacyjnych, w rzeczywistości dotyka tej osoby jako przedstawiciela danej grupy, której rzekome cechy i motywy zo-

¹⁹ G. Maroń, *Ochrona mniejszości seksualnych przed mową nienawiści a wolność słowa w państwach common law*, „Przegląd Prawa Publicznego” 2016, nr 7-8, s. 102-112.

²⁰ M. Wiśniewski, K. Hansen *et al.*, *Mowa nienawiści, mowa pogardy. Raport z badania przemocy werbalnej wobec grup mniejszościowych*, Warszawa 2017, s. 9.

²¹ S. Kowalski, *Hate speech po polsku*, [w:] G. Czarnecki (red.), *Raport o homofobicznej mowie nienawiści w Polsce*, Warszawa 2009, s. 26.

stają jej przypisane bez dyskusji, odzierając ją tym samym z indywidualności. Po drugie mowa nienawiści skierowana jest wobec zbiorowości szczególnego rodzaju – przede wszystkim wobec grup naturalnych, w których udział zdominowany jest przez czynniki biologiczne albo społeczne. Tym samym osoby dyskryminowane w praktyce nie mają wyboru co do posiadanych przez siebie cech dyskryminacyjnych – koloru skóry, płci, orientacji seksualnej, kalectwa, języka, obywatelstwa, religii²². Ataki czysto personalne, które charakteryzują zachowania obelżywe czy znieważające, można odróżnić od mowy nienawiści właśnie poprzez odwołanie się przez osoby je wyrażające do cech danej zbiorowości, której dana jednostka pozostaje jedynie przedstawicielem.

W związku z powyższym wypowiedzi stanowiące mowę nienawiści można kwalifikować na podstawie kilku charakterystycznych cech: (i) redukcji indywidualnej osoby lub grupy do zbiorowej cechy, a przy tym likwidacji wewnętrznych indywidualności, (ii) przypisaniu indywidualnej osobie lub grupie kolektywnej tożsamości negatywnego stereotypu lub cechy, która ma ją definiować, (iii) podkreśleniu cechy lub zespołu cech, mających na celu negatywne postrzeganie indywidualnej osoby lub grupy, (iv) intencjonalne dążenie do ataku na indywidualną osobę lub grupę, służące najczęściej poniżeniu, zdeprecjonowaniu itd., (v) uzasadnienie dyskryminacji lub nierównego traktowania indywidualnej osoby lub grupy posiadaniem przez nich cech wynikających z grupowej tożsamości²³.

Począwszy od obowiązku przestrzegania praw człowieka, przez prawo do wolności i bezpieczeństwa społecznego, aż po zakaz nadużywania prawa, EKPC wskazuje zestaw wartości niezbędnych do zachowania ludzkiej godności. W przypadku mowy nienawiści, która otwarcie wykracza poza granice wolności słowa, dochodzi do naruszenia godności jednostki w aspekcie horyzontalnym, a więc nie przez państwo, ale przez jednostki lub grupy osób koegzystujące w społeczeństwie. Mowa nienawiści jest zjawiskiem naruszającym godność jednostek oraz grup społecznych i dlatego wymaga stworzenia instrumentów służących jej ograniczeniu i wyeliminowaniu z życia publicznego oraz prywatnego²⁴. Zdaniem ETPC tolerancja i poszanowanie godności człowieka są fundamentami demokratycznego, pluralistycznego społeczeństwa. Dlatego właśnie w społeczeństwach demokratycznych można zasadniczo uznać za konieczne karanie wszelkich form wypowiedzi, które rozpowszechniają, podżegają, promują lub usprawiedliwiają nienawiść opartą na nietolerancji²⁵.

²² D. Kujawa, *Złożoność i niejednoznaczność mowy nienawiści*, „Refleksje” 2018, nr 17, s. 67-68.

²³ A. Bulandra, J. Kościółek, *Przeciwdziałanie mowie nienawiści. Podręcznik dla środowiska politycznego*, Kraków 2016, s. 20-21.

²⁴ *Ibidem*, s. 54.

²⁵ Zob. wyrok ETPC z dnia 6 lipca 2006 r. w sprawie *Erbakan przeciwko Turcji*, skarga nr 59405/00, par. 56.

4.1. Rekomendacja Rady Europy w ramach przeciwdziałania mowie nienawiści

Definicje mowy nienawiści funkcjonujące obecnie w przestrzeni prawnej państw europejskich zostały stworzone przez organy Rady Europy oraz UE. Pierwszym dokumentem na poziomie europejskim, który zawierał definicję mowy nienawiści, była Rekomendacja nr R (97) 20 Komitetu Ministrów Rady Europy dotycząca mowy nienawiści²⁶. Komitet Ministrów Rady Europy jest jedynym organem decyzyjnym Rady Europy, działa w imieniu całej organizacji i decyduje jednomyślnie²⁷. Zgodnie ze Statutem Rady Europy Komitet Ministrów może wydawać zalecenia dla rządów państw członków, które mają służyć realizacji celów Rady Europy. Takie zalecenie stanowi Rekomendacja nr R (97) 20, która zgodnie z jej preambułą ma służyć przede wszystkim osiągnięciu większej jedności między jej członkami poprzez walkę z rasizmem, ksenofobią, antysemityzmem i nietolerancją, ale także ochronę wolności wypowiedzi²⁸.

Rekomendacja nr R (97) 20 przedstawia się w czterech punktach, które koncentrują się na walce z mową nienawiści o głównym podłożu nienawiści rasowej, narodowej i religijnej. Tym samym zobowiązuje ona rządy państw członków Komitetu Ministrów do podjęcia działań ustawodawczych, które będą zgodne z zasadami stanowiącymi załącznik do Rekomendacji nr R (97) 20. Zakres załącznika już przed pierwszą jego zasadą (ang. *Principle I*) wskazuje, że mowa nienawiści została zdefiniowana jako każda forma wypowiedzi, która rozpowszechnia, podżega, propaguje lub usprawiedliwia nienawiść rasową, ksenofobię, antysemityzm lub inne formy nienawiści, oparte na nietolerancji, włączając w to: nietolerancję wyrażaną w formie agresywnego nacjonalizmu lub etnocentryzmu, dyskryminację lub wrogość wobec mniejszości, migrantów lub osób wywodzących się ze społeczności imigrantów. Warte podkreślenia jest, że definicja odnosi się „do każdej formy wypowiedzi”, a więc obejmuje nie tylko wypowiedzi werbalne, ale także gesty, symbole, grafiki i wszelkie im podobne formy. Ponadto definicja wskazuje otwarty katalog cech, jakie mogą być podstawą dla mowy nienawiści, poprzez wskazanie w definicji także na „inne cechy oparte na nietolerancji”.

Otwarty katalog cech dyskryminacyjnych jest kluczowy dla stosowalności tych przepisów także do homofobicznej mowy nienawiści. Jednakże Rekomendacja nr R (97) 20 stanowi zalecenie, a więc nie jest możliwe jej bezpośrednie stosowanie, niezbędna jest jej implementacja dokonana przez ustawodawstwo państw członków Komitetu Ministrów.

²⁶ D. Kujawa, *op. cit.*, s. 67.

²⁷ B. Liżewski, M. Myślińska, *Mechanizm ochrony praw człowieka w systemie Rady Europy i w systemie intramerykańskim (teoretyczna analiza prawnoporównawcza)*, „Studia Iuridica Lublinensia” 2014, vol. 21, s. 122.

²⁸ Rekomendacja nr R (97) 20 Komitetu Ministrów Rady Europy do państw członkowskich w sprawie „mowy nienawiści”.

Zgodnie z drugą zasadą (ang. *Principle 2*) rządy państw członkowskich powinny ustanowić oraz utrzymać solidne ramy prawne składające się z przepisów prawa cywilnego, karnego i administracyjnego dotyczących mowy nienawiści, które umożliwiają władzom administracyjnym i sądowym w każdym przypadku pogodzenie poszanowania wolności słowa z poszanowaniem godności ludzkiej i ochroną dobrego imienia lub praw innych osób. Jeśli chodzi o przepisy, które miałyby ograniczać wolność słowa, powinny to być przepisy stanowione przez prawo, nie arbitralnie, oparte na obiektywnych kryteriach, a także wszelkie ograniczenia tej wolności powinny podlegać kontroli sądowej. Załącznik do Rekomendacji nr R (97) 20 zwraca uwagę, że pewne przypadki mowy nienawiści mogą być tak obraźliwe (ang. *insulting*) dla jednostek lub grup, że nie mogą korzystać z ochrony wolności wypowiedzi zapewnionej przez art. 10 EKPC. Zasada ta wskazuje, że są to przypadki, gdy mowa nienawiści ma na celu zniszczenie praw i wolności ustanowionych w EKPC lub ich ograniczenie w większym stopniu, niż jest to w niej przewidziane.

Zdaniem autorki ta zasada wydaje się trafna tylko w przypadku niektórych form mowy nienawiści. Zgodnie z definicją przytoczoną już w niniejszym rozdziale mowa nienawiści jest wyrazem pogardy i może przybrać różne formy. Zastosowanie sformułowania „obraźliwe” jest o tyle nietrafne, że często mowa nienawiści jest również wyrazem systemowej pogardy w stosunku do danej grupy dyskryminowanej. Aby zastosować ten przepis w przypadkach homofobicznej mowy nienawiści, należałoby wskazać, że naruszają one art. 14 EKPC, a tym samym stanowią zakazaną dyskryminację ze względu na „inne przyczyny”, m.in. orientację seksualną. Ponadto załącznik do Rekomendacji nr R (97) 20 wskazuje, że prawo i judykatura krajowa powinny uwzględniać rolę mediów w przekazywaniu treści kwalifikowanych jako mowa nienawiści, zarówno poprzez publikowane treści, jak i przekazywane informacje.

4.2. Pojęcie mowy nienawiści w systemie prawa UE

W zakresie prawodawstwa UE znaczącym aktem prawnym, w kontekście omówienia mowy nienawiści, jest Decyzja ramowa 2008/913/WSiSW w sprawie zwalczania pewnych form i przejawów rasizmu i ksenofobii za pomocą środków prawnokarnych²⁹. Została ona przyjęta w miejsce aktu Wspólne Działanie z dnia 15 lipca 1996 r. przyjętego przez Radę na podstawie art. K.3 TUE, dotyczącego działania w celu zwalczania rasizmu i ksenofobii³⁰. Nie wymienia ona w swojej treści *explicite* pojęcia mowy nienawi-

²⁹ Decyzja ramowa Rady 2008/913/WSiSW z dnia 28 listopada 2008 r. w sprawie zwalczania pewnych form i przejawów rasizmu i ksenofobii za pomocą środków prawnokarnych (Dz. U. UE L 328/55 z 6.12.2008 r.).

³⁰ Wspólne Działanie z dnia 15 lipca 1996 r. przyjęte przez Radę na podstawie art. K.3 Traktatu o Unii Europejskiej, dotyczące działania w celu zwalczania rasizmu i ksenofobii (Dz. U. UE L 185/5 z 24.07.1996 r.).

ści, ale z brzmienia art. 1 można wywieść opisowe odwołanie się do tego pojęcia. Przedmiotowa decyzja weszła w życie 28 listopada 2008 r., po 7 latach negocjacji prowadzonych przez państwa członkowskie. Jak wynika ze sporządzonego przez Komisję Europejską sprawozdania z prowadzonych prac, tak długi okres prowadzonych rozmów wynikał z różnic w krajowych systemach i tradycjach prawnych państw członkowskich w odniesieniu do ochrony prawa do wolności wypowiedzi i granic tej wolności³¹.

Już w preambule Decyzji ramowej 2008/913/WSiSW zdefiniowano takie pojęcia jak pochodzenie, religia czy nienawiść. Zgodnie z tą definicją „nienawiść” odnosi się do nienawiści okazywanej ze względu na rasę, kolor skóry, religię, pochodzenie lub przynależność narodową czy etniczną – tym samym jest to katalog zamknięty cech dyskryminacyjnych. Artykuł 1 Decyzji ramowej 2008/913/WSiSW wylicza enumeratywnie zjawiska, które składają się na pojęcie przestępstw na tle rasistowskim i ksenofobicznym, które określić można zbiorczo jako publiczne wypowiedzi wszelkiego rodzaju, które nawiązują do przemocy lub nienawiści, aprobuja, negują lub rażąco umniejszają zbrodnie ludobójstwa, zbrodnie przeciwko ludzkości oraz zbrodnie wojenne w rozumieniu przyjętym przez statut Międzynarodowego Trybunału Karnego w Hadze, oraz zbrodnie określone w Karcie Międzynarodowego Trybunału Wojskowego, skierowane przeciwko jednostce bądź całej grupie osób, której cechy dyskryminacyjne określone są przez kolor skóry, wyznawaną religię, pochodzenie lub przynależność narodową lub etniczną. Dodatkowo karane w tym samym zakresie jest także pomocnictwo i podżeganie.

W Decyzji ramowej 2008/913/WSiSW określono także standard, jaki powinny spełniać kary ustanawiane przez ustawodawcę krajowego. Ogólna deklaracja widniejąca w art. 3 ust. 1 wskazuje, że mają to być skuteczne, proporcjonalne i odstraszające sankcje karne. Dodatkowo przepis art. 3 ust. 2 wprowadza standard minimalno-maksymalny kary, gdyż określa także górną granicę ustawowego zagrożenia karą. Niezależnie od tego państwa członkowskie powinny wprowadzić środki niezbędne do tego, aby w sytuacjach popełnienia innych przestępstw, nieobjętych Decyzją ramową 2008/913/WSiSW, pobudki rasistowskie czy ksenofobiczne mogły stanowić okoliczność obciążającą, jak również, żeby takie pobudki mogły być brane pod uwagę przez sądy przy ustalaniu wymiaru kary³².

Problematyka zwalczania rasizmu i ksenofobii pojawiła się także w innych decyzjach ramowych, dla przykładu jest to chociażby Decyzja ramowa w sprawie europej-

³¹ Sprawozdanie Komisji dla Parlamentu Europejskiego i Rady dotyczące wykonania decyzji ramowej Rady 2008/913/WSiSW w sprawie zwalczania pewnych form i przejawów rasizmu i ksenofobii za pomocą środków prawnokarnych, COM/2014/027, final.

³² M. Woiński, 2.1.7. *Decyzja ramowa Rady 2008/913/WSiSW z 28 listopada 2008 r. w sprawie zwalczania pewnych form i przejawów rasizmu i ksenofobii za pomocą środków prawnokarnych*, [w:] M. Woiński, *Prawnokarne aspekty zwalczania mowy nienawiści*, LexisNexis, Warszawa 2014.

skiego nakazu aresztowania i procedury wydawania osób między państwami członkowskimi³³. Artykuł 2 „Zakres zastosowania europejskiego nakazu aresztowania” wymienia rasizm i ksenofobię jako przestępstwa stanowiące podstawę do przekazania na mocy europejskiego nakazu aresztowania, bez weryfikacji pod kątem podwójnej odpowiedzialności karnej za popełniony czyn. Podobnych regulacji nie wprowadzono w zakresie dyskryminacji ze względu na orientację seksualną czy niepełnosprawność.

Tworzenie hierarchii wartości w zakresie walki z dyskryminacją w praktyce powoduje, że problemy dyskryminacji ze względu na orientację seksualną, tożsamość płciową, wiek czy niepełnosprawność wydają się sztucznie tworzonymi problemami. Pod względem historycznym jasne jest, dlaczego UE po doświadczeniach II wojny światowej podejmuje środki w tak szerokim zakresie w ramach walki z rasizmem i ksenofobią. Jednakże obecnie problem wygląda inaczej niż w XX w., część społeczeństwa nie jest wykluczana, a po prostu nie jest „dopuszczana” do pewnych uprawnień. Podjęcie dyrektywy w zakresie walki z mową nienawiści motywowaną pobudkami takimi jak nienawiść wobec mniejszości seksualnych czy dyskryminacja ze względu na orientację seksualną jest niezbędna. Jednostki uzyskiwałyby prawo do skargi na bierność państw członkowskich, a także zabezpieczenie wypełnienia ich interesów.

5. Pojęcie wolności słowa w ramach prawa europejskiego

Aktem prawnym, który jako pierwszy regulował granice wolności słowa na poziomie europejskim, jest Europejska Konwencja Praw Człowieka³⁴. Ma ona charakter umowy międzynarodowej, do której przestrzegania zobowiązały się państwa sygnatariusze. Na straży jej przestrzegania stoi Europejski Trybunał Praw Człowieka (ETPC), który jednocześnie jest czołową instytucją określającą praktyczne granice wolności słowa.

Opublikowany w Dzienniku Ustaw polski tekst EKPC różni się terminologicznie od tekstu przyjętego w oryginale³⁵. Artykuł 10 w polskiej wersji językowej stanowi o prawie do wolności wyrażania opinii, jednak w oryginalnej wersji językowej w przepisie chodzi o prawo do swobody wypowiedzi, którego zakres znaczeniowy jest szerszy³⁶. Obejmuje wszystkie formy wypowiedzi: artystyczne, polityczne i religijne. Prawo

³³ Decyzja ramowa Rady z dnia 13 czerwca 2002 r. w sprawie europejskiego nakazu aresztowania i procedury wydawania osób między Państwami Członkowskimi (Dz. U. UE L 190/1 z 18.07.2002 r. z późn. zm.).

³⁴ Konwencja o ochronie praw człowieka i podstawowych wolności sporządzona w Rzymie dnia 4 listopada 1950 r., zmieniona następnie Protokołami nr 3, 5 i 8 oraz uzupełniona Protokołem nr 2 (Dz. U. z 1993 r. Nr 61, poz. 284 z późn. zm.), dalej EKPC.

³⁵ Pierwotny tekst EKPC sporządzony był jedynie w języku angielskim i francuskim; wraz z poszerzeniem kręgu sygnatariuszy pojawiły się także inne wersje językowe.

³⁶ M.A. Nowicki, *Komentarz do Konwencji o ochronie praw człowieka i podstawowych wolności*, [w:] *Wokół Konwencji Europejskiej. Komentarz do Europejskiej Konwencji Praw Człowieka*, wyd. VII, Warszawa 2017, art. 10.

to przysługuje każdej osobie, zarówno osobom fizycznym, jak i prawnym, stowarzyszeniom, przedsiębiorcom, niezależnie od celu, jaki swoboda wypowiedzi ma realizować, a także niezależnie od tego, czy osoba jest obywatelem danego kraju czy cudzoziemcem³⁷. Jak się wydaje, niezbędność wolności słowa w demokratycznym społeczeństwie opiera się na istocie ustroju, w którym każda jednostka ma swój udział we władzy państwowej, a więc każdej powinien przysługiwać „głos”. Co za tym idzie, możliwość wypowiedzi, a więc korzystania z wolności słowa, ma służyć wyrażaniu przez jednostki swoich opinii, nie tylko tych popularnych, ale także tych kontrowersyjnych.

Mimo powagi wolności słowa w demokratycznym państwie prawa pewne rodzaje wypowiedzi pozostają poza granicami ochrony wynikającej z art. 10 EKPC. ETPC wielokrotnie wskazał w rozstrzyganych sprawach, że z zastrzeżeniem pewnych ograniczeń art. 10 EKPC ma zastosowanie również do poglądów, które obrażają, oburzają lub wywołują niepokój, jednak wypowiedzi o charakterze politycznie skrajnym lub rasistowskim pozostają poza zakresem ochrony na podstawie art. 10 EKPC³⁸.

ETPC podkreśla w swojej linii orzeczniczej, że wolność wypowiedzi jest fundamentem demokratycznego społeczeństwa, jednak ma ona charakter wtórny, bezpośrednio związany z kształtowaniem się nowoczesnej państwowości³⁹. Wolność słowa jest wartością, która wynika z umowy społecznej, a więc powinna być respektowana w takim stopniu, aby zachować harmonijną współpracę społeczeństwa⁴⁰. Swoboda wypowiedzi jako uprawnienie zagwarantowane w art. 10 ust. 1 EKPC nie ma charakteru absolutnego, ponieważ korzystanie z niej łączy się z obowiązkami i odpowiedzialnością⁴¹. W celu ich wyegzekwowania państwo może nałożyć ograniczenia, które muszą spełniać trzy warunki opisane w art. 10 ust. 2 EKPC.

Po pierwsze, ograniczenie wolności wypowiedzi musi wynikać z ustanowionego prawa krajowego, które jest znane jego adresatom (legalność). Po drugie, ograniczenie wolności wypowiedzi może podlegać jedynie takim restrykcjom i sankcjom, jakie są konieczne w społeczeństwie demokratycznym (konieczność). Po trzecie, ograniczenia i sankcje mają być stosowane w celu ochrony prawnie chronionych wartości, których zamknięty katalog zawiera art. 10 ust. 2 EKPC (celowość). Katalog wymienia takie wartości jak: bezpieczeństwo państwowe, integralność terytorialna lub bezpieczeństwo publiczne, konieczność zapobieżenia zakłóceniu porządku lub przestępstwu, ochrona

³⁷ Zob. wyrok ETPC z dnia 20 maja 2010 r. w sprawie *Cox przeciwko Turcji*, skarga nr 2933/03, par. 31.

³⁸ Zob. wyrok ETPC z dnia 1 grudnia 1976 r. w sprawie *Handyside przeciwko Wielkiej Brytanii*, skarga nr 5493/72, par. 46-50.

³⁹ Por. wyrok ETPC z dnia 8 lipca 1986 r. w sprawie *Lingens przeciwko Austrii*, skarga nr 9815/82 oraz wyrok ETPC z dnia 19 kwietnia 2001 r. w sprawie *Marônek przeciwko Słowacji*, skarga nr 32686/96.

⁴⁰ A. Bulandra, J. Kościółek, *op. cit.*, s. 54.

⁴¹ P. Ślęzak (red.), *Prawo mediów*, Warszawa 2020, s. 30.

zdrowia i moralności, ochrona dobrego imienia i praw osób trzecich, konieczność zapobieżenia ujawnieniu informacji poufnych oraz zagwarantowanie powagi i bezstronności wymiaru sprawiedliwości⁴².

Orzecznictwo ETPC ustaliło, co właściwie oznacza, że ingerencja władz państwowych opiera się na wcześniej istniejącym i znanym adresatom prawie. Mowa jest tu o prawie stanowionym w rozumieniu *civil law* oraz brytyjskiego systemu *common law*. Regulacje prawne muszą być dla adresata dostatecznie precyzyjne, by mógł on regulować swoje postępowanie i wyobrazić sobie konsekwencje prawne swoich działań⁴³. W tym miejscu po raz kolejny polska wersja językowa EKPC dostarcza pewnych nieścisłości. Użyte w pierwotnej wersji językowej słowo „prawo” obejmuje swoim zakresem znaczeniowym nie tylko prawo stanowione, ale również prawo niepisane. Intencją twórców EKPC było objęcie tym przepisem także prawa sędziowskiego, które nie wchodzi w dosłowny zakres sformułowania „przewidziane przez ustawę”⁴⁴.

Tradycyjnie prawo sędziowskie utożsamiano z pojęciem *common law*, jednak obecnie w doktrynie zwraca się uwagę na pewien margines swobody, jaki mają sądy w ramach realizowania powierzonej im roli w sposób elastyczny i dostosowany do zmieniających się potrzeb. Użycie innego sformułowania omijałoby zatem państwa z systemem prawnym *common law*, które są również sygnatariuszami EKPC, a także pewien zakres prawa, który jest tworzony w wyniku wykładni przepisów w systemie *civil law*⁴⁵. Włączenie prawa sędziowskiego do zakresu działania przepisu odnosi się także do tradycji kontynentalnej, w której nierzadko ustawodawcy posługują się klauzulami generalnymi i pojęciami niedookreślonymi, a tym samym coraz większą rolę w uściśleniu prawa odgrywa działalność sądownicza⁴⁶. Nie można więc mówić jedynie o prawach przewidzianych „przez ustawę”, ale o całym systemie prawnym, na który składa się prawo sędziowskie oraz właściwie wydane akty prawne⁴⁷.

W sprawie *Handyside przeciwko Wielkiej Brytanii* ETPC przyjął, że konwencyjny wymóg, zgodnie z którym ograniczenie wolności wypowiedzi musi być konieczne w de-

⁴² I.C. Kamiński, [w:] J. Barta, R. Markiewicz, A. Matlak (red.), *Prawo mediów*, Warszawa 2005, s. 33.

⁴³ Zob. wyrok ETPC z dnia 26 kwietnia 1979 r. w sprawie *Sunday Times przeciwko Wielkiej Brytanii*, skarga nr 6538/74, par. 49.

⁴⁴ W angielskiej wersji językowej widnieje sformułowanie *as are prescribed by law*, w wersji francuskiej *que celles qui, prévues par la loi*, co w tłumaczeniu na polski oznacza „przewidziane prawem”. W polskiej wersji językowej widnieje sformułowanie „które są przewidziane przez ustawę”, co nie stanowi dosłownego tłumaczenia pierwotnego brzmienia przepisu.

⁴⁵ Zob. wyrok ETPC z dnia 26 kwietnia 1979 r. w sprawie *Sunday Times przeciwko Wielkiej Brytanii*, skarga nr 6538/74, par. 47.

⁴⁶ A. Wróbel (red.), *Karta Praw Podstawowych Unii Europejskiej. Komentarz 2020*, wyd. 2, Warszawa 2020, art. 10.

⁴⁷ Na prawo sędziowskie w tradycji kontynentalnej składa się orzecznictwo uzupełniające wydane ustawy, a w tradycji *common law* stanowi ono główny element systemu prawnego opartego przede wszystkim na precedensach.

mokratycznym społeczeństwie, oznacza, że: (i) każda ingerencja musi być poparta istnieniem pilnej potrzeby społecznej, (ii) przyczyny zastosowania danego środka muszą być istotne i wystarczające, (iii) musi istnieć proporcja między zastosowanym środkiem a chronionym celem⁴⁸. Dlatego wśród czynników uwzględnianych przy ocenie proporcjonalności ingerencji w wolność wypowiedzi brane są również pod uwagę natura i surowość wymierzonej kary w danej sprawie⁴⁹.

Aktem prawnym, który obecnie stanowi podstawową regulację w zakresie wolności słowa w systemie prawnym UE jest Karta praw podstawowych⁵⁰. Postanowienia KPP i EKPC pozostają zbieżne. Zgodnie z art. 52 ust. 3 w zakresie, w jakim KPP zawiera prawa, które odpowiadają prawom zagwarantowanym w EKPC, znaczenie tych praw i ich zakresy mają być takie same jak praw przyznanych przez EKPC. Wskazuje się ponadto, że powyższe postanowienie nie stanowi przeszkody, aby prawo UE przyznawało szerszą ochronę. Jest to zatem kluczowe dla implementacji rozwiązań przyjętych przez ETPC w zakresie interpretacji EKPC.

W tytule II KPP zatytułowanym „Wolność” umieszczono art. 10 zatytułowany „Wolność myśli, sumienia i religii” oraz art. 11 zatytułowany „Wolność wypowiedzi i informacji”. Przepisy te odpowiadają art. 9 i 10 EKPC, które regulują odpowiednio wolność myśli, sumienia i wyznania oraz wolność wyrażania opinii. Zgodnie z wyjaśnieniem do art. 10 KPP prawo zagwarantowane w art. 10 ust. 1 odpowiada prawu zagwarantowanemu w art. 9 EKPC i w związku z art. 52 ust. 3 KPP – ma takie samo znaczenie i zakres. Z tego względu wszelkie ograniczenia wolności myśli, sumienia i religii powinny uwzględniać ograniczenia przewidziane już w EKPC⁵¹. Podobne wyjaśnienie zostało wskazane również przy art. 11 KPP, zgodnie z którym odpowiada on przepisowi EKPC dotyczącemu wolności myśli, sumienia i religii. Co ważne, odwołanie obu tych artykułów do EKPC oznacza, że ograniczenia przewidziane prawem UE nie mogą być bardziej dotkliwe niż te przewidziane w EKPC, ale mogą być węższe. Ta zależność nie działa w zakresie oddziaływania prawa UE na EKPC⁵².

Mimo znacznych podobieństw art. 10 i art. 11 KPP pomijają klauzule limitacyjne, które zawierają ich odpowiedniki w EKPC, tj. test legalności, celowości i konieczności. Jednakże skorelowanie ze sobą przepisów KPP i EKPC wskazuje, że ograniczenia opisa-

⁴⁸ Zob. wyrok ETPC z dnia 1 grudnia 1976 r. w sprawie *Handyside przeciwko Wielkiej Brytanii*, skarga nr 5493/72, par. 48-50.

⁴⁹ P. Ślęzak (red.), *op. cit.*, s. 31.

⁵⁰ Karta praw podstawowych Unii Europejskiej (Dz. U. UE C 301 z 14.12.2007 r., s. 1 z późn. zm.), dalej KPP.

⁵¹ Dane ze strony internetowej: <https://fra.europa.eu/pl/eu-charter/article/10-wolnosc-mysli-sumienia-i-religii> [dostęp: 16.05.2021].

⁵² Dane ze strony internetowej: <https://fra.europa.eu/pl/eu-charter/article/11-wolnosc-wypowiedzi-i-informacji> [dostęp: 16.05.2021].

ne w EKPC mają przełożenie na analogiczne przepisy KPP, a tym samym nie ma potrzeby dokonywania powtórzeń. W wyjaśnieniach do art. 10 KPP zawarto odesłanie do art. 9 EKPC, co oznacza, że KPP również nie zezwala na ingerencję w tzw. wewnętrzną wolność myśli, sumienia i religii (*forum internum*), tj. swobodę posiadania i zmiany przekonań bądź religii. Taka ingerencja możliwa jest tylko w odniesieniu do obszaru uzewnętrzniania przekonań bądź religii (*forum externum*). Zdaniem autorki to rozróżnienie stanowi nawiązanie do koncepcji wolności sformułowanej przez Alexisa de Tocqueville’a, zgodnie z którą wolność jednostki kończy się tam, gdzie zaczyna się wolność drugiej jednostki, dlatego też tylko *forum externum* może podlegać ograniczeniom – może ona zagrażać integralności innych jednostek⁵³.

W art. 9 EKPC i art. 10 KPP użyto takich pojęć jak wolność myśli, sumienia i wyznania (odpowiednio religii w przypadku KPP). Zgodnie z rozróżnieniem dokonany przez Lecha Garlickiego wolność myśli odnosi się do posiadania i kształtowania poglądów we wszystkich możliwych kwestiach, wolność sumienia jest związana z posiadaniem i kształtowaniem poglądów, ale podporządkowanych już określönemu i w pewnym przynajmniej stopniu spójnemu systemowi wartości. Wolność wyznania (odpowiednio religii) zakłada posiadanie i kształtowanie poglądów w kontekście systemu transcendentnego, którego nieodłącznym elementem aksjologicznym jest koncepcja Boga lub innej Istoty Najwyższej⁵⁴. Nieodłączną cechą ostatniego pojęcia jest istnienie kościoła (jako zgromadzenia) albo chociażby pewnej wspólnoty wiernych. Jeśli jakiś ruch jest uznawany w danym porządku krajowym za religię, to tym samym ETPC uznaje taką kwalifikację. Ma to zastosowanie także do sekt⁵⁵. Zdaniem Andrzeja Wróbla można dokonać pewnego rozróżnienia istotności poglądów. Podczas gdy art. 9 EKPC i art. 10 KPP odnosząby się do „istotnych” przekonań, zakładających określony stopień wiarygodności, powagi, spójności i ważności, to art. 10 EKPC i art. 11 KPP będzie obejmował przekonania niepełniające tych wymogów, ale które będą mogły być kwalifikowane jako korzystające ze swobody wypowiedzi, która obejmuje również uprawnienie do posiadania poglądów⁵⁶.

6. Podsumowanie

Podtrzymywanie uprzedzeń i stereotypów, a w szerszym ujęciu także dyskryminacji, jest przyzwoleniem na przypadki mowy nienawiści. Jest ona motywowana niechęcią

⁵³ A. de Tocqueville, *Dawny ustrój i rewolucja*, tłum. H. Szumańska-Grossowa, Warszawa 2009.

⁵⁴ L. Garlicki, P. Hofmański, A. Wróbel, *Konwencja o Ochronie Praw Człowieka i Podstawowych Wolności. Tom I. Komentarz do artykułów 1–18*, Warszawa 2010, art. 9.

⁵⁵ Zob. wyrok ETPC z dnia 1 października 2009 r. w sprawie *Kimlyja i inni przeciwko Rosji*, skargi nr 76836/01 i 32782/03, par. 79-81.

⁵⁶ A. Wróbel (red.), *op. cit.*, art. 10.

do danej grupy. Nawet jeśli jest kierowana do jednostki, to tylko jako przedstawiciela tej grupy. Szkodliwość mowy nienawiści opiera się także na wolności, z której korzysta, czyli wolności słowa. Mowa nienawiści stanowi zagrożenie dla godności jednostki. Swoim zasięgiem semantycznym jest w stanie obejmować zakres czynów takich jak: zniewaga, zniesławienie, groźba karalna, nawoływanie do nienawiści lub przemocy, zaprzeczenie, pochwała lub umniejszanie zbrodni ludobójstwa, zbrodni przeciwko ludzkości, zbrodni wojennych⁵⁷. Tym samym jest to zjawisko, którego wszelkie przejawy należy konsekwentnie zwalczać.

Problemem jest jednak brak wskazywania na jego szkodliwość, a koncentrowanie się przez środowiska polityczne, w szczególności prawicowe, na nadawcach komunikatu o szkodliwości mowy nienawiści. W tej dyskusji pojawiają się konserwatywni zwolennicy, którzy w ramach „narzucania poprawności politycznej” dopatrują się „narzucania brutalnej cenzury przez lewicowe środowiska polityczne”⁵⁸. ETPC uznało, że tolerancja dla jednakowej godności wszelkich istot ludzkich oraz jej poszanowanie stanowi podstawę demokratycznego i pluralistycznego państwa. Wskazało również, że nie można pozwolić, aby uwagi kierowane przeciwko wartościom leżącym u podstaw EKPC były objęte ochroną na podstawie art. 10 EKPC⁵⁹. W ramach tego rodzaju orzecznictwa można mówić o załączku koncepcji walki z mową nienawiści.

Jedynym aktem, który definiuje wprost mowę nienawiści na poziomie europejskim i motywuje ustawodawcę krajowego do działania w zakresie zwalczania mowy nienawiści, jest Rekomendacja nr R (97) 20 uchwalona w 1997 r. Decyzja ramowa 2008/913/WSiSW w sprawie zwalczania pewnych form i przejawów rasizmu i ksenofobii za pomocą środków prawnokarnych jest obecnie jedynym aktem prawnym na poziomie europejskim, który wypowiedzi o nienawistnym charakterze kwalifikuje do zakresu przestępstw. Jednakże ta decyzja nie definiuje tego zjawiska wprost oraz odnosi się jedynie do wypowiedzi motywowanych rasizmem czy ksenofobią (wprowadza zamknięty katalog cech dyskryminacyjnych). Od ponad dekady nie powstał akt prawny, który traktowałby mowę nienawiści kierowaną w stosunku do mniejszości seksualnych z podobną powagą co mowę nienawiści motywowaną nienawiścią rasową, narodową czy etniczną.

Wolność słowa, niezależnie od zjawiska mowy nienawiści, podlega ograniczeniom opartym na przesłankach legalności, konieczności i celowości. W sprawie *Handyside przeciwko Wielkiej Brytanii* ETPC zaznaczył, że każda ingerencja w wolność słowa musi

⁵⁷ A. Śledzińska-Simon, *Decyzja ramowa w sprawie zwalczania pewnych form i przejawów rasizmu i ksenofobii jako trudny kompromis wobec mowy nienawiści w Unii Europejskiej*, [w:] R. Wieruszewski (red.), *Mowa nienawiści a wolność słowa. Aspekty prawne i społeczne*, Warszawa 2010, s. 95.

⁵⁸ S. Kowalski, *Obecność mowy nienawiści w życiu społecznym i debacie publicznej*, [w:] R. Wieruszewski (red.), *op. cit.*, s. 238.

⁵⁹ Por. wyrok ETPC z dnia 4 grudnia 2003 r. w sprawie *Gündüz przeciwko Turcji*, skarga nr 35071/97 oraz wyrok ETPC z dnia 24 czerwca 2003 r. w sprawie *Garaudy przeciwko Francji*, skarga nr 65831/01.

być poparta istnieniem pilnej potrzeby społecznej, przyczyny zastosowania danego środka muszą być istotne i wystarczające oraz musi istnieć proporcja między zastosowanym środkiem a chronionym celem⁶⁰, co jedynie podkreśla wtórność tej wolności w demokratycznym państwie prawa. Na tej podstawie państwa mogą stworzyć system ochrony przed mową nienawiści motywowaną uprzedzeniami wobec całej społeczności LGBTIQ, jednak z uwagi na różne stanowiska polityczne państw europejskich bez konsekwentnych działań ze strony Rady Europy i UE nie można liczyć na wiążące zmiany w tym zakresie. Problemem jest przede wszystkim niechęć polityczna, która motywowana jest głęboko zakorzenioną homofobią, której wyrazem jest brak jednolitych regulacji w zakresie małżeństw jedнопłciowych, kwestii uzgodnienia płci czy adopcji dzieci przez pary nieheteronormatywne. Społecznym wyrazem tej niechęci jest właśnie mowa nienawiści, która pozwala na ugruntowywanie motywów dyskryminacyjnych.

Barierą dla harmonizacji regulacji dotyczących mowy nienawiści, także w ramach innych obszarów, są różnice w dominujących koncepcjach wolności słowa, nie tylko w Europie, ale także w porządkach państw *common law*, jak również specyficzny charakter społeczeństw europejskich. Współcześnie obecne różnice stanowią tło sporu o granice między dozwoloną krytyką, wolnością przekonań a nienawiścią. Pośrednim skutkiem zróżnicowanego podejścia jest hierarchizacja cech, które będąc przedmiotem dyskryminacji, są także motywem mowy nienawiści. W obecnie skonstruowanej hierarchii najszerszą ochroną objęte są jednostki ze względu na przynależność do określonej grupy z uwagi na ich pochodzenie rasowe, etniczne, narodowość i religię. Walka z ksenofobią i rasizmem stanowi na ten moment jedyny obszar regulacji mowy nienawiści w prawie UE⁶¹.

Obecne przepisy zakazujące dyskryminacji zdają się nie dostrzegać problemu uprzedzeń i stereotypów, mimo że to właśnie one często są przyczynkiem dla dyskryminacyjnego traktowania. Przyjęty przez ETPC i TSUE test podobieństwa jest niepełny i – jak pokazał wyrok w sprawie *M.I. Carvalho Pinto de Sousa Morais przeciwko Portugalii* – nie ma zastosowania do głównego podłoża dyskryminacji, czyli uprzedzeń i stereotypów, zbieżnych z motywami mowy nienawiści.

Zarówno system ochrony praw człowieka wypracowany przez Radę Europy, jak i system ochrony praw podstawowych w UE zapewniają państwom stronom i państwom członkowskim niezależność w zakresie ustawodawstwa oraz poszanowanie zasady subsydiarności. Jednakże tradycja europejska wyrosła z kultury, która nie uwzględniała praw określonych grup i choć jest to konsekwentnie zmieniane, to nie w każdym

⁶⁰ Zob. wyrok ETPC z dnia 1 grudnia 1976 r. w sprawie *Handyside przeciwko Wielkiej Brytanii*, skarga nr 5493/72, par. 46-50.

⁶¹ A. Śledzińska-Simon, *op. cit.*, s. 93-94.

aspekcie. Poszanowanie dla tradycji konstytucyjnej państw w kształcie, jaki jest teraz, stanowi przyzwolenie na dyskryminację wynikającą z uprzedzeń i stereotypów funkcjonujących w danym państwie, co stanowi działanie naruszające godność jednostki.

Granice wolności słowa określone w prawie europejskim stwarzają możliwość do ochrony jednostek przed mową nienawiści, jedyną przeszkodą pozostają różne tradycje konstytucyjne państw członkowskich. W rzeczywistości zakorzeniona homofobia nie jest zwalczana i jest akceptowana pod pozorem nieszkodliwych stereotypów. Gdy podstawą dyskryminacji są stereotypy, a tym bardziej uprzedzenia, nie powinno być mowy o pozostawieniu państwom europejskim obszaru do różnych regulacji, a wszelkie zachowania nienawistne powinny być konsekwentnie eliminowane na poziomie ogólnoeuropejskim.

Bibliografia

Akty prawne

Międzynarodowa Konwencja otwarta do podpisu w Nowym Jorku dnia 7 marca 1966 r. (Dz. U. z 1969 r. Nr 25, poz. 187).

Karta praw podstawowych Unii Europejskiej (Dz. U. UE C 301 z 14.12.2007 r., s. 1 z późn. zm.).

Konwencja o ochronie praw człowieka i podstawowych wolności sporządzona w Rzymie dnia 4 listopada 1950 r., zmieniona następnie Protokołami nr 3, 5 i 8 oraz uzupełniona Protokołem nr 2 (Dz. U. z 1993 r. Nr 61, poz. 284 z późn. zm.).

Konwencja w sprawie likwidacji wszelkich form dyskryminacji kobiet, przyjęta przez Zgromadzenie Ogólne Narodów Zjednoczonych dnia 18 grudnia 1979 r. (Dz. U. z 1982 r. Nr 10, poz. 71).

Konwencja Rady Europy o zapobieganiu i zwalczaniu przemocy wobec kobiet i przemocy domowej, sporządzona w Stambule dnia 11 maja 2011 r. (Dz. U. z 2015 r. poz. 961 z późn. zm.).

Decyzja ramowa Rady z dnia 13 czerwca 2002 r. w sprawie europejskiego nakazu aresztowania i procedury wydawania osób między Państwami Członkowskimi (Dz. U. UE L 190/1 z 18.07.2002 r. z późn. zm.).

Decyzja ramowa Rady 2008/913/WSiSW z dnia 28 listopada 2008 r. w sprawie zwalczania pewnych form i przejawów rasizmu i ksenofobii za pomocą środków prawnokarnych (Dz. U. UE L 328/55 z 6.12.2008 r.).

Wspólne Działanie z dnia 15 lipca 1996 r. przyjęte przez Radę na podstawie art. K.3 Traktatu o Unii Europejskiej, dotyczące działania w celu zwalczania rasizmu i ksenofobii (Dz. U. UE L 185/5 z 24.07.1996 r.).

Rekomendacja nr R (97) 20 Komitetu Ministrów Rady Europy do państw członkowskich w sprawie „mowy nienawiści”.

Sprawozdanie Komisji dla Parlamentu Europejskiego i Rady dotyczące wykonania decyzji ramowej Rady 2008/913/WSiSW w sprawie zwalczania pewnych form i przejawów rasizmu i ksenofobii za pomocą środków prawnokarnych, COM/2014/027.

Orzecznictwo

- Wyrok ETPC z dnia 1 grudnia 1976 r. w sprawie *Handyside przeciwko Wielkiej Brytanii*, skarga nr 5493/72.
- Wyrok ETPC z dnia 26 kwietnia 1979 r. w sprawie *Sunday Times przeciwko Wielkiej Brytanii*, skarga nr 6538/74.
- Wyrok ETPC z dnia 8 lipca 1986 r. w sprawie *Lingens przeciwko Austrii*, skarga nr 9815/82.
- Wyrok ETPC z dnia 19 kwietnia 2001 r. w sprawie *Marônek przeciwko Słowacji*, skarga nr 32686/96.
- Wyrok ETPC z dnia 24 czerwca 2003 r. w sprawie *Garaudy przeciwko Francji*, skarga nr 65831/01.
- Wyrok ETPC z dnia 4 grudnia 2003 r. w sprawie *Gündüz przeciwko Turcji*, skarga nr 35071/97.
- Wyrok ETPC z dnia 6 lipca 2006 r. w sprawie *Erbakan przeciwko Turcji*, skarga nr 59405/00.
- Wyrok ETPC z dnia 1 października 2009 r. w sprawie *Kimly i inni przeciwko Rosji*, skargi nr 76836/01 i 32782/03.
- Wyrok ETPC z dnia 20 maja 2010 r. w sprawie *Cox przeciwko Turcji*, skarga nr 2933/03.
- Wyrok ETPC z dnia 25 października 2017 r. w sprawie *M.I. Carvalho Pinto de Sousa Morais przeciwko Portugalii*, skarga nr 17484/15.

Literatura

- Adamska K., *Ludzie obok. Lesbijki i geje w Polsce*, Toruń 1998.
- Bulandra A., Kościółek J., *Przeciwdziałanie mowie nienawiści. Podręcznik dla środowiska politycznego*, Kraków 2016.
- Chlewiński Z., *Stereotypy: struktura, funkcje, geneza. Analiza interdyscyplinarna*, [w:] Z. Chlewiński, I. Kurcz (red.), *Kolokwia psychologiczne nr 1: Stereotypy i uprzedzenia*, Instytut Psychologii PAN, Warszawa 1992.
- Cusack S., *Eliminating Judicial Stereotyping – Equal Access for Justice to Women in Gender-Based Violence Cases. Final paper submitted to the United Nations Office of the High Commissioner for Human Rights*, 2014.
- Garlicki L., Hofmański P., Wróbel A., *Konwencja o Ochronie Praw Człowieka i Podstawowych Wolności. Tom I. Komentarz do artykułów 1–18*, Warszawa 2010.
- Kamiński I.C., [w:] J. Barta, R. Markiewicz, A. Matlak (red.), *Prawo mediów*, Warszawa 2005.
- Kowalski S., *Hate speech po polsku*, [w:] G. Czarnecki (red.), *Raport o homofobicznej mowie nienawiści w Polsce*, Warszawa 2009.
- Kowalski S., *Obecność mowy nienawiści w życiu społecznym i debacie publicznej*, [w:] R. Wieruszewski (red.), *Mowa nienawiści a wolność słowa. Aspekty prawne i społeczne*, Warszawa 2010.
- Kujawa D., *Złożoność i niejednoznaczność mowy nienawiści*, „Refleksje” 2018, nr 17.
- Kurz I., *Stereotyp*, [w:] M. Rudaś-Grodzka et al. (red.), *Encyklopedia gender. Płeć w kulturze*, Warszawa 2014.
- Liżewski B., Myślińska M., *Mechanizm ochrony praw człowieka w systemie Rady Europy i w systemie intramerykańskim (teoretyczna analiza prawno porównawcza)*, „Studia Iuridica Lublinensia”, 2014, vol. 21.
- Maroń G., *Ochrona mniejszości seksualnych przed mową nienawiści a wolność słowa w państwach common law*, „Przegląd Prawa Publicznego” 2016, nr 7-8.

- Nikolaïdis C., *The Right to Equality in European Human Rights Law. The quest for substance in the jurisprudence of the European Courts*, Routledge 2015.
- Nowicki M.A., *Komentarz do Konwencji o ochronie praw człowieka i podstawowych wolności*, [w:] *Wokół Konwencji Europejskiej. Komentarz do Europejskiej Konwencji Praw Człowieka*, wyd. VII, Warszawa 2017.
- Schaff A., *Stereotypy a działanie ludzkie*, Spółdzielnia Wydawniczo-Handlowa Książka i Wiedza, Warszawa 1981.
- Sękowska-Kozłowska K., *Stereotypy dotyczące seksualności i społecznej roli kobiet jako przyczyna naruszenia zakazu dyskryminacji ze względu na płeć. Glosa do wyroku ETPC z dnia 25 lipca 2017 r., 17484/15*, „Europejski Przegląd Sądowy” 2018, nr 2.
- Śledzińska-Simon A., *Decyzja ramowa w sprawie zwalczania pewnych form i przejawów rasizmu i ksenofobii jako trudny kompromis wobec mowy nienawiści w Unii Europejskiej*, [w:] R. Wieruszewski (red.), *Mowa nienawiści a wolność słowa. Aspekty prawne i społeczne*, Warszawa 2010.
- Ślęzak P. (red.), *Prawo mediów*, Warszawa 2020.
- Timmer A., *Judging Stereotypes: What the European Court of Human Rights Can Borrow from American and Canadian Equal Protection Law*, “American Journal of Comparative Law” 2015, vol. 63, iss. 1.
- Tocqueville A. de, *Dawny ustrój i rewolucja*, tłum. H. Szumańska-Grossowa, Warszawa 2009.
- Wacławik S., *Problematyka dyskryminacji i uprzedzeń wobec osób o odmiennej orientacji seksualnej na przykładzie filmów „Tajemnica Brokeback Mountain” (Brokeback Mountain) oraz „Wszystko w porządku” (The Kids are all right)*, [w:] M. Brol, A. Skorupa (red.), *Psychologiczna praca z filmem*, 2014.
- Werra Z., *Mowa nienawiści vs przemysł pogardy*, „Studia Politicae Universitatis Silesiensis” 2019, t. 27.
- Wiśniewski M., Hansen K. et al., *Mowa nienawiści, mowa pogardy. Raport z badania przemocy werbalnej wobec grup mniejszościowych*, Warszawa 2017.
- Woiński M., 2.1.7. *Decyzja ramowa Rady 2008/913/WSiSW z 28 listopada 2008 r. w sprawie zwalczania pewnych form i przejawów rasizmu i ksenofobii za pomocą środków prawnokarnych*, [w:] M. Woiński, *Prawnokarne aspekty zwalczania mowy nienawiści*, Warszawa 2014, LexisNexis 2014.
- Wróbel A. (red.), *Karta Praw Podstawowych Unii Europejskiej. Komentarz 2020*, wyd. 2, Warszawa 2020.

Internet

- Dane ze strony internetowej: <https://fra.europa.eu/pl/eu-charter/article/10-wolnosc-mysli-sumienia-i-religii> [dostęp: 16.05.2021].
- Dane ze strony internetowej: <https://fra.europa.eu/pl/eu-charter/article/11-wolnosc-wypowiedzi-i-informacji> [dostęp: 16.05.2021].
- Dane ze strony internetowej: https://www.huffpost.com/entry/equality-and-justice-in-t_b_4892624 [dostęp: 13.06.2021].

Varia

Martyna Pacek

*Uniwersytet Wrocławski**Wydział Prawa, Administracji i Ekonomii*ORCID: [0000-0002-2606-8885](https://orcid.org/0000-0002-2606-8885)

Uwagi dotyczące ewolucji regulacji prawnych związanych z ochroną zabytków archeologicznych w świetle działalności poszukiwaczy zabytków w Polsce

Remarks on the development of legal regulations
related to the protection of archaeological monuments
regarding the activity of monument hunters in Poland

Streszczenie

Poszukiwanie zabytków dokonywane przez amatorów staje się coraz popularniejsze. Egzekwowanie przepisów dotyczących ochrony zabytków nie jest jednak priorytetem.

Poszukiwanie zabytków przy użyciu urządzeń elektronicznych, technicznych, jak również sprzętu do nurkowania dokonywane przez amatorów zdobyło popularność głównie w latach 90. XX w. Rozwiązania prawne w tej kwestii są silnie związane z ewolucją społeczeństwa i rozwojem technologii. W polskim ustawodawstwie pojęcie poszukiwania zabytków jest relatywnie nowe. Można jednak prześledzić ewolucję podejścia do definiowania zabytku i kwestii związanych ze znalezieniem zabytku, co poprzedzało i prowadziło do wykształcenia się odrębnej kategorii, jaką jest poszukiwanie zabytków.

Archeolog to zawód regulowany, a wymagania stawiane osobom prowadzącym badania archeologiczne są wysokie i mogą zapewniać odpowiednie potraktowanie zabytku i kontekstu jego odnalezienia. Przepisy przyznają szerokie uprawnienia poszukiwaczom, choć nie mają oni żadnego formalnego wykształcenia. Dodatkowo, jeżeli wniosek o pozwolenie na poszukiwanie zabytków zostanie prawidłowo złożony, służby konserwatorskie nie mają podstaw do odmowy.

Zabytki archeologiczne są własnością Skarbu Państwa. Poszukiwacze przyczyniają się do stymulowania nielegalnego obrotu zabytkami (też archeologicznymi) i nie jest to proceder incydentalny.

Słowa kluczowe

poszukiwanie zabytków, poszukiwacze zabytków, ochrona zabytków, archeolog, ustawa o ochronie zabytków i opiece nad zabytkami, obowiązki i uprawnienia, obrót zabytkami, wniosek o pozwolenie na poszukiwanie zabytków, wniosek o pozwolenie na prowadzenie badań archeologicznych, historyczna ewolucja uregulowania dotyczącego poszukiwania zabytków

Abstract

Amateurs' search for monuments is becoming more and more popular. However, the enforcement of the regulations on the protection of monuments is not a priority.

Searching for monuments with the use of electronic and technical devices as well as diving equipment by amateurs gained popularity mainly in the 1990s. Legal solutions in this matter are strongly related to the evolution of society and the development of technology. The concept of searching for monuments is relatively new in Polish legislation. However, it is possible to trace the evolution of the approach to defining a monument and issues related to finding a monument, which preceded and led to the development of a separate category, which is the search for archeological monuments and artifacts.

Archaeologist is a regulated profession. The requirements for those conducting archaeological research are high and may ensure appropriate treatment of the monument and the context of its finding. The regulations grants extensive powers to monument hunters although they do not have any formal education. In addition, if the application for a permit to search for monuments is correctly submitted, the conservation services have no grounds for refusal.

Archaeological monuments are the property of the State Treasury. The prospectors contribute to stimulating the illegal trade in monuments (including archaeological ones) and it is not an incidental practice.

Keywords

search for monuments, monument hunters, protection of monuments, archaeologist, the act on the protection and care of monuments, obligations and rights, trade in monuments, application for a permit to search for monuments, application for permission to conduct archaeological research, historical evolution of the regulation on searching for monuments

1. Wstęp

Poszukiwanie zabytków przez amatorów staje się coraz popularniejsze. Prawne kontrolowanie działalności poszukiwaczy zabytków może być uzasadnione, gdyż bardzo wiele stanowisk archeologicznych o różnej chronologii zostało zniszczonych – przez nielegalne działania poszukiwaczy zabytków czy też przez nieodpowiedzialnych lub ignorujących zasady postępowania poszukiwaczy¹. Niektórzy mogą chcieć pozyskać zabytek archeologiczny, aby móc go sprzedać czy też dołączyć do swojej prywatnej kolekcji².

Egzekwowanie przepisów dotyczących ochrony zabytków (w tym zabytków archeologicznych) nie jest priorytetem³. Media informują czasami o karach wymierzanych poszukiwaczom złapanym *in flagranti*, jednak większość nieodpowiedzialnych czy nielegalnych działań poszukiwaczy zabytków nigdy nie jest ścigana⁴.

¹ A. Dobat, P. Deckers, S. Heeren, M. Lewis, S. Thomas, A. Wessman, *Towards a Cooperative Approach to Hobby Metal Detecting: The European Public Finds Recording Network (EPFRN) Vision Statement*, "European Journal of Archaeology" 2020, vol. 23, iss. 2, s. 272-273.

² T. Lecroere, "There Is None So Blind as Those Who Won't See": *Metal Detecting and Archaeology in France*, "Open Archaeology" 2016, vol. 2, iss. 1, s. 182-193 oraz I. Ganciu, *Heritage for Sale! The Role of Museums in Promoting Metal Detecting and Looting in Romania*, "Heritage" 2018, vol. 1, s. 437-452.

³ A. Dobat, P. Deckers, S. Heeren, M. Lewis, S. Thomas, A. Wessman, *op. cit.*, s. 273.

⁴ I. Ulst, *The Problems of 'Black Archaeology' in Estonia*, "Estonian Journal of Archaeology" 2010, vol. 14, iss. 2, s. 153-169; C. Huth, *Vom rechten Umgang mit Sondengängern: Das 'Portable Antiquities Scheme' in England und Wales und seine Folgen*, "Archäologische Informationen" 2013, vol. 36, s. 134 oraz J. Gundersen, J. Rasmussen, L. Ragnar, *Private Metal Detecting and Archaeology in Norway*, "Open Archaeology" 2016, vol. 2, s. 160-170.

Podobna sytuacja jest w wielu krajach Europy. Jednym z najbardziej znanych zabytków odkrytych przez poszukiwaczy jest Dysk z Nebry⁵. Splądrowali oni stanowisko, zniszczyli Dysk, a następnie sprzedali swoje znaleziska⁶. Warto pamiętać o tym, iż każdy poszukiwacz może dokonać spektakularnego odkrycia, którego efekty, czyli zabytki, trzeba wyjątkowo starannie zabezpieczyć i chronić.

Polskie prawo związane z ochroną zabytków próbuje osiągnąć jednocześnie dwa cele, które często wzajemnie się wykluczają. Z jednej strony ustawodawca wyraźnie pokazuje, iż zabytki oraz szeroko rozumiana ochrona dziedzictwa kulturowego są dla niego istotne. Jest to również widoczne w aktualnej polityce⁷: „W interesie społecznym leży zatem zabezpieczenie zabytków przed zniszczeniem”⁸. Z drugiej strony część praw dotyczących odkrycia i wydobywania zabytków sędowana jest na amatorów. „Sprawcy, zainteresowani nierzadko jedynie przedmiotami posiadającymi wartość handlową, niszczą bezpowrotnie pozostałe przedmioty i nawarstwienia kulturowe, nieprzedstawiające dla nich żadnej wartości”⁹.

Obecnie najważniejsze przepisy dotyczące poszukiwania zabytków znajdują się w ustawie z dnia 23 lipca 2003 r. o ochronie zabytków i opiece nad zabytkami, dalej zwanej u.o.z.o.z. (Dz. U. z 2021 r. poz. 710). Istotne znaczenie ma również rozporządzenie Ministra Kultury i Dziedzictwa Narodowego z dnia 2 sierpnia 2018 r. w sprawie prowadzenia prac konserwatorskich, prac restauratorskich i badań konserwatorskich przy zabytku wpisanym do rejestru zabytków albo na Listę Skarbów Dziedzictwa oraz robót budowlanych, badań architektonicznych i innych działań przy zabytku wpisanym do rejestru zabytków, a także badań archeologicznych i poszukiwań zabytków (Dz. U. z 2018 r. poz. 1609 ze zm.).

Zabytki same się nie ochronią – potrzebują wielu odpowiedzialnych i kompetentnych osób, aby móc być nośnikami bezcennej wiedzy dotyczącej przeszłości ludzkości. Dzięki nim archeolodzy we współpracy z wieloma specjalistami z innych dziedzin są w stanie próbować odtwarzać codzienne życie naszych przodków, którzy mierzyli się z problemami zaskakująco podobnymi do współczesnych. Wykorzystując wiedzę archeologiczną, znacznie łatwiej zrozumieć wiele procesów społecznych, które obecnie zachodzą.

⁵ W 2013 r. został wpisany na listę UNESCO Pamięć Świata.

⁶ M. Wantuch-Thole, *The Export Regime for Cultural Objects under the German Cultural Property Protection Act of 2016*, „Santander Art and Culture Law Review” 2019, vol. 2(5), s. 219.

⁷ Wypowiedź na posiedzeniu Sejmu z 7 lutego 2018 r. (posiedzenie nr 58), Wiceprezes Rady Ministrów Minister Kultury i Dziedzictwa Narodowego Piotr Gliński, https://www.sejm.gov.pl/sejm8.nsf/wypowiedz.xsp?posiedzenie=58&dzien=2&wyp=3&view=3&symbol=WYPOWIEDZ_PYTANIE&nr=557&pytid=C933E713F24E0C75C125822D00502525 [dostęp: 20.09.2021].

⁸ P. Gwoździewicz, *Ograniczenia prawa własności zabytków*, „Roczniki Administracji i Prawa” 2009, Rok IX, s. 111.

⁹ J. Narodowska, M. Duda, *Wandalizm zabytków z perspektywy kryminologicznej*, „Santander Art and Culture Law Review” 2017, vol. 1(3), s. 44.

Zabytki w rękach niedoświadczonych osób mogą łatwo zostać zniszczone, a cenne informacje, które zawierają – bezpowrotnie utracone. Warto w tym miejscu nadmienić, iż zagrożeniem jest również proceder nielegalnego handlu zabytkami¹⁰, które do obrotu wprowadzone są przez nierzetelnych poszukiwaczy zabytków.

Warto podkreślić, iż rabunkowe, inwazyjne poszukiwania zabytków archeologicznych czy też działania na stanowiskach archeologicznych podejmowane przez tzw. detektorystów (poszukiwaczy amatorów) można uznać za wandalizm¹¹. Takie działania godzą w prawidłowe metody oraz techniki prowadzenia poszukiwań zabytków¹².

W moim artykule nacisk położę na porównanie przepisów regulujących działalność poszukiwaczy zabytków w odniesieniu do wymogów i uprawnień archeologów, mając jednak świadomość, iż nie wyczerpuje to całości problemu. Omówię sytuację prawną poszukiwaczy zabytków w historii polskiego ustawodawstwa oraz wskażę możliwe zagrożenia, które związane są z obecnie obowiązującymi uregulowaniami tej materii. Dodatkowo, krótko poruszę temat obrotu zabytkami archeologicznymi, który w praktyce często związany jest z działalnością poszukiwaczy zabytków.

Celem niniejszego artykułu jest analiza uprawnień poszukiwaczy zabytków w Polsce i ich zmienności w czasie, a także podkreślenie szczególnego charakteru ochrony zabytków archeologicznych w związku z działalnością poszukiwaczy zabytków.

W artykule dokonałam analizy aktualnych i historycznych przepisów dotyczących działalności poszukiwaczy zabytków w świetle ochrony zabytków w Polsce. Dodatkowo, w celu pogłębienia analizy i rozszerzenia problemu, posłużyłam się wiedzą praktyczną z zakresu archeologii.

Poszukiwacze zabytków, dzięki szerokim uprawnieniom przyznanych im przez ustawodawcę, mogą w znaczny sposób ingerować w działania mające na celu ochronę zabytków i dziedzictwa kulturowego. Ich działalność w niewielu przypadkach może przyczyniać się do rozwoju wiedzy o przeszłości, jednak w znacznej większości naraża ona zabytki (w tym zabytki archeologiczne) oraz kontekst kulturowy na zniszczenie, a tym samym pozbawienie ludzkości cennych informacji dotyczących danego zabytku czy stanowiska archeologicznego. Dysponują oni obecnie zbyt dużą swobodą działania, a poszukiwanie przez nich zabytków jest w niewielkim stopniu nadzorowane, co tworzy możliwości łamania prawa.

¹⁰ T. Mueller, *Nielegalny handel zabytkami przeżywa boom*. „Ci ludzie są bogaci, wpływowi i nietykalni”, National Geographic, 23.11.2020, <https://www.national-geographic.pl/artikul/nielegalny-handel-zabytkami> [dostęp: 20.09.2021].

¹¹ Por. B. Kostrzewski, *Ochrona zabytków przedhistorycznych*, Czytelnik, Łódź 1948, s. 7-21 oraz A. Bursche, *Złodzieje i paserzy, dogmatycy i moralisci*, „Światowid” 2000, nr 2(43), s. 43-52.

¹² B. Gadecki, *Ustawa o ochronie zabytków i opiece nad zabytkami. Art. 108-120. Przepisy karne. Komentarz*, C.H. Beck, Warszawa 2014, s. 102.

2. Historia sytuacji prawnej poszukiwaczy

Zainteresowanie przeszłością to zjawisko znane od dawna, a działania mające na celu odnalezienie bogatych w cenne przedmioty stanowisk mają miejsce od tysięcy lat – proceder rozkradania grobów wcześniejszych kultur był zjawiskiem powszechnie spotykanym, np. rabunki grobów faraonów w starożytnym Egipcie.

Dopiero jednak w czasach odkryć Pompei i Herkulanum (ok. połowy XVIII w.) rozpoczęto badania wykopaliskowe zbliżone zakresowo do współczesnych, a także zaczęto publikować prace naukowe o zabytkach. Przyczyniło się to do powstania nowych dziedzin nauki – archeologii czy historii sztuki. Pierwszym akademikiem archeologicznym był Johannes Gustav Gottlieb Büsching, który w 1817 r. został profesorem historycznych nauk pomocniczych i starożytności, inicjując tym samym akademicką archeologię we Wrocławiu i na świecie. Przed XIX w. nie można więc mówić o wykwalifikowanych archeologach, a co za tym idzie – zestawiać ich z amatorskimi poszukiwaczami.

Obecnie poszukiwanie zabytków przy użyciu wszelkiego rodzaju urządzeń elektronicznych, technicznych, jak również sprzętu do nurkowania dokonywane przez amatorów jest problemem występującym nie tylko w Polsce, ale i na całym świecie. We współczesnej formie popularność zdobyło głównie w latach 90. XX w. i od tego czasu staje się coraz bardziej rozpowszechnione¹³. Obecnie szacuje się, że nawet 120 tysięcy osób eksploruje historię i poszukuje pamiątek związanych z przeszłością¹⁴. Pomimo tego nie istnieje żadna baza uwzględniająca poszukiwaczy zabytków, a jedyną podstawą do szacowania są dane dotyczące osób starających się o pozwolenie na poszukiwanie zabytków.

Rozwiązania prawne dotyczące poszukiwania zabytków są silnie związane z ewolucją społeczeństwa i rozwojem technologii, a pomysł regulowania sytuacji prawnej poszukiwaczy zabytków nie pojawił się od razu. Pierwsze wykrywacze metalu powstały na początku XX w., rozwijały się głównie w Stanach Zjednoczonych, gdzie szybko stały się popularne i dostępne (również finansowo) dla amatorów. Wtedy także rozpoczęło się poszukiwanie skarbów przy pomocy wykrywaczy metalu – pierwsze udane poszukiwanie przedstawił James Young w 1927 r.¹⁵

Poszukiwanie skarbów i zabytków stało się popularnym zajęciem w Wielkiej Brytanii w latach 70. XX w.¹⁶ W 1996 r., około 20 lat później, wydano The Treasure Act – akt

¹³ A. Dobat, P. Deckers, S. Heeren, M. Lewis, S. Thomas, A. Wessman, *op. cit.*, s. 272.

¹⁴ Wywiad z dr hab. Katarzyną Zalaśińską zatytułowany „Ministerstwo chce ułatwić życie poszukiwaczom skarbów” opublikowany 20 października 2020 r., <https://podroze.onet.pl/aktualnosci/poszukiwanie-skarbow-i-zabytkow-detektorem-detektoryzm-przepisy-prawo-gdzie-wolno/msmgx6> [dostęp: 27.10.2021].

¹⁵ R.T. Roberts, *The History Of Metal Detectors*, “Western & Eastern Treasures” Sept. 1999, s. 3.

¹⁶ Broszura dotycząca zagadnień wstępnych związanych z wykrywaniem metalu opublikowana przez National Council for Metal Detecting, <https://www.ncmd.co.uk/wp-content/uploads/ncmd-introduction-to-metal-detecting.pdf> [dostęp: 17.11.2021].

prawny mający na celu uregulowanie kwestii znalezisk skarbów, głównie dokonanych przez poszukiwaczy z wykrywaczami metalu, na terenie Anglii i Walii.

We Francji pierwsze użycie wykrywaczy metali prowadzące do odkrycia archeologicznego miało miejsce w 1958 r.¹⁷ – czyli ponad 30 lat po odkryciach z USA. Pierwszą ustawą regulującą korzystanie z wykrywaczy metali była ustawa nr 89-900 z 18 grudnia 1989 r. Uregulowanie prawne nastąpiło więc ponad 30 lat po pierwszym odkryciu na terenie kraju z wykorzystaniem tego urządzenia.

W polskim ustawodawstwie pojęcie poszukiwania zabytków jest relatywnie nowe. Można jednak prześledzić ewolucję podejścia do definiowania zabytku oraz kwestii związanych ze znalezieniem zabytku, co poprzedzało i prowadziło do wykształcenia się odrębnej kategorii, jaką jest poszukiwanie zabytków.

Dnia 31 października 1918 r. Rada Regencyjna wydała dekret o opiece nad zabytkami sztuki i kultury (Dz. U. z 1918 r. Nr 16, poz. 36), który określił kompetencje organów państwowych w działaniach związanych z ochroną zabytków. W dekrete nie było jednak wyodrębnienia zabytków archeologicznych, a jedynie podział na zabytki nieruchome i ruchome. Z przyczyn technologicznych nie ma tam wzmianki o poszukiwaniach przy pomocy sprzętu elektronicznego, jednak unormowane są działania związane z postępowaniem ze znaleziskami zabytków.

W art. 18 określono katalog zabytków ruchomych, a w punkcie c uwzględniono niektóre zabytki archeologiczne według obecnego rozumienia – szkło, ceramikę, broje, okucia, oręż, rzędy, naczynia. W art. 20 zastrzeżono, iż zabytki ruchome (w tym zabytki archeologiczne według współczesnego rozróżnienia), o ile są własnością m.in. kraju czy miast, nie mogą być niszczone, usuwane, sprzedawane bez uprzedniej zgody władzy konserwatorskiej. Jest to rozwiązanie, które zostało sprecyzowane i rozwinięte, a obecnie przyjmuje formę art. 35 ust. 1 oraz 2 u.o.z.o.z.

W art. 23 dekretu znajduje się opis znalezisk przypadkowych na powierzchni ziemi lub na dnie zbiorników wodnych. Przepis ten mógł zapoczątkować normowanie znajdowania zabytków, które z czasem przekształciło się w poszukiwanie zabytków znane ze współczesnych aktów prawnych.

Zgodnie z art. 24 dekretu m.in. właściciele gruntów, kierownicy robót czy osoby dokonujące odkrycia musieli natychmiast poinformować o odkryciu zabytków najbliższy urząd konserwatorski, który celem zabezpieczenia zabytku wyda decyzję, która nałoży wstrzymanie robót i określi sposób dalszego prowadzenia ich. W tym przepisie istotne jest uznanie ważnej roli służb konserwatorskich w procesie zajmowania się zna-

¹⁷ Strona poświęcona wykrywaczom metali, https://en.wikipedia.org/wiki/Metal_detector [dostęp: 17.11.2021].

lezione zabytkami, która obecnie w przypadku poszukiwaczy zabytków ma charakter raczej prewencyjny.

W ustawie z dnia 15 lutego 1962 r. o ochronie dóbr kultury (Dz. U. z 1962 r. Nr 10, poz. 48) uznano, iż dobra kultury, w tym zabytki, są bogactwem narodowym. Zgodnie z art. 21 ust. 1 wszelkie prace i roboty przy zabytkach oraz prace archeologiczne i wykopaliskowe wolno prowadzić tylko za zezwoleniem właściwego wojewódzkiego konserwatora zabytków. Widać tu kontynuację myśli z art. 20 dekretu Rady Regencyjnej, a także zastosowanie bardziej specjalistycznego (archeologicznego) języka, co związane było zapewne ze znacznym rozwojem archeologii jako dziedziny nauki. W ustawie tej jednak brakuje uregulowania poszukiwania zabytków, co zapewne związane było z niewielkim zainteresowaniem tego typu działalnością oraz brakiem dostępności urzędów na terenie PRL.

Zgodnie z art. 21 ust. 2 ustawy z 1962 r. ustawodawca określał warunki i tryb udzielania i cofania zezwoleń na prowadzenie prac konserwatorskich, archeologicznych i wykopaliskowych oraz warunki ich prowadzenia, jak również kwalifikacje osób, które mają prawo prowadzenia tej działalności, w tym w szczególności wykształcenie i staż pracy wymagane od wykonawców prac konserwatorskich, archeologicznych i wykopaliskowych, dane zamieszczane we wniosku o udzielenie zezwolenia, rodzaje dokumentów załączanych do wniosku, sposób prowadzenia dokumentacji prac konserwatorskich, archeologicznych i wykopaliskowych, w tym sposób dokumentowania poszczególnych etapów prac.

W § 20 ust. 3 rozporządzeniu Ministra Kultury i Sztuki z dnia 24 sierpnia 1964 r. w sprawie zezwoleń na prowadzenie prac konserwatorskich przy zabytkach i archeologicznych prac wykopaliskowych (Dz. U. z 1964 r. Nr 31, poz. 197) zezwolenie na prowadzenie archeologicznych prac wykopaliskowych wydawane było po uzyskaniu opinii Instytutu Historii Kultury Materialnej Polskiej Akademii Nauk co do celowości poszukiwań i kwalifikacji kierownika. Dodatkowo w § 23 zastrzeżono, iż prace te powinny być prowadzone zgodnie z przyjętymi metodami prac archeologicznych oraz w sposób zapewniający bezpieczeństwo ludzi i mienia na terenie wykopaliska. Widać tu, iż ustalono bardzo wysokie wymagania w stosunku do archeologów prowadzących prace wykopaliskowe. Te zasady miały na celu odpowiednie zabezpieczenie zabytku przed zniszczeniem czy lekkomyślnym utraceniem informacji ważnych z punktu widzenia nauki.

W § 22 rozporządzenia Ministra Kultury i Sztuki z dnia 11 stycznia 1994 r. o zasadach i trybie udzielania zezwoleń na prowadzenie prac konserwatorskich przy zabytkach oraz prac archeologicznych i wykopaliskowych, warunkach ich prowadzenia i kwalifikacjach osób, które mają prawo prowadzenia tej działalności (Dz. U. z 1994 r. Nr 16, poz. 55), określono, iż prace archeologiczne i wykopaliskowe mogą być prowadzone

przez osoby posiadające wyższe wykształcenie archeologiczne oraz co najmniej czteroletnią praktykę terenową. Jest to wymóg zwiększający prawdopodobieństwo, iż zabytki zostaną w prawidłowy sposób ochronione.

W rozporządzeniu Ministra Kultury i Dziedzictwa Narodowego z dnia 18 października 2000 r. w sprawie zasad i trybu udzielania i cofania zezwoleń na prowadzenie prac konserwatorskich, archeologicznych i wykopaliskowych oraz warunków ich prowadzenia i kwalifikacji osób uprawnionych do wykonywania tych prac (Dz. U. z 2000 r. Nr 93, poz. 1033) pojawiły się dokładne wytyczne dotyczące wniosku o udzielenie zezwolenia na prowadzenie prac archeologicznych i wykopaliskowych. Wniosek zawierał mniej elementów niż współczesny, ale był dokładniejszy w kwestii podejmowanych działań.

Ponadto, zgodnie z § 4 tego rozporządzenia, konserwator mógł uzależnić rozpatrzenie wniosku od przedłożenia przez wnioskodawcę dokumentacji niezbędnej dla prawidłowego przeprowadzenia prac konserwatorskich przy zabytku lub prac archeologicznych i wykopaliskowych, a także decyzji, uzgodnień lub opinii innych organów, wymaganych na podstawie odrębnych przepisów. Z przepisu tego wynika, iż wojewódzki konserwator zabytków miał wtedy szersze uprawnienia kontrolowania poprawności działań związanych z zabytkiem, choć prace archeologiczne i wykopaliskowe prowadzić mógł tylko archeolog.

Zgodnie z § 8 rozporządzenia, w razie stwierdzenia, że prace konserwatorskie przy zabytku lub prace archeologiczne i wykopaliskowe były prowadzone niezgodnie z zezwoleniem udzielonym na ich prowadzenie, wojewódzki konserwator zabytków mógł zobowiązać osobę prowadzącą te prace do usunięcia stwierdzonych uchybień w określonym terminie lub cofnąć udzielone zezwolenie, jeżeli zalecenia konserwatora nie zostaną wykonane. Dodatkowo, zgodnie z § 9, konserwator uczestniczył w odbiorze częściowym i końcowym wykonanych prac konserwatorskich przy zabytku lub prac archeologicznych i wykopaliskowych, sprawdzając zgodność ich przeprowadzenia z udzielonym zezwoleniem. Były to przepisy dające służbom konserwatorskim możliwość stałego czuwania nad stanem zabytku, a prace archeologiczne i wykopaliskowe mogły prowadzić jedynie osoby spełniające warunek z § 12 – osoby, które posiadały dyplom ukończenia wyższych studiów na kierunku archeologia i tytuł zawodowy magistra oraz odbyły po uzyskaniu dyplomu co najmniej 12-miesięczną archeologiczną praktykę wykopaliskową. W związku z tym widoczny jest nadzór służb konserwatorskich nad działalnością osób posiadających wykształcenie archeologiczne.

Poszukiwanie zabytków zaczęło zyskiwać na popularności w Polsce w latach 90. XX w., co prawdopodobnie związane było z transformacją ustrojową po 1989 r. W marcu 1998 r., w interpelacji nr 382 do Prezesa Rady Ministrów w sprawie postępowania

prokuratury w sprawach dotyczących niszczenia zabytków, poseł Stanisław Misztal jako pierwszy wspomniał o nielegalnym „poszukiwaniu skarbów”¹⁸.

W rządowym projekcie ustawy o zabytkach z 22 marca 2001 r. (druk nr 2732), w art. 44 ust. 1 pkt 6, pierwszy raz wspomniano o poszukiwaniu zabytków przy użyciu wszelkiego rodzaju urządzeń elektronicznych i technicznych. Podczas posiedzenia Sejmu 8 maja 2001 r., na którym nastąpiło pierwsze czytanie projektu ustawy, posłanka Grażyna Sołtyk powiedziała, iż w projekcie „wprowadzono konieczność uzyskania pozwolenia na prowadzenie badań architektonicznych i technologicznych oraz na poszukiwanie zabytków przy pomocy urządzeń elektronicznych. Ma to na celu ukrócenie działań tzw. poszukiwaczy skarbów, którzy działając w sposób nieprofesjonalny, często niszczyli zabytki archeologiczne”¹⁹.

Podczas prac nad obecną ustawą o ochronie zabytków i opiece nad zabytkami, która weszła w życie 17 listopada 2003 r., nie zgłoszono żadnych poprawek w kwestii poszukiwania zabytków, a także kwestia ta nie była przedmiotem dyskusji podczas posiedzeń.

Biorąc pod uwagę głębokie zmiany ustrojowe w Polsce po 1989 r. i późniejszy niż w innych krajach europejskich wzrost zainteresowania oraz dostępności wykrywaczy metalu, regulacje prawne w tej kwestii pojawiły się stosunkowo szybko, a problem konieczny do uregulowania zauważono już po kilku latach. W tym zakresie polskie ustawodawstwo nie odbiega czasowo w znaczący sposób od unormowań w krajach europejskich.

Mimo iż pojęcie poszukiwania zabytków nie pojawiało się we wcześniejszych aktach prawnych ze względów technologicznych, od jego pojawienia się występuje tendencja zmniejszania wymagań stawianych wobec osób zajmujących się poszukiwaniami. Poszukiwacze otrzymali szerokie uprawnienia mimo całkowitego braku wykształcenia, choć jeszcze niecałe 60 lat temu to wykształconym archeologom stawiano wymóg uzyskania pozytywnej opinii Instytutu Historii Kultury Materialnej Polskiej Akademii Nauk, a niecałe 30 lat temu wymagano od nich aż 4 lat praktyki przed przystąpieniem do prowadzenia badań.

W polityce związanej z ochroną zabytków widać wyraźną tendencję do ułatwiania działalności poszukiwaczom zabytków. Na początku 2020 r. dyrektorka Departamentu Ochrony Zabytków MKiDN dr hab. Katarzyna Zalasinska powiedziała: „Chcemy m.in. wyłączyć spod działania ustawy o ochronie zabytków i opiece nad zabytkami plaże nadmorskie”²⁰. Dodała, iż „chcemy, żeby poszukiwacze weszli do szeroko pojętego systemu ochrony dziedzictwa kulturowego w Polsce”. Zastrzegła jednak: „Chcemy także, aby

¹⁸ Tekst interpelacji, <https://orka2.sejm.gov.pl/IZ3.nsf/2df80fe4116b3f62c12573be003cb40d/a8d9fbde93715e52c12574d0003a10d7?OpenDocument> [dostęp: 17.11.2021].

¹⁹ Wypowiedź na posiedzeniu Sejmu, <https://orka2.sejm.gov.pl/Debata3.nsf/9a9055bcb5531f478c125745f0037938e/9215fcf511244ddfc125749d00409ccc?OpenDocument> [dostęp: 17.11.2021].

²⁰ Wywiad z dr hab. Katarzyną Zalasinską zatytułowany „Ministerstwo chce ułatwić życie...”.

przepisy promowały «odpowiedzialny detektoryzm», bo do poszukiwania zabytków powinno się podchodzić z ogromną odpowiedzialnością. Zatem wprowadzamy poszukiwaczy do systemu ochrony dziedzictwa, ale jednocześnie wymagamy od nich, aby realizowali swoją pasję świadomie, a w konsekwencji, aby mieli określone obowiązki i ponosili odpowiedzialność za swoje czyny”.

Obecnie planowane jest wyłączenie spod zakresu ochrony na podstawie u.o.z.o.z. plaż nadmorskich, a także stworzenie strefy zakazu poszukiwań, gdzie zagrożenie dla stanowisk archeologicznych jest oczywiste i naturalne. To jednak nie chroni istotnych dla nauki stanowisk, które jeszcze nie zostały odkryte.

Aktualne podejście rządzących do tematu poszukiwań jest zdecydowanie liberalne oraz nastawione na zaufanie społeczne. Jak wyraziła Katarzyna Zalasieńska w przywoływanym wywiadzie, istnieje świadomość niekontrolowanej eksploracji np. na Kujawach, jednak ignorowane są propozycje, aby wyłączyć niektóre obszary z możliwości prowadzenia tam poszukiwań zabytków. Wykazuje się ona ogromną wiarą w planowane przepisy oraz działania edukacyjne i kampanie społeczne, gdyż celem jest budowanie „świadomego detektoryzmu”. Do tej pory jednak nie widać kompleksowej i systemowej polityki edukacyjnej w zakresie czynności podejmowanych przy kontakcie z zabytkiem – przypadkowo czy w ramach poszukiwań.

Dodatkowo, planowana jest zmiana art. 109c u.o.z.o.z. – jak zauważa prof. Maciej Trzcinski, „po niespełna trzech latach obowiązywania tego przepisu, już teraz próbuje się go stępić. Czyn ma być nadal przestępstwem, ale usuwa się granicę zagrożenia karą pozbawienia wolności do lat dwóch”²¹. Dodaje również, iż „Za poszukiwania zabrali się bardzo poważni ludzie: urzędnicy, politycy. W ostatnich miesiącach trwał lobbing, aby nielegalne poszukiwania nie były traktowane jako przestępstwo. Pośród propozycji pojawiły się zdania aby wprowadzić karę niższą lub wręcz wyłącznie administracyjną karę pieniężną. Widać zatem, iż ten konkretny przepis karny uwiera, jest niewygodny dla pewnej grupy osób”.

Obecna tendencja do zmniejszania ochrony zabytków i przyznawania coraz większych uprawnień poszukiwaczom jest wynikiem działań politycznych i silnego lobby poszukiwaczy – również wśród wysoko postawionych urzędników czy polityków. Wyraźnie widać tu kontrast między hasłami dotyczącymi wysokiej pozycji dziedzictwa narodowego w obecnie realizowanej polityce a działaniami i planami mającymi na celu zmniejszenie realnej ochrony zabytków. Jest to bardzo niepokojący trend, który prowadzi może do zniszczenia wielu cennych zabytków, o których świat nauki nawet się nie dowie. Ze względu na brak stanowczych działań w zakresie systemowej edukacji zwią-

²¹ Rozmowa Katarzyny Żaczekiewicz-Zborskiej z prof. Maciejem Trzcinskim z 29 maja 2021 r., [Prawo.pl, https://www.prawo.pl/prawo/poszukiwanie-zabytkow-wymaga-zezwolenia,508395.html](https://www.prawo.pl/prawo/poszukiwanie-zabytkow-wymaga-zezwozenia,508395.html) [dostęp: 27.10.2021].

zanej z poszukiwaniem zabytków obawy o faktyczny stopień bezpieczeństwa zabytku archeologicznego odnalezione przez poszukiwacza są całkowicie uzasadnione. Świadomy i odpowiedzialny detektoryzm jest możliwy tylko wtedy, gdy społeczeństwo jest dobrze poinformowane o specyfice zabytków oraz ich niemożliwej do odtworzenia wartości naukowej i kulturowej. Traktowanie poszukiwania zabytków jako niegroźnego hobby sprawia, że zjawisko to staje się coraz powszechniejsze, a także mniejszą wagę przywiązuje się do odpowiedniego wyedukowania.

3. Pojęcie zabytku i poszukiwacza

3.1. Zabytek

Definicja legalna tego pojęcia została umieszczona w jednym z najważniejszych aktów prawnych dotyczących ochrony zabytków w Polsce. Zgodnie z art. 3 pkt 1 u.o.z.o.z. zabytkiem jest nieruchomość lub rzecz ruchoma, a także ich zespoły lub części.

Ponadto, zgodnie z art. 3 pkt 1 u.o.z.o.z., wyróżnić można również kilka warunków *sine qua non* uznania za zabytek. Dana nieruchomość lub rzecz ruchoma musi być dziełem człowieka lub być związana z jego działalnością. Ponadto stanowić ma świadectwo minionej epoki bądź zdarzenia. Dodatkowo, zachowanie tych świadectw leży w interesie społecznym ze względu na wartość historyczną, artystyczną lub naukową.

Jak można zauważyć, definicja ta jest wielowarstwowa, skomplikowana, ale również obszerna. Za zabytek można zatem uznać zarówno krajobraz kulturowy, pojedynczy budynek, stanowisko archeologiczne, jak również artefakt czy obraz. „Zabytek traktowany jest zatem jako rzecz w cywilnoprawnym znaczeniu, co dodatkowo podkreśla przyjęty przez ustawodawcę podział na zabytki ruchome i nieruchome”²².

Jeśli spełnione zostaną wyżej wymienione kryteria, następuje uznanie za zabytek. Jednak definicja legalna zabytku nie zawiera w sobie elementu formalnego, jakim może być wymóg wpisu do Rejestru zabytków czy na Listę Skarbów Dziedzictwa²³.

W art. 3 pkt 4 u.o.z.o.z. występuje dodatkowe wyróżnienie – definicja zabytku archeologicznego. Jest związana z definicją z art. 3 pkt 1, jednak nie jest z nią tożsama.

W związku z tak szeroko ujętą definicją zabytku wiele osób, które zawodowo nie są związane z archeologią, może nieprawidłowo interpretować te przepisy i dokonywać błędnego uznania za zabytek. Zdarza się, iż rozstrzygnięcie kwestii uznania za zabytek jest przedmiotem dyskusji w środowisku profesjonalistów ze względu na sporne przypadki. Jest to istotne, gdyż poszukiwacze zabytków nie mają wykształcenia archeologicznego.

²² P. Gwoździwicz, *op. cit.*, s. 112.

²³ Projekt nowelizacji ustawy o ochronie zabytków i opiece nad zabytkami z dnia 27 lipca 2021 r. przewiduje likwidację Listy Skarbów Dziedzictwa.

Zabytki raz zniszczone zazwyczaj zostają na zawsze utracone. Również zabytek bez kontekstu, w którym został odnaleziony, niebagatelnie traci na znaczeniu pod względem naukowym, a co się z tym wiąże – również pod względem kulturowym²⁴. Należy tu podkreślić, iż w trakcie wydobywania zabytków ze stanowiska nierzadko zdarza się, że osoba bez odpowiedniego wykształcenia – czyli przykładowo poszukiwacz zabytków – bezpowrotnie odrywa je od kontekstu kulturowego, uniemożliwiając tym samym podjęcie profesjonalnych badań przez archeologów²⁵.

3.2. Poszukiwacz

Obecnie nie dysponujemy definicją legalną pojęcia „poszukiwacz”. W języku prawnym zastosowanie znajdują jedynie określenia czynnościowe: „poszukiwanie”, „poszukuje”. Termin „poszukiwacz (zabytków)” jest zarówno terminem, jak i pojęciem z języka prawniczego, a nie prawnego. Brak definicji może w pewien sposób kreować rozbieżności interpretacyjne.

W związku z tym ważne jest, aby dobrze zrozumieć istotę tego zagadnienia i móc prawidłowo spojrzeć na szeroki kontekst pojawiania się kwestii poszukiwania zabytków w różnych aktach prawnych. Na podstawie art. 36 ust. 1 pkt 12 u.o.z.o.z. można starać się stworzyć tę definicję.

Poszukiwacz jest to osoba, która poszukuje ukrytych lub porzuconych zabytków ruchomych przy użyciu wszelkiego rodzaju urządzeń elektronicznych, technicznych, jak również sprzętu do nurkowania. Co warto zauważyć, w ustawie zabytki archeologiczne są uznane za część większej kategorii – ukrytych lub porzuconych zabytków.

Oczywiście archeolodzy również mogą poszukiwać zabytków, jednak nie należy ich określać jako „poszukiwaczy”. Przez to określenie rozumie się jedynie osoby, które nie mają wykształcenia archeologicznego, a poszukują zabytków. Ustawa posługuje się słowem „poszukiwanie”, jednak w przestrzeni publicznej często zamiast „poszukiwacza” spotyka się określenie „eksplorator” czy bardziej potoczne – „detektorysta”.

W tym momencie dobrze jest rozróżnić poszukiwaczy działających w ramach stowarzyszeń od amatorskich poszukiwaczy hobbystycznych.

Stowarzyszenia poszukiwaczy są stowarzyszeniami zwykłymi. Zgodnie z art. 8 ust. 5 pkt 2 ustawy z dnia 7 kwietnia 1989 r. Prawo o stowarzyszeniach (Dz. U. z 2020 r.

²⁴ Informacja „Archeologia – Fakty i Mity” na stronie Muzeum Archeologicznego w Wiślicy (oddział Muzeum Narodowego w Kielcach), tekst opracowany na podstawie informacji podanych przez Narodowy Instytut Dziedzictwa, https://mnki.pl/wislica/pl/o_muzeum/ciekawostki/archeologia_fakty_i_mity [dostęp: 21.09.2021].

²⁵ M. Trzeciński, *Kryminalistyczne i kryminologiczne aspekty przestępstw przeciwko zabytkom archeologicznym*, „Państwo i Prawo” 2007, nr 3, s. 30 oraz W. Kowalski, *Cywilnoprawne aspekty obrotu skradzionymi dobrami kultury*, [w:] J. Kaczmarek (red.), *Prawnokarna ochrona dziedzictwa kultury*, Zakamycze, Kraków 2006, s. 58.

poz. 2261), nadzór nad ich działalnością prowadzi starosta właściwy ze względu na siedzibę stowarzyszenia. Chociaż w teorii zwiększony jest stopień prawidłowej ochrony zabytków. Dodatkowo działanie poszukiwaczy należących do stowarzyszenia częściej przybiera formę zorganizowanych, wieloosobowych poszukiwań. W takim wypadku osoby bardziej doświadczone mają szansę dzielić się swoją wiedzą oraz korygować nieprawidłowe działania mniej doświadczonych członków czy członkiń. Ponadto istnieje większa szansa, iż znalezione w ramach poszukiwań zabytki archeologiczne zostaną faktycznie przekazane do właściwych instytucji (np. muzeum) i nie dojdzie do ich zawłaszczenia.

Inaczej kształtuje się sytuacja osób, które na własną rękę poszukują zabytków i nie należą do żadnych stowarzyszeń. Nad ich działaniami *de facto* nie ma takiego nadzoru, jak w przypadku stowarzyszeń, więc swoboda działania jest znaczna.

Poza tym wszyscy poszukiwacze to amatorzy, którzy nie posiadają żadnego przeszkolenia związanego z prawidłowym poszukiwaniem zabytków, choć często są to osoby posiadające wyższe wykształcenie²⁶. Jest ono związane z innymi dziedzinami – nie chroni przed bezpowrotnym zniszczeniem kontekstu archeologicznego czy nawet samego zabytku.

W niektórych przypadkach poszukiwacze zabytków to pasjonaci historii, których działalność może przyczyniać się do wzbogacania dziedzictwa kultury, gdyż działają na terenach, gdzie nie spodziewano się dokonać jakichkolwiek odkryć²⁷ – pod warunkiem jednak, że jest prowadzona zgodnie z prawem, a także zgodnie z obowiązującymi standardami wypracowanymi przez archeologów. Aby osiągnąć ten poziom ochrony odkrywanych przez poszukiwaczy zabytków archeologicznych, należałoby prowadzić zakończone egzaminami kursy dla osób wnioskujących o pozwolenie na poszukiwania zabytków. Niestety, w świetle obowiązujących obecnie przepisów prawa pozytywnie rozpatrzony może być wniosek, którego wnioskodawca nie posiada żadnego doświadczenia czy potrzebnej merytorycznej wiedzy²⁸.

²⁶ Rozmowa Polskiej Agencji Prasowej z dr hab. Katarzyną Zalasinską z 20 stycznia 2018 r. zatytułowana „Od 2018 r. nielegalne poszukiwanie zabytków jest przestępstwem”, <https://prawo.gazetaprawna.pl/artykuly/1099074,od-2018-r-nielegalne-poszukiwanie-zabytkow-jest-przestepstwem.html> [dostęp: 01.09.2021].

²⁷ M. Duda, J. Narodowska, *Eksploracja archeologiczna obszarów leśnych*, [w:] W. Pływaczewski, M. Duda (red.), *Nielegalna eksploatacja obszarów leśnych*, Katedra Kryminologii i Polityki Kryminalnej, Wydział Prawa i Administracji, Uniwersytet Warmińsko-Mazurski, Olsztyn 2013, s. 192-203 oraz M. Duda, *Nielegalne poszukiwania zabytków jako zagrożenie dla dziedzictwa kulturalnego*, [w:] W. Pływaczewski, B. Gadecki (red.), *Ochrona dziedzictwa kulturalnego i naturalnego. Perspektywa prawna i kryminologiczna*, C.H. Beck, Warszawa 2015, s. 152-170.

²⁸ Warto zaznaczyć, iż poszukiwacze zabytków, dokonując działań na obszarach leśnych (ok. 29,6% powierzchni kraju), mogą popełnić wykroczenie z Kodeksu wykroczeń („Szkodnictwo leśne, polne i ogrodowe”).

4. Archeolog a poszukiwacz zabytków

4.1. Różnice między archeologiem a poszukiwaczem zabytków

Aby w pełni zrozumieć ryzyko, na które narażone są zabytki w związku z obowiązującym prawem dotyczącym poszukiwania zabytków, należy zestawić ze sobą prawne wymagania oraz uprawnienia archeologów i poszukiwaczy zabytków.

Archeolog to zawód regulowany. W związku z tym jego wykonywanie dozwolone jest tylko po spełnieniu wymogów jasno określonych przepisami prawnymi.

Zgodnie z art. 37e u.o.z.o.z. badaniami archeologicznymi kierować może jedynie osoba, która przynajmniej ukończyła studia magisterskie (jednolite/drugiego stopnia) w zakresie archeologii i przez min. 12 miesięcy brała udział w badaniach archeologicznych. Przepis ten stosuje się do osób, które samodzielnie prowadzą badania archeologiczne, jednak nie jest to pojęcie zbyt odległe od realnych działań poszukiwaczy zabytków. W przypadku poszukiwacza zabytków nie wymaga się żadnego wykształcenia.

Jak wskazuje interpretacja u.o.z.o.z., wymagania stawiane osobom prowadzącym badania archeologiczne są dosyć wysokie. Są to wymogi, które mogą zapewniać odpowiednie potraktowanie nie tylko samego zabytku, ale również kontekstu jego odnalezienia.

Osoba po studiach archeologicznych doskonale zna metody obchodzenia się z zabytkami, sposoby ich zabezpieczania, a często też podstawy konserwacji. W związku z wieloma zajęciami praktycznymi w toku studiów z większą pewnością potrafi klasyfikować odnalezione przedmioty, unikając przy tym pominięcia cennych, choć mniej oczywistych znalezisk. Studia archeologiczne dodatkowo przygotowują do wielopłaszczyznowego rozumienia kontekstu, w którym znajduje się zabytek. Umiejętność poprawnego interpretowania odsłoniętych warstw ziemi, czy też analizy otoczenia zabytku, pozwalają na uzyskanie istotnych informacji dotyczących znaleziska, co przekłada się na poszerzenie wiedzy na powiązany z zabytkiem temat. Odpowiednie zrozumienie wszystkiego tego, co znajduje się wokół zabytku, jest niezbędne do budowania realnego obrazu dziedzictwa kulturowego – wsi, miasta, regionu, kraju, kontynentu czy też całego świata.

Oczywiście posiadanie wymaganych uprawnień do wykonywania zawodu archeologa nie oznacza, że nie wystąpią żadne pomyłki, nadużycia czy zaniedbania. W założeniu jest to jednak skuteczna metoda zapobiegania tym sytuacjom i zmniejszenia ich skali, co już można uznać za sukces w walce o prawidłową i skuteczną ochronę dziedzictwa kulturowego.

Archeolog prowadzący badania archeologiczne może podejmować działania, które mają na celu odkrycie, rozpoznanie, udokumentowanie i zabezpieczenie zabytku archeologicznego²⁹. Natomiast poszukiwacz ma uprawnienia do poszukiwania ukrytych lub porzu-

²⁹ Art. 3 pkt 11 u.o.z.o.z.

conych zabytków ruchomych, w tym zabytków archeologicznych, przy użyciu wszelkiego rodzaju urządzeń elektronicznych i technicznych oraz sprzętu do nurkowania³⁰.

Obecnie wojewódzki konserwator zabytków zgodnie z ustawą, udzielając pozwolenia, w praktyce nie może odmówić hobbystycznemu poszukiwaczowi, który zainteresowany jest pozyskaniem różnych przedmiotów (zabytków). Co istotne, obecnie w polskim prawie nie ma rozróżnienia pomiędzy poszukiwaniem zabytków porzuconych, ukrytych a poszukiwaniem zabytków archeologicznych. Skutkuje to też tym, że poszukiwacze hobbystyczni mogą szukać też zabytków archeologicznych, co powinno być domeną wykształconych w tym kierunku specjalistów – archeologów.

4.2. Badania archeologiczne a poszukiwanie zabytków

Badania archeologiczne, zgodnie z art. 3 pkt 11 u.o.z.o.z., to działania mające na celu odkrycie, rozpoznanie, udokumentowanie, a także zabezpieczenie zabytku archeologicznego.

Na podstawie obowiązujących przepisów i doświadczenia archeologicznego można stwierdzić, że poszukiwacze zabytków wykonują choć niektóre z tych czynności.

Celem działania poszukiwaczy zabytków jest poszukiwanie i przez to też odnajdywanie zabytków³¹. Oznacza to, że czynności przez nich podejmowane spełniają przesłankę z art. 3 pkt 11 u.o.z.o.z.

Udokumentowanie, jako działanie podejmowane przez poszukiwaczy zabytków, zostało nakazane przepisami prawa. We wniosku o pozwolenie na poszukiwanie zabytku³² osoba wnioskująca powinna opisać zakres i sposób prowadzenia poszukiwań zabytków, m.in. sposób udokumentowania swoich znalezisk³³.

Rozpoznanie zabytku, w przypadku poszukiwaczy zabytków – rozpoznanie amatorskie, odbywa się zazwyczaj w momencie wydobycia zabytku z ziemi lub niedługo później. Często do rozpoznania używa się analogicznych przykładów dostępnych w zasobach Internetu lub bazuje się na swojej wiedzy. Nie jest to profesjonalne rozpoznanie, jednak czasami jest to jedyne rozpoznanie, jakie odbywa się przed nielegalną sprzedażą czy przekazaniem zabytku archeologicznego prywatnemu kolekcjonerowi.

Zabezpieczenie najczęściej kojarzy się z konserwacją w laboratorium i przechowaniem w muzeum. Poszukiwacze zabytków, w przeciwieństwie do archeologów, nie po-

³⁰ Art. 36 ust. 1 pkt 12 u.o.z.o.z.

³¹ Art. 36 ust. 1 pkt 12 u.o.z.o.z.

³² § 10.3 rozporządzenia Ministra Kultury i Dziedzictwa Narodowego z dnia 2 sierpnia 2018 r.

³³ Materiał informacyjny „Szukam legalnie, czyli jak uzyskać pozwolenie na poszukiwanie zabytków” przygotowany przez Ministerstwo Kultury i Dziedzictwa Narodowego we współpracy z Narodowym Instytutem Dziedzictwa opublikowany 15 stycznia 2020 r., https://www.nid.pl/pl/Informacje_ogolne/Aktualnosci/news.php?ID=4230 [dostęp: 09.09.2021].

trzebują jednak uzyskania promesy muzeum, dotyczącej przyjęcia zabytków pochodzących z ich poszukiwań.

W praktyce wstępne zabezpieczenie zabytku oznacza wszystko, co dzieje się z nim po wydobyciu z ziemi. Jest to więc przechowywanie go w trakcie dalszych poszukiwań czy transport. Często są to kluczowe momenty ze względu na bezpieczeństwo danego zabytku. Wiele przedmiotów przetrwało w ziemi dzięki specyficznym warunkom, które tam panowały (np. temperatura, wilgotność, rodzaj gleby). Po ich wydobyciu z tych warunków zabytki narażone są na większą podatność na zniszczenia. Ponadto osoba bez odpowiedniego przeszkolenia może nieodpowiednio zabezpieczać zabytki, co naraża je na większe niebezpieczeństwo zniszczeń mechanicznych. Dodatkowo, współcześnie podczas profesjonalnych badań archeologicznych przeprowadza się również badania gleby wokół zabytku czy bada się elementy organiczne z powierzchni zabytku.

Jak wskazałam, poszukiwacze zabytków *de facto* wykonują działania, które powinny być zastrzeżone dla archeologów spełniających wymogi z art. 37e u.o.z.o.z.

Jest to widoczna dysproporcja wynikająca z uregulowań prawnych, które przyznają szerokie uprawnienia (odkrywanie, dokumentacja, zabezpieczenie) poszukiwaczom zabytków, choć nie mają oni żadnego formalnego wykształcenia.

4.3. Porównanie wniosków: o wydanie decyzji – pozwolenia na prowadzenie badań archeologicznych oraz o wydanie decyzji – pozwolenia na poszukiwanie zabytków

Archeolog planujący prowadzenie badań archeologicznych składa do wojewódzkiego urzędu ochrony zabytków lub jego delegatury wniosek o wydanie decyzji – pozwolenia na prowadzenie badań archeologicznych wraz z wymaganymi załącznikami. Poszukiwacz zabytków, który chce legalnie się tym zajmować, składa wniosek (z załącznikami) o wydanie decyzji – pozwolenia na poszukiwanie zabytków do wojewódzkiego urzędu ochrony zabytków lub jego delegatury.

Istnieje prawna możliwość, według której wnioskodawcą o wydanie pozwolenia na poszukiwanie zabytków może być również osoba prawna³⁴. Wnioskodawca także nie musi być tożsamy z osobą kierującą takimi poszukiwaniami lub prowadzącą je ani też z osobami biorącymi udział w takich poszukiwaniach. W związku z tym wnioskodawcą może być np. właściciel terenu, na którym prowadzone będą poszukiwania.

³⁴ Ta kwestia nie będzie rozwijana w niniejszym artykule. Problem wymaga dalszych i szczegółowych badań, gdyż nie jest dostatecznie wyświetlony w nauce. Ogólne uwagi zob.: M. Florek, *Badania archeologiczne, poszukiwanie zabytków, wydawanie pozwoleń na nie. Absurdy, wewnątrz sprzeczności, niekonsekwencje i braki w przepisach prawnych ich dotyczących oraz propozycje zmian*, „Raport” 2019, nr 14, Narodowy Instytut Dziedzictwa, s. 137-149.

„W tym momencie, żeby poszukiwać zabytków, należy uzyskać pozwolenie wojewódzkiego konserwatora zabytków. W 2018 r. uproszczono postępowanie dotyczące tego pozwolenia, otrzymuje się je na pewien czas, w związku z tym nie ma potrzeby pozyskiwania go za każdym razem, kiedy wychodzi się w teren”³⁵.

Na podstawie rozporządzenia Ministra Kultury i Dziedzictwa Narodowego z dnia 2 sierpnia 2018 r. w sprawie prowadzenia prac konserwatorskich, prac restauratorskich i badań konserwatorskich przy zabytku wpisanym do rejestru zabytków albo na Listę Skarbów Dziedzictwa oraz robót budowlanych, badań architektonicznych i innych działań przy zabytku wpisanym do rejestru zabytków, a także badań archeologicznych i poszukiwań zabytków można porównać elementy wniosku (wraz z załącznikami) o prowadzenie badań archeologicznych z elementami wniosku (wraz z załącznikami) o poszukiwanie zabytków.

Wniosek o prowadzenie badań archeologicznych składany jest przez archeologa, a jego unormowanie znajduje się w § 9 wyżej wspomnianego rozporządzenia. Wniosek o pozwolenie na poszukiwanie zabytków, który składany jest przez poszukiwacza zabytków, unormowany jest w § 10 rozporządzenia.

W porównaniu z wymaganiami stawianymi archeologom wniosek o pozwolenie na poszukiwanie różni się kilkoma elementami. Poszukiwacz musi dokładniej określić wskazanie miejsca poszukiwania zabytków – z określeniem współrzędnych geodezyjnych lub geograficznych z dokładnością do jednej setnej sekundy dla punktów załamania obszaru poszukiwań lub nazwę albo numer obrębu ewidencyjnego z numerami działek ewidencyjnych. Poszukiwacz jest zobowiązany jednak podać imię, nazwisko i adres osoby kierującej poszukiwaniami zabytków albo samodzielnie prowadzącej te poszukiwania, a także program poszukiwania zabytków, który określa zakres i sposób prowadzenia poszukiwań. Załączona przez poszukiwacza mapa nie musi umożliwiać lokalizacji nieruchomego zabytku archeologicznego.

Poszukiwacz, w przeciwieństwie do archeologa, nie musi podawać:

1. Planu z naniesionymi miejscami dotychczasowych i planowanych badań archeologicznych w nawiązaniu do punktów osnowy geodezyjnej poziomej i wysokościowej w skali 1:500 lub 1:1000.
2. Dokumentu potwierdzającego gotowość muzeum lub innej jednostki organizacyjnej do przyjęcia zabytków archeologicznych odkrytych w trakcie prowadzenia badań.
3. Opisu sposobu uporządkowania terenu po zakończeniu badań archeologicznych.

Jak można wnioskować z powyższego porównania, wymagania stawiane archeologom są większe niż poszukiwaczom zabytków, co wydaje się racjonalnym rozwiązaniem. Warto jednak zwrócić uwagę na fakt, że od poszukiwaczy zabytków wymaga się prawie $\frac{3}{4}$ wymogów stawianych archeologom.

³⁵ Wywiad z dr hab. Katarzyną Zalasieńską zatytułowany „Ministerstwo chce ułatwić życie...”.

Może to być interpretowane zarówno jako wyraz troski o zabytki, którą przejawiają polskie władze³⁶, jak też podkreślenie rozbudowanych uprawnień poszukiwaczy zabytków.

Gdy wniosek o pozwolenie na poszukiwanie zabytków, w tym zabytków archeologicznych, zostanie prawidłowo przygotowany oraz złożony, służby konserwatorskie nie mają podstaw do odmowy udzielenia takiego pozwolenia. Skutkuje to utratą możliwości realnego decydowania o wydawaniu tych pozwoleń. Mimo iż urzędnicy rozpatrujący wnioski o pozwolenie na poszukiwanie zabytków to archeolodzy, tak ukształtowana procedura odbiera im możliwość faktycznej ochrony zabytków archeologicznych.

Jeżeli formalności nie zostaną dopełnione po stronie poszukiwacza zabytków lub wykonuje on czynności wbrew pozwoleniu, jego działanie klasyfikowane jest jako nielegalne poszukiwanie zabytków. Zgodnie z art. 109c u.o.z.o.z. taka osoba podlega grzywnie, karze ograniczenia wolności albo pozbawienia wolności do lat 2.

5. Obrót zabytkami archeologicznymi

Zgodnie z art. 35 ust. 1 oraz 2 u.o.z.o.z. zabytki archeologiczne są własnością Skarbu Państwa – żaden obywatel nie może stać się ich właścicielem, a handel nimi jest niedozwolony. Nie ma znaczenia, czy zabytki te zostały odkryte, przypadkowo znalezione, pozyskane w wyniku badań archeologicznych czy poszukiwań. Archeolodzy zobowiązani są do uzyskania promesy od muzeum (gwarantuje bezpieczne przechowywanie zabytku) i przedstawienia jej jako załącznika do wniosku o wydanie pozwolenia na prowadzenie badań archeologicznych. Nie wymaga się tego natomiast od poszukiwaczy zabytków.

Mimo wymaganego pozwolenia konserwatorskiego nad faktycznymi działaniami poszukiwacza zabytków w terenie nikt nie czuwa. Część z poszukiwaczy zabytków może ulec pokusie i przywłaszczyć zabytek archeologiczny. Tym samym popełniają przestępstwo kradzieży z art. 278 § 1 Kodeksu karnego. Jeśli zdecydują się na próbę sprzedaży zabytku archeologicznego, ich czyn jest uznawany za paserstwo. Obostrzenie odpowiedzialności może nastąpić na podstawie art. 294 § 2 Kodeksu karnego³⁷.

Poszukiwacze przyczyniają się do stymulowania nielegalnego obrotu zabytkami (też archeologicznymi), głównie za pośrednictwem Internetu³⁸. Wbrew pozorom proceder ob-

³⁶ Zobowiązuje poszukiwacza do wykazania wielu dokumentów i rzetelnego przedstawienia ich urzędnikom.

³⁷ Postać kwalifikowana to przestępstwo w stosunku do dobra o szczególnym znaczeniu dla kultury (kara pozbawienia wolności od roku do 10 lat). W tym przypadku przestępstwo związane może być również ze zniszczeniem lub uszkodzeniem stanowiska archeologicznego, które samo w sobie jest zabytkiem.

³⁸ W. Pływaczewski, *Zawłaszczanie przestrzeni przyrodniczej i kulturowej – uwagi na tle zjawiska dewastacji krajobrazu*, [w:] W. Pływaczewski, B. Gadecki (red.), *op. cit.*, s. 25-26.

rotu zabytkami archeologicznymi nie jest zjawiskiem incydentalnym³⁹ i zostały podjęte działania mające na celu jego ograniczenie⁴⁰, jednak często nie są one wystarczające i dotyczą przede wszystkim paserstwa, gdyż jest ono znacznie łatwiejsze do namierzenia.

Czasami muzealnicy, kierowani chęcią uratowania zabytków archeologicznych, godzą się na nabycie ich, mimo iż wiedzą, że przedmioty te pochodzą z przestępstwa⁴¹. Sprawa to, iż poszukiwacze jeszcze częściej przywłaszczają zabytki, gdyż wiedzą, że mogą liczyć na zysk⁴². Warto też pamiętać, iż muzea to instytucje publiczne, które dokonują zakupu zabytków za pieniądze publiczne. W tym przypadku wina leży zarówno po stronie muzeów⁴³, jak i po stronie poszukiwaczy. Różnica jest tylko taka, że muzealnicy zazwyczaj na względzie mają dobro zabytku – choć troska ta jest w tym przypadku źle interpretowana.

Prof. Kamil Zeidler oraz prof. Maciej Trzcinski wskazują na rozwiązanie⁴⁴ wynikające z art. 34 u.o.z.o.z. – osobom, które odkryły bądź przypadkowo znalazły zabytek archeologiczny, przysługuje nagroda. To narzędzie „nie jest należycie, żeby nie powiedzieć: w ogóle, wykorzystywane. A powinno, bo jest jego ratio legis. Efekt mógłby być zdumiewający”⁴⁵.

Nie wiemy, ile stanowisk archeologicznych zostało bezpowrotnie zniszczonych, a ile zabytków archeologicznych skradzionych. Jest to kwestia, której nie da się dokładnie określić, jednak można spekulować na podstawie wielości ofert sprzedaży zabytków archeologicznych.

6. Wnioski

Jak wynika z przeprowadzonej w tym artykule analizy, poszukiwacze zabytków cieszą się dużą swobodą w zakresie swoich działań. Wymagania, które są im stawiane, są często niewystarczające, aby rozwiązać problem przywłaszczania (kradzieży) zabytków archeologicznych czy też niszczenia stanowisk archeologicznych.

Pojęcie poszukiwania zabytków dopiero niedawno pojawiło się w przepisach prawnych ze względów technologicznych, jednak wcześniej szeroko regulowane były zagad-

³⁹ K. Zeidler i in., *Zabytki. Prawo i praktyka*, Wydawnictwo Uniwersytetu Gdańskiego, Gdańsk-Warszawa 2017, s. 573.

⁴⁰ Porozumienie pomiędzy Ministrem Kultury i Dziedzictwa Narodowego, Szefem Krajowej Administracji Skarbowej, Komendantem Głównym Policji i Komendantem Głównym Straży Granicznej z dnia 7.02.2020 r. w sprawie współdziałania w zwalczaniu nielegalnego wywozu za granicę lub przywozu z zagranicy zabytków oraz Porozumienie Dolnośląskiego Wojewódzkiego Konserwatora Zabytków i Komendanta Wojewódzkiego Policji we Wrocławiu z dnia 6 lipca 2018 r. w sprawie współdziałania w zakresie zapobiegania i zwalczania przestępczości skierowanej przeciwko zabytkom oraz innym dobrom kultury (§ 2).

⁴¹ K. Zeidler i in., *op. cit.*, s. 572.

⁴² *Ibidem*, s. 573.

⁴³ Art. 2.2 oraz 2.4 Kodeksu etyki ICOM dla muzeów.

⁴⁴ K. Zeidler i in., *op. cit.*, s. 574.

⁴⁵ *Ibidem*.

nienia związane z przypadkowym znalezieniem zabytku. Współcześnie widoczna jest tendencja zmniejszania wymagań stawianych poszukiwaczom.

Obecnie ustawodawcę cechuje ogromne zaufanie i wiara w uczciwość poszukiwaczy zabytków. Jak jednak widać po dosyć licznych przypadkach prób sprzedaży zabytków archeologicznych⁴⁶, czasami będących nawet źródłem utrzymania niektórych osób⁴⁷, zaufaniem tym obdarzono zbyt pochopnie.

Policja czy służby konserwatorskie mają możliwość realnego działania głównie w przypadkach prób paserstwa, jednak niewiele mogą zrobić w momencie, gdy poszukiwacz zabytków przywłaszcza zabytek archeologiczny. Poza wnioskiem wraz z załącznikami poszukiwacz zabytków nie musi wykazywać się żadnymi potwierdzonymi umiejętnościami. W bezpośredni sposób naraża to zabytki archeologiczne na zniszczenie czy kradzież.

Tak liberalne przepisy regulujące działalność poszukiwaczy zabytków wydają się sprzeczne z deklarowaną w ustawach chęcią ochrony zabytków. W tym momencie ochrona jest tylko teoretyczna, a poszukiwacze zabytków wykorzystują przyznane im prawa, aby generować zyski z przestępstwa sprzedaży zabytków archeologicznych.

Zabytki archeologiczne często bardzo łatwo ulegają zniszczeniu – jak już wspominałam, bezpowrotnemu. Uważam, iż zadaniem ustawodawcy powinno być szersze uregulowanie wymogów wydawania pozwoleń na poszukiwanie zabytków. Z tej kategorii winny być wyłączone poszukiwania zabytków archeologicznych, które są domeną archeologów.

Archeolodzy wiele lat poświęcają na edukację, aby w sposób racjonalny i odpowiedzialny móc zajmować się zabytkami. Zwiększenie wymagań dla poszukiwaczy zabytków nie zlikwiduje przestępczego procederu, jednak może zwiększyć bezpieczeństwo tej części zabytków. Dobrym rozwiązaniem jest wymóg posiadania licencji uprawniającej do poszukiwania zabytków z wykrywaczem metalu (np. w Niemczech czy w Grecji)⁴⁸.

Do walki z przywłaszczaniem zabytków archeologicznych powinno zaangażowanych być więcej służb – policjantów oraz archeologów. Niestety, nadal jest to niszowa dziedzina. Zabytki archeologiczne są dziedzictwem kulturowym oraz narodowym, więc

⁴⁶ Informacja „Sprzedawał na aukcji zabytki archeologiczne” opublikowana na oficjalnej stronie internetowej Policji z 7 sierpnia 2008 r., <https://policja.pl/pol/aktualnosci/26028,Sprzedawal-na-aukcji-zabytki-archeologiczne.html> [dostęp: 27.09.2021]; L. Rudziński (oprac.), *Nielegalny handel zabytkami. Ponad 4 tysiące odzyskanych przedmiotów*, „Polska Times”, 29.01.2021 r., <https://polskatimes.pl/nielegalny-handel-zabytkami-ponad-4-tysiacze-odzyskanych-przedmiotow/ar/c1-15415057> [dostęp: 27.09.2021].

⁴⁷ Informacja „Mokotowscy policjanci zabezpieczyli największy w Polsce, nielegalny zbiór zabytków archeologicznych. Trzy osoby aresztowane” opublikowana na oficjalnej stronie internetowej Policji z 27 lutego 2019 r., <https://www.policja.pl/pol/aktualnosci/170208,Mokotowscy-policjanci-zabezpieczyli-najwiekszy-w-Polsce-nielegalny-zbiór-zabytko.html> [dostęp: 27.09.2021].

⁴⁸ Strona poświęcona wymogom stawianym poszukiwaczom przez różne kraje, <https://md-hunter.com/list-of-countries-where-metal-detecting-is-allowedbanned/> [dostęp: 17.11.2021].

powinna im być poświęcona uwaga, na jaką zasługują. Są to świadectwa pomagające budować tożsamość narodową, ale jednocześnie dowody na to, do jakiej wspólnoty kulturowej należymy. Pozostawienie tak cennych źródeł w rękach osób bez doświadczenia czy też z przestępczymi zamiarami jest działaniem nieracjonalnym, choć zdecydowanie populistycznym, gdyż środowisko osób interesujących się poszukiwaniem zabytków jest duże.

Zabytki archeologiczne trzeba chronić mądrze, w końcu jest to własność Skarbu Państwa, więc są one dobrem wspólnym – w sensie prawnym wszystkich obywateli Rzeczypospolitej Polskiej, w sensie duchowym – całej ludzkości.

Bibliografia

Źródła

Powszechnie obowiązujące

Dekret Rady Regencyjnej o opiece nad zabytkami sztuki i kultury (Dz. U. z 1918 r. Nr 16, poz. 36).

Ustawa z dnia 15 lutego 1962 r. o ochronie dóbr kultury (Dz. U. z 1962 r. Nr 10, poz. 48).

Ustawa z dnia 23 kwietnia 1964 r. – Kodeks cywilny (Dz. U. z 1964 r. Nr 16, poz. 93).

Rozporządzenie Ministra Kultury i Sztuki z dnia 24 sierpnia 1964 r. w sprawie zezwoleń na prowadzenie prac konserwatorskich przy zabytkach i archeologicznych prac wykopaliskowych (Dz. U. z 1964 r. Nr 31, poz. 197).

Rozporządzenie Ministra Kultury i Sztuki z dnia 11 stycznia 1994 r. o zasadach i trybie udzielania zezwoleń na prowadzenie prac konserwatorskich przy zabytkach oraz prac archeologicznych i wykopaliskowych, warunkach ich prowadzenia i kwalifikacjach osób, które mają prawo prowadzenia tej działalności (Dz. U. z 1994 r. Nr 16, poz. 55).

Ustawa z dnia 21 listopada 1996 r. o muzeach (Dz. U. z 1997 r. Nr 5, poz. 24).

Ustawa z dnia 06 czerwca 1997 r. – Kodeks karny (Dz. U. z 1997 r. Nr 88, poz. 553).

Rozporządzenie Ministra Kultury i Dziedzictwa Narodowego z dnia 18 października 2000 r. w sprawie zasad i trybu udzielania i cofania zezwoleń na prowadzenie prac konserwatorskich, archeologicznych i wykopaliskowych oraz warunków ich prowadzenia i kwalifikacji osób uprawnionych do wykonywania tych prac (Dz. U. z 2000 r. Nr 93, poz. 1033).

Ustawa z dnia 23 lipca 2003 r. o ochronie zabytków i opiece nad zabytkami (Dz. U. z 2021 r. poz. 710).

Rozporządzenie Ministra Kultury i Dziedzictwa Narodowego z dnia 2 sierpnia 2018 r. w sprawie prowadzenia prac konserwatorskich, prac restauratorskich i badań konserwatorskich przy zabytku wpisanym do rejestru zabytków albo na Listę Skarbów Dziedzictwa oraz robót budowlanych, badań architektonicznych i innych działań przy zabytku wpisanym do rejestru zabytków, a także badań archeologicznych i poszukiwań zabytków (Dz. U. z 2018 r. poz. 1609 ze zm.).

Prawo unijne

Rozporządzenie Parlamentu Europejskiego i Rady Unii Europejskiej 2019/880 (z dnia 17 kwietnia 2019 r., Dz. U. UE L 151 z 07.06.2019 r.).

Prawo wewnętrzne

Porozumienie Dolnośląskiego Wojewódzkiego Konserwatora Zabytków i Komendanta Wojewódzkiego Policji we Wrocławiu z dnia 6.07.2018 r. w sprawie współdziałania w zakresie zapobiegania i zwalczania przestępczości skierowanej przeciwko zabytkom oraz innym dobrom kultury.

Porozumienie pomiędzy Ministrem Kultury i Dziedzictwa Narodowego, Szefem Krajowej Administracji Skarbowej, Komendantem Głównym Policji i Komendantem Głównym Straży Granicznej z dnia 07.02.2020 r. w sprawie współdziałania w zwalczaniu nielegalnego wywozu za granicę lub przywozu z zagranicy zabytków.

Inne

Kodeks etyki ICOM dla muzeów.

Projekt nowelizacji ustawy o ochronie zabytków i opiece nad zabytkami z dnia 27 lipca 2021 r.

Literatura

Bursche A., *Złodzieje i paserzy, dogmatycy i moralisci*, „Światowid” 2000, nr 2(43).

Dobat A., Deckers P., Heeren S., Lewis M., Thomas S., Wessman A., *Towards a Cooperative Approach to Hobby Metal Detecting: The European Public Finds Recording Network (EPFRN) Vision Statement*, “European Journal of Archaeology” 2020, vol. 23, iss. 2.

Duda M., Narodowska J., *Eksploracja archeologiczna obszarów leśnych*, [w:] W. Pływaczewski, M. Duda (red.), *Nielegalna eksploatacja obszarów leśnych*, Katedra Kryminologii i Polityki Kryminalnej, Wydział Prawa i Administracji, Uniwersytet Warmińsko-Mazurski, Olsztyn 2013.

Duda M., *Nielegalne poszukiwania zabytków jako zagrożenie dla dziedzictwa kulturalnego*, [w:] W. Pływaczewski, B. Gadecki (red.), *Ochrona dziedzictwa kulturalnego i naturalnego. Perspektywa prawna i kryminologiczna*, C.H. Beck, Warszawa 2015.

Florek M., *Badania archeologiczne, poszukiwanie zabytków, wydawanie pozwoleń na nie. Absurdy, wewnętrzne sprzeczności, niekonsekwencje i braki w przepisach prawnych ich dotyczących oraz propozycje zmian*, „Raport” 2019, nr 14, Narodowy Instytut Dziedzictwa.

Gadecki B., *Ustawa o ochronie zabytków i opiece nad zabytkami. Art. 108-120. Przepisy karne. Komentarz*, C.H. Beck, Warszawa 2014.

Ganciu I., *Heritage for Sale! The Role of Museums in Promoting Metal Detecting and Looting in Romania*, “Heritage” 2018, vol. 1.

Gundersen J., Rasmussen J., Ragnar L., *Private Metal Detecting and Archaeology in Norway*, “Open Archaeology” 2016, vol. 2.

Gwoździewicz P., *Ograniczenia prawa własności zabytków*, „Roczniki Administracji i Prawa” 2009, Rok IX.

Huth C., *Vom rechten Umgang mit Sondengängern: Das ‘Portable Antiquities Scheme’ in England und Wales und seine Folgen*, “Archäologische Informationen” 2013, vol. 36.

Kostrzewski B., *Ochrona zabytków przedhistorycznych*, Czytelnik, Łódź 1948.

- Kowalski W., *Cywilnoprawne aspekty obrotu skradzionymi dobrami kultury*, [w:] J. Kaczmarek (red.), *Prawnokarna ochrona dziedzictwa kultury*, Kraków 2006.
- Lecroere, T., "There Is None So Blind as Those Who Won't See": *Metal Detecting and Archaeology in France*, "Open Archaeology" 2016, vol. 2, iss. 1.
- Narodowska J., Duda M., *Wandalizm zabytków z perspektywy kryminologicznej*, „Santander Art and Culture Law Review” 2017, vol. 1(3).
- Pływaczewski W., *Zawłaszczanie przestrzeni przyrodniczej i kulturowej – uwagi na tle zjawiska dewastacji krajobrazu*, [w:] W. Pływaczewski, B. Gadecki (red.), *Ochrona dziedzictwa kulturalnego i naturalnego. Perspektywa prawna i kryminologiczna*, C.H. Beck, Warszawa 2015.
- Roberts R., *The History Of Metal Detectors*, "Western & Eastern Treasures" wrzesień 1999.
- Trzciński M., *Kryminalistyczne i kryminologiczne aspekty przestępstw przeciwko zabytkom archeologicznym*, „Państwo i Prawo” 2007, nr 3.
- Ust I., *The Problems of 'Black Archaeology' in Estonia*, "Estonian Journal of Archaeology" 2010, vol. 14, iss. 2.
- Wantuch-Thole M., *The Export Regime for Cultural Objects under the German Cultural Property Protection Act of 2016*, "Santander Art and Culture Law Review" 2019, vol. 2(5).
- Zeidler K. et al., *Zabytki. Prawo i praktyka*, Wydawnictwo Uniwersytetu Gdańskiego, Gdańsk-Warszawa 2017.

Internet

- Broszura dotycząca zagadnień wstępnych związanych z wykrywaniem metalu opublikowana przez National Council for Metal Detecting, <https://www.ncmd.co.uk/wp-content/uploads/ncmd-introduction-to-metal-detecting.pdf> [dostęp: 17.11.2021].
- Informacja „Archeologia – Fakty i Mity” na stronie Muzeum Archeologicznego w Wiślicy (oddział Muzeum Narodowego w Kielcach), tekst opracowany na podstawie informacji podanych przez Narodowy Instytut Dziedzictwa, https://mnki.pl/wislica/pl/o_muzeum/ciekawostki/archeologia_fakty_i_mity [dostęp: 21.09.2021].
- Informacja „Mokotowscy policjanci zabezpieczyli największy w Polsce, nielegalny zbiór zabytków archeologicznych. Trzy osoby aresztowane” opublikowana na oficjalnej stronie internetowej Policji z 27 lutego 2019 r., <https://www.policja.pl/pol/aktualnosci/170208,Mokotowscy-policjanci-zabezpieczyli-najwiekszy-w-Polsce-nielegalny-zbior-zabytko.html> [dostęp: 27.09.2021].
- Informacja „Sprzedawał na aukcji zabytki archeologiczne” opublikowana na oficjalnej stronie internetowej Policji z 7 sierpnia 2008 r., <https://policja.pl/pol/aktualnosci/26028,Sprzedawal-na-aukcji-zabytki-archeologiczne.html> [dostęp: 27.09.2021].
- Materiał informacyjny „Szukam legalnie, czyli jak uzyskać pozwolenie na poszukiwanie zabytków” przygotowany przez Ministerstwo Kultury i Dziedzictwa Narodowego we współpracy z Narodowym Instytutem Dziedzictwa opublikowany 15 stycznia 2020 r., https://www.nid.pl/pl/Informacje_ogolne/Aktualnosci/news.php?ID=4230 [dostęp: 09.09.2021].
- Mueller T., *Nielegalny handel zabytkami przeżywa boom. „Ci ludzie są bogaci, wpływowi i nietykalni”*, National Geographic, 23.11.2020, <https://www.national-geographic.pl/artukul/nielegalny-handel-zabytkami> [dostęp: 20.09.2021].
- Rozmowa Katarzyny Żaczekiewicz-Zborskiej z prof. Maciejem Trzcińskim z 29 maja 2021 r., <https://www.prawo.pl/prawo/poszukiwanie-zabytkow-wymaga-zezwozenia,508395.html> [dostęp: 27.10.2021].

- Rozmowa Polskiej Agencji Prasowej z dr hab. Katarzyną Zalasinską z 20 stycznia 2018 r. zatytułowana „Od 2018 r. nielegalne poszukiwanie zabytków jest przestępstwem”, <https://prawo.gazetaprawna.pl/artykuly/1099074,od-2018-r-nielegalne-poszukiwanie-zabytkow-jest-przestepstwem.html> [dostęp: 01.09.2021].
- Rudziński L. (oprac.), *Nielegalny handel zabytkami. Ponad 4 tysiące odzyskanych przedmiotów*, „Polska Times”, 29.01.2021 r., <https://polskatimes.pl/nielegalny-handel-zabytkami-ponad-4-tysiace-odzyskanych-przedmiotow/ar/c1-15415057> [dostęp: 27.09.2021].
- Strona poświęcona wykrywaczom metali, https://en.wikipedia.org/wiki/Metal_detector [dostęp: 17.11.2021].
- Strona poświęcona wymogom stawianym poszukiwaczom przez różne kraje, <https://md-hunter.com/list-of-countries-where-metal-detecting-is-allowedbanned/> [dostęp: 17.11.2021].
- Tekst interpelacji, <https://orka2.sejm.gov.pl/IZ3.nsf/2df80fe4116b3f62c12573be003cb40d/a8d9fbde93715e52c12574d0003a10d7?OpenDocument> [dostęp: 17.11.2021].
- Wypowiedź na posiedzeniu Sejmu z 7 lutego 2018 r. (posiedzenie nr 58), Wiceprezes Rady Ministrów Minister Kultury i Dziedzictwa Narodowego Piotr Gliński, https://www.sejm.gov.pl/sejm8.nsf/wypowiedz.xsp?posiedzenie=58&dzien=2&wyp=3&view=3&symbol=WYPOWIEDZ_PYTANIE&nr=557&pytlD=C933E713F24E0C75C125822D00502525 [dostęp: 20.09.2021].
- Wypowiedź na posiedzeniu Sejmu, <https://orka2.sejm.gov.pl/Debata3.nsf/9a905bcb5531f478c125745f0037938e/9215fcf511244ddfc125749d00409ccc?OpenDocument> [dostęp: 17.11.2021].
- Wywiad z dr hab. Katarzyną Zalasinską zatytułowany „Ministerstwo chce ułatwić życie poszukiwaczom skarbów” opublikowany 20 października 2020 r., <https://podroze.onet.pl/aktualnosci/poszukiwanie-skarbow-i-zabytkow-detektorem-detektoryzm-przepisy-prawo-gdzie-wolno/msmgyx6> [dostęp: 27.10.2021].

ISSN 2450-3932