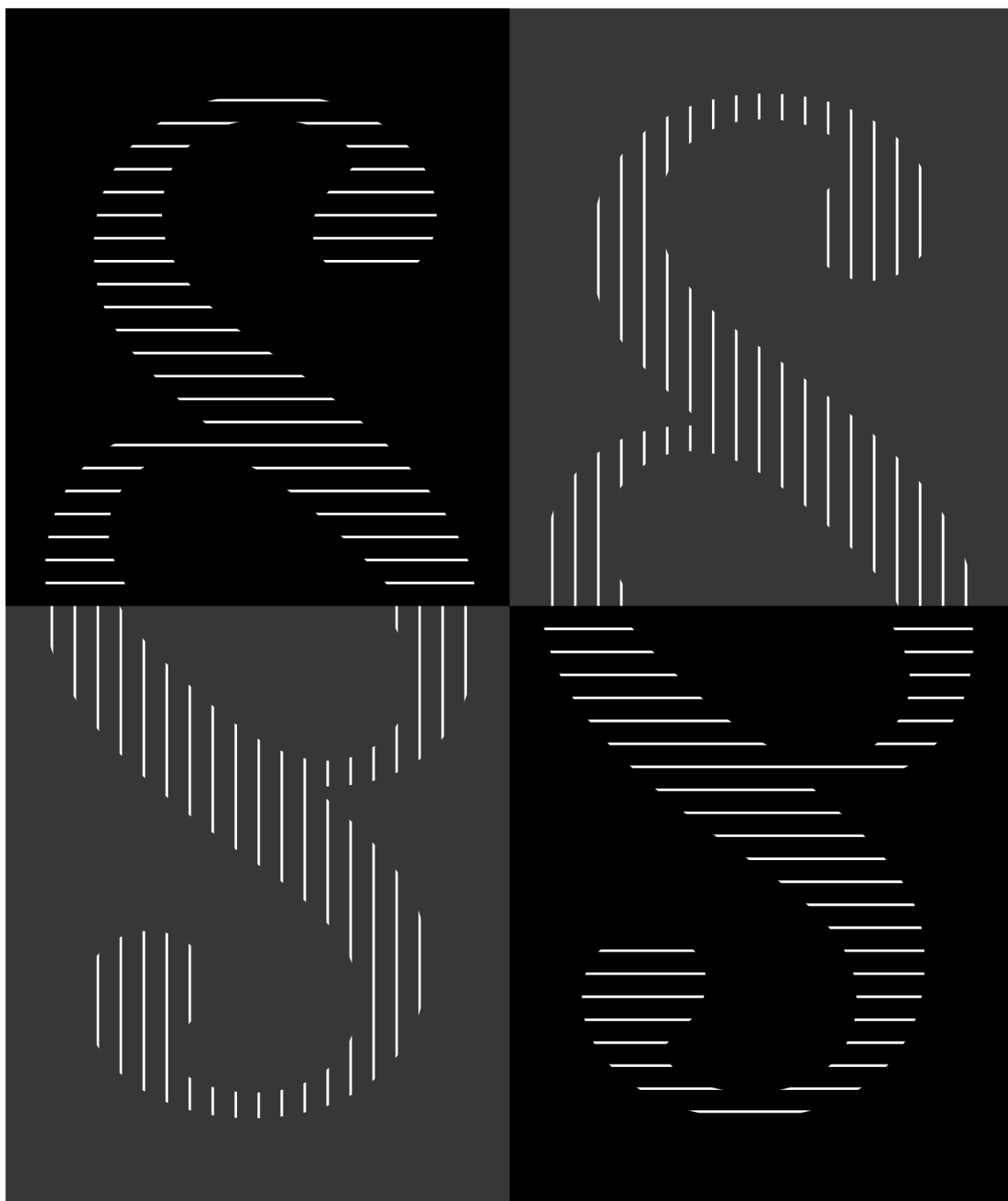


Internetowy Przegląd Prawniczy TBSP UJ

nr 10/2017 (40)

ISSN 1689-9601

| www.ipp.tbbsp.pl



Internetowy Przegląd Prawniczy TBSP UJ 2017/10

Autorzy

Bartłomiej Chyłka, Mateusz Grześków, Przemysław Jadłowski,
Zuzanna Jęcek, Damian Klimas, Marta Marciniak,
Ernestyna Niemiec, Michał Pawłucki, Piotr Sekulski,
Katarzyna Smyk, Dominika Szafran, Dominika Zielińska

Skład i korekta językowa

Wydawnictwo Kasper
www.wydawnictwokasper.pl

Kolegium Redakcyjne

Marcin Biskupski (redaktor naczelny), mgr Tomasz Guzik,
Magdalena Michalska, mgr Aleksandra Nieprzecka,
mgr Paweł Ochman, mgr Szymon Osmola, mgr Kacper Rożek,
Joanna Szumańska, Patryk Walczak

Adres redakcji

ul. Straszewskiego 25/9, 31–007 Kraków
internetowypp@gmail.com, www.ipp.tbsp.pl

Wydawca

Towarzystwo Biblioteki Słuchaczy Prawa Uniwersytetu Jagiellońskiego
ISSN 1689–9601

Spis treści

Katarzyna Smyk

Zakres zgody pacjenta na zabieg medyczny i upoważnienie lekarza do jego przekroczenia 5

Mateusz Grześków

Rozważania nad kształtem prostej spółki akcyjnej (PSA) 17

Ernestyna Niemiec

The nature and dynamism of civil procedure – rights, rules and judges – comparison between common law and civil law systems.... 40

Michał Pawłucki

Kierownictwo pracodawcy – cecha konstrukcyjna stosunku pracy dezorganizująca system form zatrudnienia 56

mgr Piotr Sekulski, mgr Dominika Zielińska

Instytucja wynagrodzenia minimalnego pracowników otrzymujących napiwki w związku z wykonywaną pracą w systemie prawnym Stanów Zjednoczonych..... 71

Bartłomiej Chyłka

Ewolucja i znaczenie winy jako negatywnej przesłanki rozwodowej w polskim prawie rodzinnym 81

Damian Klimas

Upadłościowy *forum shopping* w Unii Europejskiej. Pojęcie i ocena upadłościowej migracji celem uzyskania lepszej pozycji procesowej..... 101

Dominika Szafran

Uznawanie i wykonywanie orzeczeń kończących postępowanie w sprawach dotyczących sporów inwestycyjnych 120

Marta Marciniak	
Prawo do prywatności a ochrona danych osobowych.....	133
Zuzanna Jęcek	
Prawa i obowiązki zarządcy masy sanacyjnej w sprawach pracowniczych	153
Przemysław Jadłowski	
Naruszenie przez sąd terminu instrukcyjnego w postępowaniu cywilnym jako podstawa odpowiedzialności odszkodowawczej Skarbu Państwa.....	170

Katarzyna Smyk¹

Zakres zgody pacjenta na zabieg medyczny i upoważnienie lekarza do jego przekroczenia

Streszczenie:

Zgoda pacjenta stanowi podstawę działania lekarza, legitymizując czynność medyczną i wyznaczając jej zakres. Obowiązujące przepisy prawa ograniczają wszelkie wyjątki od zasady, że to pacjent wyznacza granice działania lekarza, do wyjątkowych sytuacji mieszczących się w ramach tzw. wyjątku terapeutycznego. Brak jest jednak regulacji tak legalizującej, jak i zakazującej upoważnienia przez pacjenta do przekroczenia przez lekarza zakresu pierwotnej zgody na czynność medyczną. Wobec braku jednoznacznej podstawy prawnej w ustawach medycznych, sięgnąć należy do przepisów ogólnych prawa cywilnego regulującego warunkowe czynności prawne i przeanalizować możliwość zastosowania rozwiązania cywilistycznego do zezwolenia na zabieg medyczny. Podstawą tej analizy jest bowiem obowiązująca teza o dopuszczalności odpowiedniego stosowania przepisów prawa cywilnego do oświadczenia, jakim jest zgoda pacjenta.

Słowa kluczowe: prawa pacjenta, zgoda pacjenta, naruszenie praw pacjenta

1. Wstęp

Zgoda pacjenta jest podstawą legalnego działania lekarza i kluczowym elementem każdej czynności medycznej. Oznacza to nie tylko zobowiązanie lekarza do uzyskania zezwolenia pacjenta, ale także ściśle go przestrzeganie, bowiem tylko poruszanie się w granicach zgody pacjenta czyni lekarza uprawnionym do działania. Z tak znaczącą funkcją zgody związany jest atrybut jej szczegółowości, a jednocześnie zakaz udzielania

¹ Doktorantka w Centrum Badań Problemów Prawnych i Ekonomicznych Komunikacji Elektronicznej, Uniwersytet Wrocławski.

zgody bankietowej (ogólnej). Oczywiście zaprzeczenie dopuszczalności zgody *in blanco*, utożsamianej z samowolą lekarza i pogwałceniem praw pacjenta, przestaje być jednak tak klarowne w sytuacji tzw. przekroczenia zakresu zgody pacjenta.

Analiza obowiązujących przepisów prawa medycznego, poza tzw. wyjątkiem terapeutycznym, odmawia uzasadnienia dla wykraczania przez lekarza poza granice zgody. Co jednak w sytuacji, gdy to sam pacjent upoważnia lekarza do wykroczenia, w razie konieczności, poza ramy pierwotnej zgody i pierwotnego celu zabiegu? Przedmiotowy artykuł poświęcony będzie analizie dopuszczalności upoważnienia lekarza do przekroczenia zakresu zgody na gruncie prawa medycznego oraz przepisów prawa cywilnego poświęconych warunkowej czynności prawnej.

2. Atrybut szczegółowości zgody pacjenta i problematyka zgody blankietowej

Z prawa pacjenta do wyrażenia zgody na świadczenie zdrowotne wynika, że pacjent udziela zezwolenia na dokonanie określonej czynności medycznej. Art. 16 u.p.p.² wskazuje wprost, że przeprowadzenie każdego świadczenia zdrowotnego wymaga zgody pacjenta, z czego należy wywodzić, że zgoda ta musi być oświadczeniem szczegółowym i konkretnym. Każde świadczenie zdrowotne, bez względu na zakres i ryzyko niepowodzenia zabiegu, powinno być przy tym traktowane indywidualnie, nawet gdy dana czynność medyczna stanowi jeden z elementów procesu leczenia³. W tym duchu niejednokrotnie wypowiadał się Sąd Najwyższy, czego przykładem może być wyrok z dnia 25 marca 1981 r., w którym stwierdzono, że zgoda pacjenta jest wymagana na każdy zabieg, również na wstępną diagnostykę poprzedzającą przeprowadzenie operacji⁴.

Czynność medyczna, której ma zostać poddany pacjent, winna być szczegółowo wskazana i opisana, zarówno w sytuacji, gdy zgoda jest udzielana ustnie, jak i pisemnie, czy za pomocą opracowanego wcześniej formularza. Wymóg konkretyzacji zgody urzeczywistnia obowiązek należytego poinformowania pacjenta o procesie leczenia. Pacjent musi bowiem posiadać szczegółową wiedzę dotyczącą dóbr, które zostaną naruszone oraz rozeznanie co do tego, w jaki sposób nastąpi to naruszenie. W kwestii treści zgody pacjenta doktryna postuluje stosowanie rozbudowanego opisu interwencji medycznej, zawierającego wybraną metodę postępowania leczniczego oraz rodzaj zabiegu, a w razie konieczności także cel danej czynności. Jeżeli lekarz korzysta z wcześniej sporządzonego formularza zgody, powinien zadbać o to, by opis czynności medycznej

² Ustawa z dnia 6 listopada 2008 r. o prawach pacjenta i Rzeczniku Praw Pacjenta (Dz.U. z 2016, poz. 186, ze zm.), dalej: „u.p.p.”

³ W tym kontekście należy wskazać klasyczny przykład wyrażenia osobnej zgody na podanie środka usypiającego w ramach przeprowadzenia zabiegu operacyjnego; tak: B. Janiszewska, referat pt. „Prawa lekarza w perspektywie prawa pacjenta do wyrażenia zgody na świadczenie zdrowotne” wygłoszony podczas Ogólnopolskiej Konferencji Naukowej „Prawa lekarza” (Dolnośląska Izba Lekarska, 18 września 2015 r.), notatki prywatne.

⁴ Wyrok SN z 25 marca 1981 r., II CRN 74/81, LEX nr 8312.

sformułowany był w zrozumiały, przystępny sposób, w miarę możliwości, wyrażony językiem potocznym⁵.

Atrybut szczegółowości zgody pacjenta odnosi się nie tylko do określenia konkretnego rodzaju czynności medycznej, ale także jej celu. Ma to szczególne znaczenie w zakresie czynności diagnostycznych. Niejednokrotnie zdarza się bowiem, że lekarz rozszerza cel czynności diagnostycznych, a nawet samowolnie podejmuje badania, w ramach przeprowadzania innej interwencji medycznej. W kwestii konieczności uzyskania zgody pacjenta na każdą czynność diagnostyczną, Sąd Najwyższy wypowiedział się w wyroku z dnia 22 września 1967 r. Przedmiotowy stan faktyczny dotyczył pacjenta, od którego pobrano próbkę do analizy histopatologicznej w trakcie zabiegu operacyjnego, na który wyraził zgodę. Sąd Najwyższy stwierdził, że: „Pobranie wycinka skóry dla celów badania histopatologicznego dopuszczalne jest tylko za zgodą pacjenta. Jeżeli takie pobranie – bez zgody pacjenta wywołało rozstrój zdrowia lub inną szkodę na sobie, może ono powodować odpowiedzialność za szkodę, choćby nawet dokonane zostało zgodnie z wymaganiami sztuki lekarskiej w zakresie diagnozy raka skóry”⁶. Kazus ten przywoływany jest często w sprawach dotyczących rozszerzenia celu czynności diagnostycznych, na które wyraził zgodę pacjent, o test na obecność wirusa HIV⁷.

Udzielenie przez pacjenta szczegółowej zgody na czynność diagnostyczną stwarza także inne istotne problemy praktyczne. W literaturze zwraca się uwagę, że zezwolenie pacjenta musi zostać poprzedzone udzielaniem informacji odnośnie zakresu przeprowadzanych badań. Tymczasem w procesie diagnozowania trudno jest jednoznacznie określić, jakie konkretnie czynności będą podejmowane w celu stwierdzenia co dolega pacjentowi. Najodpowiedniejszym rozwiązaniem w takiej sytuacji jest, według R. Kubiaka, pouczenie pacjenta o wątpliwościach diagnostycznych i uzyskanie zgody na bardzo szeroki katalog badań⁸. Natomiast jeżeli celem badań jest zweryfikowanie czy też potwierdzenie postawionej już diagnozy, zgoda powinna obejmować jedynie niezbędne badania⁹.

Wyrażenie przez pacjenta zgody na konkretny rodzaj czynności medycznej stanowi nie tylko realizację przysługującego mu prawa, ale pozostaje także zabezpieczeniem dla lekarza przed odpowiedzialnością za przeprowadzenie zabiegu bez zgody oraz rozwiązuje kwestie dowodowe w tym zakresie.

Wymóg zgody precyzyjnej (określanej niekiedy terminem *specific consent*, zapożyczonym z literatury brytyjskiej¹⁰) stanowi przeciwieństwo zgody blankietowej, która zakłada akceptację przez pacjenta wszelkich koniecznych czynności medycznych.

⁵ S. Niemczyk, A. Łazarska, *Materialnoprawne elementy aktu zgody pacjenta w ujęciu prawnym i medycznym*, PiM 2005, Nr 2, s. 55.

⁶ Wyrok SN z 22 września 1967 r., I CR 188/67, LEX nr 6213.

⁷ M. Świdarska, *Zgoda pacjenta na zabieg medyczny*, Toruń 2007, s. 54.

⁸ R. Kubiak, *Zgoda na zabieg medyczny. Kompendium dla lekarzy*, Kraków 2013, s. 53.

⁹ *Ibidem*.

¹⁰ S. Niemczyk, A. Łazarska, *op.cit.*, s. 55.

Doktryna zgodnie podważa ważność zgody blankietowej¹¹, niemniej nadal znajduje ona powszechne zastosowanie w praktyce polskich szpitali. Również w orzecznictwie sądów powszechnych podkreśla się znaczenie zezwolenia pacjenta, odrzucając dopuszczalność stosowania zgody blankietowej. Rzeczywistą funkcję zgody *in blanco* uchwycił Sąd Okręgowy w Krakowie w wyroku z dnia 20 lipca 2004 r., stwierdzając, że „nie można tolerować praktyki traktującej zgodę jako niemający znaczenia wymóg biurokratyczny, który ma charakter blankietowy”¹².

Zgoda blankietowa, zwana w literaturze także zgodą *in blanco*¹³ czy zgodą ogólną¹⁴, polega na wyrażeniu przez pacjenta zgody na leczenie bez sprecyzowania konkretnego świadczenia zdrowotnego, jakie ma mu zostać udzielone. Treścią zgody blankietowej może być zarówno globalne zezwolenie na wszystkie interwencje medyczne, jak i zezwolenie na to, aby to lekarz podjął decyzję o zastosowaniu konkretnej metody leczenia, zwalniając go z obowiązku konsultacji z pacjentem¹⁵. W pierwszym przypadku nie określa się w ogóle przedmiotu zgody, zaś w drugim pozostawia jego sprecyzowanie do dyspozycji podmiotu udzielającego świadczenie zdrowotne.

W przeważającej części przypadków zgody blankietowe udzielane są w momencie przyjmowania do szpitala¹⁶, poprzez podpisanie przez pacjenta gotowego formularza obejmującego oświadczenie o treści: „Zgadzam się na proponowane leczenie i zabieg operacyjny”. Bardzo często takie formularze zawierają także potwierdzenie udzielenia informacji przez lekarza oraz odpowiedzi na pytania pacjenta. Tak sformułowana zgoda nie ma mocy prawnej¹⁷ i należy ją traktować jedynie jako wyrażenie zezwolenia na przyjęcie do szpitala i rozpoczęcie hospitalizacji, ewentualnie zastosowanie wstępnej diagnostyki¹⁸. Nie jest to jednak w żadnej mierze podstawa do przeprowadzenia innych świadczeń zdrowotnych, bez względu na stopień ich skomplikowania i ryzyka, szczególnie że zwykle w chwili przyjmowania pacjenta do placówki, postawienie diagnozy i zaproponowanie konkretnego leczenia jest niemożliwe. W takim tonie wypowiedział się Sąd Najwyższy w wyroku z dnia 14 listopada 1972 r. orzekając, że pomimo wyrażenia

¹¹ Przeciwno stosowaniu zgody blankietowej wypowiedzieli się m.in.: R. Kubiak, *Prawo medyczne*, Warszawa 2014, s. 303; *Idem*, *Zgoda na zabieg...*, s. 53; S. Niemczyk, A. Łazarska, *op.cit.*, s. 53; U. Drozdowska, W. Wojtal, *Zgoda i informowanie pacjenta*, Warszawa 2010, s. 25; D. Karkowska, *Ustawa o prawach pacjenta i Rzeczniku Praw Pacjenta. Komentarz*, Warszawa 2012, s. 253; J. Bujny, *Prawa pacjenta. Między autonomią a paternalizmem*, Warszawa 2007, s. 164; T. Dukiet-Nagórska, *Świadoma zgoda pacjenta w ustawodawstwie polskim*, PiM 2000, Nr 6-7, s. 87; A. Zoll, *Odpowiedzialność karna lekarza za niepowodzenie w leczeniu*, Warszawa 1988, s. 22.

¹² Wyrok SO w Krakowie z 20 lipca 2004 r., I A Ca 424/04, OSP 2008, Nr 6, poz. 678, s. 462.

¹³ Tak: D. Karkowska, *op.cit.*, s. 253.

¹⁴ M. Świdorska [w:] *Ustawa o prawach pacjenta i Rzeczniku Praw Pacjenta. Komentarz*, red. M. Nesterowicz, Warszawa 2009, s. 163.

¹⁵ U. Drozdowska, W. Wojtal, *op.cit.*, s. 25.

¹⁶ Choć niewykluczone są stany faktyczne, w których taka zgoda udzielana jest w leczeniu stacjonarnym.

¹⁷ M. Nesterowicz, *Prawo medyczne*, Toruń 2013, s. 126.

¹⁸ R. Kubiak, *Prawo medyczne...*, s. 303.

zgody przez pacjenta na przyjęcie do placówki szpitalnej, musi on zaakceptować odrębnie wszystkie zabiegi, które mają być wobec niego wykonywane¹⁹.

Zgodą nie jest również podpis złożony pod kartą choroby, którą przygotowuje się w momencie przyjmowania pacjenta do leczenia szpitalnego. Taką praktykę negatywnie ocenił Sąd Najwyższy, stwierdzając w wyroku z dnia 14 listopada 1972 r., że brak sprzeciwu pacjenta, czy też automatyczne złożenie podpisu na dokumencie obejmującym historię choroby nie może być traktowane jako zgoda pacjenta na zabieg medyczny²⁰. Zdarza się jednak, że podpisanie przez pacjenta dokumentu historii choroby interpretowane jest przez lekarza jako wyrażenie generalnej zgody na wszystkie zabiegi. Nierzadko w treści tej dokumentacji zawarte jest szablonowe oświadczenie o wyrażeniu zgody ogólnej.

Skrajnym przypadkiem jest zgoda o charakterze *carte blanche*²¹, będąca niewypełnionym formularzem podpisanym jedynie przez pacjenta, który jest uzupełniany przez lekarza. Takie działanie jest naganne, nie tylko ze względu na rażące łamanie fundamentalnych praw pacjenta, ale także z powodu przerzucenia ciężaru udowodnienia następczego wypełnienia dokumentu zgody przez lekarza na pacjenta dochodzącego swych roszczeń w procesie.

Zezwolenie udzielone w formie zgody blankietowej stanowi w rzeczywistości jedynie pozorną realizację prawa pacjenta do wyrażenia zgody i w obecnym stanie prawnym oznacza udzielenie przez pacjenta zgody nieświadomej, a zatem nieważnej.

3. Upoważnienie do przekroczenia zakresu zgody pacjenta

Problematyka przekroczenia zakresu zgody pacjenta przez lekarza stanowi niezmiennie przedmiot rozważań doktryny. Zgodnie z dominującym stanowiskiem, takie działanie lekarza jest niezgodne z prawem. Jedynym ustawowym wyjątkiem dopuszczonym w zakresie przekroczenia przez lekarza granic zezwolenia jest tzw. wyjątek terapeutyczny, uregulowany w art. 35 ust. 1 u.z.l.²², którego wykorzystanie obwarowane jest wieloma przesłankami materialnymi i formalnymi. Oczywiście jest, że takie działanie jest możliwe wyłącznie w sytuacji zagrożenia utraty życia przez pacjenta, ciężkiego uszkodzenia ciała lub ciężkiego rozstroju zdrowia²³. W praktyce dotyczy to sytuacji, w których, aby uzyskać zgodę pacjenta na rozszerzenie zakresu zabiegu, konieczne byłoby przerwanie operacji i wybudzanie pacjenta, a następnie ponowne podanie narkozy czy wprowadzenie w znieczulenie ogólne. W wielu przypadkach jest to niemożliwe i niebezpieczne

¹⁹ Wyrok SN z 14 listopada 1972 r., I CR 03/72, niepubl.

²⁰ Wyrok SN z 14 listopada 1972 r., I CRN 463/72, NP 1975, Nr 4, s. 585.

²¹ Tak: S. Niemczyk, A. Łazarska, *op.cit.*, s. 51.

²² Ustawa z dnia 5 grudnia 1996 r. o zawodach lekarza i lekarza dentysty (Dz.U. z 2016, poz. 2020, ze zm.), dalej: „u.z.p.”. Odesłanie do art. 35 u.z.p. zawiera także u.p.p. w art. 19.

²³ M. Nesterowicz zwraca jednak uwagę, że wyjątek terapeutyczny nie może maskować błędu diagnostycznego; tak: M. Nesterowicz, *Glosa do wyroku Sądu Najwyższego z dnia 29 grudnia 1969 r.*, II CR 551/69 [w:] *Prawo medyczne: komentarze i glosy do orzeczeń sądowych*, Warszawa 2014, s. 206.

dla pacjenta, stąd ustawodawca przewidział odstąpienie od zasady uzyskania zgody pacjenta w tak szczególnych okolicznościach. M. Sośniak, odpowiadając na postawione przez siebie pytanie, czy lekarz jest związany granicami zgody pacjenta przy dokonaniu zabiegu, wskazuje że: „w pewnych przypadkach w interesie chorego leży niekrępowanie lekarza sztywnymi granicami udzielonej zgody”²⁴. Także judykatura uznaje dopuszczalność przekroczenia zakresu udzielonej przez pacjenta zgody w sytuacjach uzasadnionych stanem zdrowia pacjenta oraz w przypadkach niewielkiego odstępstwa od początkowo planowanej interwencji. Egzemplifikacyjnie można wskazać wyrok Sądu Najwyższego z dnia 29 grudnia 1969 r., w którym stwierdzono, że przekroczenie zakresu zezwolenia udzielonego przez pacjenta może wystąpić „w wypadkach szczególnych, gdy nieprzeprowadzenie koniecznego zabiegu groziłoby życiu pacjenta albo gdy chodzi o nieznaczną a niezbędną korekturę projektowanego zabiegu”²⁵.

W podanych wyżej wypadkach dopuszczalność przekroczenia granic zgody pacjenta nie budzi wątpliwości, a przy tym jest uregulowana ustawowo. Wydaje się, że warto jednak rozważyć możliwość przekroczenia pierwotnej zgody na określoną czynność medyczną na podstawie upoważnienia udzielonego lekarzowi w tym zakresie przez samego pacjenta. Nietrudno bowiem wyobrazić sobie stan faktyczny, w którym podczas przeprowadzania operacji lekarz zdiagnozuje występowanie schorzenia nieobjętego zgodą na zabieg, które co prawda nie zagraża życiu pacjenta, ale wiąże się z koniecznością przeprowadzania zabiegu ponownie. Dla wielu osób sama konieczność przebywania w szpitalu jest obciążająca psychicznie, a przy tym stanowi komplikację w życiu osobistym i zawodowym. Nie można także pominąć kwestii negatywnego oddziaływania na organizm człowieka związków znieczulających podawanych przed operacją, czy nawet powstania, w wyniku kolejnego zabiegu, dodatkowych blizn na ciele pacjenta. Klauzule upoważniające do przekroczenia zgody pacjenta można niekiedy spotkać w formularzach zgody wykorzystywanych przez placówki medyczne²⁶. Najczęściej treść takiego upoważnienia sprowadza się do oświadczenia pacjenta, że gdy podczas zabiegu lekarz stwierdzi inne albo współwystępujące schorzenie, które wymaga innych czynności niż zaplanowany zabieg, pacjent zgadza się na przeprowadzenie tych czynności przez zespół lekarski²⁷.

Literatura przedmiotu oraz orzecznictwo odrzucają możliwość zastrzegania w zgodzie pacjenta klauzul upoważniających lekarza do rozszerzenia zakresu prowadzonego zabiegu. M. Świdorska, przywołując orzecznictwo sądów zagranicznych, omawia sprawę *Rogers v. Lumbermens Mutual Casualty Co.*, w której pacjentka wyrażająca zgodę na zabieg usunięcia wyrostka robaczkowego, podpisała formularz zawierający oświadczenie zezwalające na podjęcie wszelkich niezbędnych działań dla takiej interwencji. Sąd orzekający w sprawie odszkodowawczej odmówił temu oświadczeniu

²⁴ M. Sośniak, *Znaczenie zgody uprawnionego w zakresie cywilnej odpowiedzialności odszkodowawczej*, ZNUJ, Prace prawnicze 1959, Z. 6, s. 162.

²⁵ Wyrok SN z 29 grudnia 1969 r., II CRN 551/69, OSPiKA 1971, Nr 6, poz. 118.

²⁶ S. Niemczyk, A. Łazarska, *op.cit.*, s. 59.

²⁷ *Ibidem*.

mocy prawnej²⁸. Z kolei w sprawie *Pizzalotto v. Wilson* sąd podważył ważność klauzuli upoważniającej lekarza do „dokonania każdej interwencji uzupełniającej, która okaże się niezbędna lub wskazana podczas operacji”²⁹.

Również polskie sądy restrykcyjnie odnoszą się do przypadków rozszerzania granic zabiegu³⁰. W doktrynie zwraca się uwagę, że zawieranie w treści zgody pacjenta upoważnienie do poszerzenia pola zabiegu oznacza w rzeczywistości posłużenie się zgodą blankietową³¹ i jako takie – nie ma mocy prawnej. Skuteczna zgoda na zabieg to zgoda świadoma, podjęta po przeanalizowaniu przez pacjenta informacji udzielonych mu przez lekarza. Upoważnienie do przekroczenia zakresu zgody oznacza zezwolenie na zabieg, co do którego pacjent nie ma wiedzy. Przeciwno dopuszczalności stosowania upoważnienia do przekroczenia zgody przemawia także fakt, że bardzo często same względy medyczne nie stanowią dla pacjenta wystarczającego uzasadnienia dla przeprowadzenia danej interwencji i, pomimo obiektywnej zasadności zastosowania leczenia, jest ono sprzeczne z indywidualną wolą chorego³².

Z kolei S. Niemczyk i A. Łazarska nie wykluczają dopuszczalności upoważnienia lekarza do przekroczenia zakresu zgody, uznając, że takie zastrzeżenie w zezwoleniu medycznym jest skuteczne, jeśli zostało określone w sposób wyraźny i stanowi wyłącznie wyraz woli pacjenta³³. Z pewnością za uznaniem stosowania klauzuli upoważniającej do rozszerzenia pola zabiegu przemawiają okoliczności praktyczne, takie jak wygoda pacjenta, przyspieszenie procesu leczenia, a nawet minimalizacja kosztów leczenia. Według tych autorów, w obecnym stanie prawnym upoważnienie do rozszerzenia pola operacyjnego może być skutecznie sformułowane w ramach zgody pacjenta, a ważność tak udzielonego zezwolenia zależy od indywidualnej oceny przypadku. Jednakże analiza dogmatyczno-prawna obowiązujących przepisów, dość szczegółowo regulujących instytucję zgody pacjenta, wskazuje, że ustawodawca nie dopuszcza stosowania takich oświadczeń. Należy zauważyć, że prawodawca nie zrezygnował zupełnie z uregulowania sytuacji, w której konieczne jest podjęcie czynności medycznej wykraczającej poza granice zgody pacjenta, normując tzw. wyjątek terapeutyczny. Z braku zakazu udzielania takiego upoważnienia nie sposób wyprowadzać domniemanego przyzwolenia ustawodawcy, szczególnie wobec niezwykle rozbudowanego, zamkniętego katalogu ustawowo dopuszczalnych przypadków działania lekarza bez zgody.

Nie ulega wątpliwości, że uznanie za dozwolone zawarcie w treści zezwolenia pacjenta na zabieg zgody na rozszerzenie granic tego zabiegu w razie uznania tego przez

²⁸ Wyrok w sprawie *Rogers v. Lumbermens Mutual Casualty Co.*, 119 So. Zd 649 (C. App. Louisiana, 1960); za: M. Świdarska, *Zgoda pacjenta...*, s. 92, przyp. 168.

²⁹ Wyrok w sprawie *Pizzalotto v. Wilson*, 437 So. Zd. 589 (supr. C. Louisiana, 1983); za: M. Świdarska, *Zgoda pacjenta...*, s. 93, przyp. 168.

³⁰ Takie stanowisko wyraził m.in. SA w Krakowie w wyroku z 12 października 2007 r., I ACa 920/07, z glosą M. Nesterowicza, *Glosa do wyroku Sądu Apelacyjnego w Krakowie z dnia 12 października 2007 r., I ACa 920/07* [w:] *Prawo medyczne: Komentarze...*, s. 124–128.

³¹ M. Świdarska, *Zgoda pacjenta...*, s. 92.

³² *Ibidem*.

³³ S. Niemczyk, A. Łazarska, *op.cit.*, s. 59.

lekarza za konieczne, stanowiłoby w swej istocie dopuszczenie zgody blankietowej. Jednakże należy zastanowić się nad możliwością skutecznego udzielenia przez pacjenta zgody obejmującej ściśle określone czynności alternatywne bądź dodatkowe. Chodzi o sytuacje, w których, obok zabiegu pierwotnie zakładanego, pacjent wyrażałby zgodę także na dokonanie innych, ściśle określonych czynności leczniczych, które według wiedzy lekarza mogłyby okazać się niezbędne. Niezwykle istotne będzie w takim przypadku rozsądne określenie granic dopuszczalności takiej dyspozycji oraz przesłanek jej skuteczności. Słusznie uważa M. Świdarska, że podstawą dopuszczalności upoważnienia do przekroczenia zabiegu przez lekarza mogłaby być przewidywalność potrzeby rozszerzenia granic planowanej czynności medycznej³⁴. Lekarz, w oparciu o poczynioną diagnozę, mógłby określić z pewnym prawdopodobieństwem, jakie komplikacje mogą powstać podczas przeprowadzania zabiegu i w jaki sposób można, w takim wypadku, zmienić jego przebieg, aby zakończył się sukcesem. Odbierając od pacjenta zgodę na podstawowy zabieg, lekarz przedstawiłby hipotetyczne działania medyczne, określając ryzyko związane z ich przeprowadzeniem oraz zaniechaniem. Zgoda pacjenta obejmowałaby zatem projektowany zabieg i, w razie konieczności, konkretne czynności alternatywne. Autorka czyni niniejsze rozważania w oparciu o rzeczywisty stan faktyczny będący przedmiotem analizy sądu amerykańskiego w sprawie *Karp v. Cody*. Pacjent miał zostać poddany operacji przeszczepienia serca, która obarczona jest dużym ryzykiem niepowodzenia związanym z niepodjęciem pracy przez przeszczepiony organ. Stąd też udzielona przez pacjenta zgoda na zabieg zawierała dodatkową klauzulę, zgodnie z którą w razie nieprzywrócenia pracy przeszczepionego serca, lekarz miał wszczepić w nie rozrusznik pozwalający na normalne funkcjonowanie narządu³⁵. Oczwistym jest, że w polskim systemie prawnym lekarz mógłby w takim stanie faktycznym skorzystać z wyjątku terapeutycznego, wszak bez rozrusznika serce nie podjęłoby pracy, a w konsekwencji pacjent by zmarł. Niemniej przykład ten obrazuje, że na obecnym etapie rozwoju medycyny wiele problemów da się przewidzieć jeszcze przed drzwiami sali operacyjnej.

Nie wydaje się zatem niemożliwym określenie przypuszczalnych czynności alternatywnych czy też dodatkowych w ramach konkretnego zabiegu. Kontrowersyjny charakter zgody obejmującej taki zakres działania lekarza w mojej ocenie sprowadza się do obowiązku zapewnienia pacjentowi poszanowania jego prawa do informacji oraz autonomii. Pacjent wyrażający zgodę na zabieg główny oraz możliwy zabieg alternatywny, czy też inne czynności dodatkowe musi zostać w pełni poinformowany o ryzykach, konsekwencjach, a także perspektywach każdego świadczenia medycznego zastrzeżonego w razie potrzeby. Co więcej, zasadne byłoby udzielenie pacjentowi informacji także o prawdopodobieństwie powstania konieczności wykroczenia przez lekarza poza projektowany zabieg i przeprowadzenia pozostałych procedur, na które zgodę wyraził pacjent. Brak jest w polskim porządku prawnym normy, która w sposób jednoznaczny wyłączałaby możliwość wyrażenia przez pacjenta zgody na zabieg

³⁴ M. Świdarska, *Zgoda pacjenta...*, s. 92.

³⁵ Wyrok w sprawie *Karp v. Cody*, 349 F. Supp. 408 (Texas, 1972), utrzymany w mocy – 493 F. Zd 408 (5th Civ., 1974); za: M. Świdarska, *Zgoda pacjenta...*, s. 92, przyp. 166.

pierwotny z zastrzeżeniem dokonania zabiegu alternatywnego bądź innych czynności dodatkowych. Zasadnicze pytanie, jakie winno zostać zadane, dotyczy jednak, w mojej ocenie, nie podstawy prawnej a faktycznej zastosowywania takiego rozwiązania. Należy bowiem zauważyć, że stan faktyczny, w którym lekarz zmienia przedmiot bądź zakres zabiegu w sytuacji zagrożenia dla pacjenta został uregulowany prawnie w tzw. wyjątku terapeutycznym. W sytuacji, gdy doszło do niepowodzenia pierwotnie zakładanego zabiegu bądź też zachodzi konieczność wykonania dodatkowych procedur, ale brak jest niebezpieczeństwa dla życia i zdrowia pacjenta, nie ma także przeszkód, aby ponownie omówić z pacjentem jego sytuację zdrowotną, zaktualizować plan leczenia i odebrać zgodę na inny zabieg.

4. Warunkowa zgoda

Kontynuując rozważania dotyczące możliwości zastrzegania alternatywnych przyzwoleń w treści zgody pacjenta warto rozważyć, czy zgoda może zostać udzielona pod warunkiem, w rozumieniu art. 89 k.c. Prawo cywilne daje możliwość odroczenia skutku danej czynności prawnej i uzależnienia jego wystąpienia o zdarzenia przyszłego i niepewnego. Zastrzeżenie warunku w treści czynności prawnej pozwala na odłożenie w czasie jej efektów. Istota warunku polega bowiem na tym, że w razie zajścia określonego zdarzenia czynność prawna wywoła skutki prawne bez konieczności składania kolejnych oświadczeń woli przez strony³⁶.

Ustawodawca wyłącza zastrzeżenie warunku w dwóch sytuacjach, stanowiąc w art. 89 k.c., że z zastrzeżeniem wyjątków przewidzianych albo wynikających z właściwości czynności prawnej, powstanie lub ustanie skutków prawnych czynności prawnej można uzależnić od zdarzenia przyszłego i niepewnego. A zatem, zastrzeżenie warunku dla danej czynności prawnej jest wykluczone, jeżeli jest to niedozwolone przepisem ustawy lub niedopuszczalność ustalenia takiego warunku wynika z właściwości czynności prawnej. Jeśli chodzi o ustawowe zakazy czynności warunkowych, są one nieliczne i dotyczą czynności prawnych o dużym znaczeniu, przy dokonywaniu których niezbędne jest zapewnienie bezpieczeństwa obrotu i ochrony interesów kontrahenta, czego przykładem może być przeniesienie własności nieruchomości (art. 157 § 1 k.c.)³⁷.

Ustawodawca nie wprowadził zakazu zastrzegania warunku dla zgody pacjenta, co jest, jak się wydaje, konsekwencją braku normatywnego określenia cywilnoprawnego charakteru aktu zgody. Również przedstawiciele nauk cywilnoprawnych rozpatrując w ogóle zagadnienie warunkowej zgody, koncentrują swą uwagę właściwie wyłącznie na możliwości udzielenia warunkowej zgody na dokonanie czynności prawnej w trybie art. 17 k.c.³⁸ Wedle przeważającej części doktryny, zgoda pozostaje czynnością podobną do czynności prawnej, do której, na zasadzie umowności, kierując się uproszczeniem

³⁶ K. Michałkowska, *Charakter prawny i znaczenie zgody pacjenta na zabieg medyczny*, Warszawa 2014, s. 49.

³⁷ J. Strzebińczyk [w:] *Kodeks cywilny. Komentarz*, red. E. Gniewek, P. Machnikowski, Warszawa 2013, s. 237.

³⁸ *Ibidem*, s. 102 i nast.

stosunku pacjent-lekarz, stosuje się pewne przepisy Kodeksu cywilnego regulujące czynności prawne. Stąd też zasadne jest rozważenie możliwości udzielenia przez pacjenta zgody pod warunkiem.

Dla ustalenia ewentualnej możliwości zastrzeżenia warunku dla zezwolenia na zabieg medyczny należy przeanalizować, czy przeszkoda dla zawarcia takiego elementu w akcie zgody nie tkwi we właściwości zgody. Doktryna i orzecznictwo w kazuistyczny sposób określają co do których czynności prawnych nie jest możliwe zastrzeżenie warunku, wskazując m.in. czynności mające wpływ na kształtowanie stanu cywilnego³⁹, czynności procesowe⁴⁰ czy małżeńskie umowy majątkowe⁴¹, a także czynności, które automatycznie kształtują stabilne stosunki prawne⁴². Literatura przedmiotu oraz judykatura dość jednoznacznie opowiadają się także za uznaniem za niedopuszczalne zastrzeżenie warunku dla jednostronnej czynności kształtującej⁴³. Kategoria ta odnosi się do czynności prawnych dokonywanych w wykonaniu uprawnienia kształtującego, dzięki któremu uprawniony może zmienić lub zakończy stosunek prawny przez jednostronną czynność prawną⁴⁴. Uzasadniając wykluczenie możliwości zastrzeżenia warunku w stosunku do takich czynności podnosi się, że skorzystanie z takiego uprawnienia powoduje, że sytuacja prawna jednego podmiotu jest samodzielnie kształtowana przez drugi podmiot, toteż ochrona adresata czynności prawnej wymaga, by jego status został określony definitywnie⁴⁵. Zakaz ten, formułowany przez doktrynę, nie jest jednak bezwzględnie uznawany w rozważaniach teoretycznych, a wielu przedstawicieli nauki prawa cywilnego dopuszcza jego złagodzenie, jeżeli może być to niezbędne dla zrealizowania istotnych interesów podmiotu składającego warunkowe oświadczenie woli⁴⁶.

Kategoria czynności prawnych jest na tyle bogata, a zarazem różnorodna, że wszelka generalizacja w zakresie określenia właściwości czynności prawnych wydaje się nieuzasadniona. Niemniej literatura przedmiotu formułuje pewne ogólne postulaty w tym zakresie. Po pierwsze, zwraca się uwagę, że zastrzeganie warunku jest niedopuszczalne w stosunku do czynności, które automatycznie kształtują stabilne stosunki prawne⁴⁷. Po drugie, postuluje się, aby zawsze przy rozważaniu kwestii możliwości zastrzeżenia warunku precyzować, jaka wartość byłaby naruszona w razie dokonania czynności pod warunkiem⁴⁸. Wreszcie po trzecie, analizując dopuszczalność zastrzeżenia warunku ze względu na właściwości czynności prawnych, należy każdorazowo wziąć pod uwagę

³⁹ M. Piekarski [w:] *Kodeks cywilny. Komentarz*, red. Z. Resich, J. Ignatowicz, J. Pietrzykowski, I. Bielski, t. I, Warszawa 1972, s. 226.

⁴⁰ Wyrok SN z 1 czerwca 1973 r., II CR 167/73, LEX nr 1667.

⁴¹ J. Strzebińczyk, *op.cit.*, s. 237.

⁴² B. Swaczyna, *Warunkowe czynności prawne*, Warszawa 2012, s. 95.

⁴³ Wyrok SN z 29 kwietnia 2009 r., II CSK 614/08, LEX nr 508999.

⁴⁴ B. Swaczyna, *op.cit.*, s. 96.

⁴⁵ *Ibidem*.

⁴⁶ Przykładem może być warunkowe wypowiedzenie umowy najmu, tak: *ibidem*.

⁴⁷ *Ibidem*, s. 95.

⁴⁸ *Ibidem*.

względy ochrony adresata oświadczenia woli (lekarza) przed niepewnością co do jego sytuacji prawnej.

Powyższe rozważania skłaniają do wniosku, że zgoda na zabieg medyczny nie może zostać udzielona pod warunkiem. Przede wszystkim przeciwko takiemu zastrzeżeniu przemawia istota dóbr osobistych oraz skutków, jakie w zakresie naruszenia tych dóbr wywołuje zgoda. Zezwolenie pacjenta na ingerencję w jego cielesność powoduje bowiem, że ingerencja ta nie jest bezprawna, a zatem działający lekarz nie ponosi odpowiedzialności cywilnoprawnej w trybie art. 24 i art. 448 k.c. Zakres tego dozwolonego naruszenia musi być zrozumiały i niewątpliwy, nie tylko dla pacjenta, ale też lekarza, który będzie udzielał mu świadczenia. Uwzględniając postulat kierowania się interesem adresata oświadczenia należy zauważyć, że udzielanie lekarzowi zgody pod warunkiem (zwłaszcza rozwiązującym) kształtuje jego sytuację niezwykle niekorzystnie i niepewnie.

Poza tym, skutkiem zastrzeżenia warunku jest odroczenie skutków prawnych oświadczenia. W kontekście zgody pacjenta taka funkcja wydaje się wysoce niepraktyczna. W przeważającej części przypadków pacjentowi świadczona jest pomoc o *stricte* leczniczym celu, a zatem w sytuacji, gdy wymaga on podjęcia leczenia w związku z mniej lub bardziej poważnym stanem chorobowym. Wyrażenie zgody na leczenie pod warunkiem (szczególnie zawieszającym) spowodowałoby przesunięcie w czasie podjęcia przez lekarza czynności medycznej na bliżej nieokreślony termin. Należy również zwrócić uwagę na realia polskiego powszechnego systemu opieki zdrowotnej, którym objęta jest przeważająca część społeczeństwa i w ramach którego przeprowadzana jest dominująca liczba wszystkich zabiegów. Stosowanie zgody warunkowej zwyczajnie sparaliżowałoby świadczenie usług zdrowotnych przez duże placówki opieki zdrowotnej i ze względu na interes społeczny byłoby niedopuszczalne (art. 58 § 2 k.c.).

Wreszcie, w odniesieniu do warunku rozwiązującego należy wskazać, że jednym z podstawowych atrybutów zgody pacjenta jest jej odwołalność. Skoro zatem pacjent może w każdym momencie odwołać udzieloną lekarzowi zgodę na czynność medyczną, zastrzeganie cofnięcia zgody w razie zaistnienia danego zdarzenia jest niepotrzebne. Jeżeli bowiem pacjent może zmienić swoją decyzję w każdym momencie i na każdym etapie leczenia, nie musi oczekiwać na zaistnienie jakichś szczególnych okoliczności.

5. Zakończenie

Analiza obowiązujących przepisów prawa nasuwa w sposób jednoznaczny wniosek, że w chwili obecnej nie ma możliwości udzielenia skutecznego upoważnienia do przekroczenia zakresu zgody przez lekarza. Zasadne jednak jest wprowadzenie do u.p.p. oraz u.z.l. możliwości zawarcia w treści zgody upoważnienia do lekarza do rozszerzenia pola operacyjnego oraz ściśle określenie przesłanek ważności takiej dyspozycji. Proponowane rozwiązanie w wielu wypadkach pozwoliłoby na usprawnienie procesu leczenia, minimalizację kosztów hospitalizacji pacjenta, a przede wszystkim znacznie odjęło mu bólu i stresu, nieodłącznie związanych z leczeniem operacyjnym.

Nie sposób uznać, że podstawą dla stosowania w prawie medycznym takich upoważnień jest regulacja czynności prawnych warunkowych przewidziana w przepisach Kodeksu cywilnego. Pomimo dość jednolitego poglądu doktryny, że zgoda pacjenta stanowi oświadczenie podobne do oświadczenia woli, czego konsekwencją ma być odpowiednie stosowanie przepisów prawa cywilnego do tego aktu, nie sposób uznać, że stosowanie to obejmuje wszystkie konstrukcje przewidziane na gruncie k.c. przez ustawodawcę. Stąd też, z uwagi na niezwykle charakterystyczny przedmiot zgody pacjenta oraz ścisły związek z dobrami osobistymi, a także szczególną relację pomiędzy pacjentem a lekarzem, należy stwierdzić, że zgoda pacjenta nie może być skutecznie wyrażona pod warunkiem.

* * *

The scope of Medical Consent and Exceeding Authorization

The patient's consent is a fundamental act which legitimizes medical act and determines its scope. Applicable provisions of medical law limits any exceptions from the principle that patient determines frame of doctor's activities, to exceptional situations falling within the so-called therapeutic exception. However, there are no such regulations legalizing and prohibiting patient to authorize doctor to exceed the scope of the original consent for medical action. In the absence of an explicit legal basis in medical law there is a need to reach to the general provisions of the civil law regulating conditional legal actions and analyze the possibility of using those solutions to consent for medical treatment. The basis for this analysis is in fact applicable thesis on the admissibility of the appropriate application of the rules of civil law to patient's statements.

Key words: patient's rights, medical consent, breach of patient's rights

Mateusz Grześków¹

Rozważania nad kształtem prostej spółki akcyjnej (PSA)

Streszczenie:

Znajdujący się nadal na wczesnym etapie prac zarys tzw. prostej spółki akcyjnej (PSA) ma na celu powołanie do istnienia trzeciej formy spółki kapitałowej, która w zamierzeniu służyć ma ułatwieniu prowadzenia działalności gospodarczej w sektorze przedsiębiorstw innowacyjnych. W rzeczywistości może okazać się popularną spółką ze względu na daleko posunięte uproszczenia w funkcjonowaniu, a wręcz stać się impulsem do wprowadzenia globalnych reform w systemie. Omówienia wymaga zatem kwestia samych fundamentów proponowanej spółki, tj. umiejscowienia PSA w obrębie systemu prawa handlowego, struktury majątkowej oraz instrumentów ochrony jej wierzycieli, szczególnie ze względu na fakt, iż nadal toczą się dyskusje o docelowym kształcie tychże. W rozważaniach pomocne są także wnioski wypływające z zarzuconej już reformy struktury majątkowej spółki z o.o., bowiem łączy je wiele podobnych propozycji.

Słowa kluczowe: prosta spółka akcyjna, PSA, prawo handlowe, reforma, struktura majątkowa, ochrona wierzycieli

1. Wprowadzenie

Celem niniejszego artykułu jest przedstawienie autorskiego omówienia głównych elementów planowanego przez Ministerstwo Rozwoju nowego rodzaju spółki kapitałowej, jakim ma stać się prosta spółka akcyjna (PSA) wskutek planowanej reformy kodeksu spółek handlowych². Poniższe rozważania za punkt wyjścia przyjmują zarys koncepcji

¹ Autor jest doktorantem w Katedrze Prawa Gospodarczego Prywatnego Uniwersytetu Jagiellońskiego.

² Ustawa z dnia 15 września 2000 r. – Kodeks spółek handlowych (t. j. Dz.U. z 2000, Nr 94, poz. 1037 ze zm.), zwana dalej: „k.s.h.”.

zaprezentowanych w drodze wczesnych konsultacji³. Zgodnie z zapowiedziami autorów, PSA z jednej strony ma najbardziej pożądane elementy spółki z ograniczoną odpowiedzialnością oraz spółki akcyjnej, a z drugiej strony trudno nie dostrzec, iż zarys wpisuje się w obecne w polskiej literaturze trendy dotyczące liberalizacji przepisów dotyczących kapitału zakładowego. Odnotować należy, iż część zaprezentowanych postulatów nawiązuje do odrzuconej reformy struktury majątkowej spółki z o.o.^{4, 5}, której podstawowym celem było uproszczenie prowadzenia działalności gospodarczej z wykorzystaniem formy spółki kapitałowej. W ograniczonym zakresie zatem warto zestawzić ze sobą obydwie propozycje.

W niniejszym artykule nacisk położony został na następujące aspekty PSA: umiejscowienie w systemie spółek prawa handlowego, strukturę majątkową oraz ochronę wierzycieli, która nierozzerwalnie związana jest z drugim aspektem. Kolejne rozdziały są im poświęcone.

2. Umiejscowienie w systemie prawa handlowego

W pierwszej kolejności konieczne jest dokonanie oceny decyzji o utworzeniu nowego rodzaju spółki kapitałowej, a nie przykładowo wyodrębnienia podtypu w ramach spółki akcyjnej, tak jak było to planowane w przypadku spółki z o.o.⁶ Rozstrzygnięcie to z poniżej podanych powodów należy uznać za poprawne rozwiązanie.

Po pierwsze, nie prowadzi to do dekompozycji spółki akcyjnej w obecnym kształcie. Zauważyć należy, iż z jednej strony czysto teoretycznym zabiegiem byłoby zreformowanie kształtu spółki akcyjnej poprzez obniżenie minimalnej wysokości kapitału zakładowego przykładowo do wysokości 1 zł albo rezygnacja z kapitału zakładowego, czy też wprowadzenie podtypu w ramach tej samej formy prawnej, który przewidywałby fakultatywne uproszczenia, z których skorzystać mogliby twórcy nowo tworzonej spółki na etapie konstruowania statutu. To pierwsze rozwiązanie na gruncie związania Polski przepisami tzw. II dyrektywy kapitałowej⁷ nie jest możliwe, gdyż nakazuje ona utrzymywać w spółce akcyjnej instytucję kapitału zakładowego w bieżącym kształcie, natomiast drugie rozwiązanie mogłoby zaistnieć, podobnie jak niczym swoisty podtyp

³ <http://www.konsultacje.gov.pl/node/4198>, 15.12.2016. Zwany dalej: „zarys”. Stan prawny w niniejszym artykule na dzień 15 grudnia 2016 r., jak dotąd projekt przepisów PSA nie został opracowany.

⁴ Tzw. spółka z o.o. „light”.

⁵ Reforma określana dalej jako „projekt”. W artykule posłużono się projektem ustawy o zmianie ustawy – Kodeks spółek handlowych oraz niektórych innych ustaw z dnia 11 sierpnia 2014 r. oraz uzasadnieniem projektu ustawy o zmianie ustawy – Kodeks spółek handlowych oraz niektórych innych ustaw z dnia 14 sierpnia 2014 r. Obydwa dokumenty pochodzą ze strony <http://legislacja.rcl.gov.pl/lista/2/projekt/237400>, 15.12.2016.

⁶ Zob. uzasadnienie projektu, s. 4–5.

⁷ Druga dyrektywa Rady Nr 77/91/EWG 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 w całej Wspólnocie, dla ochrony interesów zarówno współników jak i osób trzecich w zakresie tworzenia spółki akcyjnej oraz utrzymania i zmian jej kapitału (Dz. Urz. WE L 26 z 31 grudnia 1976 r.).

spółki akcyjnej została uregulowana publiczna spółka akcyjna⁸. Rozwiązanie to jest niepożądane, gdyż w istocie prowadzi do dopuszczenia do obrotu dwóch zbliżonych do siebie konstrukcji prawnych spółki akcyjnej. W konsekwencji dochodzi do rozmycia kształtu spółki akcyjnej, co przekłada się na problemy występujące po stronie jej kontrahentów dotyczące identyfikacji struktury majątkowej, jeśli zaniecha się dokonania dokładnej analizy co najmniej statutu spółki. Analogiczne rozwiązane było przewidziane w projekcie reformy struktury majątkowej spółki z o.o., która zawierała 3 różne podtypy tej samej spółki, co z powyżej podanych przyczyn spotkało się z przeważająco krytyczną recepcją⁹.

Po drugie, zaletą wprowadzenia nowego rodzaju spółki jest wytworzenie swoistej konkurencji pomiędzy wszystkimi formami prawnymi¹⁰. Umożliwia to sprawdzenie w praktyce obrotu gospodarczego czy dana forma spółki faktycznie spełnia oczekiwania podmiotów rynkowych. Choć podejściu temu można zarzucić, iż prowadzi do tworzenia bytów ponad normę (tj. poprzez wprowadzanie nowych rodzajów spółek w miejsce reformowania obecnie istniejących), ale zasadniczo nie wywołuje to szkód dla przewidzianych przez prawo podmiotów. W przypadku zauważalnego zainteresowania pewnymi rozwiązaniami PSA, stać się ona może przyczynkiem do dyskusji nad globalnymi reformami spółek kapitałowych. Zarazem utworzenie nowego rodzaju spółki nie tworzy także problemów z oznakowaniem spółki w obrocie gospodarczym, co siłą rzeczy występuje w przypadku tylko wyodrębnienia podtypów danej spółki.

Zarys nie przewiduje skonstruowania PSA jako spółki o charakterze tymczasowym. Poświęcić należy uwagę temu pozornie nieistotnemu zagadnieniu. Oznacza to, iż PSA ma być pełnoprawną, samodzielną spółką, a nie formą przejściową do (zapewne) spółki akcyjnej, co następowałoby obligatoryjnie w momencie osiągnięcia określonych wymogów ustawowych. Przykładowo: na PSA ciąży obowiązek odkładania określonych kwot z osiągniętego zysku w poprzednim roku obrotowym celem budowy kapitału zakładowego, a wraz z osiągnięciem wysokości 100 000 zł, PSA przekształcałaby się w spółkę akcyjną. Rozwiązanie to nie ma racji bytu, bowiem sprowadza PSA do podmiotu drugiej kategorii, o sztywnej strukturze podporządkowanej docelowemu kształtowi spółki akcyjnej. Nie byłaby zatem to nowa jakość w obrębie spółek kapitałowych, co istotnie

⁸ Wskazane jest odnotować, iż podstawowym wariantem spółki akcyjnej przewidzianej przepisami k.s.h. jest tzw. niepubliczna spółka akcyjna, gdy część przepisów odnoszących się do spółki publicznej ma charakter *lex specialis* wobec bazowych rozwiązań. Co oczywiste, stopień odmienności PSA wobec SA ma dotyczyć samych fundamentów regulacji, a nie jak w przypadku spółki publicznej – bardziej szczególnych rozwiązań.

⁹ Zob. przykładowo: J. Frąckowiak, *Demontaż spółki z o.o. czy nowy rodzaj spółki kapitałowej – uwagi na tle proponowanej nowelizacji kodeksu spółek handlowych*, Przegląd Prawa Handlowego 2011/06; W.J. Katner, A. Kappes, J. Janeta, *Kontrowersyjny projekt reformy struktury majątkowej spółki z ograniczoną odpowiedzialnością*, Przegląd Prawa Handlowego 2011/04; A. Kidyba, K. Kopaczyńska-Pieczniak, *Spółka kapitałowa bez kapitału zakładowego – głos w dyskusji nad projektem zmian kodeksu spółek handlowych*, Przegląd Prawa Handlowego 2011/03.

¹⁰ Analogicznie jak ma to miejsce pomiędzy poszczególnymi systemami prawnymi; por. J. Okolski, M. Szyszka, *Ocena najważniejszych zmian kodeksu spółek handlowych dokonanych nowelizacją z 23.10.2008 r.*, Przegląd Prawa Handlowego 2009/06, s. 6.

zaważyć mogłoby na z jednej strony ich popularności, a z drugiej strony na powadze tych podmiotów. Analogicznie zdecydowano się uregulować bowiem w Niemczech w 2008 r. uproszczoną wersję *Gesellschaft mit beschränkter Haftung* (GmbH), tj. *Unternehmergesellschaft* (UG)¹¹. U progu działalności wymaga ona kapitału zakładowego w wysokości 1 EUR, ale jednocześnie zobowiązana jest do jego budowy w drodze obowiązku odkładania zysku na ten cel. Gdy kapitał zakładowy osiąga wysokość 25 000 EUR, UG przekształca się z mocy prawa w pełnoprawną GmbH. W praktyce jednak spółki te nie cieszą się renomą i traktowane są jako podmioty drugiej kategorii, co leży u podstaw poglądów kwestionujących sens przeprowadzenia owej reformy¹². W oparciu o powyższe należy przychylić się do poglądu wyrażonego w zarysie i odrzucić koncepcję potraktowania PSA jako „proto-spółki akcyjnej”, tym samym zarzucając propozycje, w myśl których na PSA nałożony zostałby obowiązek przekształcenia w spółkę akcyjną po spełnieniu określonych kryteriów ustawowych. W istocie podważałoby to cel reformy.

Ostatecznie zabrać należy głos jeszcze w kwestii samego umiejscowienia przepisów dotyczących PSA, tj. czy mają one się znaleźć w k.s.h., czy też w odrębnej ustawie oraz ich relacji do przepisów regulujących pozostałe spółki kapitałowe. Choć autor nie czuje się zwolennikiem rozwiązania w postaci wprowadzania przysłowiowych „artykułów ze znaczkami”, jako że w nadmiernej ilości zaburzają one czytelność aktu prawnego, a w tym wypadku spodziewać się należy dodania szacunkowo ponad setki artykułów nr 490^{1-x}¹³, to mimo wszystko, odwołując się do postulatów zamkniętej całości i niedekomponowania k.s.h.¹⁴, należy odrzucić postulat utworzenia odrębnej ustawy poświęconej PSA. Ustawodawca powinien dążyć do umieszczenia wszystkich przepisów dotyczących tej samej materii w ramach jednego aktu prawnego, stąd trudno znaleźć przyczyny, dla których część spółek prawa handlowego miałaby znaleźć się poza przepisami k.s.h. Prowadziłoby to bowiem do zbędnej inflacji prawa¹⁵. Takie rozwiązanie zgodne jest także z polskimi tradycjami prawa handlowego. Zarówno kodeks handlowy¹⁶ jak i k.s.h. w pełni obejmują wszystkie spółki prawa handlowego. Choć europejska spółka prywatna¹⁷, będąca spółką kapitałową, umieszczona została

¹¹ Zob. § 5a Gesetz betreffend die Gesellschaften mit beschränkter Haftung vom 20. April 1892 (RGBl. I S. 477).

¹² Zob. M. Romanowski, *W sprawie spółki z o.o. „light” i efektywności kapitał zakładowego*, Przegląd Prawa Handlowego 2010/01, s. 9-10; problem ten wskazali także twórcy reformy spółki z o.o. „light”; zob. uzasadnienie projektu, s. 5-6.

¹³ Jest to numer ostatniego przepisu regulującego spółkę akcyjną. Autor zakłada, iż PSA umiejscowiona zostałaby zaraz po spółce akcyjnej.

¹⁴ Zob. A. Szumański, *Hybrydalne typy spółek handlowych*, Przegląd Prawa Handlowego 2000/06, s. 23, 28.

¹⁵ Zob. A. Kibyba, *Kultura legislacyjna w kodeksach handlowych*, Przegląd Prawa Handlowego 2015/07, s. 4-5. W artykule ma miejsce wyliczenie obowiązujących ustaw regulujących prawo handlowe u zarania II RP. Słusznie podnoszone są uwagi co do pierwotnej koncepcji wyodrębnienia spółek kapitałowych do odrębnej ustawy w toku prac kodyfikacyjnych jako „kodeksu niekompletnego podmiotowo”.

¹⁶ Rozporządzenie Prezydenta Rzeczypospolitej z dnia 27 czerwca 1934 r. – Kodeks handlowy (t. j. Dz.U. z 1934, Nr 57, poz. 502 ze zm.), zwane dalej: „kodeks handlowy”.

¹⁷ Uregulowana w ustawie z dnia 4 marca 2005 r. o europejskim zgrupowaniu interesów gospodarczych i spółce europejskiej (t. j. Dz.U. z 2005, Nr 62, poz. 551).

w odrębnej ustawie, nie przekreśla to powyższego stanowiska, bowiem jest to twór o złożonych źródłach prawa, będących mieszaniną przepisów unijnych oraz krajowych oraz o specyficznym, transgranicznym charakterze¹⁸. Kolejna rzecz to kwestia relacji między przepisami tak zmodyfikowanego k.s.h. w stosunku do PSA. Truizmem jest napisać, iż przepisy wspólne (dział I) oraz dział III (spółki kapitałowe) z tytułu I znajdują wprost zastosowanie do PSA. Istotne jest to, czy PSA ma być w pełni autonomiczną spółką kapitałową (jak obecnie spółka z o.o. w stosunku do modelowej spółki akcyjnej¹⁹), czy też ma zostać zredagowana w formie przepisów szczególnych w stosunku do spółki akcyjnej (analogicznie jak ma to miejsce w przypadku spółek osobowych w relacji do modelowej spółki jawnej²⁰). Kierując się dotychczasowym sposobem uregulowania spółek kapitałowych oraz odrzucając powyżej prezentowane koncepcje uregulowania PSA jako podtypu wobec spółki akcyjnej, stwierdzić należy, iż PSA powinna otrzymać w pełni kompleksowe, odrębne uregulowane przepisy, tym bardziej jeśli w toku prac okaże się, iż PSA z jednej strony czerpie zróżnicowane mechanizmy z obecnie istniejących spółek kapitałowych, a z drugiej strony wprowadza dalece posunięte modyfikacje tychże mechanizmów albo implementuje rozwiązania nieznane polskiemu prawu handlowemu.

3. Struktura majątkowa prostej spółki akcyjnej

Do najważniejszych zagadnień poruszanych w niniejszym rozdziale przynależą następujące kwestie: obniżenie minimalnej wysokości kapitału zakładowego, możliwość utworzenia tzw. kapitału podstawowego, rozszerzenie zakresu kategorii wkładów niepieniężnych oraz problematyka zróżnicowania rodzajów akcji.

3.1. Uelastycznienie zasad dotyczących kapitału zakładowego

U podstawy założeń zarysu leży obniżenie wysokości minimalnego kapitału zakładowego do wysokości 1 zł, przy zachowaniu minimalnej wysokości wartości nominalnych akcji w wartości 1 gr. O ile ta druga wartość tożsama jest z wartością przewidzianą w art. 308 § 2 k.s.h. i dla zachowania spójności systemowej pozostawiona bez zmian²¹, o tyle z pewnością tak niska wysokość minimalnego kapitału zakładowego wywoła kontrowersje, podobnie jak miało to miejsce w przeszłości przy reformach spółki z o.o. oraz spółki akcyjnej²².

Nie jest celem tego artykułu prowadzenie pogłębionej analizy zagadnienia czy kapitał zakładowy pełni swoją rolę, czy jest tylko obecnie niepotrzebną instytucją. Wskazać należy tylko na następujące, wielokrotnie powtarzane argumenty przemawiającego

¹⁸ A. Opalski, *Europejskie prawo spółek*, Warszawa 2010, s. 527–531.

¹⁹ Zob. W. Pyzioł, A. Szumański, I. Weiss, *Prawo spółek*, Warszawa 2014, s. 250.

²⁰ Zob. *ibidem*, s. 101; A. Szumański, *op.cit.*, s. 20 – 21.

²¹ M. Jankowska, M. Pawełczyk, *Akcje jednogroszowe*, Przegląd Prawa Handlowego 2013/03, s. 35.

²² Nowelizacja przepisów art. 154 i 308 k.s.h. została dokonana w 2008 r. Obniżono wówczas minimalną wysokość kapitału zakładowego z 50 000 zł do 5 000 zł w spółce z o.o. oraz z 500 000 zł do 100 000 zł w spółce akcyjnej. Zob. J. Frąckowiak, *op.cit.*, s. 6; J. Okolski, M. Szyszka, *op.cit.*, s. 8–9.

przeciw niemu: arbitralność ustawowej kwoty kapitału zakładowego²³, niemożność nabywania akcji spółki poniżej ich wartości nominalnej²⁴, pozorność ochrony interesów wierzycieli²⁵, historyczna wartość informacji o wysokości kapitału zakładowego^{26, 27}.

Wprowadzenie podmiotu z ustawową, minimalną wysokością kapitału zakładowego na poziomie 1 zł bez wątpliwości umożliwi zweryfikowanie twierdzeń proponentów instytucji kapitału zakładowego, wskazujących na jego dobitną rolę, a czasem także na konieczność wycofania się z reformy z 2008 r.²⁸ Pomyślne przyjęcie PSA w praktyce może okazać się katalizatorem do wprowadzenia analogicznych reform odnośnie kapitału zakładowego w pozostałych spółkach kapitałowych, a w dalszej perspektywie także do rezygnacji z tej instytucji. Blisko osiągnięcia tego celu była proponowana reforma spółki z o.o., w przypadku której trudno uznać kwotę w wysokości 5 000 zł za realny „test powagi”²⁹.

Pomijając powyższe czysto systemowe uwagi, należy z przyczyn poniższych zaprobować takie ukształtowanie instytucji kapitału zakładowego w PSA. W pierwszej kolejności ze względu na fakt, że przynajmniej wedle założeń, PSA ma być

²³ Tj. działalność w różnych branżach wymaga różnych nakładów kapitałowych, stąd tendencja do ustalania raczej niższej niż wyższej minimalnej wysokości kapitału zakładowego, by nadmiernie nie zawężyć danej formy spółki kapitałowej do określonych typów przedsiębiorstw. Wprowadzenie modelu przeciwnego, tzn. ustalenia odrębnej kwoty dla poszczególnych branż, byłoby przejawem istotnego przeregulowania prawa gospodarczego. Por. A. Opalski, M. Romanowski, *O potrzebie zasadniczej reformy polskiego prawa spółek*, Przegląd Prawa Handlowego 2008/06, s. 5–6.

²⁴ Tj. ma to znaczenie w sytuacji restrukturyzacji spółki, co szczególnie okazuje się problematyczne, gdy wycena rynkowa udziałów/ akcji spada poniżej ich wartości nominalnej, przez co zawęży się krąg potencjalnych nabywców. W większym stopniu dotyczy spółki z o.o. (ze względu na minimalną wysokość nominalną udziałów – 50 zł), aniżeli spółki akcyjnej, gdzie w razie potrzeby istnieje możliwość obniżenia wartości nominalnej akcji aż do 1 gr. Por. M. Jankowska, M. Pawełczyk, *op.cit.*, s. 35–36.

²⁵ Tj. wierzyciele dochodzą swoich roszczeń z całego majątku spółki, a nie tylko kapitału zakładowego. Ze względu na fakt, iż ustawa nie wymaga skorelowania jego wysokości ze skalą prowadzonej przez spółkę działalności, w praktyce okazuje się, iż kapitał zakładowy stanowi tylko nieistotną część całego majątku spółki. Por. A. Opalski, M. Romanowski, *op.cit.*, s. 6.

²⁶ Tj. kapitał zakładowy informuje tylko o pewnym wycinku majątku spółki istniejącym w określonym momencie przeszłości, szczególnie na samym początku działalności, gdy może być on głównym źródłem finansowania wydatków spółki. Dokonywania oceny wypłacalności spółki przez pryzmat tylko kapitału zakładowego pozbawione jest nieuzasadnione. Por. M. Żurek, *W poszukiwaniu optymalnego modelu regulacji struktury majątkowej spółki z o.o. – ujęcie prawno-ekonomiczne*, Przegląd Prawa Handlowego 2016/05, s. 35.

²⁷ Zob. przykładowo: A. Radwan, *Sens i nonsens kapitału zakładowego – przyczynek do ekonomicznej analizy ustawowej ochrony wierzycieli spółek kapitałowych* [w:] *Europejskie prawo spółek. Tom II. Instytucje prawne dyrektywy kapitałowej*, red. M. Cejmer, J. Napierała, T. Sójka, LEX/el (nr: 49757), 2005; J. Armour, *Legal Capital: an Outdated Concept?*, European Business Organization Law Review 2006, Vol. 7, Issue 1; J.R. Macey, E. Luca, *Creditors Versus Capital Formation: The Case Against the European Legal Capital Rules*, Cornell Law Review 2001, Vol. 86, Issue 6; J. Modrzejewski, C. Wiśniewski, *Zmierzch minimum kapitałowego – i co dalej?*, Przegląd Prawa Handlowego 2010/12; A. Opalski, *Europejskie...*, s. 232 – 240.

²⁸ Zob. A. Kidyba, *Komentarz aktualizowany do art. 1–300 Kodeksu spółek handlowych*, LEX/el (nr: 10293), 2016, art. 154 pkt 1 i tam przywołana literatura.

²⁹ Zob. S. Sołtysiński, *Kilka uwag o potrzebie modernizacji spółki z o.o.*, Przegląd Prawa Handlowego 2011/09, s. 5–7.

przeznaczona dla prowadzenia działalności innowacyjnej; zniesienie bariery kapitałowej w postaci konieczności zgromadzenia stosownego kapitału na pokrycie kapitału zakładowego udostępnia tę formę spółki szerokiemu gronu przedsiębiorców. Oczywiście zadać można pytanie, czy faktycznie musi to być tylko 1 zł? Wydaje się, iż bezzasadne byłoby ustalenie minimalnej wysokości kapitału zakładowego powyżej kwoty przewidzianej dla spółki z o.o., jako że PSA ma służyć działalności opartej o realizację innowacyjnych pomysłów, które w większym stopniu wymagają urzeczywistnienia idei, głównie w sektorze nowych technologii oraz wkładu w postaci wiedzy, co niekoniecznie wymaga ponoszenia nakładów na rozruch biznesu, szczególnie w obecnych czasach sprzyjającym start-upom³⁰. Dla kontrastu, spółka z o.o. w zamyśle przeznaczona jest dla działalności prowadzonej w mniejszej skali, ale w tradycyjnych gałęziach gospodarki. Z kolei ustanowienie minimalnej wysokości kapitału zakładowego PSA powyżej 1 zł, a poniżej 5000 zł traci brakiem powagi i tylko w dalszym stopniu podważałoby jego tzw. funkcję gwarancyjną. Odrzucić należy także tezy o tzw. „spółkach bezkapitałowych”³¹, bowiem realistycznie patrząc, prowadzenie działalności gospodarczej wymaga finansowania, które do spółki musi zostać wniesione przez jej założycieli, a trudno oczekiwać by powoływano do życia podmioty niewypłacalne od samego początku³². Ustanawiając próg na poziomie 1 zł umożliwia się im się swobodne dopasowanie tej instytucji do ich potrzeb na początkowych etapach funkcjonowania. Ponadto, spółka taka jest traktowana poważnie przez pozostałe podmioty na rynku tylko wtedy, gdy jest w stanie wykazać swoją dobrą kondycję finansową. Ze względów praktycznych pożądane jest, gdy dokonuje się to poprzez naciski ze strony podmiotów trzecich, które przykładowo uzależniają udzielenie kredytu od ustanowienia przez spółkę stosownego kapitału zakładowego, aniżeli poprzez ustawodawcę, który narzuca sztywny obowiązek w postaci pokrycia kapitału zakładowego w bagatelnej wysokości.

Skrajnym rozwiązaniem jest powiązanie w drodze ustawy wysokości kapitału zakładowego spółki ze skalą jej działalności (np. w stosunku do wysokości jej bieżących zobowiązań). Introdukcja takiego rozwiązania jest jednak niepożądana, gdyż: nie jest ono w ogóle znane polskiemu systemowi spółek kapitałowych, rodzi konieczność dokonywania okresowych, regularnych zmian w statucie spółki wynikających z podwyższenia albo obniżenia kapitału zakładowego, a ponadto tego rodzaju cel jest możliwy do osiągnięcia innymi metodami wiążącymi z mniejszymi formalnymi obowiązkami, tj. poprzez obowiązkowe rezerwy, o czym szerzej w rozdziale 4.2.

³⁰ Zob. przykładowo: *Powstał nowy inkubator dla start-upów energetycznych. Stworzyła go polska spółka, Pierwszy Milion*, 12 grudnia 2016 r., <http://pierwszymilion.forbes.pl/pgnig-stworzylo-inkubator-dla-startupow-energetycznych-innvento,artykuly,209407,1,1.html>, 15.12.2016. Także: *Coraz więcej start-upów z zagranicy otwiera działalność w Polsce*, Pierwszy Milion, 21 grudnia 2015, <http://pierwszymilion.forbes.pl/coraz-wiecej-start-upow-z-zagranicy-otwiera-dzialalnosc-w-polsce,artykuly,201421,1,1.html>, 15.12.2016.

³¹ Czy też określonych jako tzw. spółki taniej bandery; zob. M. Romanowski, *op.cit.*, s. 7; W.J. Katner, A. Kappes, J. Janeta, *op.cit.*, s. 11; J. Frąckowiak, *op.cit.*, s. 6 i 9.

³² Zob. S. Sołtysiński, *op.cit.*, s. 7.

3.2. Kapitał podstawowy

We wstępnym projekcie kapitał podstawowy zaprezentowany został bardzo lakonicznie. Omówiono tylko jego istotę, która sprowadza go do kapitału pochodzącego z tzw. akcji pozbawionych wartości nominalnej³³, które w chwili obecnej nieznane są prawu polskiemu. Jednocześnie, na co wskazano, miałby on mieć charakter fakultatywny, tzn. mógłby zostać on wprowadzony obok klasycznego kapitału zakładowego.

Nie jest jednak to rozwiązanie, którego nie próbowano już w polskich spółkach kapitałowych implementować. Analogiczny model struktury majątkowej przewidywała spółka z o.o. „light”³⁴. Najwyraźniej więc wszelkie poczynione tam uwagi są nadal aktualne³⁵. Przyjęcie zatem takiego rozwiązania niewątpliwie tworzyć będzie następujące problemy: zbyt płynną strukturę majątkową spółki w oczach podmiotów trzecich, możliwość obejścia instytucji kapitału zakładowego oraz kwestię relacji pomiędzy prawami akcjonariuszy posiadających akcje związane z i oderwane od kapitału zakładowego.

Problem nadmiernie płynnej struktury majątkowej spółki bierze swe źródło przede wszystkim z bezpieczeństwa obrotu oraz ochrony interesów wierzycieli spółki. W chwili obecnej autorzy wskazują na tylko to, że wprowadzenie kapitału podstawowego dokonywać się będzie w drodze zmiany statutu spółki. Przy założeniu, iż PSA towarzyszyć ma także zmniejszenie formalizmu w zakresie rejestracji i prowadzeniu spółki, nie należy oczekiwać, by zmiana statutu w postaci wprowadzenia/ eliminacji kapitału podstawowego w spółce była obwarowana ponadprzeciętnymi warunkami. Stąd płynie konkluzja, iż dokonywać się będzie to w drodze głosowania zwykłą większością głosów na walnym zgromadzeniu akcjonariuszy. I jednocześnie pojawiają się wątpliwości w kwestii ujawniania w statucie stanu zaistnienia jak i wysokości kapitału podstawowego. O ile to pierwsze powinno mieć miejsce, o tyle to drugie, przy obecnych założeniach, pozbawione jest sensu³⁶. Skoro środki trafiające na kapitał podstawowy mają być łatwo zwracane wspólnikom, to spodziewać się należy, iż wysokość kapitału podstawowego może się w krótkim czasie często zmieniać. Wymóg by spółka ujawniała każdorazowo jego wysokość po jej zmianie zaprzeczałby zasadzie odformalizowania PSA. Wskutek czego wprowadzać będzie to niepewność w oczach każdego potencjalnego kontrahenta spółki, który w istocie nie będzie, bez dogłębnego *due diligence* struktury majątkowej przy każdej planowanej transakcji, pewien co do wysokości majątku posiadanego przez spółkę. Zazębia się to z problemem kolejnym.

Zadać należy pytanie, jaki jest sens dopuszczania do obrotu spółki z kapitałem zakładowym w wysokości 1 zł, kiedy jednocześnie może ustanowić ona odrębny kapitał

³³ Szerzej o akcjach pozbawionych wartości nominalnej, ich typologii, itd. zob. M. Cejmer, K. Zawicki, *Akcje bez określonej wartości nominalnej* [w:] *Europejskie prawo spółek. Tom II...*

³⁴ Dopuszczając łącznie 3 warianty: tradycyjny (oparty na kapitale zakładowym), beznominałowy (oparty na udziałach pozbawionych wartości nominalnej) oraz mieszany (połączenie dwóch wcześniej wymienionych). Ten ostatni był poddany szczególnej krytyce i wydaje się, że siłą rzeczy, w przypadku PSA próbuje się go odtworzyć.

³⁵ Zob. przypis 9.

³⁶ Analogicznie jak w przypadku kapitału udziałowego w projekcie spółki z o.o. „light”. Por. uzasadnienie projektu, s. 6.

w dowolnej wysokości, który w ogóle nie podlega regulacjom ochronnym kapitału zakładowego? Uznać należy to rozwiązanie za zwyczajne dopuszczenie furtki w ustawie umożliwiającej całkowite obejście instytucji kapitału zakładowego. Jego konsekwencją będzie istnienie spółek, które wykazywać będą kapitał zakładowy w wysokości 1 zł, gdy pozostałe wkłady pochodzić będą z pokrycia akcji beznominałowych. Taki model zaprzecza zasadzie odformalizowania prowadzenia spółki, skoro będzie wymuszać prowadzenie symbolicznej księgowości dla kapitału zakładowego. Logiczne jest całkowite zrezygnowanie z kapitału zakładowego, a nie utrzymywanie dwóch odrębnych systemów służących pozyskiwaniu środków pochodzących z emisji akcji.

Pozostaje jeszcze kwestia relacji praw korporacyjnych akcjonariuszy, którzy objęli w spółce akcje nominałowe w stosunku do tych, którzy objęli akcje beznominałowe. W świetle powyższych problemów uznać należy to za poboczne zagadnienie, jeśli za punkt wyjścia uzna się, iż akcja w spółce warta jest tylko tyle, ile wynosi jej wycena rynkowa³⁷. Tym samym odrzucić można głosy, iż sytuacja w której jeden akcjonariusz nabywa X akcji nominałowych po cenie Y będzie pokrzywdzony, gdyż inny akcjonariusz nabywa X akcji beznominałowych po cenie stanowiącej ułamek Y, a obydwaj uzyskają dokładnie takie same uprawnienia korporacyjne (jako że obliczane są one jako stosunek posiadanych akcji [niezależnie od typu] w stosunku do ogólnej ilości akcji w spółce)³⁸. Takie podejście wsparte jest choćby praktyką obrotu giełdowego, gdzie mało który inwestor zainteresowany jest wysokością nominalną akcji, a analiza wykresu kursu akcji wielu spółek pokazuje, iż wahania ceny za akcję w określonym przedziale czasowym potrafią być znaczne. Pomimo to nikt nie stawia zarzutów o dysproporcji w nabywanych uprawnieniach korporacyjnych³⁹. Sekunduje mu także minimalna wysokość nominalna akcji w postaci 1 gr⁴⁰. Problem ten należy jednak przytoczyć i omówić, jako że był wskazywany w przypadku proponowanej reformy spółki z o.o.⁴¹

Powyższe wskazuje, iż należało opowiedzieć się za jednolitym modelem struktury majątkowej, tj. ustawodawca powinien się zdecydować albo na klasyczny model oparty na kapitale zakładowym albo wprowadzić, obcy polskiemu prawu spółek, model oparty o akcje pozbawione kapitału zakładowego. Trudno dostrzec jakiegokolwiek realne korzyści z dopuszczenia do istnienia spółek o dualnej strukturze majątkowej, która w istocie jest formą obejścia instytucji kapitału zakładowego. Konsekwentnie trzeba przystać

³⁷ W literaturze przyjmuje się różne wartości akcji, tj.: nominalną, rynkową, bilansową czy emisyjną. W gospodarce rynkowej trudno jednak zaakceptować jakiegokolwiek twierdzenie, które odmawiałoby wartości rynkowej prymatu w tym kontekście. Szczególnie w przypadku procesów restrukturyzacyjnych. Zob. A. Kidyba, *Komentarz aktualizowany do art. 301–633 Kodeksu spółek handlowych*, LEX/el (nr: 10331), 2016, uwagi do art. 308 pkt 3.

³⁸ Por. art. 242 § 1 k.s.h. w projekcie.

³⁹ A nawet reakcje na zapowiedzi podwyższenia wartości nominalnej akcji potrafią wywoływać panikę wśród inwestorów, gdyż traktowane są jako próba wyprowadzenia majątku ze spółki, poprzez np. podatki. Zob. D. Szymański, *Jedno zdanie ministra energii wywołało przerażenie wśród inwestorów*, Business Insider Polska, 22 września 2016.

⁴⁰ Zob. R. Pabis, *Projekt reformy przepisów o spółce z o.o. – głos*, Przegląd Prawa Handlowego 2011/07, s. 17.

⁴¹ Jako naruszenie art. 20 k.s.h. Zob. J. Frąckowiak, *op.cit.*, s. 6, 8.

tylko na jeden, spójny model struktury majątkowej spółki, wokół którego budowane są przepisy chroniące wierzycieli⁴². O ile model oparty na kapitale zakładowym jest spójny systemowo i w duchu tradycji polskiego prawa spółek, o tyle wydaje się, iż PSA powinna zostać rewolucyjnym krokiem naprzód i z racji, i tak obniżenia znaczenia kapitału zakładowego, całkowicie zrezygnować z niego, a w rezultacie być opartą o kapitał podstawowy. Trzeba jednak mieć wzgląd na konsekwencje takiego rozwiązania, nakazuje ono bowiem postawienie większego nacisku na instrumenty ochrony wierzycieli (szerzej o tym w rozdziale 4), jednocześnie eliminując przepisy dotyczące podwyższania czy obniżenia kapitału zakładowego, a w tym postępowania konwokacyjnego. Pewnym kompromisowym, dalej idącym rozwiązaniem, czerpiącym z ducha „testu powagi” mogłoby być wprowadzenie obowiązku zebrania kapitału podstawowego w pewnej, minimalnej określonej przez ustawę wysokości (przykładowo: 50 000 zł), jako przesłanki powstania spółki⁴³. Nie należy bowiem utożsamiać minimalnej wysokości kapitału zakładowego z minimalną wysokością kapitału podstawowego, jako że ten drugi pełni tylko rolę progu do przekroczenia na etapie tworzenia spółki, a na dalszym etapie nie podlega zasadom ochronnym typowym dla kapitału zakładowego.

3.3. Zmiany dotyczące wkładów niepieniężnych oraz akcji PSA

Zarys przewiduje wprowadzenie kilku nowych kategorii akcji⁴⁴, jakie emitować może PSA, których charakter uzależniony jest od roli, jaką pełnić mają osoby je obejmujące. O ile samą ideę można zaaprobować jako ciekawe rozwinięcie koncepcji akcji uprzywilejowanych, o tyle powstaje pytanie, czy jest sens wyodrębniać je w formie ustawowej? PSA powinna raczej zaczerpnąć możliwe dużo rozwiązań dotyczących akcji z obecnej regulacji spółki akcyjnej, a zatem, skoro w jej wypadku występuje tylko przykładowy katalog ustawowy akcji uprzywilejowanych w art. 351 k.s.h., który w statucie można swobodnie kształtować tak długo, jak nienaruszona zostaje zasada jednakowego traktowania akcjonariuszy w tych samych okolicznościach wyrażona w art. 20 k.s.h.⁴⁵, to niecelowe jest by ową kwestię regulować ustawą. Widać to szczególnie na przykładzie akcji inwestorskich, które przewidywać mają mechanizm uprzywilejowania akcji na etapie likwidacji spółki. Czy nie jest to bowiem odpowiednik uprzywilejowania w zakresie podziału majątku spółki w razie likwidacji? Natomiast akcje pracownicze oraz przeznaczone dla doradców lub współpracowników założycieli łączy aspekt motywacyjny, mają być one bowiem wydawane w zamian za świadczone usługi lub wzorcowe wykonywanie obowiązków pracowniczych. Zarys nie wyklucza emitowania przez PSA ani opcji na akcje, ani obligacji zamiennych, ani warrantów subskrypcyjnych. Z tego względu trudno nie zauważyć, iż te rodzaje akcji zazębiają się z tymi instrumentami finansowymi, przez co trudno znaleźć uzasadnienie dla wprowadzania

⁴² Zob. M. Romanowski, *op.cit.*, s. 9.

⁴³ Por. obecny art. 306 k.s.h.

⁴⁴ Tj. akcje założycielskie (inwentyrskie), inwestorskie, pracownicze oraz dla doradców lub współpracowników założycieli spółki.

⁴⁵ Zob. A. Kidyba, *Komentarz aktualizowany do art. 301...*, uwagi do art. 351, pkt 1 i 2.

nowych instytucji zbliżonych do już funkcjonujących w obrocie, *notabene* cieszących się niskim zainteresowaniem.

Pozostaje jeszcze kwestia kategorii akcji założycielskich, które w swym założeniu łączą się z problematyką zmiany zasad wnoszenia aportów do spółki. Mają być one bowiem obejmowane przez założycieli spółki (tylko osoby fizyczne) po jej założeniu w zamian za obowiązek świadczenia pracy na rzecz spółki lub wniesienia wkładu intelektualnego, który na danym etapie pozbawiony jest wartości komercyjnej lub w ogóle przyjmuje postać niezbywalnego prawa majątkowego. Koncepcji tej stoi na drodze treść art. 14 § 1 k.s.h., który wyklucza tego rodzaju wkłady niepieniężne w spółkach kapitałowych⁴⁶. Co oczywiste zatem, przepisy PSA musiałyby w tym zakresie ustanowić wyjątek. Jeden z postulatów sugeruje także by mogłyby one dotyczyć wyłącznie akcji wydawanych w ramach kapitału podstawowego, celem przeciwdziałania problematyce pozorności wartości wniesionego wkładu niepieniężnego na pokrycie akcji w kapitale zakładowym⁴⁷. Ostatecznie, akcje te cechować ograniczenie ich zbywalności i zasadniczo, dopóki nie stanie się możliwe oszacowanie ich wartości, a tym samym skomercjalizowanie, niemożliwe byłoby przekształcenie ich w akcje zwykłe. Koncepcję akcji inwentorskich z następujących przyczyn należy zaaprobować. Z przyczyn celowościowych odpowiada to koncepcji start-upów, których zadaniem jest rozwinąć i nadać wartość komercyjną innowacyjnym pomysłem. Przy nadaniu im charakteru fakultatywnego znaleźć mogą szczególnie zastosowanie w przypadkach, gdy spółkę tworzyć i prowadzić będą osoby bez kapitału, ale z pomysłem ideowym, a finansowanie (poprzez akcje zwykłe) wniosą podmioty trzecie. Noszą znamiona instrumentów motywacyjnych, tj. nawet jeśli dany założyciel spółki nie będzie ani członkiem jej organów, ani nawet pracownikiem, to celem uzyskania korzyści materialnych z posiadanych akcji musi z własnej woli świadczyć stosowne usługi na rzecz spółki, przyczyniając się do wzrostu jej wartości, a tym samym odpada jedna z przyczyn, dla których ustawodawca nie dopuścił świadczenia pracy jako formy wkładu niepieniężnego. Muszą zatem mieć charakter akcji imiennych. Przchylić się należy do poglądu, by akcje założycielskie funkcjonować mogły tylko w ramach kapitału podstawowego, bowiem ze względu na niemożność dokonania wyceny ich wartości w momencie zakładania spółki, oznaczałoby to, iż kapitał zakładowy jest częściowo w ogóle niepokryty i stan taki nigdy nie ulegnie zmianie, co przeczy funkcji ochronnej⁴⁸. Problem ten nie dotyczy natomiast w ogóle kapitału podstawowego, stąd jest to kolejny argument do rezygnacji z kapitału zakładowego

⁴⁶ Brak im bowiem zdolności aportowej, nie spełniają kryterium wartości majątkowej, kryterium aktualności realności i pewności oraz kryterium zbywalności. Zob. A. Opalski, *Europejskie...*, s. 244-245.

⁴⁷ Tj. w rzeczywistości dany wkład pozbawiony jest wartości, a tym samym nie odpowiada w ogóle wartości objętych akcji. W rezultacie kapitał zakładowy w danej części pozostaje *de facto* niepokryty. Zob. *Wkłady niepieniężne w spółkach handlowych*, red. W. Popiołek, LEX/el (nr: 208241), 2014, rozdział 3.1.3.

⁴⁸ Fakt, iż dany posiadacz akcji inwentorskich ma świadczyć usługi na rzecz spółki nie ma żadnej wartości dla jej wierzycieli, bowiem nie wpływa to na możliwość wyegzekwowania ich roszczeń. Zob. K. Oplustil, *Wkłady niepieniężne w prawie europejskim i polskim – zdolność aportowa, zabezpieczenie należytej wyceny, ukryte aporty* [w:] *Europejskie prawo spółek. Tom II...*, rozdział 3.1.

w ramach PSA. W zakresie konwersji akcji inwentorskich na akcje zwykłe powinno się to odbywać z zasady na wniosek danego akcjonariusza za zgodą wyrażoną w uchwale walnego zgromadzenia akcjonariuszy (jako organu sprawującego funkcje właścicielskie w spółce) po bieżącym kursie akcji zwykłych⁴⁹. Ostatecznie, by nie dopuścić do sytuacji, w której część posiadaczy akcji założycielskich w istocie nie będzie świadczyć swych usług spółce, a zatem nie wywiąże się niejako z podstawowego powodu otrzymania tychże, co zarazem nie będzie blokować im możliwości zyskania na wartości wzrostu akcji spółki oraz realizacji prawa głosu (o ile akcje inwentorskie nie będą ukształtowane jako akcje nieme), wskazane byłoby wprowadzić możliwość ich umorzenia w takim przypadku, co już dookreślać powinny przepisy statutów poszczególnych PSA, ze względu na specyfikę wkładu w postaci świadczenia usług oraz konsekwencji ich niewykonywania⁵⁰. Zarysowany został powyżej także problem prawa głosu z tych akcji wynikający z faktu, iż ich posiadacze z jednej strony dysponować będą uprawnieniami na równi z pozostałymi akcjonariuszami (pomijając jakiegokolwiek uprzywilejowania co do prawa głosu tychże), a z drugiej nie wnoszą przecież oni żadnego wymierzalnego materialnie wkładu, co ewidentnie narusza regułę prymatu kapitału nad elementami osobowymi, charakterystyczną dla spółek kapitałowych⁵¹. Wyłączenie jednak prawa głosu może doprowadzić do powstania spółek, w których nie dość, że głosowanie jest niemożliwe, to jeszcze nie posiadają one *de facto* żadnego kapitału⁵², a wprowadzanie rozwiązań typu PSA musi wyemitować co najmniej jedną akcję zwykłą, w skrajnych wypadkach może prowadzić do sytuacji zbliżonej. Stąd akcje założycielskie muszą przewidywać prawo głosu, natomiast samym zainteresowanym inwestorom w spółkę należy pozostawić już kwestię ułożenia zasad kooperacji pomiędzy „dawcami kapitału” a „inwentorami”⁵³. Szczegółowa analiza zagadnienia potencjalnego ukształtowania zasad *corporate governance* w PSA wykracza jednak poza ramy tego artykułu, zatem ogranicza się on tylko do wskazania podstawowych problemów.

Nieco uwagi należy poświęcić jeszcze formie dokumentu akcji oraz paru kwestii z tym związanym. Czynione jest to w wąskim zakresie, gdyż w istocie wykracza poza

⁴⁹ Stąd bieżąca wycena kursu akcji jest jednocześnie zyskiem posiadacza akcji założycielskich, gdyż obejmował je on bez konieczności wnoszenia klasycznie rozumianych przez k.s.h. wkładów a inwestując jedynie „własnym czasem”.

⁵⁰ Alternatywą jest zastosowanie tu analogicznych rozwiązań do art. 356 k.s.h. Por. A. Kidyba, *Komentarz aktualizowany do art. 301...*, uwagi do art. 356.

⁵¹ Wyobrazić można sobie bowiem sytuację, gdy akcjonariat większościowy stanowić będą posiadacze akcji inwentorskich, a mniejszościowy – zwykłych. Ci, którzy wnieśli jakiegokolwiek kapitał na pokrycie akcji, mimo tego będą pozbawieni wpływu na funkcjonowanie spółki. Stanowiłoby to wypaczenie zasady prymatu kapitału.

⁵² Np. PSA, której wszyscy akcjonariusze są założycielami, a zatem wyemitowano tylko akcje założycielskie.

⁵³ Takie postępowanie należy uznać za najwłaściwsze, gdyż potencjalne przesadne uprzywilejowanie posiadaczy akcji inwentorskich zostało zaakceptowane przez wszystkie zainteresowane podmioty na etapie tworzenia spółki. Nie można zatem mówić tu o naruszeniu reguły wynikającej z art. 20 k.s.h. Zob. A. Opalski, *Zasada jednakowego traktowania współników i akcjonariuszy*, Przegląd Prawa Handlowego 2012/06, s. 14-15.

podstawowe elementy zainteresowania niniejszego artykułu, choć zarysowane kwestie mogą być przyczynkiem do rozważania nad dopuszczeniem PSA do notowania na rynkach regulowanych. Przychylić należy się do proponowanego rozwiązania, by pozostawić założycielom swobodę w zakresie wyboru formy dokumentów akcji, tj. tradycyjnej, papierowej, czy też zdematerializowanej (zarejestrowanej w Krajowym Depozycie Papierów Wartościowych). To drugie rozwiązanie wręcz może być preferowane ze względu na uproszczony obrót akcjami PSA, jako że pozwala uniknąć całej problematyki związanej z wystawianiem papierowych dokumentów oraz przenoszeniem ich przy każdorazowej zmianie właściciela. Odnotować jednak należy, iż przy obecnej, wadliwej definicji spółki publicznej⁵⁴ wskazane jest albo dokonać jednocześnie reformy w tym zakresie, co postulowane jest w doktrynie⁵⁵, albo zwyczajnie wyłączyć w drodze *lex specialis* PSA spod przepisów dotyczących spółek publicznych. Choć to drugie rozwiązanie jest legislacyjnie prostsze do przeprowadzenia, to tak naprawdę sprowadza się tylko do odsunięcia problemu w czasie. Autorzy zarysu ponadto wykluczają możliwość notowania PSA na rynkach regulowanych, argumentując to ograniczeniem roli kapitału zakładowego oraz związanymi z tym wymogami formalnymi. Na obecnym, bardzo wczesnym etapie, stanowisko to jest raczej nieuzasadnione, gdyż limituje możliwości pozyskiwania kapitału przez PSA. W rzeczywistości należałoby raczej rozważyć utworzenie odrębnego parkietu w ramach GPW dedykowanego wyłącznie PSA, z czym naturalnie wiązać musiałoby się wytworzeniem podtypu tej spółki, tj. publicznej PSA, wobec którego przewidywane byłyby dodatkowe reguły obowiązujące emitentów papierów wartościowych na rynkach regulowanych. Ze względu na fakt, iż przepisy te miałyby charakter fakultatywny, nie zaburzałyby one zasadniczo charakteru PSA. Pogłębione rozważania w tym zakresie powinny być jednak wyłączone do odrębnego artykułu, a ponadto raczej czynione w czasie, gdy PSA nabierze określonych ram prawnych.

4. Ochrona wierzycieli prostej spółki akcyjnej

Postulowany kształt struktury majątkowej PSA, niezależnie od tego, czy zapadnie decyzja o implementacji kapitału podstawowego, siłą rzeczy wymusza z jednej strony zwiększenie efektywności dotychczasowych instrumentów ochrony wierzycieli spółki, a z drugiej rozważenia wprowadzenia nowych. Zasadniczo zarys nie odbiega tutaj w propozycjach od tego, co zawierał projekt. Poniżej prezentowane jest ich omówienie, wspólnie z proponowanymi modyfikacjami. Odnotować należy jednak, iż rezygnacja z kapitału zakładowego oznacza przesunięcie ciężaru odpowiedzialności za zobowiązania na członków zarządu, a samo wyważenie interesów pomiędzy nimi a akcjonariuszami oraz wierzycielami uzależnione jest od przyjętych paradygmatów co do kształtu funkcjonowania spółki. Nie mówiąc już o samym interesie spółki⁵⁶.

⁵⁴ Tj. spółką publiczną jest spółka, której co najmniej jednak akcja jest zdematerializowana.

⁵⁵ Zob. A. Chłopecki, *Regulacje spółki publicznej a kodeks spółek handlowych*, Przegląd Prawa Handlowego 2015/04, s. 55–56, 58.

⁵⁶ A. Opalski, *Problematyka pominięcia prawnej odrębności spółek kapitałowych*, Przegląd Prawa Handlowego 2012/08, s. 11.

4.1. Test wypłacalności

Podstawowym mechanizmem mającym chronić PSA przed bezzasadnymi wypłatami na rzecz akcjonariuszy pod tytułem korporacyjnym ma być tzw. test wypłacalności (*solvency test*). Choć obecnie nie funkcjonuje w obrębie polskiego prawa spółek, próbę jego implementacji podjął projekt. Kształt tego instrumentu bywa różnie określany w systemach prawa *common law*⁵⁷, ale zazwyczaj sprowadzany jest do dwóch, powiązanych ze sobą testów: tj. test płynności (*cash flow test*) i test bilansowy (*balance sheet test*)⁵⁸. Warunkiem pozytywnego zaliczenia testu wypłacalności jest spełnienie obydwu tych testów.

U podłoża testu płynności leży założenie, iż zarząd bezpośrednio przed podjęciem decyzji o dokonaniu wypłaty na rzecz akcjonariuszy zobowiązany jest dokonać oceny wypłacalności spółki w perspektywie przeważnie jednego roku od dnia wypłaty. W razie uznania, iż spółka utraci w tym okresie zdolność regulowania swoich zobowiązań, ocena testu wypłacalności pozostaje negatywna⁵⁹. Za punkt wyjścia analizy można przyjąć rozwiązanie wysunięte w art. 192 § 2 k.s.h. w projekcie⁶⁰. Owa propozycja przepisu wpisuje się w te podstawowe ramy, przewidując następujące uzupełnienia: test ma zostać podjęty bezpośrednio przed spełnieniem świadczenia, przez co będzie on możliwie aktualną prognozą⁶¹, odwołanie do staranności w rozumieniu art. 293 § 2 k.s.h. (tożsamy przepis z art. 483 § 2) nawiązuje do zasady *business judgement*, a dopisek „w toku zwykłej działalności” wyłącza odpowiedzialności członków zarządu za utracenie zdolności wykonywania wymagalnych zobowiązań w razie zaistnienia zjawisk o charakterze nadzwyczajnym.

Sednem testu płynności jest zatem antycypacja co do zdolności bieżącego regulowania zobowiązań spółki. O ile sposób rozumienia tej konstrukcji będzie dookreślany z czasem przez praktykę, doktrynę i orzecznictwo, o tyle wydaje się, że byłoby wskazane wprowadzić w ustawie przykładowy katalog czynników, jakie zarządy powinny brać pod uwagę. Uzasadnione to jest tym, iż test płynności stanowi *novum* w polskim prawie spółek. Nie powinny się one ograniczać tylko elementów o charakterze krótkoterminowym (tj. perspektywa jednoroczna) tj.: bieżących przychodów i kosztów, planowanych inwestycji, ale także czynników strukturalnych (wielkość spółki, polityka

⁵⁷ Wynika to z faktu, iż *solvency test* ma swe pochodzenie z *case law* i doktryny, aniżeli z prawa statutowego. Zob. R.J. Stearn, C.D. Kandestin, *Delaware's solvency test: what is it and does it make sense? Comparison of solvency tests under the Bankruptcy Code and Delaware law*, Delaware Journal of Corporate Law 2011, Vol. 36, p. 165-166.

⁵⁸ Podział przyjęty za: J. Modrzejewski, C. Wiśniewski, *op.cit.*, s. 32.

⁵⁹ Zob. R.J. Stearn, C.D. Kandestin, *op.cit.*, p. 173-174, 182.

⁶⁰ Por.: „Bezpośrednio przed spełnieniem świadczenia (...) zarząd jest zobowiązany dokonać oceny wypłacalności spółki i podjąć uchwałę w przedmiocie dopuszczalności dokonania wypłaty w całości lub w części. Spółka może spełnić świadczenie, jeżeli uchwała zarządu stwierdza, że zarząd przewiduje przy dołożeniu staranności, o której mowa w art. 293 § 2, iż w ciągu roku od dnia dokonania wypłaty spółka nie utraci zdolności do wykonywania wymagalnych zobowiązań, w toku zwykłej działalności. Uchwała zarządu zapada bezwzględnie większością głosów”.

⁶¹ Podkreślenia wymaga fakt, iż test płynności przyjmuje formę prognozy, antycypacji czy przewidywań. Rzecz ta bywa krytykowana jako zbyt subiektywna ocena.

kadrowa, charakter branży) oraz średnio i długoterminowych (tj. perspektywa wieloletnia), np. polityka dywidendowa, trendy rynkowe, wiarygodność oraz perspektywy utrzymania współpracy z obecnymi partnerami handlowymi, otoczenie polityczno-ekonomiczne czy zmiany w technologii. O ile te dwa ostatnie czynniki wydawać się mogą zaprzeczeniem istoty testu płynności, o tyle ich zignorowanie dowodzić może nazbyt optymistycznego i uproszczonego podejścia zarządu co do wypłacalności spółki, a stąd podważać sens tego instrumentu⁶². Test płynności, ze względu na swój spekulacyjny charakter, powinien przyjąć charakter możliwie szerokiej analizy otoczenia w jakim funkcjonuje spółka, z położeniem nacisku na krótkoterminowe zestawienie dysponowanego majątku z szacowanymi dochodami albo stratami. Przyjmując formę pogłębionej analizy, a nie tylko niewiążącej prognozy, może on stać się instrumentem służącym kształtowaniu odpowiedzialnej, zachowawczej polityki rozwoju spółki nie-podejmujących zbędnych wydatków.

Dla odmiany, test bilansowy zawarty jest już w dyspozycji przepisów art. 192 k.s.h. oraz 348 § 1 k.s.h, regulujących przesłanki wypłaty dywidendy. Jego istotą jest możliwość dokonania wypłaty, jeśli spółka osiągnęła zysk w ubiegłym roku obrotowym⁶³. Ze względu na nowe rozwiązania, jakie przewiduje zarys, zakres podtestu musi zostać rozszerzony, a spodziewać się można się konstrukcji na wzór proponowanej modyfikacji art. 192 § 1 k.s.h. w projekcie⁶⁴. Uwagę koniecznie trzeba zwrócić na jeden z elementów – otóż kwotę zysku do podziału należy powiększyć o wysokość kapitału udziałowego (odpowiednik kapitału podstawowego w PSA), co w przypadku PSA umożliwia akcjonariuszom możliwość swobodnego dysponowania wniesionymi wkładami na pokrycie kapitału podstawowego (jest to oczywista konsekwencja braku związania tych środków z kapitałem zakładowym), a zatem w razie spełnienia przesłanek testu bilansowego, z naciskiem na obowiązek oszczędzania, wypłacić tak wniesione środki w całości. Oczywiście, w razie poniesienia straty, kwota ta jest stosownie pomniejszana. Takie ukształtowanie przepisów testu bilansowego budzi obawy o możliwość wyprowadzenia większości środków pieniężnych spółki, czemu przeciwdziałać ma jednak test płynności.

Zadać należy jeszcze pytanie, czy nie byłoby wskazane zaostriżyć warunki, jakie muszą zostać spełnione, by test bilansowy wypełnić. W pierwszej kolejności wskazać należy obowiązek pełnego pokrycia objętych akcji, w szczególności tych tworzących kapitał podstawowy, o ile ustawodawca zdecyduje się w przypadku PSA na wprowadzenie przepisów umożliwiających niepełne pokrycie akcji przed

⁶² Zob. J. Gajownik-Zienkiewicz, *Kilka uwag o teście wypłacalności*, Przegląd Prawa Handlowego 2011/09, s. 55.

⁶³ Zob. W. Pyzioł, A. Szumański, I. Weiss, *op.cit.*, s. 833.

⁶⁴ Por.: „Kwota przeznaczona do podziału między wspólników nie może przekraczać sumy zysku za ostatni rok obrotowy, niepodzielonych zysków z lat ubiegłych, kapitału udziałowego [kapitał pochodzący z udziałów beznominałowych – M. G.], kapitału zapasowego w części przewyższającej kwotę, o której mowa w art. 2311 [obowiązek oszczędzenia przez spółkę – M. G.], oraz utworzonych z zysków kapitałów rezerwowych, które mogą być przeznaczone do podziału. Tak uzyskaną kwotę należy pomniejszyć o niepokryte straty, udziały własne oraz o kwoty, które zgodnie z ustawą lub umową spółki powinny być przekazane z zysku za ostatni rok obrotowy na kapitał zapasowy lub kapitały rezerwowe”.

zarejestrowaniem spółki⁶⁵. Rozwiązanie to oparte byłoby na modyfikacji art. 347 § 2 k.s.h., wykluczając spośród grona uprawnionych do dywidendy akcjonariuszy, którzy nie dopełnili obowiązku wniesienia w pełni wymaganych przez nich wkładów⁶⁶. Jest to jednak element poboczny. W drugiej kolejności zaostriżyć można reguły samego testu bilansowego, wprowadzając obowiązek w postaci utrzymania stosownej proporcji między aktywami a bieżącymi zobowiązaniami, jaki będzie mieć miejsce skutek wypłaty. Przykładowo, suma aktywów ma wynosić 125% sumy zobowiązań lub więcej⁶⁷. Warunek ten powiązać można także ze stopniem realizacji obowiązku odkładania kwot na kapitałe zapasowym spółki, co przybrać mogłoby przykładowo niższe wartości:

TABELA NR 1. POWIĄZANIE STOSUNKU SUMY AKTYWÓW DO SUMY ZOBOWIĄZAŃ
ZE STOPNIEM REALIZACJI OBOWIĄZKU OSZCZĘDZENIA

Stopień progresji	Odsetek budowy docelowej rezerwy	Stosunek sumy aktywów do zobowiązań
I stopień	0 – 25 %	2:1 (200% zabezpieczenia)
II stopień	26 – 50 %	3:2 (150% zabezpieczenia)
III stopień	51 – 75 %	5:4 (125% zabezpieczenia)
IV stopień	76 – ∞ %	1:1 (100% zabezpieczenia)

Źródło: opracowanie własne.

Sednem tak skonstruowanego, progresywnego mechanizmu, byłoby zapobieganie wypłatom dokonywanym szczególnie w przypadku młodych spółek, które jeszcze nie zdążyły zbudować stosownej rezerwy⁶⁸. Z drugiej strony, może być to mechanizm przesadnie penalizujący akcjonariuszy, jako że może uniemożliwić im w pewnych sytuacjach dokonywanie wypłat. Jest to jednak standardowy problem wyważenia sprzecznych ze sobą interesów różnych grup skupionych wokół spółki.

4.2. Obowiązek tworzenia rezerwy na pokrycie przyszłych strat w ramach kapitału zapasowego

Obowiązek tworzenia rezerwy na pokrycie przyszłych strat w postaci obligatoryjnego odkładania każdego roku części zysku na poczet kapitału zapasowego wysuwa się na pierwszorzędny instrument ochrony wierzycieli. Samo założenie należy zaaprobować, natomiast kwestię dyskusyjną pozostaje jego ostateczny kształt. Samo tylko

⁶⁵ Zob. W. Pyziół, A. Szumański, I. Weiss, *op.cit.*, s. 834–335.

⁶⁶ Choć pamiętać należy, iż musiałaby być to materia uregulowana ustawą, a nie statutem PSA, bowiem nie można pozbawić akcjonariusza prawa do dywidendy. Zob. A. Kidyba, *Komentarz aktualizowany do art. 301...*, uwagi do art. 347 pkt 3.

⁶⁷ I. Komarnicki, *Ograniczenia wypłat na rzecz akcjonariuszy w prawie europejskim* [w:] *Europejskie prawo spółek. Tom I. Instytucje prawne dyrektywy kapitałowej*, red. M. Cejmer, J. Napierała, T. Sójka, LEX/el (nr: 43459), 2004, rozdział 2.6.

⁶⁸ Zob. podrozdział 4.2.

analogiczne zastosowanie art. 396 k.s.h., który przewiduje ten obowiązek w odniesieniu do spółki akcyjnej, w przypadku PSA jest zdecydowanie niewystarczające.

Poczynić należy w tym miejscu kilka uwag. Ze względu na ograniczenie roli kapitału zakładowego, obowiązkowa rezerwa w postaci kapitału zapasowego staje się substytutem kapitału zakładowego, z tą tylko różnicą, iż jest bardziej elastyczna w funkcjonowaniu. Obydwa oparte są na założeniu, iż w razie naruszenia ich określonego poziomu, spółka zostaje zobowiązana do ich odbudowy. Pamiętać jednak należy, iż sam proces budowania obowiązkowej rezerwy rozłożony jest w czasie i w przeciwieństwie do kapitału zakładowego, który zasadniczo obecny jest od samego początku istnienia spółki⁶⁹, możliwy jest wariant, w którym, ze względu na nieosiągnięcie zysku, w ogóle nie dojdzie do jego utworzenia⁷⁰.

Podstawowym elementem obowiązku oszczędzania jest konieczność skorelowania go z pewną wartością, która umożliwi określenie wysokości kapitału zapasowego, jaki dana spółka musi zgromadzić. Przy proponowanym kształcie struktury majątkowej PSA odesłanie do ułamka kapitału zakładowego spółki (analogicznie jak w przypadku spółki akcyjnej) pozbawione jest sensu, gdyż *de facto* umożliwiałoby to obejście przepisów w tym zakresie, szczególnie przy wariacie spółki z kapitałem zakładowym w wysokości 1 zł i obecnym w niej kapitałem podstawowym. Do rozważenia pozostają dwa warianty: wysokość stała i płynna kapitału zapasowego.

Poprzez wysokość stałą kapitału zapasowego należy rozumieć wysokość kapitału zapasowego narzuconego przez ustawę. Przepis ten powinien otrzymać formę *ius dispositivum*, bowiem trudno znaleźć jakiegokolwiek uzasadnienie, dla którego akcjonariusze nie mogliby przewidzieć w statucie wyższej kwoty. Zarys podaje za propozycję kwotę w wysokości 100 000 zł, czyli odpowiednik minimalnej wysokości kapitału zakładowego spółki akcyjnej. Dla przykładu, w projekcie przewidywane było 50 000 zł, czyli odpowiednik minimalnej wysokości kapitału zakładowego spółki z o.o. sprzed reformy z 2008 r. Obydwa rozwiązania cechuje zatem ten sam zamysł, tj. uznanie, iż pewna określona w przeszłości wysokość kapitału zakładowego jest na tyle znaczna, iż realnie gwarantować ma zabezpieczenie interesów wierzycieli. Wydaje się, że trudno zgodzić się z takim podejściem, bowiem w tym wypadku ewidentnie aktualne stają się tezy dotyczące arbitralności ustawowej wysokości kapitału zakładowego. Im spółka prowadzi większą działalność, tym stała wysokość kapitału zapasowego odgrywa mniejsze znaczenie, bowiem w żaden sposób nie odnosi się do rodzaju prowadzonej działalności oraz jej kapitałochłonności.

Rozwiązaniem alternatywnym jest przyjęcie wysokości płynnej docelowego kapitału zapasowego, w postaci powiązania obowiązku oszczędzania ze skalą prowadzonej działalności w postaci np. odsetka od sumy wysokości zobowiązań, co zresztą czyni zarys. Tego rodzaju rozwiązanie eliminuje problem zarysowany w przypadku wysokości stałej kapitału zapasowego. Jednocześnie oznacza to jednak, iż w przypadku małych spółek, kapitał zapasowy w istocie osiągnie nieznaczne kwoty, nie pełniąc

⁶⁹ Pomijając zasady umożliwiające przejściowo wniesienie tylko części wkładów. Por. art. 158 § 1¹ czy 309 § 3 k.s.h.

⁷⁰ Zob. M. Żurek, *op.cit.*, s. 37.

tym samym swojej funkcji, a w przypadku gwałtownego rozrostu przedsięwzięcia w krótkim okresie, spodziewać się należy sytuacji, w której suma zobowiązań rośnie, a obowiązek tworzenia rezerwy „oczekuje” na zaktualizowanie, co nastąpi dopiero w odległym o kilka lub kilkanaście miesięcy. Zarys bowiem milczy w kwestii, kiedy określana ma być suma zobowiązań będąca podstawą do ustalenia docelowej wysokości rezerwy oraz jak wyliczana ma być suma zobowiązań spółki będąca podstawą dla tego obowiązku.

Tym samym wskazane wydaje się wysunąć koncepcję mieszaną w kwestii obowiązku oszczędzania na kapitał zapasowy. Zaproponować można obowiązek odkładania corocznie zysku w wysokości ok. 10 – 15% (odnotować należy, iż kwota ta nie może być zbyt niska by niepotrzebnie niewydłużać procesu, ale nie może także być realnym obciążeniem dla inwestycji spółki), do momentu osiągnięcia wysokości kapitału zapasowego nie niższego niż 100 000 zł (korelacja z minimalnym kapitałem zakładowym spółki akcyjnej), przy czym powinien wynosić on nie mniej niż 5–10% bieżącej sumy zobowiązań spółki (wprowadzenie tego wymogu będzie wymuszać budowanie wyższej rezerwy w przypadku większych spółek, w przypadku których 100 000 zł rezerwy stanowi nieznaczny odsetek w skali ich działalności). Suma zobowiązań spółki powinna być określana rokrocznie, w ramach sprawozdania finansowego, w oparciu o średnioroczną wysokość sumy zobowiązań występujących w ubiegłym roku obrotowym. Tym samym, moment zatwierdzenia sprawozdania finansowego przez walne zgromadzenie akcjonariuszy jest chwilą aktualizacji docelowej wysokości rezerwy. Rozwiązanie to obrazuje poniższa tabela:

TABELA NR 2. KSZTAŁTOWANIE SIĘ WYSOKOŚCI KAPITAŁU ZAPASOWEGO W ZALEŻNOŚCI OD PRZYJĘTEGO SPOSOBU WYLICZENIA JEGO WYSOKOŚCI

Zobowiązania Spółki	Wysokość stała	Wysokość płynna (5%)	Wysokość płynna (10%)	Mieszany (5%)	Mieszany (10%)
50 000	100 000	2 500	5 000	100 000	100 000
100 000	100 000	5 000	10 000	100 000	100 000
250 000	100 000	12 500	25 000	100 000	100 000
500 000	100 000	25 000	50 000	100 000	100 000
1 000 000	100 000	50 000	100 000	100 000	100 000
2 000 000	100 000	100 000	200 000	100 000	200 000
10 000 000	100 000	500 000	1 000 000	500 000	1 000 000

Źródło: opracowanie własne.

4.3. Odpowiedzialności członków zarządu

Rozwiązania przyjęte u podstaw PSA siłą rzeczy dążą do przerzucenia większej odpowiedzialności na członków zarządu za zobowiązania spółki, co szczególnie powinno się uwidocznic w razie całkowitej rezygnacji z kapitału zakładowego.

W zakresie naruszenia reguł dokonania testu wypłacalności, PSA powinno przewidywać regulację analogiczną do obecnego art. 350 k.s.h., tj. po pierwsze nakładającą obowiązek dokonania zwrotu otrzymanego świadczenia od spółki przez akcjonariuszy, a po drugie czyniącą członków zarządu solidarnie odpowiedzialnymi za ich zwrot wraz z odbiorcą. Ze względu na charakter PSA należy jednak wyłączyć przesłankę dobrej wiary jako czynnika wyłączającego obowiązek dokonania zwrotu otrzymanego świadczenia. Przyczyni się to do wzmocnionej ochrony majątku spółki.

W wariantach podstawowym PSA powinna co najmniej zawierać regulację opartą na obecnym art. 299 k.s.h., która znana jest też pod określeniem „subytut doktryny *piercing the corporate veil*”⁷¹. Wydaje się, iż pożądane byłoby przecięcie sporów doktrynalnych⁷² i jednoznaczne wprowadzenie odpowiedzialności gwarancyjnej członka zarządu⁷³. Konsekwencją takiego rozwiązania jest przede wszystkim to, iż wierzyciel nie musi dowodzić poniesienia szkody wskutek niewykonania obowiązków ciążących na członku zarządu oraz wykazywania związku przyczynowego pomiędzy tymi dwoma wydarzeniami. Ewentualnym, dużo dalej idącym rozwiązaniem jest wprowadzenie konstrukcji analogicznej do art. 31 § 1 k.s.h., czyli w tym wypadku subsydiarnej odpowiedzialności członka zarządu w razie zaistnienia bezskutecznej egzekucji z majątku spółki. Zaostrzenie sprowadza się w tym wypadku do wyłączenia przesłanek z art. 299 § 2 k.s.h., które pozwalają się członkowi zarządu z tej odpowiedzialności zwolnić. Rozwiązanie tak daleko idące należy jednak odrzucić, gdyż w praktyce oznaczałoby to, iż członkowie zarządu ponosiliby nieadekwatnie wysoką odpowiedzialność wzrastającą w miarę rozwoju spółki. Mogłoby to oznaczać, iż w ich interesie wskazane byłoby przekształcenie PSA w spółkę akcyjną⁷⁴ możliwe szybko, a zatem zepchnięto by PSA do pełnienia roli wyłącznie małych podmiotów.

4.4. Inne

Z innych, pobocznych instrumentów parę słów można poświęcić jeszcze propozycjom, które w tej samej formie przewijały się również w projekcie. Poddać w wątpliwość można jednak ich skuteczność, a tym samym zasadność implementacji. Dotyczy to: podjęcia uchwały przez walne zgromadzenie akcjonariuszy co do dalszego istnienia spółki albo jej likwidacji (1) oraz dokonywanie przez zarząd okresowej oceny ryzyka wystąpienia znacznej straty (2).

⁷¹ W. Pyziół, A. Szumański, I. Weiss, *op.cit.*, s. 564. Co prawda nie jest to stwierdzenie w pełni precyzyjne, gdyż dotyczy członków zarządu, a nie wspólników, niemniej jednak, konstrukcja jest poniekąd zbliżona.

⁷² Tj. czy odpowiedzialność z art. 299 k.s.h. ma charakter gwarancyjny czy odszkodowawczy.

⁷³ J. Frąckowiak, *op.cit.*, s. 13; W.J. Katner, A. Kappes, J. Janeta, *op.cit.*, s. 16; W. Pyziół, A. Szumański, I. Weiss, *op.cit.*, s. 569–570.

⁷⁴ W której brak przepisu na wzór art. 299 k.s.h.

W pierwszym wypadku autorzy wychodzą *de facto* z propozycją zmiany obecnie istniejących art. 233 § 1 i 397 k.s.h. Obecnie zarząd zobowiązany zwołać zgromadzenie wspólników albo walne zgromadzenie, gdy strata określona w przepisach zaistnieje. Wedle zarysu miałyby to mieć miejsce w razie ryzyka jej wystąpienia. Ze względu na brak definicji pojęcia „ryzyka wystąpienia znacznej straty” uznać można, iż w zamyśle odpowiadać ma ono warunkom wyłożonym w przytoczonych przepisach. Obecnie jest to instytucja w praktyce nieznajdująca zastosowania⁷⁵. Wydaje się, iż jej zmiana także niewiele tu wniesie. Podstawowym mankamentem jest to, iż szczególnie w przypadku małych spółek, rozdział między zarządem a udziałowcami bywa mniej lub bardziej iluzoryczny (tj. udziałowcy mający wpływ na spółkę nierzadko zajmują funkcje członków zarządu), spodziewać się należy tego także w przypadku PSA, co tym samym oznacza, iż podmioty zainteresowane możliwością wystąpienia znacznej straty o tym problemie już wiedzą, a zatem mają prawdopodobnie ustaloną linię dalszego działania. Jeśli rolą takiego instrumentu ma być głównie poinformowanie akcjonariuszy o owym ryzyku, to spodziewać się należy jego marginalnego znaczenia. Drugi instrument zasadniczo boryka się z tymi samymi problemami, w jego bowiem wypadku wyłącznie można mówić o roli informacyjnej⁷⁶. Zapytać należałoby jeszcze o dwie kwestie: skutki stwierdzenia ryzyka wystąpienia znacznej straty oraz w odpowiedzialność zarządu w razie nierealizowania tego obowiązku. W pierwszej kwestii uznać można, iż podjęcie takiej oceny przez zarząd staje się warunkiem *sine qua non* zwołania walnego zgromadzenia celem podjęcia uchwały co do dalszego istnienia spółki. W kwestii drugiej, jeśli zarząd nie będzie w żaden sposób penalizowany za niedochowanie tego obowiązku, to rola tego instrumentu będzie znikoma. Jeśli jednak, przykładowo, obowiązek ten zostałby objęty dyspozycją przepisu na wzór art. 299 k.s.h., to zadać należy pytanie, czy aż tak dalece idąca sankcja odnośnie realizacji obowiązku dokonywania oceny w stosunku do potencjalnego, przyszłego wydarzenia (jakim jest możliwość wystąpienia znacznej straty) nie doprowadziłaby do podejmowania przez zarząd przesadnie ostrożnych działań w zakresie prowadzenia księgowości spółki, celem zwolnienia członków zarządu z odpowiedzialności. Podobnie, czy nie oznaczałoby to zbyt częstego, wręcz bezzasadnego zwoływania walnego zgromadzenia akcjonariuszy (przy założeniu, iż instrument nr 2 jest powiązany z nr 1), ilekroć pojawiają się wątpliwości w tym zakresie. Z pewnością nie współgra to z ideą PSA, spółki o odformalizowanym charakterze prowadzenia działalności. By instrument nr 2 miał rację bytu, okresowa ocena musi być dokonywana częściej niż raz w roku, w przeciwnym wypadku bowiem zająć się może z corocznym walnym zgromadzeniem służącym m.in. zatwierdzeniu sprawozdania finansowego za ostatni rok obrotowy.

Podobnie wątpliwości budzi wysunięta w zarysie propozycja, by w przypadku niektórych transakcji zawieranych między członkami zarządu albo akcjonariuszami a spółką, wymagana była uchwała walnego zgromadzenia. Zbudowanie w tym zakresie katalogu ustawowego może być przejawem nadmiernego przeregulowania spółki.

⁷⁵ Zob. uzasadnienie projektu, s. 28.

⁷⁶ *Ibidem*, s. 28-29.

Wydaje się, iż właściwsze jest pozostawić tę kwestię woli założycielom spółki; jeśli w ich przekonaniu taki instrument powinien zaistnieć, to mogą wprowadzić go w drodze stosownych zapisów w statucie. Niewątpliwą korzyścią jednak z poszerzenia ustawowego katalogu czynności wymagających zgody walnego zgromadzenia jest stosowanie do takich czynności postanowień art. 17 § 1 k.s.h., a nie § 3, co skutkuje ich nieważnością w razie nieuzyskania wymaganej zgody⁷⁷. Dopóki jednak propozycje co do katalogu takich transakcji nie zostaną wysunięte, trudno w chwili obecnej *in abstracto* oceniać w pełni sens takiego rozwiązania.

Do rozważenia jest także sięgnięcie po środki wypracowane w krajach systemu *common law*, celem przeciwdziałania nadużyciom w funkcjonowaniu spółek, a w danym kształcie nieobecne w polskim systemie. Na pierwszy plan wysuwa się tzw. doktryna *piercing the corporate veil* (PCV)⁷⁸, umożliwiającą pominięcie osobowości prawnej spółki kapitałowej i uznanie, iż działania przez nią podjęte były w istocie działaniami podejmowanymi przez wspólnika, nakładając tym samym na niego obowiązek zaspokojenia wierzyciela spółki, szczególnie w przypadku niewypłacalności spółki. W praktyce, doktryna PCV znajduje zastosowanie w koncernach oraz tzw. spółkach zamkniętych, przy czym im mniejsza ilość wspólników, tym prawdopodobieństwo relatywizacji osobowości prawnej wyższe. Wskazuje się, iż głównymi przyczynami jej zastosowania jest: znaczne niedokapitalizowanie spółki (*undercapitalization*), zatarcie granicy między osobą wspólnika a spółką (*the alter ego doctrine*) czy instrumentalne wykorzystywanie spółki (*the instrumentality doctrine*). W polskiej doktrynie zaproponowano, by podstawą zastosowania doktryny miałyby być przepis art. 5 kodeksu cywilnego⁷⁹ w postaci nadużycia prawa do posłużenia się formą prawną spółki⁸⁰. Obecnie brak jednak jakiegokolwiek spójnego stanowiska, które byłoby przyjmowane przez doktrynę prawniczą czy orzecznictwo, a doktryna PCV spotyka się raczej ze sceptycznym podejściem⁸¹. Przykład stosowania jej w prawie amerykańskim utwierdza w przekonaniu, iż choć mogłaby być ona pożądanym remedium, mającym działać odstraszająco na potencjalnych sprawców, to powinna raczej pozostać wytworem polskiego orzecznictwa, aniżeli stać się środkiem przewidzianym przez ustawę. Wprowadzanie ustawowych

⁷⁷ Zob. A. Kidyba, *Komentarz aktualizowany do art. 1...*, uwagi do art. 17 pkt 3 i 6.

⁷⁸ Zwaną też *disregarding the legal entity*, czy w literaturze niemieckiej *Durchgriff*. Podstawowa literatura zagraniczna: S.M. Bainbridge, *Abolishing LLC Veil Piercing*, *University of Illinois Law Review* 2005, Issue 1; F.H. Easterbrook, D.R. Fischel, *Limited Liability and the Corporation*, *The University of Chicago Law Review* 1985, Vol. 52; R.B. Thompson, *Piercing the Corporate Veil: An Empirical Study*, *Cornell Law Review* 1991, Vol. 76, Issue 5; D.K. Millon, *Piercing the Corporate Veil, Financial Responsibility, and the Limits of Limited Liability*, *Emory Law Journal* 2007, Vol. 56; C. Altig, *Piercing the Corporate Veil in American and German Law – Liability of Individuals and Entities: A Comparative View*, *Tulsa Journal of Comparative and International Law* 1994, Vol. 2, Issue 2. Patrz literatura polska: T. Targosz, *Nadużycie osobowości prawnej*, Kraków 2004; R. Szczepaniak, *Nadużycie prawa do posługiwania się formą osoby prawnej*, Toruń 2009.

⁷⁹ Ustawa z dnia – 23 kwietnia 1964 r. – Kodeks cywilny (t. j. Dz.U. z 1964, Nr 16, poz. 93 ze zm.), zwana dalej: „k.c.”.

⁸⁰ Konkurencyjnie proponuje się także art. 415. k.c. poprzez przyjęcie, iż czyn wspólnika stanowił delikt. Jest to jednak rozwiązanie tylko częściowo zbliżone do istoty doktryny PCV.

⁸¹ Zob. A. Opalski, *Problematyka...*, s. 12–16, 20.

odstępstw od zasady ograniczonej odpowiedzialności wspólników byłoby niewskazane, gdyż stanowiłoby podważenie jednego z fundamentów odróżniających spółki osobowe od kapitałowych⁸².

5. Podsumowanie

W ogólnym rozrachunku należy przychylić się do koncepcji wprowadzenia nowej spółki kapitałowej, jaką ma być prosta spółka akcyjna. Jak pokazały powyższe rozważania, zdecydowanie dobrą decyzją jest utworzenie nowej spółki, aniżeli zamknięcie jej w ramach podtypu spółki akcyjnej. W szczególności umożliwia to sprawdzenie nowatorskich rozwiązań w ramach odrębnego typu spółki, co w razie ich powodzenia, może przyczynić się do wprowadzenia zmian w pozostałych spółkach kapitałowych. PSA powinna zostać ulokowana w ramach kodeksu spółek handlowych a nie w odrębnej ustawie, tak by nie doprowadzić do sytuacji, w której dochodzi do dekompozycji spójnego i zamkniętego kodeksu, choć wymagać może to wprowadzenia zmian strukturalnych w samym akcie prawnym. Pewne wątpliwości budzą propozycje w zakresie struktury majątkowej spółki, bowiem niewątpliwie powiewają tu krytycznie oceniane rozwiązania zarzuconej reformy spółki z o.o. PSA powinno wykonać krok naprzód i zrezygnować z instytucji kapitału zakładowego, a nie wprowadzać go w formie ograniczonej przy jednoczesnym dopuszczeniu kapitału podstawowego, utrzymując fikcję jego istnienia. Zdecydowanie opowiedzieć należy się przeciw przemieszaniu obydwu tych rozwiązań. Przy takich założeniach konieczne staje się przerzucenie większej odpowiedzialności na członków zarządu, co przyjmuje kształt zwiększenia ich odpowiedzialności za wadliwe przeprowadzone testy wypłacalności oraz inne mechanizmy ochrony interesów wierzycieli. Kluczowe znaczenie natomiast otrzyma obowiązek oszczędzania na kapitał zapasowy, celem budowania rezerwy na pokrycie przyszłych strat. Opowiedzieć można się tu za koncepcją mieszaną, która choć może zbyt ograniczać nowo powstające podmioty, o tyle przysłużyć się może budowie ich wiarygodności. Jednocześnie rozwiązanie to pozwala dopasować wysokość kapitału zapasowego do skali działalności większych spółek.

* * *

Remarks on the Legal Frame of Polish Simple Joint-Stock Company (PSA)

Ongoing plans to introduce into the Polish company law third type of corporation, which is to be known under the name of a simple joint-stock company (Polish abbreviation: PSA), are aiming to facilitate the process of running business activity in the field of innovative enterprises, so called start-ups. However, in reality PSA may become popular company in general

⁸² Szczególnie rozwiązanie w postaci wymuszenia narzucenia na jednego ze wspólników nieograniczonej odpowiedzialności za zobowiązania spółki byłoby środkiem tak daleko idącym, iż prowadziłoby do zacierania różnicy między spółkami kapitałowymi a sp. komandytową, bowiem tak naprawdę jeden ze wspólników stawałbym się kimś na wzór komplementariusza.

due to the several simplifications in operation, in comparison to the other two types of Polish corporations, or even become a stimulus to reshape overall system of Polish company law. Therefore, the following key issues should be discussed at the very early stage of PSA's development: allocation of PSA in Polish company law, assets' structure and the tools of creditors' protection. For the purpose of hereby presented remarks helpful are also conclusions derived from latest, failed attempt to reform assets' structure of Polish company with limited liability, as some proposals regarding both projects seem to be following the same pattern.

Key words: Polish simple joint-stock company, PSA, company law, reform, assets' structure, protection of the creditors

Ernestyna Niemiec¹

The nature and dynamism of civil procedure – rights, rules and judges – comparison between common law and civil law systems

Abstract:

The subject matter of this article is the comparative outlook for the civil procedure in common law tradition and continental law family – throughout the three various viewpoints – citizen's, court's and finally – the prospective aspects for civil proceeding. Therefore, my aim is to construct a storied composition that embarks on individual's level, goes over the structural grade and reaches the towering rung – the global perspective.

To begin with, we will focus on the right to court and due process as the supreme guarantees both in the United States of America and in Poland. We will plot the right in terms of procedural restrictions, for instance pleading standards – i.e. something which gathers all of actors in a courtroom together – especially – the plaintiff with the defendant and the judge. Afterwards, it will be the civil judge who has been put under the spotlight – his role in the system. Finally, we will take a peek at the idea of harmonization in civil procedure field – analysis of prospects.

Key words: civil procedure, comparative analysis, Polish law

Introduction – the question about comparison

If plaintiff summons defendant to court, he shall go. If he does not go, plaintiff shall call witness thereto. Then only shall he take defendant by force. (...) When the parties compromise the matter, an official shall announce it. If they do not compromise, they shall state the outline of the case in the meeting place (*in comitio*) or market

¹ Autorka jest studentką prawa na Wydziale Prawa i Administracji Uniwersytetu Jagiellońskiego w Krakowie; esej powstał podczas studiów autorki na Uniwersytecie Lizbońskim.

The author is a student of the Faculty of Law and Administration at the Jagiellonian University in Krakow; the essay has been written during the author's study at the University of Lisbon.

(*in foro*) before noon. They shall plead it out together in person. After noon, the judge shall adjudge the case to the party that is present. If both are present, sunset shall be the time limit (of the proceedings)².

This is a fragment of Table I of *Lex Duodecim Tabularum* (c. 450 B.C.), but it relevantly shows the meaning of civil procedure. For those who were living in ancient Rome these preliminaries and rules concerning trial appeared as the first warranty and the beginning of a new approach to law. Since then, laws have adopted a written and enacted form so that all citizens could be treated equally before the governing management. There is no doubt that the system was hardly codified. However, it was a first stride which could be considered as a core that begun the protection process of the rights for citizens and, on the other hand, gave a legal permission to redress wrongs based on precisely-worded written laws known (assumedly) to everybody. In consequence, the Roman perception of law would afterward become the model followed by many sequent civilizations right up to nowadays.

Now, when the beginning of tangible civil proceeding has been located in time and space, it is desirable to look at present days. Article 6 section 1 of European Convention on Human Rights stipulates: „In the determination of his civil rights and obligations or of any criminal charge against him, everyone is entitled to a fair and public hearing within a reasonable time by an independent and impartial tribunal established by law”³. Between these two landmark points in history of civil procedure expired thereabout 2 400 years. Looking back and forward let us take a forensic walk through this time axis. The gait might appear to be sometimes uncertain – the line needs to be divided into two systems – the common law and civil one. Not only this approach fosters comparative study but it is also a research-challenging manner – as far as the civil procedure and its specific nature is concerned. The points of our timeline which shall boning these two limbs – common and civil systems in comparative perspective – are the questions posed beneath. The answers will measure the time – that bygone and that still awaiting to be filled up.

However, before proceeding to address these questions, another inquiry is forestalling. Forasmuch as civil procedure is seen to be notably connected with local culture and social heritage, is there either a desire or disutility in comparative studies of this legal field? Was Oscar G. Chase right when he said: „court procedures reflect the fundamental values, sensibilities and beliefs (the ‘culture’) of the collectivity that employs them”⁴. *Prima facie* civil procedural law might be seen as so separate and peculiar sphere that it come across with too many obstacles to fruitfully perform the comparative study goal.

The primary aim of comparative law, as of all science, is knowledge. If one accepts that legal science includes not only the techniques of interpreting the texts,

² S. Kreis, *The History Guide. Lectures on Ancient and Medieval European History. The Laws of the Twelve Tables, c. 450 B.C.*, <http://www.historyguide.org/ancient/12tables.html>, 20.10.2016.

³ http://www.echr.coe.int/Documents/Convention_ENG.pdf, http://www.echr.coe.int/Documents/Convention_ENG.pdf, 29.10.2016.

⁴ O.G. Chase, *American „Exceptionalism” and Comparative Procedure*, 50 AM.J.COMPL., p. 277-278, cited in S. Dodson, *The Challenge of Comparative Civil Procedure* (2008), Faculty Publications, Paper 165, <http://scholarship.law.wm.edu/facpubs/165>, 26.10.2016.

principles, rules, and standards of a national system, but also the discovery of models for preventing or resolving social conflicts, then it is clear that the method of comparative law can provide a much richer range of model solutions than a legal science devoted to a single nation, simply because the different systems of the world can offer a greater variety of solutions than could be thought up in a lifetime by even the most imaginative jurist who was corralled on his own system⁵.

Furthermore, while presenting the dynamism of civil procedure, its significant changes and fluctuations become more visible⁶. This is a desirable question – is the law at issue suitable for this type of analysis so that we could draw conclusions and apply new solutions to the national legal order?

The choice of systems that have been selected to compare is highly representative due to the differences between common law originated family and Romano – canonical one. It is widely acknowledged that the common law family is the consequence of expansion of British Empire. Incipiently, the divergence between common law and equity, which nowadays plays the most important role in the area of substantive law, was also relevant in the field of procedure. The traditional approach of the common law is to place remedies before rights in private law – *ubi remedium ibi ius*. This contrasts with civil law legal systems where codifications have logically put rights before remedies – *ubi ius ibi remedium*. In the 19th century, common law system in this area transformed considerably. It was 1848 when in the United States of America the Code of Procedure of the State of New York was brought out. There we could find some influences from the civil family law approach – hence the first step to abolish the distinction between common law and equity in the field of procedure was taken. If we are reflecting on this issue, we must not forget that the basic principles of jurisprudence of New York State were adopted from English Common Law. However, what makes the legal system of United States even more unique is this mixture – remains of the Spanish and French Civil Codes, American codification and already mentioned English Common Law⁷. What is distinctive concerning nowadays, even wholly within America, there is still a parallel administration of justice provided in a host of different models – both by states courts and federal ones. Therefore, not only do precedents make the American's system specific but also its federal structure and intricate history. On the one hand, there are states in number of almost half that have modeled their procedures in the vein of the Federal Rules of Civil Procedure. On the other hand, local customs maintain discrepancies. However, procedural system in U.S. have approached a kind of harmony between internal harmonization and autonomous individuality. Do those changes make America and its federalist model much more prone to participate in the discussion about comparative civil procedure?

Issues that have been outlined above will be expanded in following chapters. The particular emphasis is going to be placed on distinction between the U.S. and Poland

⁵ K. Zweigert, H. Kötz, *Introduction to Comparative Law*, Clarendon Press, Oxford 1993, p. 15.

⁶ *The Dynamism of Civil Procedure – Global Trends and Developments*, ed. C.B. Picker, G.I. Seidman, TSPringer International Publishing, Switzerland 2016, p. 46.

⁷ *Cases – Test – Materials. Comparative law*, ed. R.B. Schlesinger, H.W. Baade, P.E. Herzog, E.M. Wise, New York 1998, p. 175–176.

as the representatives of both legal systems. The questions to pose in comparative perspective are:

1. How the right to court appears in the context of the constitutional guarantees and how it differs from its procedural dimension?
2. What are the main rules of civil proceedings and how does it translate into a court reality?
3. What is the future of civil procedure – should we expect the common code?

Comparative analysis

1. The question about constitution – civil liberties dimension

Nowadays, as far as democratic countries are concerned, when we are thinking about a human in the court, the first idea that comes to our mind is the right. Right, which expresses fundamental value that person has been given the power to be protected – against infringement from another individual as well as from the state. Access to justice means something more than right to the court. While not easily defined, it alludes to the approach to legal tools including but not restricted to courts. The citizens' dispute resolution needs must be weighted against the justice system – only from this point of view we are able to talk not merely about the access to justice but about the effective access to justice.

It is widely acknowledged that there can be no legal right without a remedy. Though, it is still not enough. To be purposeful, the remedy must be accessible. Effectively, even though, the pragmatic concerns connected with efficient access to justice have appeared to be complicated. Rule of Law recognize and protect the rights which create the interest of the individuals. On the one hand, it is the state that would intervene whenever the right to access to justice is threatened. On the opposite side it is the citizen who has the legitimate expectation to believe in this custodial behavior. How the situation appears from the comparative perspective? Let us begin with Poland.

The legal and organizational status of court authorities, proceedings before courts and legal position of the judge are safeguarded by the constitutional principles of organization and functioning of the judiciary in Poland. The Constitution of Poland, that came into force on 2nd April 1997, set the right to trial in the article 45 section 1: „Everyone shall have the right to a fair and public hearing of his case, without undue delay, before a competent, impartial and independent court. 2. Exceptions to the public nature of hearings may be made for reasons of morality, State security, public order or protection of the private life of a party, or other important private interest. Judgments shall be announced publicly”. Moreover, article 77 in section 2 of Constitution stipulates that „statutes shall not bar the recourse by any person to the courts in pursuit of claims alleging infringement of freedoms or rights”⁸.

Had the right to trial existed before the Constitution was established? At this point, the role of Polish Constitutional Tribunal is disclosing. Having started with supposition

⁸ The Constitution of Republic of Poland, <http://www.sejm.gov.pl/prawo/konst/angielski/kon1.htm>, 1.11.2016.

that fundamental rights can be unwritten and adding the very significant idea incorporated in the article 2 of Constitution that Poland is ruled by law and, as a democratic state, implements the principles of social justice – Tribunal shouldered the duty to discover the right by interpretation the previous constitution from the period of Polish People's Republic in current spirit – what is a common attitude for most constitutional courts in Europe (for instance, the decision dated 7 January 1992; signature mark K8/91). Poland exemplifies the dualism system of the judiciary authority – it is composed of courts and tribunals.

Under the binding Constitution of 1997, the Tribunal could interpret the right to trial in a very broad context. The following aspects were *inter alia* examined: 1. the contents of right to trial, 2. subjective and objective scope of the right, 3. the terms and scope of acceptable limitation, 4. the interdiction to deprive a citizen of possibility to claim his or her rights and freedoms through legal proceedings, 5. differentiation of „right to trial” and the second instance legal proceedings. The Tribunal recognized also the issue of independence and objectivity of judges. It shall be also added that the Tribunal most often interpreted a right to trial as the access to a court and appropriate procedure pending before such a court⁹.

Both constitutions, Polish and American, define its own primacy at the apex of sources of law. What is interesting, the annotated editions of the U.S. Constitution, based primarily on Supreme Court case law, set forth each clause followed by digests of judicial decisions that have interpreted the clause. There we can see, like in the lens of the eye, that the U.S. Supreme Court's decisions demonstrate pivotal interpretations of the Constitution's provisions. The role of judiciary significantly differs in these two legal systems. Hitherto only outlined, but later on we will try to take the discussion forward on this distinction.

In the U.S., differently than in Poland, there is no explicit provision of right to use the courts given for citizens. Characteristically, both article III of the Constitution and title 28 of the U.S. Code define the federal courts' jurisdiction. Article III, section 2 states that

judicial Power shall extend to all Cases, in Law and Equity, arising under the Constitution, the Laws of the United States, and Treaties made, or which shall be made, under their Authority — to all Cases affecting Ambassadors, other public Ministers and Consuls — to all Cases of admiralty and maritime Jurisdiction — to Controversies to which the United States shall be a Party — to Controversies between a State and Citizens of another State — between Citizens of different States — between Citizens of the same State claiming Lands under Grants of different States, and between a State, or the Citizens thereof, and foreign States, Citizens or Subjects¹⁰.

Constitution embeds the outer extent for federal courts jurisdiction. Congress has been left to decide about the actual scope of subject matter jurisdiction. Courts are open to anyone from anywhere as long as the court would have jurisdiction over the claim and over the defendant. As long as these things are satisfied a person or entity may institute a lawsuit. This is the same for state courts governed by state constitutions and state laws and rules.

⁹ J. Oniszczyk, *The right to fair trial in the decision of the Polish Constitutional Tribunal*, Science and technique of democracy, No. 28, Council of Europe Publishing, Germany, 2000, p. 142.

¹⁰ The Constitution of the United States, <http://constitutionus.com/>, 1.11.2016.

2. The question about trial – procedural and juridical dimension

Civil trial was created to facilitate the investigation and resolution of disputes. This is its core function. As recent studies have observed, the day in American courtroom with a trial or final hearing has become more and more limited and exclusive episode¹¹. Thus, does the civil procedure in the U.S. fulfill its role effectively?

Before 1938, the procedural rules in the U.S. district courts varied from circuit to circuit. Generally, the judiciary itself issues court rules dealing with procedural matters under of a constitutional or statutory provision. However, for some concerns courts have their individual inherent prerogative. The U.S. Supreme Court has congressional authority to issue rules of civil procedure for courts of appeals and district courts. The American fusion movement culminated in the twentieth century with the Federal Rules of Civil Procedure (FRCP) located in appendices to the title 28 of the U.S. Code.

In American legal world, so influenced by attorneys, the first step to take, after the dispute has been occurred, is the question about the proper court. When it appears that preliminary efforts to settle his client's dispute are futile, the attorney has to consider whether more than one forum is available to resolve it. Not only is it the question of the proper court but also about the forum that present the best economic and technical benefits. After the judicial determination has been selected, our lawyer needs to decide between state court and federal one (each of the 50 States and the District of Columbia has its own court system). Subsequently, from among the various federal and district or state courts available, he has to choose a proper court, which will have subject matter jurisdiction and the power to obtain territorial jurisdiction over the defendant and will meet venue requirements¹². As venue relates to place where judicial authority may be exercised, it differs from jurisdiction in the default judgment consequences – it retains its enforcement when entered by a court lacking in venue and becomes void without territorial jurisdiction over a defendant.

Obviously, the attorney's role does not finish at this stage. In the jurisdiction of common law there is a need, unlikely to Continental system, to prepare the prospective witness for counsel's questions during the examination-in-chief and cross-examination. What is more, when the trial is about to be set, most courts will conduct a pre-trial conference with the attorneys. The purpose of this conference is to file a joint or separate pre-trial memorandum. This memorandum principally is composed of a short statement of the case to be read to the jury pool, a list of outstanding motions, lay witness and expert witness lists for each party, an exhibit list for each party, proposed jury instructions, and a proposed verdict form.

Since the judge customarily has little contact with pre-trial investigation, he has no opportunity to signal what information he thinks relevant to his decision. As a result, litigators must strain to investigate and analyze everything that could possibly

¹¹ R. Stürner, *The Role of Civil Procedure in Modern Societies*, Ritsumeikan Law Review 2015, p. 73, <http://www.ritsumeikai.ac.jp/acd/cg/law/lex/rlr33/007rolfsturner1.pdf>, 23.10.2016..

¹² D.S. Clark, T. Ansary, *Introduction to the Law of the United States*, Kluwer Law International, The Hague–London–New York 2002, p. 380.

arise at trial. They tend to leave no stone unturned, provided, of course, as is often the case, that they can change their fees by the stone. Because of their active role in the pre-trial phase, lawyers have a greater understanding of the case than does the judge when the controversy is presented at the trial¹³.

It can be said that the better the system investigates and clarifies the facts, the more it promotes settlement and reduces the need to adjudicate. Clarification promotes pacification. But before the transformation established by The Federal Rules appeared, it had been a pleading that occurred as the only significant component of pretrial procedure. At the primary phase of lawsuit, the litigants were expected to disclose their several positions so that the trial matter could be in advance identified. It was indissolubly connected with principle of concentration, which derived from the jury system. In favor of jury, composed of layman, it seemed to be impractical or even completely impossible to reconvene jurors for a number of short hearings held over an extend period of time¹⁴. The jurisdiction differentiates the number of jurors on a civil trial between five or twelve. In most jurisdictions, including federal courts, the jury's decision must be unanimous. However, some jurisdictions approve a decision made by less than unanimity, e.g. an agreement among nine of twelve jurors could be enough. What should be taken under consideration is the fact that the right to jury proceedings is a constitutional right that should be relevant in many cases. The reality is different. Juries decide less than one percent of the civil cases that are filed in court. This lack of jury trials may seem curious, as the Seventh Amendment guarantees the right to jury trial in certain civil cases.

Charles Clark, the principal architect of the Federal Rules, was convinced that the line between facts, evidence, and legal conclusions was impossible to draw coherently. Clark argued for years against for fact pleading requirement of the nineteenth century Field Code because it led to unproductive disputes about what was a fact, evidence, or legal conclusion. Consequently, the drafters of the Federal Rules refused to put the word „fact” in the pleading rules. Trial judges now explicitly have enormous discretionary power to dismiss complains, both through their power to excise what they find to be a conclusive allegation and the addition of a plausibility requirement. (...) it has become even easier than in the past for judges who disfavor such cases to dismiss them prior to discovery. The same is true for any lawsuit, such as tort and antitrust cases, in which the most important evidence is in the minds and files of defendants. Many cases that were entitled to a jury trial – or any trial for that matter – and that would be found meritorious after discovery, will now be dismissed to the pleading stage. So much for historic role of juries to decide factual issues and thus check judicial power¹⁵.

Where can we find the current provision concerning this matter? Title III, Pleadings and motions, Rule 8 of FRCP contains general rules of pleading. „A pleading that

¹³ H. Kötz, *Civil Justice Systems in Europe and the United States*, Duke Law School Journal, 2003 Vo. 13, No. 3, p. 74, https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=471241, 30.10.2016.

¹⁴ J.H. Langbein, *The Disappearance of Civil Trial in the United States*, The Yale Law Journal, Public Law Working Paper No. 256, 2012, p. 529, https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2123386, 3.11.2016.

¹⁵ S.B. Burbank, S.N. Subrin, *Litigation and Democracy: Restoring a Realistic Prospect of Trial*, Harvard Civil Rights-Civil Liberties Law Review 2011, Vol. 46, p. 405.

states a claim for relief must contain: (1) a short and plain statement of the grounds for the court's jurisdiction, unless the court already has jurisdiction and the claim needs no new jurisdictional support; (2) a short and plain statement of the claim showing that the pleader is entitled to relief; and (3) a demand for the relief sought, which may include relief in the alternative or different types of relief"¹⁶. Meanwhile, the Rule 7 sets forth what types of pleadings are allowed – a complaint, an answer to a complaint, an answer to a counterclaim designated as a counterclaim, an answer to a cross-claim, a third-party complaint, an answer to a third-party complaint, and if the court orders one, a reply to an answer. Under these rules, pleading is purely orientated to perform the other party adequate notice of the claim or defense. However, the new civil proceedings system veered towards the discovery techniques (*inter alia* sworn depositions, interrogatories, documentary discovery). Judge Simon H. Rifkind said that „[a] foreigner watching discovery proceedings in civil suit would never suspect that this country has a highly-prized tradition of privacy enshrined in the fourth amendment"¹⁷. As a result of this new edition of discovery idea, common law, afflicted by the information deficit, became able to settle or dismiss almost all cases without trial.

What also discourages plaintiffs to seek the legal remedy in court trial is money. Discovery is a proper example here again. Discovery is costly. Costly to that extent that the perspective of having to bear those costs is able to deter the potential litigant from moving forward with his claim. Discovery also imposes costs on the other side. Moreover, American civil procedure is unique among the major Western European legal systems due to the lack of loser-pays regime for the allocation of litigation pretrial costs as well as trial ones. ‘

The broad scope of permitted discovery, together with the failure of the Federal Rules to institute a „loser pays” cost-shifting regime, invites cost-inflicting abuse. The fear of discovery abuse is what motivates the Supreme Court's recent effort to tighten pleading standards in *Bell Atlantic Corp. v. Twombly*, in which the Court spoke of the danger that *the threat of discovery expense will push cost-conscious defendants to settle even anemic cases*. Although cases of abuse are thought to be infrequent, when they occur, they transform discovery from a truth-serving to a truth-impairing device¹⁸.

Further, or perchance at the very beginning, the issue that have to appear is a court fee. The fee to pay differs from district courts, courts of appeal and federal ones. For instance, according to the U.S. Court of Federal Claims Fee Schedule, the party to file a civil action or proceeding needs to pay \$350. As claimed by District Court of Southern Florida, filing fee for opening civil action (includes \$50.00 Administrative Fee for Filing a Civil Action, Suit or Proceeding in a District Court) amounts to \$400. Those sums are beyond the orbit of man of the street with no noticeable difference between Polish and American.

¹⁶ Federal Rules of Civil Procedure, <https://www.federalrulesofcivilprocedure.org/frcp/title-iii-pleadings-and-motions/rule-8-general-rules-of-pleading/>, 5.11.2016.

¹⁷ S.H. Rifkind, *Are We Asking Too Much Of Our Courts?*, ABA Journal 1976, p. 96, 107, cited in H. Kötz, *op.cit.*, p. 74.

¹⁸ J.H. Langbein, *op.cit.*, p. 552-553.

Literally before our eyes the trial in the U.S. is disappearing. Since the 1930s, the proportion of civil cases concluded at trial has declined from about 20% to below 2% in the federal courts and below 1% in state courts¹⁹. Its disappearance arises from the lack of need to go to court and formal requirements which have been made higher and higher. The specific role plays also the fact. Common law trial was never seen as an excellent instrument of resolving fact disputes. The defeat to form suitable means of investigating the fact was a deep-seated problem that came from the Middle Ages. The discovery transformation of the Federal Rules, by vanquishing that investigation shortage, initiate modifications that have made trial obsolete.

In Poland, as in an unitary state, reigns procedural homogeneity. Polish civil procedure is regulated in a single statute – the Code of Civil Procedure of 1964 (CPC), which spanned whole of judicial civil proceedings, and what was seen at the time as meaningful legislative achievement. Over 1200 articles of this voluminous title, amended many times, regulate *inter alia* contentious and non-contentious procedures, the enforcement proceedings and also the domestic rules regarding arbitration. The Polish civil procedure was divided into fact-finding legal proceedings, interlocutory proceedings and enforcement one.

To hear the case a statement of claim must be filed with a proper court. The proper court is that one with territorial and subject-matter jurisdiction. The general rule derives from Ancient Rome and functions to this very day in sentence *actor sequitur forum rei*. This means that the actions should begin in the court for the area of defendant's activities center (depending on case matter – his residence or registered office). However, provisions of CPC give some exceptions to this rule. In certain cases the Code provides exclusive jurisdiction of a particular court. That is happening for alternative jurisdiction cases where CPC performs the right to choose the most convenient forum to initiate the claim. Article 34 of the Code provides an example – in case of contractual agreement and its performance, invalidation, termination or liability for inadequate execution of contract, an action may be brought in the place where the obligation was to be performed (as an alternative for the place where the debtor resides).

The procedure is predicated on written pleadings. The main pleading is a statement of lawsuit and should contain all the causes of action that are presented to be justified as well as motions linked to pieces of evidence. The oral part that takes place in front of the judge is a standard feature of the proceedings, under which the parties are able to present their position to the judge, review evidence contained in the files of the matter and examine witness and experts. Depositions are not recognized by Polish civil procedure. It is the court's session where all witnesses and experts can be testified in front of the judge. As professor Hein Kötz has noticed

the examination of witnesses in the Continental style may not be free from certain risks. One might say, for example, that the technique of inviting the witness to tell this story in narrative form and without undue interruption provides an incentive, in the interest of presenting a conclusive, logically coherent, and convincing story, to fill in gaps by half-truths or fiction. There is also a danger that the judge, in acting as chief-examiner

¹⁹ *Ibidem*, p. 522.

of the witnesses, may sooner or later appear to favor one side over the other. By putting questions to the witness, in the words of Lord Denning, he *drops the mantle of the judge, and assumes the robe of an advocate*. In general, however, a competent judge in questioning witnesses knows how to play his cards close to his chest. If he pursued one line of questioning with undue vigor or in some other way revealed his evaluation of the testimony this would at any rate have no influence on a jury as the sole trier of facts because there are no civil juries on the Continent, and not even in the United Kingdom²⁰.

What is important, the parties are able to nominate witnesses in support of specific factual allegations so that no party could be allowed to call as many witnesses as he wishes. The court make an evidential order recognizing the witnesses to be heard. Supposing they had been nominated for a factual assertion, which the judge legally believed that is immaterial with regard to the party's claim or allegation, he would not permit the witness to be called. The same applies to situation when the judge thinks that a witness has been nominated in support of a factual allegation, which is beyond dispute between the parties.

Nevertheless, there is limitation in time for parties to substantiate their position in civil dispute. Generally, the plaintiff is obliged to present all the accessible evidence in the initial statement of claim. Additional evidence are allowed to be handed over at further phase of the proceedings only provided that the party is either able to justify that the need to refer those pieces of evidence appeared subsequently or the evidence itself was not available earlier. The same applies to the defendant's response (article 207 par. 6 of CPC). Nevertheless, there are situations when civil proceeding is impermissible and leads to non-suit or nullity of proceeding (article 199 and 379 of the Code of Civil Procedure – that should be considered cumulatively). As an example, a claim shall be rejected if the legal course is unacceptable (e.g. it is an administrative court that has authority to issue a decision – civil court has no jurisdiction over the matter). Moreover – when there is a pending action between the same parties or legal action has been already validly adjudicated (*res iudicata*).

The plaintiff when consider to file an initial statement of claim, must also take into account the court fee. Proportional court fee, which is applied in case of pecuniary claim, equals 5% of the claim amount, albeit no less than 30 zloty and no more than 100 000 zloty. In numerous, listed and specific issues covering mostly non-pecuniary claims, the fees are fixed and generally range between 50 and 2000 zloty. It should be highlighted that not in every single case it will be the truth that the courts fees are recoverable from the defendant if the plaintiff wins the legal dispute. It could happen, despite the fact that the opposite side acknowledges a claim, it will be a plaintiff who bears the duty to pay the court fee. This situation is regulated in article 101 of CPC. As a petitioner you need to firstly call on the opposite party to voluntary satisfy the request before you go to court. Ultimately the costs of litigation are determined by the court in a judgment closing the proceedings in a particular instance. Generally, the party that loses the case shall pay the other party for the costs. The costs may include those

²⁰ H. Kötz, *op.cit.*, p. 65.

incurred and those which were necessary in purposeful pursuit of the rights and defense. However, the party might petition for exemption from the obligation to bear the legal costs in full or in part if it demonstrates his inability to bear the legal costs. The court can appoint a professional attorney *ex officio* if the party applies for this and successfully proves that: 1) he does not have sufficient funds to pay the costs of advocate or legal adviser fees; or 2) participation of an advocate or a legal adviser in the proceedings is necessary, e.g. because of the complexity of the matter.

While remaining in Polish procedure (and generally – into its European context), let us look at the trial from the outside perspective. What is characteristic, we are unfamiliar with the idea of a „trial” as a single affair that lasts with regard to temporal order. Alternatively, Polish proceedings in a civil action might be illustrate as a sequence of isolated forums before the judge (some of which may span only a few minutes). During these conferences relevant documents are exchanged and discussed, procedural rulings are made and both evidence and testimony are introduced and taken – up to the time of adjudication.

As can be seen above, it is the judge who mainly bears the responsibility during the proceeding. Does it influence on the efficiency of judiciary? Surprisingly enough, the report of the European Commission for the Efficiency of Justice, Edition 2016, states in figure 5.4. contained number of 1st instance incoming and resolved, that the courts of first instance received on average 2,7 (for Poland: just over 3) civil litigious cases per 100 inhabitants and managed to resolve the same amount of cases during the year²¹.

When we keep our ears open, we can hear the Polish legal community’s voices. Voices that are more and more tired and overwhelmed. According to the newspaper article from April 2016 posted in „Rzeczpospolita”²² – in civil court, first instance judge has to operate with 2600 cases and during 1 year he is able to adjudicate cir. 2200. The rest of them awaits for next year. Another article from October²³ that treats about recent novelization of the Code of Civil Procedure has pointed out some of substantial problems that are affecting Polish civil procedure. Some remarkable points should be unearthed. Firstly, our perception of civil proceeding needs to be changed. In Polish reality it is the judge who carries the whole burden related to the evidential hearing. On the other hand, in Anglo-American reality it is the clerk. Judge only reviews witnesses’ protocols and if he finds that any of their testimony could be vital for the case, only then he will call the witness to the courtroom. What is more, Polish court has to have the minimum volume of cases in docket for one session, resulting in the trial’s depiction

²¹ European judicial systems Efficiency and quality of justice, CEPEJ STUDIES No. 23, <https://www.coe.int/t/dghl/cooperation/cepej/evaluation/2016/publication/CEPEJ%20Study%2023%20report%20EN%20web.pdf>, 28.10.2016.

²² P. Wierzbicki, *Przemysław Wierzbicki o nowelizacjach procedury cywilnej* [P. W. about the amendments of civil procedure]. Published online on “Rzeczpospolita” 1.10.2016, <http://www.rp.pl/Rzecz-o-prawie/310019992-Przemyslaw-Wierzbicki-o-nowelizacjach-procedury-cywilnej.html#ap-1>, 28.10.2016.

²³ A. Łukaszewicz, *Reforma sądownictwa: ponad dwa tysiące spraw na jednego sędziego w rejonie* [Judicial reform: over 2000 cases for one judge at district court’s level]. Published online on “Rzeczpospolita” 20.04.2016, <http://www.rp.pl/Sedziowie-i-sady/304209881-Reforma-sadownictwa-ponad-dwa-tysiace-spraw-na-jednego-sedziego-w-rejonie.html#ap-1>, 28.10.2016.

mentioned before – instead of processing one case for one week, day by day, judge gets back to the case after three months. And he needs to bethink its previous details.

3. The question about future – harmonization dimension

Our forensic walk is drawing to a close. Let us slacken our pace. We are about to take a step into future. The future of harmonization in civil procedure's field.

In determining the next steps we take, we need to start from something common. From common principles in civil procedure. Perhaps it will appear that these fundamental rules perform like a bound which ought to transcend the very distinction between the two disparate legal systems. The second possible result to occur is summarized in the sentence: „Notably, the law at issue, civil procedure, has been universally considered the most difficult candidate for worldwide harmonization”²⁴. How the situation presents itself with regards to formalities and provisions? Let us take a look into the Principles (and Rules) of Transnational Civil Procedure.

This international-scale interesting document is being prepared and sponsored by American Law Institute and UNIDROIT (intergovernmental organization on harmonization of private international law; composed of 59 members, includes all European Union members).

The legal field that is to be operated by this framework are international commercial disputes. But not only. The drafters of these Principles in Introduction state that also most of other kinds of civil disputes may be resolved by same-structured resolutions and can be treated as the basis for future initiatives in reforming civil procedure. Its implementation could be done by a statute, set of rules or international treaty. The drafters obviously are aware of significant differences between legal orders and do not impose on members-to-be any determined legal measure. The linguistic issue has also been taken into consideration. „The adoptive document may include a more specific definition of «commercial and «transnational». That task will necessarily involve careful reflection on local legal tradition and connotation of legal language”²⁵. These Principles, in the number of 31, are thought to be the summary of the best values for Anglo – American law and Romano – canonical law. Apart from that, annotated provisions are worthy of notice as an excellent source of knowledge about the common core that is functioning in legal systems. Common core that can lead us to common procedure.

The Principles could not fail to essentialize the right to be heard and due notice. It is set forth in Rule 5. The commentary points out that specific procedure for communicating notice varies somewhat among legal systems. As an example, it states that in some systems it is a court that bears the responsibility and provides the party with notice and copies of the pleading; in other systems that responsibility is imposed on the parties. Coming back to very beginning of Principles we can discover preliminary and essential

²⁴ M. Reimann, R. Zimmermann, *The Oxford Handbook of Comparative Law*, Oxford University Press, New York 2006, p. 1345.

²⁵ Principles of Transnational Civil Procedure, ALI/UNIDROIT, 2006, P-B, <http://www.unidroit.org/english/principles/civilprocedure/ali-unidroitprinciples-e.pdf>. 5.11.2016.

rule: Independence, Impartiality, and Qualifications of the Court and Its Judges. Nothing which is stated there is a stupefaction. The following rule treats of jurisdiction over parties. As the transnational character of relations between parties is concerned, the interesting and much more complicated filed is presented there. A court may exercise jurisdiction upon the parties' consent. What is also vital is a fair opportunity given the parties to challenge jurisdiction. The crucial term here is a „substantial connection” between the forum state and the party or the transaction or occurrence in dispute. „That standard excludes mere physical presence, which within the United States is colloquially called «tag jurisdiction». Mere physical presence as a basis of jurisdiction within American federation has historical justification that is inapposite in modern international disputes. The concept of «substantial connection» may be specified and elaborated in international conventions and in national laws”²⁶.

Above and beyond, we are drawing among the values as procedural equality, right to engage a lawyer, access to information and evidence, public proceedings. Finally, the last rule states the duty of international judicial cooperation. The factual cooperation is able to happen only when the assistance to the courts of other state, provided by the courts of a state that has already adopted the Principles, is occurred. This is an essential condition, though doubtlessly, not sufficient. Nonetheless, when we move beyond the rules and rights' issue and focus on pure procedural layer, before our eyes will appear the gap. The reason why it appears is that the Principles are limited in their scope. Moreover, the built-in exceptions and omissions are showing rather divergence than similarity. Hence all this calls into question whether the Principles truly offer an adoptable body of law, prove inspirational for future legislative processes, or simply represent a kind of restatement of the law of civil procedure²⁷.

The ALI/UNIDROIT Project is not the only one example of attempt to harmonize the civil procedure. Another illustration is presented in more narrow context – the European Union conditions. Article 65 of the Treaty Establishing the European Community gives a legal ground, however not precise enough, for the harmonization of civil procedural law. What is rising by some authors is a prospective function of this article – it may become relevant not only in cases which are currently qualified as purely national, but especially with regards to measures that eliminate obstacles in order to proper functioning of civil procedure²⁸.

Apart from the propositions and projects mentioned above, one thing seems to be certain. To some extent, the gap between common law and civil law countries is more and more narrowing. This natural movement of legal systems is due to their interaction caused by progressive globalization process. As an example, the very distinction between inquisitorial approach, which is widely known as a synonym of civil law countries, and adversarial system – concerned with common law system – is disappearing. In both systems it is not a judge who gathers the facts of a case. Definitely, continental judge (the Polish judge is an excellent example) has fairly strong control over the procedure.

²⁶ *Ibidem*, P-2B.

²⁷ M. Reimann, R. Zimmermann, *op.cit.*, p. 1347.

²⁸ J.M. Smits, *Elgar Encyclopedia of Comparative Law*, Edward Elgar, UK, 2006, p. 129.

Nevertheless, it is the parties and their lawyers who investigate and consider the facts, select them and indicate means of proof. In both systems it is the lawyers who keep track of the parties' position from first pleading to final arguments. In both systems the parties' factual contentions are the line which cannot be crossed by the court²⁹. It follows that in their own ways, both Polish and American legal structures are adversary systems of civil procedure. To what extent these systems are flexible? Perhaps the better to ask – is this flexibility really needed?

Conclusions

Right to court is grown into the various visions of „nation”. What follows, principles of civil procedure are immanently bound up with fundamental right to court and, to broaden the perspective, with requirements of Justice. Not only is it the right to be heard, but primarily – to be heard in public, to show the piece of evidence, to speak on your issue, to defend yourself. This is the core of fair trial. We have already analyzed two differently originated proceedings to show how the principles covered by constitutional level are proceeding when we are climbing down, through procedure and courts towards our aim – the people.

Access to justice is something that was given to us complete with present-perception democracy. Notwithstanding this fact, both the law as a system and particular rights are alive. They are associated with fluctuations and succumb the interpretation with the times. These changes are expressed by transformations in civil procedure provisions. No matter if they are introduced by legislature or judiciary body. What matters is the fact that when we look at currently determined aspect of civil procedures, and having in mind their history, we are able not only to judge the nowadays' course but also we can have a look into future.

At the very end of our legal comparative reflection, we meet again the human being. European Convention on Human Rights has been founded upon the humanity and dignity – indivisible ideas which form the buckle of our journey. Convention, modeled on the United Nations Declaration, constitutes the European bastion of Rule of Law and humanity. Right to court, pushed in this essay to the very forefront, derives from human dignity. Among the constitutions we can strike various articulations; among the codes – different proceedings resolutions that come from altered nations' conceptions and diverse traditions. But as long as in the center exists the human being, and as far as it is possible in the current context, wisely tailored civil procedure is constantly the synonym of the liberty. In one of his sentence, Felix Frankfurter, a prominent figure in the Supreme Court's bar said: „The history of liberty has largely been the history of the observance of procedural safeguards”³⁰. Such a laconic sentence is this, though as the substantive evaluation of procedures meaning is still real not only with regards to the U.S. of America. It has common value. Looking back throughout Polish procedure's story we can see how true

²⁹ H. Kötz, *op.cit.*, p. 67.

³⁰ M. Kammen, *Spheres of Liberty. Changing Perceptions of Liberty in American Culture*, University Press of Mississippi, Manufactured in the United States of America, 2001, p. 11.

implication these words possess. Having regain the independence in 1918, in the territory of Poland, there were applied three different civil procedures – Russian statute from 1864, German code from 1877 and Austrian code from the end of XIX century. In the same time United States of America celebrated 142 anniversary of the *Declaration of Independence*. Procedural rules in the U.S. differed from circuit to circuit. The rules in western states were generally less complex than those in the East. Congress was about to create coherent rules and did so in 1934. Both of Poles and Americans were born of conglomerates. Nonetheless, access to the court in the U.S. has been growing since the beginnings of American democracy and first worldwide constitution.

Yet let us not run away from history. Nor from the inherent differences which are certainly the core of sovereignty. Land of homogeneity versus earth of vast contrasts; principles codified into a referable system serving the primary source of law versus case law developed by judges; legal syllogism versus experience and precedent; grammar of law versus case method of instruction. Nowadays, access to court across the pragmatic United States of America has taken the form which people in Poland are unfamiliar with. These days the U.S. is deviating from its founding values towards – towards unspecified goal. Is it the procedure without undue delays, runs by judge–manager, who rarely meets seekers because of emphasis on pre–trial proceedings? In Polish reality, where democracy is so unfledged and young, we put up on a pedestal our right to court. And we are using it. Perhaps sometimes in too litigious manner. Undoubtedly, one of the reason is that we are the involuntary successors of communism period which last over 40 years. Those years taught us how does the lack of this primary right taste. Now we are clinging to the access to court and court's daily docket is clung to the judge. My objective is not to say that one of described approaches is better or worse. I do not know it. But let us stop now and take a look around. Are we standing in the point of our liberty in which we are able to say – yes, we are open to harmonization? To shake off some of our inherent importance? Are we enough free to unite? Isaiah Berlin in *Two concepts of liberty* brought in two different natures of liberty – do we manage to make use of our positive liberty so as to face the tasks that are being posed before us by projects such as UNIDROIT? These types of venture have made it abundantly clear in terms of what brings us together. These are rules and values – shared in democratic tradition. In my opinion, if we opt for building something real common, then standard values are not enough – this is today's primer. „All this is not to say that transplants are impossible... But any such transplant must be limited in scope and sensitive to context”³¹. When we talk about common structure, we have to go into concrete things. The more we coming down, the more it becomes visible – from the constitution level, through codes into the courtrooms – the differences are too sizable or even unbridgeable. Certainly, more and more questions can be posed – to narrow our perspective down. Yet there is still one unanswered question – question about the process technique, acceptable by all parties concerned.

³¹ S. Dodson, *The Challenge of Comparative Civil Procedure*, 2008, p. 143.

Comparative law shows that the law, rather than being written in stone, is a construct driven by diverse social structures and fluid cultural norms. Furthermore, it emphasizes that things can be done differently in other countries, as well as in our own. This speaks to one of the most important aims of comparative law: to help us gain a better understanding of our own legal system and, ultimately, ourselves. However, regarding the very specific civil procedure connotation and influences, it shows through various comparative perspectives that civil proceedings close future is rather stable itself. Since „all that concerns the technique of legal practice is likely to resist change” – Otto Kahn-Freund concluded that – „comparative law has far greater utility in substantive law than in the law of procedure, and the attempt to use foreign models of judicial organization and procedure may lead to frustration and may thus be a misuse of the comparative method. (...) Procedural law is tough law, said”³². Too tough to be clipped together by our two different lines of legal systems.

* * *

Analiza komparatystyczna: Natura oraz dynamizm procedury cywilnej - prawa, zasady, sędziowie - porównanie systemów common law i kontynentalnego

Przedmiotem artykułu jest analiza porównawcza procedury cywilnej w kontekście różnic procesowych pomiędzy krajami o tradycji *common law* oraz tymi z rodziny prawa kontynentalnego. Porównanie następuje na trzech płaszczyznach – pierwsza sfera dotyczy obywatela i jego praw w sądzie. Następnie, po porównaniu systemu sądownictwa, pod rozważę zostanie wzięta kwestia przyszłości procedury cywilnej. Moim celem jest zatem zbudowanie piętrowej kompozycji, która swój początek bierze na poziomie jednostki, rozszerza tematykę o obszar systemowy, by na końcu osiągnąć swój wierzchołek – perspektywę globalną.

Artykuł we wstępnej fazie koncentruje się na prawie do sądu i do sprawiedliwej, zgodnej z prawem i jego zasadami, procedury – jako najwyższymi gwarancjami tak w Stanach Zjednoczonych Ameryki, jak i w Polsce. Wspomniane prawo zostało poddane analizie pod kątem proceduralnych ograniczeń – m.in. wymogów pism procesowych, czyli materii, która, jeśli dochodzi do fazy rozprawy, łączy w jednej sali sądowej wszystkich aktorów sprawy – w szczególności powoda, pozwanego oraz osobę sędziego. Następnie w centrum analizy umieszczony został sędzia – jaką rolę odgrywa w każdym z systemów? Na zakończenie zastanowimy się nad ideą harmonizacji procedury cywilnej oraz konsekwencjami, które wpływają z tej koncepcji.

Słowa kluczowe: postępowanie cywilne, analiza komparatystyczna, prawo amerykańskie, prawo polskie

³² O. Kahn-Freund, *On Uses and Misuses of Comparative Law*, 37 MOD. L. REV. 1 (1974) cited in H. Kötz, *CivilJustice Systems in Europe and the United States*, p. 7.

Michał Pawłucki¹

Kierownictwo pracodawcy – cecha konstrukcyjna stosunku pracy dezorganizująca system form zatrudnienia

Streszczenie:

Kierownictwo pracodawcy określane jest jako najważniejsza cecha przesądzająca o prawnopracowniczym charakterze umowy, w ramach której świadczona jest praca. Doktryna do elementów wskazujących na istnienie kierownictwa pracodawcy zalicza m.in. pracowniczy obowiązek przestrzegania poleceń związanych z pracą, zobowiązanie do przestrzegania wyznaczonych warunków pracy, takich jak czas, miejsce i sposób jej wykonywania, nadzór przełożonego nad wykonywaniem pracy, rozdzielanie wynagrodzenia czy świadczeń socjalnych między pracowników. SN stwierdził natomiast, iż o kierownictwie pracodawcy można mówić już wtedy, gdy pracownikowi są wskazywane jedynie określone zadania (koncepcja tzw. podporządkowania autonomicznego).

Zmiany form zatrudnienia polegające na coraz większym usamodzielnianiu się pracowników, związane m.in. z ewolucją potrzeb konsumentów, z postępem technologicznym czy z rosnącą liczbą osób dobrze wykształconych, sprawiają, że kierownictwo pracodawcy często nie stanowi już cechy, która skutecznie wyróżnia stosunek pracy. Przeciwnie, granica między stosunkiem pracy a zatrudnieniem cywilnoprawnymi okazuje się być bardzo płynna i niejasna. Kluczowe dla metody typologicznej kierownictwo pracodawcy, w jego dzisiejszym ujęciu, nie uzasadnia przyznawania szczególnych uprawnień gwarantowanych przez prawo pracy jedynie zatrudnionym na podstawie umów o pracę; sytuacja faktyczna innych zatrudnionych często nie odbiega bowiem w istotny sposób od warunków podporządkowania istniejących w stosunkach pracy. Wśród koncepcji, które mogą zaradzić tej sytuacji, wskazać można postulat szczegółowego zdefiniowania kierownictwa w ustawie.

Słowa kluczowe: kierownictwo pracodawcy, podporządkowanie pracownika, system form zatrudnienia

¹ Autor jest doktorantem w Katedrze Prawa Pracy i Polityki Społecznej UJ.

1. Wstęp

Stosunku pracy od innych więzi prawnych, na podstawie których możliwe jest zatrudnienie, nie odróżniają ostro sformułowane i łatwe do wykazania w określonych stanach faktycznych kryteria ustawowe. Kwalifikacja prawna umów dających byt różnym stosunkom zatrudnienia dokonywana jest metodą typologiczną – poprzez wskazanie cech przeważających². Niejasności dotyczące treści tych kryteriów stają się często polem nadużyć. Umowy o pracę bardzo często próbuje się zastępować umowami o świadczenie usług, do których odpowiednie zastosowanie mają przepisy o zleceniu, umowami o dzieło czy też umowami zawieranymi między kontrahentami, z których jeden jest tylko pozornym przedsiębiorcą, zmuszonym do samozatrudnienia przez pracodawcę. Te rozwiązania umożliwiają usługobiorcom czy kontrahentom osób, które pod presją zarejestrowały własną działalność gospodarczą, zaoszczędzenie na wysokości składek na ubezpieczenie społeczne, a przede wszystkim uniknięcie ograniczeń wynikających z uprawnień, jakie pracownikom zapewnia umowa o pracę. U podstaw tego typu nadużyć, w kontekście prawnym, leży fakt, iż normy konstytuujące różne (prawnopracownicze i cywilnoprawne) formy zatrudnienia mają nieprecyzyjne hipotezy, w praktyce nakładające się na siebie zakresowo. Zarówno zatrudnieni, jak i zatrudniający, chcąc określić rzeczywisty charakter prawny podstawy zatrudnienia, muszą odnieść się do takich pojęć jak „świadczenie usług nieuregulowanych innymi przepisami” (art. 750 k.c.), „dzieło” (art. 627 k.c.) czy wreszcie „praca określonego rodzaju” wykonywana na warunkach sformułowanych w art. 22 k.p. Wskazane jest, by cechy wyróżniające umowę o pracę były skonstruowane w sposób pozwalający osobom zatrudnionym i zatrudniającym bez większych trudności samodzielnie określić charakter więzi prawnej, której są stronami. Tymczasem elementy obecnie wyszczególniane w polskim prawie pracy, których wystąpienie ma przesądzać o istnieniu więzi prawnopracowniczej – wraz z postępowaniem zmian społeczno-gospodarczych wpływających na rynek pracy – coraz gorzej pełnią swoją charakteryzującą rolę. Wśród atrybutów stosunku pracy k.p. wyróżnia dobrowolność wykonywania pracy (art. 11 k.p.), kierownictwo pracodawcy, wyznaczanie miejsca i czasu pracy przez pracodawcę, odpłatność pracy (art. 22 § 1 k.p.) i zasadę ponoszenia ryzyka związanego z pracą przez zatrudniającego (m.in. art. 81, 92 i 120 k.p.), z której to zasady wynika z kolei obowiązek osobistego świadczenia pracy przez pracownika³. Cechą, której wystąpienie – bądź niewystąpienie – ma podstawowe znaczenie dla kwalifikacji prawnej umowy, na podstawie której świadczy się pracę, jest kierownictwo pracodawcy. SN określał kierownictwo jako element konstrukcyjny stosunku pracy⁴, którego nieistnienie przesądza o tym, że zawartej umowy nie można uznać za umowę o pracę⁵. Granice tego, co wchodzi w zakres kierownictwa pracodawcy odmiennego od zakresu np. zależności zleceniobiorcy od zleceniodawcy, są jednak zupełnie niejasne. Funkcjonowanie kryterium kierownictwa w obecnym jego kształ-

² Zob. wyrok SN z 14 grudnia 2004 r., III PK 63/04.

³ Tak A.M. Świątkowski, *Polskie prawo pracy*, Warszawa 2012, s. 27.

⁴ W wyrokach z 11 stycznia 2008 r., I PK 182/07 i z 25 listopada 2005 r., I UK 68/05, LEX nr 177165.

⁵ W wyroku z 14 lutego 2001 r., I PKN 256/00.

cie wpływa istotnie na dezorganizację systemu więzi prawnych, w ramach których świadczona jest praca. Wskutek zmian społeczno-gospodarczych, prowadzących do wyłaniania się nowych form świadczenia pracy (pracowniczej oraz niepracowniczej), kierownictwo pracodawcy straciło swą siłę odróżniającą. W istotnym stopniu pogłębia to sytuację, w której pracownik nie jest w stanie stwierdzić, czy określone warunki, w jakich podejmuje zatrudnienie, zapewnią mu standardy ochronne umowy o pracę. Powszechnym jest już w społeczeństwie przeświadczenie, iż rodzaj zawieranej umowy zależy jedynie od hojności i przychylności pracodawcy.

2. Ustawowe uregulowanie kierownictwa pracodawcy i uzasadnienie regulacji

Włączenie *explicite* kierownictwa pracodawcy do treści definicji stosunku pracy z art. 22 k.p. nastąpiło dopiero na mocy art. 1 pkt 22 ustawy o zmianie ustawy – Kodeks pracy oraz o zmianie niektórych ustaw z dnia 2 lutego 1996 r.⁶ Kierownictwo zostało wówczas uregulowane jako cecha definicyjna i przez to wyróżniająca relację prawnopracowniczą. Przed tą zmianą k.p. mówił jedynie o obowiązującej w procesie pracy zasadzie jednoosobowego kierownictwa. Kierownik zakładu pracy (po noweli z 1996 r. nazwany „pracodawcą”) reprezentował zakład wobec pracowników i działał w jego imieniu (art. 4), dokonywał czynności prawnych w zakresie stosunku pracy (art. 23 § 1) czy ponosił odpowiedzialność za stan bezpieczeństwa i higieny w zakładzie pracy (art. 234 § 1). Doktryna wyróżniała wówczas „podporządkowanie pracownicze” wobec pracodawcy-kierownika jako pozakodeksową zasadę prawa pracy⁷; posługiwano się również pojęciem „uprawnień kierowniczych” po stronie zatrudniającego.

Należy tu zasygnalizować, że relacja wprowadzonego ustawą zmieniającą z 1996 r. pojęcia kierownictwa pracodawcy oraz niebędącego terminem języka prawnego pojęcia „podporządkowania pracowniczego” jest kontrowersyjna w nauce prawa pracy⁸. T. Liszcz zwraca uwagę, iż większość przedstawicieli doktryny traktuje podporządkowanie pracownicze jako „lustrzane odbicie” kierownictwa pracodawcy, czego konsekwencją jest przyjęcie, iż terminy te mają wspólny zakres znaczeniowy. Sama autorka jednak uważa, że pojęcie podporządkowania jest szersze i obejmuje różne inne formy zależności od pracodawcy, wynikające z pozostawania w jego dyspozycji. Pozostawanie w dyspozycji pracodawcy oznacza zaś, że w czasie pracy pracownik nie decyduje samodzielnie o miejscu swojego pobytu i o sposobie wykorzystania czasu pracy, a pozostaje pod władztwem pracodawcy i w uzależnieniu ekonomicznym⁹.

Pochylając się nad uzasadnieniem dla kierowniczej roli pracodawcy, można za- uważać, iż konieczność zaistnienia tego typu uprawnień w sferze jednego z podmiotów stosunku pracy jest intuicyjna. Kierownictwa wymaga porządek i efektywność

⁶ Dz.U. z 1996, Nr 24, poz. 110.

⁷ Tak M.M. Gersdorf [w:] M.M. Gersdorf, M. Raczkowski, K. Rączka, *Kodeks pracy. Komentarz*, Warszawa 2014, dostęp el. – SIP LEX, pkt 6 komentarza do art. 22.

⁸ *Ibidem*.

⁹ T. Liszcz, *W sprawie podporządkowania pracownika* [w:] *Współczesne problemy prawa pracy i ubezpieczeń społecznych*, red. L. Florek, Ł.M. Pisarczyk, Warszawa 2011, dostęp el. – SIP LEX.

świadczenia pracy, z czym wiąże się m.in. właściwa organizacja podziału zadań między pracujących. Pracodawca najczęściej w toku pracy musi określać niektóre czynności i precyzować kierunki działań, domagając się także odpowiedniej ich jakości i staranności, by uzyskać świadczenie stanowiące pożądany ekwiwalent wypłacanej pensji. Pracodawca niejednokrotnie jest też po prostu osobą bardziej świadomą mechanizmów rynkowych, co dodatkowo uzasadnia jego uprawnienie do wydawania poleceń i kierowania rozwojem przedsiębiorstwa. Konsekwencją kierowniczej roli pracodawcy jest zaś m.in. to, iż pracodawca jest obciążony ryzykiem związanym z pracą – odpowiada za niezawinione wyrządzenie przez pracownika szkody osobom trzecim w związku z pracą (ryzyko osobowe) i bezpośrednio ponosi skutki nieosiągnięcia celów ekonomicznych zakładu pracy (ryzyko gospodarcze).

Dogłębna analiza kierownictwa pracodawcy jako cechy stosunku pracy pozwala dostrzec, iż właściwość ta swój sens i pierwotne umocowanie ma w instytucji zespołu współpracowników rozumianym w kategorii wspólnoty. Odnoszę się tu do poglądów A. Sobczyka, który stwierdza: „wyrażony w art. 82 Konstytucji RP obywatelski obowiązek «troski o dobro wspólne» (...) jest prawną emanacją wspólnotowego postrzegania relacji społecznych. (...) W relacjach społecznych nie ma miejsca na absolutny indywidualizm. Ostatecznie żyjemy we współzależności od innych, dzieląc z nimi wspólnotę losów i wartości”¹⁰. Traktowanie członków zakładu pracy jako wspólnoty, którą łączy cel oraz środowisko pracy, pozwala uzyskać optykę ukazującą podstawową legitymację dla kierowniczej roli pracodawcy. Środowisko zakładu pracy łączy ludzi mających powiązane cele gospodarcze, dzielących skutki swoich dobrych i złych decyzji zawodowych. Można przy tym powiedzieć, że jedną z cech człowieka, jako istoty społecznej, jest tworzenie określonego systemu działania prowadzącego do efektywnej realizacji wspólnych przedsięwzięć. Konsekwencją tej ludzkiej właściwości jest przydawanie specjalnej roli – zadań i odpowiedzialności – jednostce mającej niezbędne predyspozycje do kierowania działaniami współpracowników. Kierownictwo pracodawcy w jego właściwym sensie, opartym przede wszystkim na rozumieniu godności pracownika i pracodawcy (art. 30 Konstytucji RP), jako stron wchodzących w relacje podmiotowe, nie jest formą uprzedmiotowienia i wykorzystywania pracownika przez właściciela kapitału, a warunkiem współpracy zespołu. „(...) działalność gospodarcza prowadzona jest przez pracodawców i pracowników łącznie, tyle że z nierównym rozkładem uprawnień. (...) inaczej rzecz ujmując, praca pracownika jest niczym innym, jak współuczestnictwem w procesie gospodarowania”¹¹.

3. Treść uprawnień kierowniczych

„Podmiot zatrudniający, działając osobiście lub poprzez kierownika czy kierowników pracy, wyznacza pracownikowi zadania oraz określa sposób, miejsce i czas ich wykonywania. Uprawnienia te (...) stanowią – jak wiadomo – szczególną właściwość stosunku pracy, rozstrzygającą o jego odrębności od cywilnoprawnych stosunków

¹⁰ A. Sobczyk, *Wolność pracy i władza*, Warszawa 2015, s. 74-76.

¹¹ *Ibidem*, s. 120.

zobowiązaniowych” – pisze H. Lewandowski¹². Autor ten do uprawnień kierowniczych zalicza prawo określania konkretnych zadań pracownika, prawo wyboru środków oraz metod wykonywania przez niego wyznaczonych zadań, możliwość określania miejsca pracy, rozkładu czasu pracy, ustalanie planu urlopów (a także uprawnienie do zmiany terminu urlopu czy do odwołania pracownika z urlopu już odbywanego), decydowanie o podziale pracowników na zespoły robocze i o zasadach współdziałania zespołów. Uprawnienia kierownicze w ścisłym sensie obejmują także określanie zasad porządku wewnętrznego w zakładzie pracy, przez co rozumieć należy m.in. sprawy związane z kontrolą obecności pracowników, z zachowaniem bezpieczeństwa i higieny pracy, a także z korzystaniem z narzędzi przy pracy¹³. W skład uprawnień do konkretyzowania obowiązków pracownika H. Lewandowski włącza uprawnienie do kontrolowania i nadzorowania pracy zatrudnionego¹⁴.

T. Zieliński, jako pogląd powszechnie prezentowany w literaturze prawa pracy, przedstawia rozumienie kierownictwa pracodawcy jako prawa podmiotu zatrudniającego do wydawania wiążących poleceń pracownikom. W szerszym znaczeniu, uprawnienia kierownicze obejmują też wpływanie na postawę pracowników poprzez system nagród i kar porządkowych, a także poprzez ustanawianie regulaminu pracy¹⁵.

W. Piotrowski, opisując stosowanie się do poleceń przełożonych jako jeden z obowiązków pracowniczych, zwraca uwagę na to, iż nie istnieje uzasadniony obowiązek ogólnego posłuszeństwa pracownika pracodawcy¹⁶. Tym niemniej, to właśnie obowiązek stosowania się do poleceń przełożonych jest tą cechą, która odróżnia stosunek pracy i pokrewne stosunki prawne¹⁷. Polecenie pracodawcy nie ma przy tym charakteru samoistnego, a służy wykonywaniu pracy, umożliwiając zatrudniającemu organizowanie i kierowanie pracą¹⁸.

Tradycyjne ujęcie kierownictwa pracodawcy, który wpływa na wszystkie etapy wykonywania zadań przez pracowników, na bieżąco nadzoruje proces pracy, a następnie rozlicza pracowników z rezultatów, jest aktualnie często przełamywane. Do czynników prowadzących do tego można zaliczyć coraz wyższe kwalifikacje pracowników, rozwój technologiczny i wyłanianie się nowych zawodów. A.M. Świątkowski pisze,

¹² H. Lewandowski, *Uprawnienia kierownicze w umownym stosunku pracy (Przedmiot i granice)*, Warszawa 1977, s. 5.

¹³ Zob. *ibidem*, s. 22 i n.

¹⁴ *Ibidem*, s. 25.

¹⁵ T. Zieliński, *Prawo pracy. Zarys sytemu. Część II. Prawo stosunku pracy*, Warszawa–Kraków 1986, s. 192.

¹⁶ W. Piotrowski, *Stosunek pracy. Zagadnienia prawne nawiązania, zmiany, ustania i treści*, Poznań 1977, s. 125. Autor zauważa, iż próby takiego ukształtowania podporządkowania pracowniczego istnieją w doktrynie zachodniej (niemieckiej), gdzie interpretacja obowiązku posłuszeństwa pracodawcy zmierza ku obejmowaniu nim również zachowania pracownika niezwiązanego z umówioną pracą (*ibidem*, przypis nr 18).

¹⁷ *Idem* [w:] W. Jaśkiewicz, C. Jackowiak, W. Piotrowski, *Prawo pracy w zarysie*, Warszawa 1980, s. 258. Warto wspomnieć, że K. Jaśkowski definiuje wręcz kierownictwo jako uprawnienie pracodawcy do wydawania poleceń; K. Jaśkowski [w:] K. Jaśkowski, E. Maniewska, *Komentarz aktualizowany do ustawy z dnia 26 czerwca 1974 r. Kodeks pracy (Dz.U.98.21.94)*, wyd. el. – SIP LEX 2015, pkt 4 komentarza do art. 22.

¹⁸ W. Piotrowski, *Stosunek pracy...*, s. 125. Podobnie W. Jaśkiewicz, *op.cit.*, s. 14.

że współczesne stosunki pracy odróżniają się przeważnie od pierwowzoru, jaki wykształcił się w okresie, gdy prawo pracy stawało się samodzielną dziedziną prawa, zwaną „prawem fabrycznym”. Współcześnie od pracowników, którzy mają myśleć abstrakcyjnie, twórczo i używać wyobraźni, oczekuje się inicjatywy i kreatywności. Cechami dzisiejszych stosunków zatrudnienia pracowniczego są m.in. automatyzacja procesów oraz bezpośredni i osobisty charakter świadczenia pracy¹⁹. Przy tym cywilnoprawne umowy o świadczenie usług w praktyce zatrudnienia są dziś wprowadzane często w tym samym celu gospodarczym, któremu służy zasadniczo umowa o pracę. W skrajnych sytuacjach usługodawcy mogą mieć swoją ewidencję czasu pracy czy plan urlopów – co stanowi znak utrwalonego już w społeczeństwie przeświadczenia, iż system prawnych form zatrudnienia rządzi się jedynie wolą stron.

Stosowanie dziś kryterium kierownictwa pracodawcy jako wyróżnika stosunku pracy przynosi co najmniej dwa rodzaje negatywnych skutków (bliżej opisanych niżej). Po pierwsze, nie pozwala na skuteczną delimitację reżimów prawnych, w których mogą mieścić się stosunki zatrudnienia, niejednokrotnie okazując się kryterium pozornym. Niejasność i nieuporządkowanie systemu prawnego w tym zakresie uwiadcza na istnienie podporządkowania pracowniczego o tzw. autonomicznym charakterze. Drugim typem negatywnych następstw opisywanego zjawiska jest wspieranie niezgodności stanu *de lege lata* z Konstytucją RP – prawo pracy nie staje bowiem na przeszkodzie sytuacji, w której osoby wykonujące zasadniczo taką samą pracę, w bardzo podobnych warunkach uzyskują różne jakościowo prawa i obowiązki (przewidziane prawem cywilnym albo prawem pracy) bez faktycznego uzasadnienia dla takiego różnicowania.

4. Kierownictwo pracodawcy a „kierownictwo zleceniodawcy”

E. Suknarowska-Drzewiecka zauważa, że nie każdy przejaw kontroli ze strony zatrudniającego pozwala uznać, że istotnie realizowane jest wymagane w stosunku pracy podporządkowanie – element kontroli występuje także choćby w umowach zlecenia²⁰. O „kierownictwie zlecającego” i „podporządkowaniu zleceniobiorcy” pisze Z. Kubot – autor zwraca uwagę, iż umowa zlecenia, choć zakłada udzielanie zleceniobiorcy wiążących wskazówek co do świadczenia usług, to nie może przyznawać jednej stronie uprawnienia do wydawania poleceń, ani do jednostronnego określania praw i obowiązków stron poprzez ustalanie regulaminu. Innymi słowy, umowa mieszcząca się w reżimie prawa cywilnego „nie może kreować po stronie zlecającego uprawnień kierowniczych pracodawcy”²¹.

¹⁹ A.M. Świątkowski, *Przedmiot stosunku pracy. Rozważania de lege lata i de lege ferenda* [w:] *Współczesne problemy...*

²⁰ E. Suknarowska-Drzewiecka [w:] *Kodeks pracy. Komentarz*, red. K. Walczak, wyd. el. – SIP Legalis 2015, lit. A pkt I ppkt 2 komentarza do art. 22.

²¹ Z. Kubot, *Kierownictwo zlecającego jako pojęcie prawne* [w:] *Z zagadnień współczesnego prawa pracy. Księga jubileuszowa Profesora Henryka Lewandowskiego*, red. Z. Góral, Warszawa 2009, dostęp el. – SIP LEX.

W wyroku z 11 września 2013 r., II PK 372/12 SN dokonał interesującego rozróżnienia cech kierownictwa i podporządkowania występujących w stosunku pracy i w stosunku cywilnoprawnym. W orzeczeniu tym nie przyznał racji zleceniobiorczyńiom, które wykonywały proste prace biurowe, jakoby wykonywanie przez nie pracy w ustalonym miejscu i czasie, a także przy stosowaniu się do poleceń zatrudniającego, stanowiło w istocie realizowanie stosunku pracy. Sąd stwierdził, że: „praca organizowana przez zatrudniającego, nawet pod jego kierownictwem i kontrolą, nie jest właściwa tylko stosunkowi pracy”, a także, że: „[n]adzór i kierownictwo zatrudniającego nie jest zastrzeżone tylko dla stosunku pracy”. Przeciwnie, także w umowie zlecenia „mogą wystąpić cechy kierownictwa i podporządkowania, choć nie takie same jak w zależności właściwej dla stosunku pracy”. W częściowo krytycznej glosie do przywołanego wyroku A. Musiała zwraca uwagę na to, iż SN posłużył się pojęciem „podporządkowania”, zamiast „podporządkowania pracowniczego”, chcąc wskazać na wspólny mianownik dla stosunku prawnopracowniczego i umowy zlecenia. Glosatorka wskazuje, że kierownictwo pracodawcy przewiduje wydawanie poleceń konkretyzujących świadczenie pracy („chodzi o jednostronne wskazanie zadań oraz sposobu, czasu i miejsca ich wykonania”), a przez to czyni pracownika dyspozycyjnym wobec zatrudniającego; stan takiej dyspozycyjności nie jest natomiast właściwy stosunkom cywilnoprawnym²². Trzeba zaznaczyć, iż podległość właściwa stosunkom pracy obejmuje uprawnienie pracodawcy do wydawania poleceń wykraczających poza rodzaj pracy uzgodniony w umowie – gdy jest to uzasadnione potrzebami pracodawcy i odpowiada kwalifikacjom pracownika, zaś okres powierzenia rodzajowo innej pracy nie trwa dłużej niż przez trzy miesiące w roku kalendarzowym, nie powodując przy tym obniżenia wynagrodzenia pracownika (art. 42 § 4 k.p.). W części przypadków faktycznych ta różnica będzie pozwalała na odróżnienie kierownictwa pracodawcy od „kierownictwa zleceniodawcy” – umowy cywilnoprawne nie pozwalają bowiem na wydawanie usługodawcy poleceń wykraczających poza ustalony przedmiot umowy.

Wyżej przywołany wyrok z 11 września 2013 r. wskazuje na to, iż ocena charakteru zawartej umowy (prawnopracowniczego lub cywilnoprawnego) musi polegać nie tylko na stwierdzeniu istnienia kierownictwa i podporządkowania, ale również na głębszej analizie cech tych elementów mówiących o zależności i podległości. Wydaje się, że oddzielenie tego, co jest podporządkowaniem wskazującym na pracowniczy charakter zatrudnienia, od podporządkowania, które mieści się jeszcze w granicach właściwych dla stosunków cywilnoprawnych, jest w wielu konkretnych przypadkach bardzo utrudnione lub po prostu niemożliwe. Charakter zatrudnienia cywilnoprawnego niewątpliwie przewiduje pewnego rodzaju zależność zatrudnionego od zatrudniającego – faktem jest jednak, iż gdy określenie reżimu prawnego zawartej umowy ma być oparte o ocenę charakteru istniejącego podporządkowania, to tworzy to zjawisko poważnej niepewności wobec prawa.

²² A. Musiała, *Glosa do wyroku SN z dnia 11 września 2013 r. (sygn. II PK 372/12)*, dostęp el. – SIP LEX.

5. Podporządkowanie autonomiczne

SN niejednokrotnie mierzył się z zagadnieniem kierownictwa pracodawcy w odniesieniu do osób pracujących na stanowiskach kierowniczych czy z innych powodów (wysokich kwalifikacji, twórczego charakteru pracy itp.) zachowujących daleko posuniętą niezależność i autonomię. W wyroku z 6 maja 2009 r., II PK 95/09 stwierdził, że: „rodzaj i zakres podporządkowania pracownika w stosunku pracy może być różny w zależności od pełnionej funkcji – stanowiska. (...) Ustawowe pojęcie podporządkowania nie może jednak być rozciągane tak szeroko, że zostanie ono pozbawione znaczenia jako jedna z podstawowych cech pracowniczego stosunku pracy”. T. Liszcz, charakteryzując aktualny trend w orzecznictwie SN, pisze, że: „szczególnie ofensywny jest (...) w nim nurt ujmujący podporządkowanie bardzo liberalnie, tak aby można było w pojęciu stosunku pracy zmieścić także stosunki zatrudnienia tych pracowników, którzy nie są związani poleceniami pracodawcy co do sposobu wykonywania pracy”²³. Dobrą ilustracją tej tezy jest linia orzecznicza SN, według której podporządkowani w sposób uzasadniający istnienie więzi prawnopracowniczej (możliwej do nawiązania również w sposób konkludentny) mogą być członkowie zarządu spółki kapitałowej²⁴. Dochodzi wówczas do połączenia pozycji i przywilejów związanych z zarządzaniem kapitałem, a także uprawnień i dogodności, jakie pracownikom gwarantuje k.p. Może budzić uzasadnione wątpliwości to, czy instytucja i formuła „pracownika” (art. 2 k.p.) jest przeznaczona i właściwa dla osób pełniących funkcje członków zarządu spółki²⁵.

Dobitnym świadectwem zmian w praktyce zatrudnienia stało się posłużenie się przez SN pojęciem „podporządkowania autonomicznego”. W wyroku z 7 września 1999 r., I PKN 277/99²⁶, dotyczącym pracy realizatora programu telewizyjnego, SN jednoznacznie stwierdził, że: „pojęcie podporządkowania pracownika pracodawcy ewoluje w miarę rozwoju stosunków społecznych. W miejsce dawnego systemu ścisłego hierarchicznego podporządkowania pracownika i obowiązku stosowania się do dyspozycji pracodawcy, nawet w technicznym zakresie działania, pojawia się nowe podporządkowanie autonomiczne polegające na wyznaczaniu pracownikowi przez pracodawcę zadań bez ingerowania w sposób wykonania tych zadań”. Choć SN mówi o „podporządkowaniu autonomicznym”, to jednak wciąż jest to właściwość mająca wypełnić tradycyjne wymaganie stosunku pracy, tj. wykonywanie pracy pod kierownictwem

²³ T. Liszcz, *W sprawie podporządkowania pracownika* [w:] *Współczesne problemy...* Zestawienie tezy autorki o tendencji orzeczniczej do szerokiego rozumienia kierownictwa pracodawcy z treścią przywołanego wyroku SN z 11 września 2013 r. (zgodnie z którym „praca organizowana przez zatrudniającego, nawet pod jego kierownictwem i kontrolą, nie jest właściwa tylko stosunkowi pracy”) ukazuje, jak nieefektywnym kryterium wyróżniającym dla stosunku pracy jest dziś kierownictwo pracodawcy.

²⁴ Zob. wyroki SN z 12 maja 2011 r., II UK 20/11, z 7 stycznia 2000 r., I PKN 404/99 i z 6 października 2004 r., I PK 488/03.

²⁵ Podobnie M.M. Gersdorf w wykładzie gościnnym pt. „Prawo pracy: wyzwania, trudności, propozycje zmian”, wygłoszonym na Uniwersytecie Jagiellońskim w Krakowie w dniu 18 października 2014 r., notatki własne.

²⁶ Zob. też podobne postanowienie z 11 października 2007 r., III UK 70/07.

pracodawcy. Trzeba zauważyć, że SN konsekwentnie uzależnia dopuszczalność funkcjonowania podporządkowania autonomicznego od rodzaju i charakteru wykonywanej pracy. O tego typu podporządkowaniu mówi bowiem w odniesieniu do zawodów twórczych oraz tych, które ze swej natury wymagają pewnej samodzielności w wyznaczaniu sposobu wykonywania pracy (jak np. w przypadku pracy radcy prawnego). SN nie próbował zatem porzucić dotychczasowego dorobku doktryny i orzecznictwa dotyczącego kierownictwa pracodawcy. Łącząc podporządkowanie autonomiczne z rodzajem pracy, SN próbował raczej nie zawężyć pojęcia pracownika tylko i wyłącznie do osoby pozostającej w bezpośredniej dyspozycji pracodawcy, który dokładnie i na bieżąco określa sposób wykonania pracy.

6. Ocena prawna stanu *de lege lata* w kontekście konstytucyjnej zasady równości wobec prawa

Polskie prawo ustanawia różne formy zatrudnienia, przewidując zarazem dla zatrudnionych zupełnie odmienne sfery uprawnień. Przy tym, zgodnie z art. 32 ust. 1 Konstytucji RP, wszyscy są równi wobec prawa – a więc ustawodawca nie powinien stawiać adresatów norm prawnych w sytuacjach, w których należą im się różne prawa, o ile nie jest to uzasadnione odmienną sytuacją tych podmiotów²⁷. Tradycyjnie w doktrynie uznaje się, iż zakres praw gwarantowanych pracownikowi przez prawo pracy stanowi odpowiedź ustawodawcy na niekorzystne położenie pracownika względem pracodawcy (przymus ekonomiczny, gorsza pozycja negocjacyjna). A. Sobczyk stwierdza, iż gwarancje i uprawnienia przyznawane pracownikom przez regulacje prawa pracy chronią pracowników także przed prawami rynku i wykluczeniem społecznym, zaspokajając te potrzeby zatrudnionych, które znajdują wyraz w prawach człowieka²⁸. Należy postawić pytanie o to, na ile zróżnicowanie reżimów prawnych, w ramach których pracują pracownicy lub zleceniobiorcy, znajduje realne uzasadnienie w odmiennościach w ich faktycznych warunkach pracy. Odnosząc się do siły odróżniającej, jaką ma kryterium kierownictwa pracodawcy stosowane w dzisiejszym kształcie, trzeba stwierdzić, iż w praktyce zatrudnienia często nie można dostrzec istotnej różnicy w charakterze faktycznego podporządkowania osoby zatrudnionej na podstawie umowy o pracę i osoby pracującej formalnie na podstawie umowy cywilnoprawnej. Bardzo niejednolite

²⁷ K. Complak, komentując przywołany przepis, stwierdza: „Mimo że konstytucyjna formuła mówi o równości wobec prawa, rozumie się ją jako równość w prawie. Oznacza ona w szczególności obowiązek prawodawcy takiego tworzenia norm prawnych, aby podmioty uznane za podobne były poddane podobnym sytuacjom prawnym”; K. Complak [w:] *Konstytucja Rzeczypospolitej Polskiej. Komentarz*, red. M. Haczkowska, 2014, dostęp el., SIP LEX, pkt 4 komentarza do art. 32.

²⁸ A. Sobczyk, *Prawo pracy w świetle Konstytucji RP. Tom I. Teoria publicznego i prywatnego indywidualnego prawa pracy*, Warszawa 2013, s. 140 i nast. Autor wykazuje, iż np. ustawowe ograniczenia zwalniania pracowników, nakaz zapewniania płatnych urlopów czy ponoszenia ciężarów publicznych na rzecz pracowników ma ostatecznie uzasadnienie społeczne. Ostatecznym celem tych regulacji jest umożliwienie człowiekowi samorealizacji, a więc zapewnienie godności osobowej. Tym samym ustawowe indywidualne prawo pracy należy uznać za socjalne prawo publiczne mające zapewniać godne życie osobom świadczącym pracę (*ibidem*, s. 295 i n.).

w kwestii delimitacji różnych stosunków zatrudnienia orzecznictwo wskazuje na to, iż aktualnie metoda typologiczna nie sprawdza się; istotną przyczyną tego stanu jest fakt, iż kierownictwo pracodawcy nie stanowi skutecznego kryterium odróżniania stosunków prawnych. Cywilnoprawne umowy o świadczenie usług upodobniły się do umów o pracę, a – jak stwierdził SN w uchwale z 12 grudnia 2011 r., I UZP 6/11 – umowy o pracę upodobniły się do umów cywilnoprawnych (przykładem na to jest telepraca, jako forma zatrudnienia wprowadzona do k.p. w 2007 r.). Zaistniała zatem sytuacja, w której osoby pracujące w bardzo podobnych lub identycznych warunkach uzyskują zupełnie różne zestawy praw i obowiązków w związku ze swoim zatrudnieniem. Czynności kierownicze zatrudniającego oraz odpowiadająca im podległość zatrudnionego w praktyce często obecne są w stosunkach formalnego zatrudnienia cywilnoprawnego w nie mniejszym stopniu, niż w stosunkach pracy. Tym samym, kierownictwo pracodawcy w jego obowiązującej regulacji nie może stanowić racjonalnego kryterium uzasadniającego wyłączenie zleceniodawców i samozatrudnionych ze sfery uprawnień przyznawanych pracownikom. Osobnym i nierozwijanym tu zagadnieniem pozostaje natomiast to, w jakim stopniu kierownictwo pracodawcy, nawet realizowane w swej klasycznej formie, w ogóle uzasadnia daleko idące różnicowanie zakresu uprawnień przyznawanych pracownikom i niepracownikom w kontekście konstytucyjnej zasady równości wobec prawa²⁹.

7. Postulaty zmian ustawowych

Kierowanie pracą przez zatrudniającego musi wyglądać inaczej w odniesieniu do różnych rodzajów pracy wykonywanej przez pracownika, musi być uzależnione od tego, jaki zakres czynności pracownik umie wykonać samodzielnie, jaki jest zakres jego odpowiedzialności itd. Sama treść kierownictwa pracodawcy jako cechy charakteryzującej wyłącznie stosunek pracy uległa jednak aktualnie pełnemu upływnieniu. Częstym skutkiem tego są sytuacje, gdy osoby, które powinny być objęte ochroną właściwą dla pracowniczego stosunku zatrudnienia, są tej ochrony pozbawione. Zdarza się także sytuacja odwrotna³⁰ – gdy osoby niewykonujące pracy w warunkach podporządkowania pracowniczego uzyskują ochronę właściwą temu typowi pracy (taką sytuację można rozważać w odniesieniu do członka zarządu spółki kapitałowej zatrudnionego w oparciu o umowę o pracę). Prowokuje to postawienie pytania o właściwą reakcję ze strony ustawodawcy. Trzeba tu zauważyć, iż węższe określenie granic tego, co można już nazwać kierownictwem wymaganym dla zaistnienia stosunku pracy, zawęzi zakres stosunków prawnych uznawanych za prawnopracownicze. Z drugiej strony – im szersze będzie rozumienie kierownictwa, tym częściej stosunek prawny będzie uznawany za stosunek pracy³¹.

²⁹ Zob. *ibidem*, s. 299.

³⁰ Tak M.M. Gersdorf w wykładzie gościnnym pt. „Prawo pracy...”.

³¹ Zwraca na to uwagę T. Duraj, *Wybrane problemy pracowniczego podporządkowania jako konstytucyjnej cechy stosunku pracy*, pkt 1 [w:] *Współczesne problemy...*

A. Sobczyk twierdzi, że o ile redefinicja stosunku pracy (art. 22 k.p.) nie jest potrzebą nagłą z punktu widzenia ewolucji form zatrudnienia, to pilne i konieczne jest przynajmniej ustawowe określenie jasnych wytycznych co do zatrudnienia cywilnoprawnego. Jeśli zaś ustawodawca uzna, że to praca pracownicza powinna być podstawową formą zatrudnienia w Polsce, konieczne będzie uregulowanie w k.p. domniemania zawarcia umowy o pracę³². Obecnie art. 22 § 1¹ k.p. ma charakter jedynie informacyjny, natomiast zastosowanie konstrukcji domniemania spowodowałoby, że zakładane byłoby istnienie stosunku pracy, a dopiero w trakcie procesu sądowego to założenie musiałoby być obalone³³. W każdym przypadku spornym oznaczałoby to konieczność wykazywania, iż konkretna sytuacja kierownictwa zatrudniającego nie może być uznana za realizowanie kierownictwa pracodawcy. Wprowadzenie domniemania umowy o pracę zapewne przyczyniłoby się do objęcia reżimem prawa pracy relatywnie wielu stosunków prawnych funkcjonujących dziś oficjalnie pod szyldem umów zlecenia. Perspektywa nagłego powiększenia się sfery zatrudnienia prawnopracowniczego konfrontuje jednak z pytaniem o gotowość rynku pracy oraz kondycji gospodarczej pracodawców na taką sytuację. Musiałoby to prawdopodobnie łączyć się z częściowym ograniczeniem ustawowych przywilejów pracowniczych i obowiązków pracodawców w stosunkach pracy.

Rozwagać można także ideę innego uregulowania pojęcia kierownictwa pracodawcy w k.p. J. Stelina wskazuje, że o ile w stosunkach prawnopracowniczych to, co ma być przedmiotem zobowiązania pracownika jest determinowane przez rodzaj pracy, to w stosunkach regulowanych prawem cywilnym przedmiot zobowiązania jest wyznaczany poprzez określenie danych czynności prawnych lub faktycznych (albo dzieła, które ma być wykonane). Zatrudnienie cywilnoprawne przewiduje zatem „uzgodnienie jedynie jednej lub kilku czynności lub dzieła do wykonania, [przez co] ogranicza zleceniodawcom możliwość dysponowania osobą wykonawcy. Dlatego w stosunkach cywilnoprawnych nie ma mowy o poleceniach podmiotu zatrudniającego”³⁴. Pomiędzy poleceniami pracodawcy i wskazówkami zleceniodawcy można wskazać pewne różnice – polecenia pracodawcy mogą w pewnych warunkach dotyczyć czynności wykraczających poza umówiony rodzaj pracy (art. 42 § 4 k.p.), mogą odnosić się nie tylko do sposobu wykonywania poszczególnych etapów procesu pracy, ale także do realizowania obowiązków pracownika w ogólności³⁵. Można zatem zastanawiać się nad tym, czy minimalną i konieczną treścią pojęcia kierownictwa pracodawcy, która powinna zostać wyraźnie określona w k.p., nie jest uprawnienie do wydawania wiążących poleceń co do pracy. W ten sposób kryterium kierownictwa pracodawcy zostałoby *de facto* zastąpione przez bardziej precyzyjne kryte-

³² A. Sobczyk, *Uwagi na temat ewolucji stosunku pracy* [w:] *Współczesne problemy...*

³³ M.M. Gersdorf, [w:] M.M. Gersdorf, M. Rączkowski, K. Rączka, *op.cit.*, pkt 16 komentarza do art. 22.

³⁴ J. Stelina [w:] *Kodeks pracy. Komentarz*, red. A. Sobczyk, Warszawa 2014, dostęp el. – SIP Legalis, pkt IV ppkt 2 komentarza do art. 22.

³⁵ Tak SN w wyroku z 5 listopada 1998 r., I PKN 417/98. Skład orzekający w sprawie przyjął, iż: „Polecenie wydane zastępcy kierownika apteki, aby udał się do komendy Policji w celu rozpoznania należących do pracodawcy przedmiotów pochodzących z kradzieży w tej aptece jest poleceniem dotyczącym pracy”.

rium poleceń. Choć polecenia pracodawcy stanowią istotny instrument realizacji kierownictwa w obowiązującym stanie prawnym, to można rozważyć, czy obranie poleceń pracodawcy (z pominięciem wielu pobocznych elementów łączonych przez doktrynę i orzecznictwo z kierownictwem) za ustawowe kryterium delimitacji nie wyznaczyłoby bardziej precyzyjnych granic potrzebnych w typologii stosunków zatrudnienia. Jednak wydaje się, iż nie przyniosłoby to dostatecznie efektywnego rozwiązania problemu postępującego zaniku kryteriów wyróżniających stosunek pracy. W praktyce bowiem rozróżnienie poleceń opartych o określony w umowie rodzaj pracy oraz wskazówek, zaleceń co do wykonania zobowiązania o charakterze cywilnoprawnym, najprawdopodobniej okazywałoby się zbyt problematyczne. Najczęściej stosowanie polecenia pracodawcy dotyczą doprecyzowania rodzaju i procesu pracy, nie wykazując istotnych różnic w stosunku do wskazówek, jakich mógłby udzielać zleceniodawca. Niekiedy polecenia wydawane pracownikom w rozumieniu k.p. kojarzą się raczej ze wskazówkami zleceniodawcy, niż z poleceniami pracodawcy wydawanymi w ramach podporządkowania pracowniczego³⁶. Zakres dopuszczalnych wskazówek zleceniodawcy jest natomiast trudny do określenia i zawsze związany ze sposobem opisanym przez strony umowy konkretnych usług, które mają być wykonywane (w praktyce zatrudniony może być zobowiązany do świadczenia usług ujętych w umowie względnie ogólnie czy szeroko, co daje zatrudniającemu szersze uprawnienie do wydawania szczegółowych wskazówek-poleceń). Stosowanie kryterium poleceń doprowadziłoby więc do przesunięcia problemu skutecznego stosowania prawa pracy z poziomu niejasności co do zaistnienia kierownictwa pracodawcy na poziom niepewności co do jednoznacznej klasyfikacji prawnej polecenia wydanego w określonym przypadku przez zatrudniającego.

Trudno także wyobrazić sobie proste rozwiązanie w postaci wprowadzenia do ustawy innego niż uprawnienie pracodawcy do wydawania wiążących poleceń kryterium wskazującego na zaistnienie kierownictwa. Tym bardziej, że kryterium takie musiałoby realnie uzasadniać przyznanie pracownikom szerszej ochrony i uprawnień, niż ma to miejsce w odniesieniu do zleceniobiorców (o ile oczywiście ustawodawca zdecydowałby się na podtrzymanie zróżnicowania reżimów prawnych obejmujących stosunki zatrudnienia w obecnym kształcie). Poza najbardziej typowymi sytuacjami podporządkowania pracowniczego (a więc gdy pracownik jest związany regulaminem pracy i poleceniami przełożonego, w warunkach nadzorowania procesu pracy przez pracodawcę i przy obowiązku wypełniania norm pracy), ewentualny konkretny wymóg ustawowy przesądzający o zaistnieniu kierownictwa nie pasowałyby do dziś funkcjonujących form pracy pracowniczej (okazywałyby się po prostu nierealizowany, np. w przypadku pracowników zajmujących stanowiska samodzielne). Można jednak zastanowić się nad tym, czy skutecznemu funkcjonowaniu norm prawa pracy

³⁶ W wyroku z 13 kwietnia 2016 r., II PK 81/15 SN zwrócił uwagę, iż permanentne wydawanie poleceń osobom pracującym w warunkach tzw. podporządkowania autonomicznego (twórcom, pracownikom zajmującym stanowiska kierownicze, pracownikom mobilnym) jest iluzoryczne, a kwalifikowanie rodzaju umowy w odniesieniu do klasycznego modelu podporządkowania pracowniczego jawi się w odniesieniu do tych pracowników jako archetyp.

w praktyce nie przysłużyłoby się ustawowe wyliczenie (zapewne o otwartym charakterze) określonej liczby elementów, jakie wskazują na zrealizowanie cechy, jaką jest kierownictwo pracodawcy – przy czym dla kwalifikacji prawnej konkretnej umowy decydująca byłaby ilość spełnianych elementów. Ich jakość może obejmować elementy bardziej kluczowe (jak pracowniczy obowiązek wypełniania poleceń pracodawcy czy sposób rozliczania pracownika z efektów pracy) oraz mniej istotne (jak podpisywanie listy obecności) – w zależności od tego, w jakim stopniu ustawodawca zdecydowałby się doprowadzić do ograniczenia sfery zatrudnienia cywilnoprawnego i objęcia formułą pracownika osób pracujących dziś w ramach podporządkowania nietypowego, m.in. tego, które w kontekście orzecznictwa SN można nazwać autonomicznym. Podstawową wytyczną dla kształtu postulowanej regulacji musiałoby być to, czy przyznanie statusu pracownika jest uzasadnione faktyczną sytuacją zatrudnionego – tak, by różnicowanie praw i obowiązków zatrudnionych na podstawie umów o pracę i umów cywilnoprawnych znajdowało realne uzasadnienie w ich różnych sytuacjach faktycznych (art. 32 ust. 1 Konstytucji RP). Proponowane przepisy mogłyby stanowić, iż zupełny brak lub marginalne znaczenie elementów wskazujących na kierownictwo pracodawcy w określonym przypadku przesądza o niepracowniczym charakterze zatrudnienia. Uzupełnieniem dla tej regulacji byłoby wskazanie sytuacji, w których ustawodawca decyduje o przyznaniu statusu pracownika, pomimo niezrealizowania przesłanek kierownictwa pracodawcy w określonych umownych stosunkach pracy – pozwoliłoby to określić status m.in. osób na stanowiskach kierowniczych czy pracowników wykonujących tzw. pracę atypową bez rozmywania generalnie wymaganej cechy kierownictwa. Przedstawione rozwiązanie pozostawiałoby mniej swobody sądowi orzekającemu, pozwalając adresatom norm prawa pracy bardziej polegać na prawie stanowionym, ostatecznie przyczyniając się w jakimś stopniu do realizacji idei państwa prawnego (art. 2 Konstytucji RP). Tak zarysowany postulat *de lege ferenda*, który miałby doprowadzić do skuteczniejszej delimitacji stosunków zatrudnienia cywilnoprawnego i prawnopracowniczego, wydaje się godny zrealizowania.

8. Zakończenie

W dobie dzisiejszych stosunków gospodarczych i form wykonywania pracy, muszą współistnieć różne modele kierownictwa pracodawcy i podporządkowania pracowniczego. Skutkiem funkcjonowania dzisiejszego rozumienia tej cechy stosunku pracy jest jednak uzasadniona niepewność co do tego, kto jest pracodawcą dysponującym uprawnieniami kierowniczymi, a kto – zleceniodawcą, któremu w pewnym zakresie podlega zleceniobiorca. Według M.M. Gersdorf: „Pojawiają się – i będą pojawiać się – nowe formy i sposoby zatrudnienia, a ich zderzenie z definicją «pracy pod kierownictwem» zawartą w Kodeksie pracy będzie coraz boleśniesz, żeby nie powiedzieć – absurdałne»³⁷.

Niemożliwość takiego uregulowania kryteriów wyróżniających stosunek pracy, by były one zawsze jasne i oczywiste, nie usprawiedliwia pozostawiania w niezmiennym stanie

³⁷ M.M. Gersdorf, *Prawo zatrudnienia*, Warszawa 2013, dostęp el. – SIP LEX, Wnioski końcowe, pkt 1.

aktualnie obowiązującej regulacji ustawowej. Jej stosowanie prowadzi do niezrozumiałych rozbieżności w orzecznictwie sądów oraz wspiera stan nierówności zatrudnionych wobec prawa. Wszelkie zmiany ustawowe mające na celu rozwiązanie tej problematycznej sytuacji dotyczyłyby całego systemu prawnego, w ramach którego pracodawcy nie chcą zawierać umów o pracę, ponieważ – przynajmniej w ich subiektywnym odczuciu – nie stać ich na to. Mając jednak na uwadze założenie, że pracodawcom przeważnie niełatwo będzie uznać, że określony poziom dochodów czy stabilności gospodarczej pozwala już uczynić zadość ustawowym prawom zatrudnionych, celowe jest przeformułowanie kryteriów wyróżniających stosunek pracy. Nowa formuła kryteriów powinna pozwalać na klarowniejszą delimitację form zatrudnienia. Powinna zarazem oddawać różnice w faktycznych warunkach pracy zatrudnionych, uzasadniające przyznanie pracującym jakościowo różnej ochrony i uprawnień. Z tej perspektywy godnym rozważenia wydaje się postulat nowego uregulowania kierownictwa pracodawcy w ustawie. Wyliczenie poszczególnych elementów, których wystąpienie wskazywałoby na istnienie kierownictwa pracodawcy, nie doprowadziłoby do przeniesienia problemu klasyfikacji stosunków zatrudnienia z poziomu występowania kierownictwa na poziom występowania przesłanek kierownictwa. Dziś bowiem problematyczne w praktyce okazuje się nie tyle stwierdzenie występowania cech związanych z kierowniczą rolą zatrudniającego, co wyprowadzenie wniosku, iż obecność tych cech pozwala zakwalifikować dany stosunek prawny jako stosunek pracy.

Cecha konstrukcyjna stosunku pracy, jaką jest kierownictwo pracodawcy, pośrednio dekonstruuje system form zatrudnienia oparty o metodę typologiczną. Erozja tego systemu stawia ustawodawcy pytanie wypowiedziane przez M.M. Gersdorf: „dlaczego prawem pracy objęty jest członek zarządu spółki kapitałowej, a nie jest nim objęta osoba prowadząca bufet pracowniczy w spółce?”³⁸

* * *

The Management of an Employer – the Structural Feature of an Employment Relationship Disorganising the System of Employment Forms

Management of employer is described as the most important quality prejudging that work is being performed under a contract of employment. To the elements indicating the existence of management of employer, the doctrine qualifies inter alia: employee's obligation to observe their working terms, such as time, place and system of working; employer's supervision over the execution of work; distribution of salaries or social security benefits between employees. Employer's authority to issue binding instructions regarding work is considered the most significant element. Changes in forms of employment, including the increasing independence of workers, related, among others, to the evolution of consumers' needs and technological progress, lead to the situation in which management of employer is often no longer seen as the quality which effectively distinguishes employment relationship. Though essential for the typological analysis, management of employer in its today's terms does not justify privileges

³⁸ *Ibidem.*

being granted only for those holding contract of employment. The actual situation of other workers is usually very similar to the conditions of subordination required by the employment relationship today. Among the ideas that can be the remedy for this situation, it is possible to indicate a demand to provide detailed definition of management of employer in the act.

Key words: management of an employer, subordination of an employee, system of employment forms

mgr Piotr Sekulski¹, mgr Dominika Zielińska²

Instytucja wynagrodzenia minimalnego pracowników otrzymujących napiwki w związku z wykonywaną pracą w systemie prawnym Stanów Zjednoczonych

Streszczenie:

Przedmiotem niniejszego artykułu jest analiza ustawodawstwa i orzecznictwa amerykańskiego dotyczącego wynagrodzenia minimalnego pracowników otrzymujących napiwki w związku z wykonywaną pracą (z ang. *tipped employees*). W artykule dokonana została charakterystyka tej unikatowej instytucji amerykańskiego prawa pracy. Autorzy ukazali jej odrębność w stosunku do płacy minimalnej, którą otrzymują wszyscy pozostali pracownicy. Poprzez przywołanie przykładów liczbowych scharakteryzowana została również grupa osób, której dotyczy ta regulacja. W artykule zostały wskazane najważniejsze problemy prawne pojawiające się w związku z istnieniem dwóch odrębnych regulacji prawnych dotyczących wynagrodzenia minimalnego pracowników w Stanach Zjednoczonych oraz społeczne podłoże przyjętego rozwiązania.

Słowa kluczowe: pracownicy otrzymujący napiwki, płaca minimalna, prawo amerykańskie, prawo pracy

1. Wprowadzenie

Zagadnienie wynagrodzenia minimalnego zostało uregulowane w Stanach Zjednoczonych na poziomie krajowym przez ustawodawcę już w latach 40 XX wieku.

¹ Autor jest doktorantem trzeciego roku kierunku prawo na Wydziale Prawa i Administracji Uniwersytetu Jagiellońskiego w Katedrze Prawa Pracy i Polityki Społecznej UJ.

² Autorka jest doktorantką drugiego roku kierunku prawo na Wydziale Prawa i Administracji Uniwersytetu Jagiellońskiego w Katedrze Polityki Gospodarczej UJ.

Nastąpiło to w roku 1938, kiedy to Kongres USA uchwalił Ustawę o właściwych standardach pracy Fair Labor Standards Act (dalej: FLSA)³, wprowadzającą 40-godzinny tydzień pracy⁴ oraz wynagrodzenie minimalne. Ustawa ta była jednym z najważniejszych elementów gospodarczego planu zwanego *New Deal* prezydenta USA Franklina Roosevelta.

Wprowadzenie regulacji płacy minimalnej w kraju o tak głęboko zakorzenionym poczuciu wolności jakim są USA, nie było łatwe. Sąd Najwyższy Stanów Zjednoczonych wielokrotnie wypowiadał się na temat niekonstytucyjności tych regulacji. Ostatecznie, po latach politycznych zabiegów, w roku 1941 w sprawie *Stany Zjednoczone przeciwko Darby Lumber Co.*⁵ Sąd Najwyższy uznał, iż wprowadzenie płacy minimalnej oraz 40-godzinnego tygodnia pracy jednak było konstytucyjne. Od tego czasu ustawa przeszła kilka zmian, aczkolwiek jej założenia pozostały aktualne do dnia dzisiejszego.

Zgodnie z art. 206 (1) ustawy FLSA aktualny poziom wynagrodzenia minimalnego w USA wynosi 7,25 \$ na godzinę. Stawka ta dotyczy większości pracowników zatrudnionych w Stanach Zjednoczonych i na terytoriach zależnych jak np. Portoryko⁶. Należy jednak podkreślić, że ustawa ta reguluje wyłącznie dolną granicę wynagrodzenia minimalnego (tzw. niezbędne minimum). Prawo stanowe może regulować tę kwestię odmiennie, jednakże zawsze na korzyść pracownika. W razie braku regulacji wynikających z prawa stanowego stosuje się regulacje przewidziane w FLSA. Aktualnie 29 stanów uregulowało płacę minimalną na wyższym poziomie niż regulacje krajowe, 14 stanów posiada uregulowanie równe temu wynikającemu z FLSA, natomiast 7 stanów nie posiada uregulowanej płacy minimalnej lub uregulowało ją na niższym poziomie (w obu tych przypadkach stosuje się regulacje z FLSA)⁷.

Chociaż od dłuższego czasu kwestia podwyższenia poziomu płacy minimalnej w USA jest przedmiotem żywej debaty publicznej, to jednocześnie, zgodnie z FLSA, wciąż istnieje kilka grup pracowników dla których wynagrodzenie minimalne uregulowane jest na znacznie niższym poziomie niż ten przyjęty dla większości pracowników.

Sztandarowym przykładem jest tutaj możliwość przyznana na mocy art. 206 (g) FLSA pracodawcy zatrudniającemu pracowników poniżej 20 roku życia. Pracodawca taki ma możliwość przez pierwsze 90 dni kalendarzowych pracy pracownika wypłacania mu wynagrodzenia w wysokości jedynie 4,25 \$ na godzinę. Ustawodawca

³ Ustawa z 25 czerwca 1938 roku Fair Labor Standards Act, Public Law 75-718 (52 STAT 1060 z późn. zm.).

⁴ Co ciekawe, ustawa nie wprowadzała zakazu pracy powyżej 40 godzin tygodniowo. Jednakże każda godzina przepracowana dodatkowo przez pracownika uznawana jest za godzinę nadliczbową i w związku z tym pracodawca zobowiązany jest do wypłacenia za nią 1,5 stawki normalnej godzinowej. W efekcie bardziej opłacalne stało się zatrudnienie nowego pracownika, niż wypłacanie godzin nadliczbowych.

⁵ Wyrok Sądu Najwyższego Stanów Zjednoczonych w sprawie *United States przeciwko Darby Lumber Co.*, 312 U.S. 100 z 1941 roku.

⁶ Akt ten nie znajduje zastosowania przykładowo w stosunku do rolników czy pracowników z grupy tzw. „białych kołnierzyków”. Szerzej nt. stosowania zakresu zastosowania FLSA na stronie internetowej Departamentu Pracy Stanów Zjednoczonych, <https://www.dol.gov/whd/regs/compliance/hrq.htm>, 4.12.2016.

⁷ Dane na podstawie informacji zamieszczonych na stronie internetowej Departamentu Pracy Stanów Zjednoczonych, <https://www.dol.gov/whd/minwage/america.htm>, 28.12.2016.

amerykański podjął oczywiście próby przeciwdziałania nadużywaniu tej regulacji. Zgodnie z art. 206 (g) pkt 2 FLSA zakazane jest celowe zmienianie struktury zatrudnienia przez pracodawcę w taki sposób, aby zatrudniać więcej pracowników na zasadach wyżej wymienionych, a tym samym czerpać z tego korzyści. W tym miejscu warto zwrócić uwagę również na wyrok Sądu Najwyższego USA w sprawie *Barrentine przeciwko Arkansas-Best Freight System* z 1981 roku⁸, który dotyczy wszelkich prób obchodzenia regulacji płacy minimalnej wynikających z FLSA.

Powyższy przykład, choć kontrowersyjny, nie jest obcy innym współczesnym systemom prawnym⁹. W Stanach Zjednoczonych istnieje jednakże ustawowa modyfikacja obowiązywania regulacji dotyczących płacy minimalnej, która jest swoistym ewenementem odzwierciedlającym amerykańską tradycję i zwyczaje. Chodzi o dużo niższy poziom wynagrodzenia minimalnego dla pracowników, którzy otrzymują napiwki¹⁰ od klientów w ramach wykonywanego zawodu (z ang. *tipped employees*).

Autorzy, skupiając się wyłącznie na aspektach prawnych tych regulacji, pragną przyjrzeć się amerykańskim regulacjom dotyczącym wynagrodzenia minimalnego pracowników otrzymujących napiwki. Analiza ta zostanie uzupełniona rozważaniami na temat zasadności tych regulacji oraz ich wpływu na sytuację na amerykańskim rynku pracy.

2. Wynagrodzenie minimalne pracowników otrzymujących napiwki w związku z wykonywaną pracą

Zgodnie z definicją zawartą w art. 203 (t) FLSA za pracownika otrzymującego napiwki¹¹ uznaje się osobę, która zwyczajowo i regularnie otrzymuje więcej niż 30 \$ miesięcznie w napiwkach. Zgodnie z art. 203 (m oraz t) FLSA pracodawca jest zobowiązany wypłacać pracownikowi otrzymującemu napiwki przynajmniej 2,13 \$ za godzinę pracy, przy czym napiwki powinny być zaliczone na poczet wynagrodzenia w taki sposób, aby wyrównać kwotę wynagrodzenia pracownika przynajmniej do stawki wynagrodzenia minimalnego obowiązującej w danym stanie dla pozostałych pracowników. Jeżeli w danym stanie stawka nie odbiega od tej przyjętej w FLSA i wynosi 7,25 \$ na godzinę, pracownik taki musi otrzymać przynajmniej 5,12 \$ na godzinę w formie napiwków¹². Gdy pracownik nie otrzymuje wystarczająco dużo napiwków i tym samym nie jest w stanie wyrównać swojej pensji (zazwyczaj wypłacanej miesięcznie) do ogólnego

⁸ Wyrok Sądu Najwyższego Stanów Zjednoczonych w sprawie *Barrentine kontra Arkansas-Best Freight Sys.*, 450 U.S. 728, No. 79-2006 z 1981 roku.

⁹ Dla przykładu: niemiecka Ustawa o płacy minimalnej z dnia 11 sierpnia 2014 r. Gesetz zur Regulierung eines allgemeinen Mindestlohns (BGBI. I S. 1348 z późn. zm.) przewiduje obowiązek wypłacania pracownikowi płacy minimalnej dopiero wówczas, gdy ukończył on 18 rok życia.

¹⁰ Za Encyklopedią PWN: „Napiwek – drobna suma wręczana zwyczajowo za usługę kelnerom, szatniarzom, posłańcom itp.”, <http://sjp.pwn.pl/sjp/napiwek;2486741>, 12.12.2016.

¹¹ Ta terminologia jest używana w dalszej części opracowania.

¹² Notatka Departamentu Pracy Stanów Zjednoczonych pt. *Wage and Hour Division*, s. 2-3, zamieszczona na stronie Internetowej Departamentu Pracy Stanów Zjednoczonych, <https://www.dol.gov/whd/regs/compliance/whdfs15.pdf>, 27.12.2016.

poziomu wynagrodzenia minimalnego dla wszystkich pracowników, różnicę ta musi pokryć pracodawca¹³.

Pracodawca jest zobowiązany do poinformowania pracownika otrzymującego napiwki o składnikach jego wynagrodzenia i o tym, że część napiwków musi być przeznaczona na poczet wyrównania do poziomu płacy minimalnej (z ang. *tip credits*). W razie braku takiej informacji (czy to w formie ustnej, czy pisemnej¹⁴), zgodnie z art. 203 (m) FLSA pracodawca będzie zobowiązany do zapłaty pracownikowi standardowej wymaganej przepisami prawa stawki wynagrodzenia minimalnego (tj. co najmniej 7,25 \$) oraz będzie musiał pozwolić zachować pracownikowi całość napiwków¹⁵. Podobna sytuacja będzie miała miejsce, jeżeli pracodawca odmówi wypłaty wynagrodzenia minimalnego dla pracowników otrzymujących napiwki (co najmniej 2,13 \$) i nakaze pracownikom utrzymywać się wyłącznie z napiwków. Wtedy pracownik zatrzyma wszelkie napiwki, ale także będzie miał roszczenie do pracodawcy o wypłatę wynagrodzenia minimalnego przewidzianego dla większości pracowników (tj. według stawki krajowej 7,25 \$ lub wyższej, przyjętej w danym stanie)¹⁶.

Warto w tym momencie podkreślić, że wspomniana powyżej stawka 2,13 \$ na godzinę, gwarantowana przez FLSA, jest również jedynie minimalną stawką – władze stanowe mogą wymagać, by kwota ta była wyższa. Zgodnie z danymi z sierpnia 2016 r. opracowanymi przez Departament Pracy USA:¹⁷ aktualnie 7 stanów wymaga od pracodawców, aby płacili pracownikom otrzymującym napiwki wynagrodzenie na takim samym poziomie jak wszystkim innym pracownikom na mocy prawa stanowego (przykładowo, stanem takim jest Kalifornia, gdzie wszyscy pracownicy zarabiają kwotę minimalną w wysokości 10 \$ na godzinę, czyli więcej o blisko 3 dolary od krajowego poziomu płacy minimalnej). Ponadto w 27 stanach¹⁸ pracownicy otrzymujący napiwki zarabiają więcej niż poziom wynagrodzenia minimalnego gwarantowany im w FLSA (dobrym przykładem jest Arizona, gdzie minimalna płaca pracowników otrzymujących napiwki wynosi 5,05 \$, dla reszty pracowników natomiast 8,05 \$). W 17 stanach pracownicy otrzymujący napiwki uzyskują wynagrodzenie minimalne wynoszące 2,13 \$ na godzinę, gwarantowane w FLSA (takim stanem jest np. Alabama).

¹³ *Ibidem*, s. 3.

¹⁴ W orzeczeniu w sprawie *Kilgore kontra Outback Steakhouse of Florida, Inc.*, 160 F.3d 294, 299–300 6th Cir. 1998, zostało uznane, iż notyfikacja pisemna opisująca system wynagradzania pracowników otrzymujących napiwki jest wystarczająca.

¹⁵ Napiwek zawsze będzie stanowił własność pracownika, nawet w sytuacji gdy pracodawca wypłaca takiemu pracownikowi wynagrodzenie wyższe niż obowiązujące wszystkich innych pracowników wymagane prawem wynagrodzenie minimalne. Spór o to dotarł nawet do Sądu Najwyższego USA; zob. wszystkie orzeczenia w sprawie *Oregon Restaurant i Lodging Ass'n et al. przeciwko Perez*, No. 13–35765, 9th Cir., Sept. 13, 2016.

¹⁶ Notatka Departamentu Pracy Stanów Zjednoczonych pt. *U.S. Department of Labor, Wage and Hour Division...*, s. 2–3.

¹⁷ Strona internetowa Departamentu Pracy Stanów Zjednoczonych, <https://www.dol.gov/whd/state/tipped.htm>, 29.12.2016.

¹⁸ Dystrykt Kolumbia został uznany również za stan na potrzeby przedstawienia niniejszych danych.

2.1. Pracownicy otrzymujący napiwki objęci regulacją wynagrodzenia minimalnego

Istotnym dla tego zagadnienia będzie udzielenie odpowiedzi na pytanie, jakie zawody wchodziły w skład grupy pracowników otrzymujących napiwki. Niemalże znaczenie mają tutaj przyjęte zwyczaje: podczas gdy w Europie za pracowników otrzymujących napiwki uznać należy praktycznie wyłącznie kelnerów oraz niektórych pracowników branży hotelarskiej, to w Stanach Zjednoczonych grupa ta jest znacznie większa. Za pracowników otrzymujących zwyczajowo i regularnie więcej niż 30 \$ miesięcznie w napiwkach w USA należy uznać osoby wykonujące przede wszystkim takie zawody jak kelnerzy i barmani, ale też recepcjonistów, pracowników branży hotelarskiej, ogrodników, osoby pracujące przy przeprowadzkach czy personel sprząający w hotelach. Nie stosuje się tej regulacji do innych pracowników restauracji, którzy zwyczajowo nie otrzymują napiwków, jak np. kucharze czy osoby zmywające naczynia.

W tym miejscu nasuwa się pytanie, jakiej liczby pracowników dotyczy ta regulacja. Niniejsze dane zostaną przedstawione na podstawie raportu z 2014 roku opracowanego dla Economic Policy Institute¹⁹. Zgodnie z tymi danymi, ogólna liczba pracowników w latach 2011–2013 w USA wynosiła 127 mln, w tym ok. 4,343 mln pracowników otrzymujących napiwki²⁰ (stanowi to około 3,5% wszystkich pracowników w USA). Spośród osób otrzymujących napiwki, 1,4 mln pracowników otrzymuje płacę minimalną na poziomie 2,13 \$, a więc gwarantowaną przez FLSA. Ponadto, 2,145 mln pracowników otrzymuje płacę minimalną większą niż 2,13 \$, ale niższą niż obowiązująca w danym stanie płaca minimalna dla wszystkich innych pracowników. Tylko blisko 800 tys. pracowników otrzymuje płacę minimalną równą stawce płacy minimalnej dla wszystkich pracowników. Chociaż liczby te stanowią niewielki odsetek pracowników w skali kraju tak dużego jak USA, to zjawisko to i tak dotyczy bardzo dużej liczby osób.

Średnia stawka godzinowa, jaką zarabiali kelnerzy w roku 2012, łącznie z napiwkami, wynosiła 11,82 \$^{21, 22}. Można jednakże pokusić się o stwierdzenie, iż stawka ta jest zaniżona, ponieważ dotyczy jedynie oficjalnych dochodów zgłoszonych do opodatkowania. Nie uwzględnia ona również „nieoficjalnych” napiwków, tj. takich, których kelnerzy nie zgłosili pracodawcy i urzędowi skarbowemu.

Rozwiązanie to, chociaż zaskakujące dla Europejczyków, zdaje się nikomu w USA nie przeszkadzać. Amerykański ustawodawca regulując odmiennie w stosunku do zwykłych pracowników kwestię wynagrodzenia minimalnego dla pracowników otrzymujących napiwki jedynie zalegalizował zwyczaje panujące w tym kraju. Zgodnie z amerykańską tradycją i kulturą pracownicy wykonujący wiele profesji otrzymują napiwki, bez względu nawet na jakość świadczonych przez nich usług. Z socjologicznego punktu widzenia klienci wręczają napiwki tym pracownikom ze względu na przeświadczenie, iż

¹⁹ S. Allegretto, D. Cooper, *Twenty-Three Years and Still Waiting for Change. Why It's Time to Give Tipped Workers the Regular Minimum Wage Report*, Waszyngton DC 2014, s. 8.

²⁰ Co ciekawe, w tej liczbie zawierało się ok. 2,5 mln kelnerów lub barmanów.

²¹ M. Saltsman, *How to Put a Waitress Out of Work*, strona internetowa „Wall Street Journal”, <http://www.wsj.com/articles/SB10001424052702303552104577436773769689062>, 20.12.2016.

²² Podobną kwotę ok. 11 \$ na godzinę wymieniają autorzy w: W. Even, D. Macpherson, *Tip credits and employment in the U.S. restaurant industry*, Waszyngton 2014, s. 3.

jest to główny element ich pensji. Nie trudno tutaj zauważyć, iż tym samym spora część kosztów pracy jest przerzucona na klienta. Dla pracodawcy jest to bardzo korzystne rozwiązanie – może on wypłacać bardzo niskie wynagrodzenie, a resztę wynagrodzenia pracownicy otrzymają w postaci napiwków od klientów. Co więcej, bardzo często pracownicy będą w takich sytuacjach mocno angażować się w swoją pracę, by jak najlepiej wypaść przed klientami i otrzymać jak najwyższy napiwek.

Zauważmy, że dawanie napiwków postrzegane jest w USA jako obowiązek, wynikający przede wszystkim z przekonania o niskich zarobkach osób pracujących w tych branżach²³. Chociaż przyjęte w USA rozwiązanie budzi spore wątpliwości, to tradycja wręczania napiwków jest tak dalece zakorzeniona w amerykańskiej kulturze, że można domniemywać, iż wprowadzenie jednolitej pensji minimalnej dla wszystkich pracowników nie wpłynęłoby znacząco na zmniejszenie zjawiska dawania napiwków.

3. Problemy prawne pojawiające się w związku z omawianą regulacją

W ramach omawianej konstrukcji prawnej wskazać można kilka zagadnień, które mogą budzić wątpliwości, a które dla celów niniejszego opracowania warto rozważyć.

3.1. Praca w czasie, w którym nie istnieje możliwość otrzymywania napiwków

Na początek warto zwrócić uwagę na problem wykorzystywania pracowników do pracy za tą samą stawkę w czasie, w którym nie otrzymują oni napiwków. Jak wynika z poprzednich rozważań, zagadnienie to dotyczy głównie pracowników branży gastronomicznej: kelnerów i barmanów. W związku z wykonywaną profesją osoby te często wykonują pracę również przed otwarciem lokalu i po jego zamknięciu (np. przygotowywanie stolików czy sprzątanie lokalu). Oczywiście w tym okresie pracownicy nie otrzymują napiwków. Powstaje więc pytanie, czy w tym czasie osoby te również powinny otrzymywać stawkę wynagrodzenia minimalnego w wysokości 2,13 \$ (lub wyższą, w zależności od regulacji stanowych). Oraz czy znaczenie tutaj będzie miał stosunek czasu pracy, w którym pracownicy mają możliwość otrzymywania napiwków do tego, w którym, ze względu na charakter czynności, brak jest takiej możliwości?

W tym kontekście warto zwrócić uwagę na sprawę pracowników sieciowej restauracji Applebee's, którzy w pozwie zbiorowym pozwali pracodawcę za wypłacanie im płacy minimalnej w wysokości 2,13 \$ w czasie, w którym nie mogli otrzymywać napiwków (np. czyszczenie toalet czy zamiatanie lokalu po jego zamknięciu). Zgodnie z opinią powodów, w przedmiotowej sprawie pracodawca powinien wypłacać im w tym czasie normalną stawkę wynagrodzenia minimalnego dla wszystkich pracowników. W sprawie *Fast przeciwko Applebee's*²⁴ sąd apelacyjny orzekł, iż żądania pracowników są zasadne.

²³ Zob. m.in. strony internetowe BBC, CNN oraz The Society Pages: <http://www.bbcamerica.com/anglophenia/2012/08/tipping-in-america-how-to-do-it-and-what-to-expect-if-you-dont>, 29.12.2016; <http://www.cnn.com/2015/03/02/travel/experts-guide-to-tipping-in-the-united-states/>, 29.12.2016; <https://thesocietypages.org/socimages/2013/08/20/why-dont-we-tip-flight-attendants/>, 29.12.2016.

²⁴ Orzeczenie Sądu Apelacyjnego w sprawie *Fast przeciwko Applebee's Int'l, Inc.*, 638 F.3d 872, 874, 8th Cir. 2011.

Sąd podkreślił jednak, iż aby zastosować podwójny system płacy minimalnej²⁵ (jeden do okresu, w którym pracownik może pobierać napiwki, a drugi do czasu w którym nie ma takiej możliwości) ilość czasu, w którym pracownik nie może otrzymywać napiwków musiałaby być istotna. Za istotną ilość czasu pracy (z ang. *substantial amount of time*) sąd uznał 20 czasu pracy w okresie rozliczeniowym, powołując się na art. 30d00 (e) instrukcji Departamentu Pracy Stanów Zjednoczonych z roku 1988²⁶. Podkreślono tutaj, że jeżeli pracownik ma do wykonania drobne zadanie przed lub po pracy, w trakcie którego nie uzyskuje on napiwku, a które jest związane z jego pracą, to nie powinno się rozróżniać stawek jego wynagrodzenia. W amerykańskim orzecznictwie takie czynności są traktowane jako bezpośrednio związane z pracą (z ang. *related duties*). Chodzi tu przykładowo o sytuację, w której kelner przygotowuje stoły czy parzy kawę, a więc czynności wchodzących w skład normalnych obowiązków tej osoby. W takim przypadku, gdy czas w którym pracownik nie ma możliwości otrzymywania napiwków nie jest „istotny”, pracownik powinien zaliczyć wszelkie otrzymane napiwki na poczet całego czasu pracy.

3.2. Podział napiwków wśród pracowników

Ciekawe pytania prawne powstają również w związku z popularnym w gastronomii zwyczajem wkładania napiwków do wspólnej puli przez wszystkich pracowników i dzielenia ich po równo na koniec dnia (z ang. *tip pooling*). Należy uznać, iż taka sytuacja jest dopuszczalna, jednakże przy pewnych zastrzeżeniach²⁷. Przede wszystkim podział napiwków nie może skutkować otrzymywaniem przez pracownika mniejszej kwoty niż wynagrodzenie minimalne, a dzielić się napiwkami mogą jedynie pracownicy, którzy je otrzymują²⁸. Co ważne, pracownicy mogą wkładać do wspólnej puli tylko te napiwki, które przewyższają kwotę wynagrodzenia minimalnego. W modelowym przypadku: gdyby minimalna płaca wynosiła 7,25 \$, natomiast płaca pracownika otrzymującego napiwki 2,13 \$, pracownik otrzymuje od pracodawcy 2,13 \$ na godzinę, dodatkowo z napiwków pobiera dla siebie kwotę 5,12 \$ na godzinę tytułem wyrównania do płacy minimalnej i dopiero kwotę napiwków, która przekroczy 5,12 \$ na godzinę, pracownicy mogą włożyć do wspólnej puli. Co więcej, pracownicy nie są zobligowani do wkładania całej możliwej kwoty napiwku do wspólnej puli, a jedynie tyle, ile jest zwyczajowo przyjęte i uzasadnione w danej społeczności²⁹. Departament Pracy Stanów Zjednoczonych uznaje za uzasadnione 15% kwoty netto napiwków otrzymywanych przez pracownika.

²⁵ W wyroku zostało użyte angielskie pojęcie „dual jobs”.

²⁶ Departament Pracy Stanów Zjednoczonych, *Wage and Hour Field Operations Handbook*, Waszyngton 1988. Pełny tekst na stronie internetowej Departamentu Pracy Stanów Zjednoczonych, https://www.dol.gov/whd/FOH/FOH_Ch30.pdf, 29.12.2016.

²⁷ D. Borgen, J. Kan, *Dipping into the tip pool: restaurant workers and the FLSA. Emerging issues in employment law track the new era of enforcing workers' rights under the FLSA*, San Juan 2014, s. 4.

²⁸ Nie wychodzą w skład tej grupy przykładowo kucharze czy osoby zmywające naczynia; zob. wyrok Sądu Dystryktu Orlando w sprawie *Rubio przeciwko Fuji Sushi & Teppani, Inc. et al*, No. 6:2011cv01753 – Document 33, M.D. Fla. 2013.

²⁹ D. Borgen, J. Kan, *op.cit.*, s. 4; zgodnie z art. 30d04 Notatki Departamentu Pracy Stanów Zjednoczonych, *Wage and Hour Field Operations Handbook*, Waszyngton 1988.

Bardzo istotna regulacja została przewidziana w tytule 29 ustawy Code of Federal Regulations³⁰. Zgodnie z jej § 531.35 pracodawcy nie są uprawnieni do otrzymywania jakichkolwiek korzyści z zebranych przez pracowników napiwków. Zgodnie z art. 203 (d) FLSA jako pracodawcę należy uznać każdą osobę działającą pośrednio lub bezpośrednio w interesie pracodawcy. Aby sprawdzić, czy dana osoba może być uznana za pracodawcę (lub jego przedstawiciela), należy przeprowadzić specjalny test (z ang. *economic reality test*). Pracodawcą będzie osoba, która spełnia przynajmniej jeden z poniższych warunków: 1 – posiada moc zwalniania i zatrudniania pracowników, 2 – nadzoruje lub kontroluje pracę lub warunki zatrudnienia, 3 – zajmuje się kwestiami związanymi z zatrudnieniem w danym przedsiębiorstwie oraz 4 – ma wpływ na wypłacanie wynagrodzenia (wysokość lub metodę jego naliczania czy wypłacania). Szerzej na temat samego testu traktują D. Borgen oraz J. Kan³¹.

Do niedawna było bezspeczne, iż menedżerowie nie mogą uczestniczyć i czerpać korzyści z dzielenia napiwków – zobacz m.in. wyroki w sprawach *Ayres kontra 127 Restaurant Corp*³² czy *Heng Chan przeciwko Sung Yue Tung Corp*³³. Aktualnie jednak ta linia orzecznicza ulega zmianie, głównie z uwagi na sieciowe kawiarnie i restauracje. Sztandarowym przykładem w tym zakresie będzie sytuacja pracowników restauracji Starbucks, w której bariści wykonują podstawowe zadania, takie jak sprzedawanie i podawanie napojów oraz potraw, za co otrzymują napiwki. Kierownicy zmianowi wykonują przez większość czasu te same zadania, aczkolwiek mają oni pewne obowiązki kierownicze, tj. nadzorują pracowników i przydzielają im zadania. Podobnie sytuacja wygląda z asystentami kierowników sklepów i z kierownikami sklepów, którzy wykonują swoje zadania w imieniu pracodawcy, ale też obsługują klientów i otrzymują napiwki. Wątpliwości polegają zatem na tym, iż pracownicy którzy reprezentują interesy pracodawcy i mogą być uznawani za pracodawcę w rozumieniu *The Code of Federal Regulations* wykonują również zadania baristów, za które otrzymują napiwki. W sprawie *Chau przeciwko Starbucks Corp*.³⁴ Sąd Apelacyjny Kalifornii orzekł, iż kierownicy zmiany przeznaczali większość czasu na obsługiwanie klientów i wykonywali tylko przy okazji niektóre obowiązki spoczywające na pracodawcy, a klienci nie odróżniali ich od baristów i również im zostawiali napiwki, dlatego też będą oni uprawnieni do udziału w podziale napiwków. Z drugiej jednak strony, Sąd Apelacyjny Stanów Zjednoczonych w sprawie *Matamoros przeciwko Starbucks Corp*³⁵ orzekł, iż jeżeli w skład obowiązków kierowników zmiany wchodzi m.in. zamykanie i otwieranie sklepu, nadzorowanie

³⁰ Zrewidowana ustawa z dnia 1 stycznia 2006 r. The Code of Federal regulations of the United States of America, Office of the Federal Register National Archives and Records Administration, z późn. zm.

³¹ D. Borgen, J. Kan, *op.cit.*, s. 6.

³² Wyrok Sądu Okręgowego w Południowym Dystrykcie Nowego Jorku w sprawie *Ayres przeciwko 127 Restaurant Corp.*, 12 F. Supp. 2d 305, S.D.N.Y. 1998.

³³ Wyrok Sądu Okręgowego w Południowym Dystrykcie Nowego Jorku w sprawie *Heng Chan przeciwko Sung Yue Tung Corp.*, No. 03 Civ. 6048, 2007 WL 313483, S.D.N.Y. Feb. 1, 2007.

³⁴ Wyrok Sądu Apelacyjnego Kalifornii w sprawie *Chau przeciwko Starbucks Corp.*, 174 Cal.App.4th 688, Cal.App. 2009.

³⁵ Wyrok Sądu Apelacyjnego Stanów Zjednoczonych w sprawie *Matamoros przeciwko Starbucks Corp.*, 699 F.3d 129, 1st Cir. 2012.

baristów i działanie w interesie pracodawcy pod nieobecność kierownika sklepu i jego zastępcy, to w tym przypadku muszą być oni traktowani jako pracodawcy i nie mogą uczestniczyć w podziale napiwków (bez względu na wykonywanie przez nich obowiązków baristów). Aktualnie toczy się dyskusja w amerykańskim prawie pracy na temat tych wyroków.

4. Podsumowanie

Omawiana regulacja jest bardzo istotnym elementem amerykańskiego systemu prawa pracy. Jest to instytucja ciekawa zarówno z ekonomicznego³⁶, jak i prawnego punktu widzenia. Regulacje wprowadzone przez amerykańskiego ustawodawcę, dotyczące wynagrodzenia minimalnego pracowników otrzymujących napiwki, odzwierciedlają zwyczaje panujące w tym kraju. Ustawodawca amerykański, wprowadzając system skarg dostępnych dla pracowników i kar, które mogą być wymierzone w stosunku do pracodawcy³⁷, zadbał o to, by regulacje te były przestrzegane.

Aktualne trendy legislacyjne w większości stanów mogą świadczyć o tym, iż w najbliższych kilkunastu latach stawka minimalna wynagrodzenia dla pracowników otrzymujących napiwki zostanie zrównana z wynagrodzeniem minimalnym dla pozostałych pracowników.

Zdaniem autorów bardzo ciężko jest oceniać zasadność obecnych regulacji w tym zakresie z europejskiego punktu widzenia. Łatwo bowiem zapomnieć, że rozwiązania te nie budzą większych zastrzeżeń wśród osób, których one dotyczą: pracownicy godzą się z faktem, że niejako jakością świadczonej przez siebie pracy bezpośrednio wpływają na wysokość swojego wynagrodzenia, a klienci decydujący się np. na posiłek w restauracjach wliczają w jego koszt napiwki dla kelnerów. Brak dowodów, że konieczność (choć nigdzie nieuregulowana, jednakże wymagana i akceptowana społecznie) zapłaty napiwku przez klientów w negatywny sposób wpływa na amerykańską branżę gastronomiczną i rynek pracy. Można również pokusić się o stwierdzenie, że możliwość wpływania jakości pracy na wysokość swojego wynagrodzenia odzwierciedla amerykańskie podejście do sukcesu i przedsiębiorczości.

Trudno jest stwierdzić, czy całkowite zrównanie wynagrodzenia osób otrzymujących napiwki z wynagrodzeniem minimalnym innych pracowników wpłynęłoby na wysokość pozostawianych przez klientów napiwków. Niewątpliwie rozwiązanie takie spotkałoby się ze sprzeciwem pracodawców. Wiązałoby się to dla nich ze znacznie większymi kosztami, które tylko częściowo mogłyby być łagodzone przez bardziej efektywną pracę pracowników – napiwki byłyby wówczas płacone za dobrze wykonaną usługę, a nie za sam fakt wykonania usługi.

Zajęcie wyraźnego stanowiska w kwestii zasadności omawianej regulacji wydaje się być w świetle powyższych rozważań zbędne. Niemniej jednak należy podkreślić ich unikatowość i rolę w amerykańskim systemie prawa pracy.

³⁶ Zagadnienia ekonomiczne poruszane m.in. w: W.E. Even, D.A. Macpherson, *The Effect of the Tipped Minimum Wage on Employees in the U.S. Restaurant Industry*, Southern Economics Journal 2013, s. 1-34.

³⁷ D. Borgen, J. Kan, *op.cit.*, s. 8-12.

* * *

The Minimum Wage System for Tipped Employees in the USA

The topic of this article is the analysis of legislation and jurisprudence regarding the minimum wage system for tipped employees. The article aims to present the most important elements of this unique American regulation. The authors presented differences between the minimum wage regulations regarding different groups of employees in the USA. The most important legal problems that occur in relation to the coexistence of the two separate minimum regulations systems and the social background of the regulations' were also presented in the article.

Key words: tipped employees, minimum wage, American law, labour law

Bartłomiej Chyłka¹

Ewolucja i znaczenie winy jako negatywnej przesłanki rozwodowej w polskim prawie rodzinnym

Streszczenie:

Problematyka negatywnych przesłanek rozwodowych w polskim prawie rodzinnym nie doczekała się jak dotąd kompleksowych opracowań, prawdopodobnie ze względu na ich niejednoznaczny i wymagający dookreślenia charakter. Zwłaszcza pojęcie winy, obecne w prawie rozwodowym od okresu międzywojennego, nie było przedmiotem obszerniejszej analizy w doktrynie, na co zwrócił uwagę Sąd Najwyższy w jednym ze swoich orzeczeń. Niemniej judykatura zmuszona była wypracować w ciągu dziesięcioleci koncepcję winy. Historyczno-prawna analiza wskazuje, iż ma ona charakter przede wszystkim moralny. Co jednak istotne, orzecznictwo z okresu PRL-u nie zawsze zachowuje aktualność mimo niezmienionego stanu prawnego od 1 stycznia 1965 roku. Po uchwaleniu Konstytucji w 1997 roku zmieniła się bowiem aksjologia polskiego systemu prawnego. Wykładnia systemowa wskazuje, iż od wejścia w życie ustawy zasadniczej podstawową rolą winy w prawie rozwodowym jest ochrona hierarchii wartości, konstytucyjnie opartych na godności osoby ludzkiej.

Słowa kluczowe: wina, rozwód, prawo rodzinne, moralność

1. Wstęp

Małżeństwo jako związek kobiety i mężczyzny² cieszy się szczególną ochroną w polskim systemie prawnym. Jej wyrazem jest obowiązująca zasada trwałości, zgodnie

¹ Autor jest doktorantem I roku w Zakładzie Prawa Kościelnego i Wyznaniowego na Wydziale Prawa i Administracji Uniwersytetu Jagiellońskiego w Krakowie.

² Art. 18 Konstytucji Rzeczypospolitej Polskiej z dnia 2 kwietnia 1997 r. (Dz.U. z 1997, Nr 78, poz. 483); art. 1 § 1 k.r.o.

z którą małżeństwo zawiera się co do zasady dożywotnie³, a jedyną pozytywną okolicznością uzasadniającą jego rozwiązanie w drodze rozwodu jest trwały i zupełny rozkład pożycia małżonków⁴. Co ważne, samo spełnienie tej przesłanki nie musi jeszcze wystarczać do orzeczenia rozwodu. Doniosłą rolę odgrywają bowiem również okoliczności o charakterze negatywnym, czyli takie, których wystąpienie wyłącza orzeczenie rozwodu. Zgodnie z art. 56 § 2 i 3 k.r.o. należą do nich dobro wspólnych małoletnich dzieci małżonków, zasady współżycia społecznego oraz wyłączna wina małżonka żądającego rozwodu. Nietrudno zauważyć, że przesłanki te zawierają pojęcia ogólne, a nawet klauzulę generalną, dlatego ich stosowanie wymaga dookreślenia w każdym konkretnym przypadku⁵. Warto zauważyć, iż przesłanki negatywne mają charakter moralny i jako takie odwołują się do powszechnego poczucia słuszności⁶. Stanowią zatem społeczne zabezpieczenie przed zbyt pochopnymi rozwodami i wykluczają możliwość orzeczenia rozwodu na życzenie. W rzeczywistości jednak coraz częściej małżeństwa w Polsce się rozpadają, a wiele z nich kończy się rozwiązaniem małżeństwa⁷.

W niniejszym artykule przedstawię ewolucję i znaczenie negatywnej przesłanki winy w polskim prawie rozwodowym.

2. Prawo rozwodowe w XIX wieku

Za początek historii polskiego prawa rozwodowego należy uznać rok 1807, kiedy to Napoleon oktrojował konstytucję Księstwa Warszawskiego⁸. Na mocy art. 69 tego aktu Kodeks cywilny Napoleona stał się częścią porządku prawnego Księstwa, a wraz z nim regulacje dotyczące małżeństwa, ujmujące je jako instytucję świecką, poddaną jurysdykcji sądów państwowych⁹. Kodeks ten dopuszczał rozerwanie małżeństwa przez rozwód. Do jego uzyskania niezbędnym było wydanie orzeczenia sądowego poprzedzone wniesieniem powództwa przez stronę pokrzywdzoną z tytułu realizacji jednej z enumeratywnie wyliczonych pozytywnych przesłanek rozwodowych. Należały do nich: cudzołóstwo, gwałtowne i srogi obójście się, okrucieństwo, ciężka krzywda, obelga

³ J. Ignatowicz, M. Nazar, *Prawo rodzinne*, Warszawa 2016, s. 182; wyrok SN z 13 marca 1998 r., I CKN 539/97, LEX nr 1228750.

⁴ Zgodnie z art. 56. § 1 k.r.o., jeżeli między małżonkami nastąpił zupełny i trwały rozkład pożycia, każdy z małżonków może żądać, ażeby sąd rozwiązał małżeństwo przez rozwód.

⁵ Z. Radwański, M. Zieliński [w:] *System prawa prywatnego, t. 1 – Prawo cywilne – część ogólna*, red. M. Safjan, Warszawa 2007, s. 335.

⁶ W. Stojanowska [w:] *System prawa prywatnego, t. 11 – Prawo rodzinne i opiekuńcze*, red. T. Smoczyński, Warszawa 2009, s. 640–643.

⁷ Główny Urząd Statystyczny, *Rocznik demograficzny*, Warszawa 2016, s. 238. Choć ilość rozwodów utrzymuje się od kilku lat na tym samym poziomie ok. 65 tysięcy rocznie, wzrasta wskaźnik rozwodów w stosunku do nowo zawartych małżeństw: od 26,8% w 2010 roku do 35,6% w 2015 roku.

⁸ *Dziennik Praw [Księstwa Warszawskiego]* z 1807 r., tom I, s. II-XLVII.

⁹ Przepisy te weszły w życie 1 maja 1808 r. Data ta może być więc uznana za początek rozwodów na terenach dawnej Rzeczypospolitej.

oraz skazanie małżonka na karę hańbiącą¹⁰. Prawodawstwo Napoleona nie знаło zatem odniesień do ogólnego pojęcia winy.

Podobną metodę legislacji przyjmowały inne prawodawstwa obowiązujące na terenach polskich w XIX wieku, które znały instytucję małżeństwa cywilnego i jego rozwiązania. Austriacki kodeks cywilny z 1811 roku¹¹ statuował mieszany system osobowego prawa małżeńskiego. Oznacza to, że rozwód był dostępny dla małżonków, o ile prawo wewnętrzne związku wyznaniowego, do którego należeli, taki rozwód dopuszczał¹². Ponadto, dla osób bezwyznaniowych, osób należących do wyznań prawnie nieuznanych oraz osób niemogących zawrzeć małżeństwa z powodu przeszkody kanonicznej nieznannej prawodawstwu cywilnemu, austriacki kodeks cywilny dopuszczał zawarcie małżeństwa cywilnego, rozwiązywalnego przez rozwód z powodu ważnej przyczyny określonej w prawie. W myśl § 115 tego kodeksu należały do nich: cudzołóstwo, złośliwe opuszczenie małżonka, skazanie małżonka na karę co najmniej pięciu lat więzienia za popełnienie zbrodni, groźby pozbawienia małżonka życia lub zdrowia, ciężkie i kilkakrotne uszkodzenie ciała małżonka oraz nieprzewidywany wstręt¹³. Podobne katalogi przewidywało prawo na terenach zaboru pruskiego¹⁴ oraz obowiązujące na Spiszu i Orawie Prawo małżeńskie z 1894 roku¹⁵.

Podsumowując, ustawodawstwa rozwodowe XIX wieku nie znały odwołania do ogólnej kategorii winy czy klauzul generalnych. Ochronę małżeństwa zapewniał precyzyjnie określony katalog okoliczności faktycznych, z nastaniem których wyłącznie strona niewinna lub niezwiązana z ich zaistnieniem nabywała uprawnienie do żądania rozwodu¹⁶. Większość z nich zawierała w sobie element winy rozumianej jako moż-

¹⁰ Z. Zarzycki, *Rozwód w świetle akt Sądu Okręgowego w Krakowie w latach 1918–1945. Studium historyczno-prawne*, Kraków 2010, s. 37.

¹¹ Allgemeines Bürgerliches Gesetzbuch wszedł w życie 1 stycznia 1812 roku.

¹² Z. Zarzycki, *op.cit.*, s. 133. W przypadku małżeństw mieszanych, w których jedno prawo kościelne dopuszczało rozwód, a drugie nie – rozwód był niedopuszczalny.

¹³ *Ibidem*, s. 138–139.

¹⁴ Bürgerliches Gesetzbuch z 1896 roku wszedł w życie 1 stycznia 1900 roku. Chodziło o cudzołóstwo, bigamię, czyny niemoralne przeciwne naturze, nastawanie na życie małżonka, złośliwe opuszczenie małżonka przez okres jednego roku, ciężkie naruszenie obowiązków małżeńskich lub niecne zachowanie się, które spowodowało ustanie współżycia małżeńskiego oraz chorobę umysłową trwającą trzy lata. *Ibidem*, s. 91–92.

¹⁵ Ustawa nr XXXI – Prawo małżeńskie z 1894 roku weszła w życie 18 grudnia 1895 roku. Wylczyła takie przyczyny żądania rozwodu jak nieprzewidywany wstręt, cudzołóstwo, złośliwe opuszczenie małżonka, nastawanie na życie lub rozmyślne ciężkie uszkodzenie ciała, skazanie po zawarciu małżeństwa na karę co najmniej pięciu lat pozbawienia wolności lub domu poprawy i karę śmierci, nierząd płciowy przeciwny naturze, świadome popełnienie bigamii, umyślne dopuszczenie się ciężkiego uchybienia obowiązkowi małżeńskiemu. *Ibidem*, s. 100.

¹⁶ Była to tak zwana zasada rekryminacji, która polegała w tym przypadku na nieprzyznaniu uprawnienia do żądania rozwodu temu małżonkowi, który doprowadził do ziszczenia się określonej ustawowo przesłanki. Zasada ta obowiązywała na ogół we wszystkich ówczesnych systemach, nawet w prawie wewnętrznym Kościołów. Istniały jednak możliwości jej neutralizacji w postaci rozwodu na wniosek, ale tylko w systemach mieszanych: austriackim i węgierskim, i tylko jeśli prawo wewnętrzne związku wyznaniowego w ogóle dopuszczało rozwód. W prawie austriackim warunkiem złożenia wniosku

liwość postawienia zarzutu niewłaściwego zachowania, jednak nie każde moralnie naganne postępowanie wobec współmałżonka przyznawało stronie pokrzywdzonej uprawnienie do żądania rozwodu.

3. Projekt Karola Lutostańskiego

Po odzyskaniu przez Polskę niepodległości w 1918 roku dość szybko podjęto niezbędne kroki w kierunku zunifikowania systemu prawnego na terenie II Rzeczypospolitej, w tym prawa osobowego małżeńskiego¹⁷. Prace nad stworzeniem nowego prawa rozpoczęły się już w roku 1920¹⁸, a ich zwieńczenie stanowił odpowiedni projekt sporządzony pod kierownictwem Karola Lutostańskiego, opublikowany dziewięć lat później. Ostatecznie projekt ten nie wszedł jednak w życie i na jednolite polskie prawo małżeńskie trzeba było jeszcze poczekać. Warto jednak o nim wspomnieć, gdyż Prawo małżeńskie z 1945 roku¹⁹ w znacznej mierze z niego korzystało²⁰.

Ogólne założenia nowego projektu nie wyróżniały się na tle ustawodawstw XIX-wiecznych. Ochrona trwałości węzła małżeńskiego polegała na dopuszczeniu rozwodu jedynie w przypadkach, gdy małżeństwo nie mogło realizować społecznych funkcji lub dla zabezpieczenia słusznych praw strony poszkodowanej²¹. Projekt opierał się więc na metodzie enumeratywnego wyliczenia konkretnych przesłanek rozwiązania małżeństwa²² jako bardziej odpowiadającej założonym dążeniom do ograniczenia liczby rozwodów²³.

o rozwód był „nieprzewidywalny wstręt małżeński”. Z kolei na terenie Spisza i Orawy mogli korzystać z tej formy rozwiązania małżeństwa jedynie żydowscy małżonkowie, jednak bez względu na przyczynę rozkładu pożycia. *Ibidem*, s. 100, 141–142.

¹⁷ W tym celu została powołana Komisja Kodyfikacyjna już w czerwcu 1919 roku. Szerzej zob. J. Bardach, B. Leśnodorski, M. Pietrzak, *Historia ustroju i prawa polskiego*, Warszawa 2005, s. 553.

¹⁸ *Ibidem*, s. 554.

¹⁹ Dekret z dnia 25 września 1945 r. – Prawo małżeńskie (Dz.U. z 1945, Nr 48, poz. 270).

²⁰ Z. Zarzycki, *op.cit.*, s. 108.

²¹ Według K. Lutostańskiego, *Zasady projektu prawa małżeńskiego*, Warszawa 1931, s. 55–56, „Państwowe prawo małżeńskie, stawiając sobie za cel trwałość rzeczywistą wspólnoty rodzinnej, potrzebną do rozwoju małżonków, wychowania dzieci i rozkwitu siły moralnej państwa, nie może łatwo otwierać małżonkom wrót do zrzucania z siebie obowiązków utrzymania wspólnoty, która jest właściwym zadaniem instytutu małżeństwa. Państwowe prawo małżeńskie nie może tedy ani sankcjonować jednostronnego zrywania wspólnoty bez kontroli sądu, ani przez nadmierne ułatwienia i nieograniczoną rozciągłość nieokreślonych powodów rozłączeniowych wywoływać w ludziach o słabszym charakterze przekonania, że pod powagą prawa można wspólność małżeńską zrywać, nie licząc się z konsekwencjami niedopełnienia obowiązków wobec współmałżonka, dzieci i społeczeństwa. Tylko wówczas, gdy pewien związek małżeński wykazuje wewnętrzną zgniliznę moralną, gdy staje się on narzędziem gwałtu nad jednostką, prawo nie tylko nie ma interesu w podtrzymywaniu małżeństwa, które nie może być podstawą społeczną państwowego życia, ale ma nawet obowiązek udzielenia ochrony obywatelom, którzy odwołują się o sprawiedliwą pomoc i o uwolnienie ich od uczestnictwa w takim związku. Prawne zerwanie wspólnoty ma w tem znaczeniu charakter nadzwyczajnego środka zaradczego, dopuszczalnego w przypadkach chorobowych, gdy ucisk źle skojarzonej wspólnoty grozi zakażeniem organizmu rodzinnego oraz społecznego”.

²² *Projekt prawa małżeńskiego*, Warszawa 1931, art. 58.

²³ K. Lutostański, *op.cit.*, s. 76–78.

W projekcie K. Lutostańskiego pojawiło się pojęcie winy²⁴. W przeciwieństwie jednak do obecnie obowiązującej regulacji, wina nie miała pełnić funkcji ogólnej przesłanki rozwodowej. Nie było bowiem takiej potrzeby przy precyzyjnie określonych okolicznościach uzasadniających żądanie rozwodu, w większości zawierających *implicite* kategorię winy rozumianej jako możliwość postawienia zarzutu, zwłaszcza moralnej naganności²⁵. Jak pisał K. Lutostański, na gruncie projektu „wina może odgrywać rolę dopiero w ustaleniu odpowiedzialności za skutki materialne, wywołane rozłączeniem, ale nie ma wpływu na samą jego dopuszczalność”²⁶.

4. Dekret Prawo małżeńskie z 1945 roku

W 1945 r. zunifikowano osobowe prawo małżeńskie na obszarze Rzeczypospolitej Polskiej. Stało się to za sprawą wydanych 25 września 1945 r. przez Krajową Radę Narodową dekretu Prawo małżeńskie oraz dekretu Przepisy wprowadzające prawo małżeńskie²⁷. Nowe prawodawstwo przewidywało typowo laicki system regulacji małżeństwa. W kwestii dopuszczalności rozwodu zasadniczo kontynuowało tendencję wytyczoną przez projekt międzywojenny, jednak wprowadziło na tym polu kilka znaczących zmian, zmierzających w stronę liberalizacji i rozpowszechniania rozwodów.

Regulacje zawarte w dekretach były dość lakoniczne. Niejasna była między innymi kwestia przesłanek rozwodowych. Zagadnienie to regulował artykuł 24 Prawa małżeńskiego²⁸. Przewidywał on jedną ogólną przesłankę w postaci stałego rozkładu pożycia małżonków i jedną negatywną, odwołującą się do dobra niepełnoletnich dzieci. Podany katalog okoliczności stanowiących przyczyny uzasadniające powództwo o rozwód był tylko przykładowy²⁹. Była to zasadnicza zmiana w stosunku do projektu K. Lutostańskiego, pozwalająca na rozwiązanie małżeństwa w znacznie liczniejszych niż dotychczas przypadkach.

Wspomniana niejasność na gruncie przesłanek orzeczenia rozwodu dotyczyła roli winy w sferze uprawnienia jego żądania. Pojęcie to pojawiło się w art. 27 § 1 Prawa małżeńskiego, który stanowił, iż „orzekając rozwód sąd ustala, czy i która ze stron

²⁴ *Projekt prawa małżeńskiego...*, art. 61.

²⁵ Obok tego rodzaju przesłanek pojawiły się bowiem także inne, związane z niemożnością realizowania funkcji małżeństwa (np. choroba psychiczna – art. 58 lit. k), czy też z wadami oświadczenia woli (np. poważna groźba – art. 58 lit. n), a także przesłanka „religijna” w postaci odmowy dopełnienia uroczystości kościelnych wbrew danemu przyrzeczeniu (art. 58 lit. o).

²⁶ K. Lutostański, *op.cit.*, s. 78. „Rozłączenie” to określenie oznaczające dzisiejszą separację. Omawiany projekt zakładał bowiem obligatoryjną separację małżonków przed orzeczeniem rozwodu.

²⁷ Dekret z dnia 25 września 1945 r. – Przepisy wprowadzające prawo małżeńskie (Dz.U. z 1945, Nr 48, poz. 271).

²⁸ „Na żądanie jednego z małżonków sąd orzeka rozwód, jeśli uzna, że względ na dobro niepełnoletnich dzieci nie stoi temu na przeszkodzie, oraz jeżeli stwierdzi stały rozkład pożycia małżonków, w szczególności dlatego, że drugi małżonek: [następuje wyliczenie 11 przyczyn rozkładu pożycia]”.

²⁹ Przyczyną rozkładu pożycia małżeńskiego, o której mowa w art. 24 Prawa małżeńskiego, mogło więc być „wszelkiego rodzaju postępowanie, zachowanie się i stan małżonka, pociągające za sobą zupełny i stały rozkład”. Tak zob. orzeczenie SN z 28 maja 1948 r., C 126/48, OSN 3/1948, poz. 87. W orzeczeniu tym Sąd Najwyższy uznał, iż konflikt charakterów może być przesłanką rozkładu pożycia.

ponosi winę”. Na pierwszy rzut oka wina nie była w żaden sposób skorelowana z kwestią dopuszczalności rozwiązania małżeństwa przez sąd. Jednak z drugiej strony, przyznanie uprawnienia do żądania rozwodu małżonkowi wyłącznie winnemu rozkładowi pożycia (odrzućcie tzw. zasady rekryminacji) przy ogólnie sformułowanych przesłankach rozwodowych i braku odpowiednich środków obrony dla strony poszkodowanej (np. w postaci konstrukcji odmowy zgody na rozwód), mogłoby prowadzić do nadużyć w postaci „jednostronnych” rozwodów. Z tego powodu w orzecznictwie³⁰ dość szybko pojawiła się teza, iż wyłączna wina małżonka wnoszącego pozew stanowi drugą negatywną przesłankę rozwodową na gruncie omawianego dekretu.

Argumentacja przedstawiana w judykaturze odwoływała się przede wszystkim do wykładni funkcjonalnej³¹. Skoro bowiem ustawodawca zrezygnował z zamkniętego katalogu okoliczności uzasadniających żądanie rozwodu, by zapobiec wspomnianym nadużyciom w formie „nagradzania” moralnej naganności orzeczeniem rozwodu, należało znaleźć inny sposób ochrony strony pokrzywdzonej. Kategoria winy doskonale się do tego nadawała z uwagi na możliwość utrzymania zasady rekryminacji, a nawet rozciągnięcia jej zastosowania do nieograniczonej ustawowo kategorii przypadków. Stosując bowiem ogólne pojęcie winy, ustawodawca wyznaczył sędziom ogromne pole do interpretacji i oceny moralnej konkretnych przyczyn rozkładu pożycia. Ponadto, uzasadniono tę tezę „społeczną zasadą trwałości związku małżeńskiego”³² oraz dyrektywami wykładni systemowej. Twierdzono bowiem, iż art. 24 Prawa małżeńskiego z 1945 roku należało rozpatrywać łącznie z art. 27 tego aktu prawnego³³.

W efekcie, w przeciwieństwie do koncepcji projektu K. Lutostańskiego, w myśl przepisów omawianego dekretu wina małżonka żądającego rozwodu nie była już orzekana tylko w celu rozłożenia odpowiedzialności majątkowej za skutki rozwodu, ale – w przypadku, gdy nosiła przymiot wyłącznej³⁴ – stała się kolejną samodzielną negatywną

³⁰ Zob. orzeczenie SN z 28 maja 1948 r., C 126/48, OSN 3/1948, poz. 87.

³¹ Zob. orzeczenie SN z 15 lutego 1947 r., III C 913/46, OSN 2/1948, poz. 37, w którym Sąd Najwyższy uznał wykładnię art. 24 Prawa małżeńskiego z 1945 roku, w myśl której „do orzeczenia rozwodu wystarczy ustalenie stałego rozkładu pożycia małżeńskiego i uznanie, że względ na dobro dzieci niepełnoletnich nie stoi rozwodowi na przeszkodzie (...) za niedopuszczalną, za niezgodną z celem ustawy, z zamiarem ustawodawcy i społecznym znaczeniem małżeństwa”.

³² Tak zob. orzeczenie SN z 28 maja 1948 r., C 126/48, OSN 3/1948, poz. 87. W tym orzeczeniu zostało stwierdzone, że: „wykładnia, która by dopuszczała rozwód także na żądanie tego z małżonków, który wyłącznie spowodował rozkład pożycia małżeńskiego, stanowiłaby, psychologicznie rzecz biorąc, zachętę do rozrywania małżeństwa (mógłby np. małżonek, który porzucił rodzinę, powołując się na wywołany tym czynem niewątpliwym rozkład wspólnoty małżeńskiej żądać następnie rozwodu)”.

³³ Zgodnie z orzeczeniem przywołanym w poprzednim przypisie, „art. 27 § 1 prawa małżeńskiego nie może być rozumiany w ten sposób, że orzeczenie o winie jest konieczne tylko dla rozstrzygnięcia o skutkach majątkowych, jakie wynikają z rozwodu (art. 29 i 30 prawa małżeńskiego), oraz dla rozstrzygnięcia, komu powierzyć dziecko i zarząd jego majątkiem (art. 31 § 1 p. 1 prawa małżeńskiego). Art. 27 prawa małżeńskiego stanowi samodzielną normę w przepisach rozwodowych, która winna być rozpatrywana łącznie z art. 24 tego prawa”.

³⁴ W świetle orzeczenia SN z 10 czerwca 1948 r., I C 286/48, OSN 2/1948, poz. 57 „mylny jest pogląd o dopuszczalności rozwodu tylko w razie winy strony pozwanej w spowodowaniu stałego rozkładu pożycia małżonków, gdyż z przepisów prawa małżeńskiego wynika również dopuszczalność rozwodu

przesłanką rozwodową³⁵. Warto dodać, iż przedstawioną tezę zasadnie podbudowano także wykładnią językową art. 24 Prawa małżeńskiego³⁶.

5. Kodeks rodzinny z 1950 roku

Prawo małżeńskie z 1945 roku nie obowiązywało w Polsce długo. Już w 1947 roku powołano komisję mającą opracować całościową kodyfikację prawa cywilnego, zawierającą także część rodzinną i opiekuńczą³⁷. Choć projekt był gotowy w grudniu następnego roku, z racji politycznych postanowiono go odrzucić i idąc za wzorcem radzieckim, zdecydowano się na wyłączenie prawa rodzinnego z kodyfikacji cywilnej. W efekcie, w roku 1950 został uchwalony Kodeks rodzinny³⁸, który zastąpił między innymi dekrety Prawo małżeńskie i Przepisy wprowadzające prawo małżeńskie z roku 1945.

Ogólne założenia dotyczące małżeństwa nie różniły się wiele od regulacji zamieszczonej w Prawie małżeńskim z 1945 roku. Małżeństwo wciąż traktowano jako

zarówno w razie braku winy którejkolwiek ze stron (...), jak też w razie winy obu stron”. Pierwszą sytuację przedstawiał art. 24 pkt 10 i 11 dekretu. Możliwość zaistnienia drugiej potwierdzał art. 30 § 2 Prawa małżeńskiego. Por. także orzeczenie SN z 15 lutego 1947 r., III C 913/46, OSN 2/1948, poz. 37, w którym zostało stwierdzone, że: „rozkład pożycia małżeńskiego może nastąpić także wskutek okoliczności, przez żadnego z małżonków nie zawinionych. Ale zawsze okoliczności, uzasadniające żądanie rozwodu, czyli powodujące rozkład pożycia małżeńskiego, muszą zachodzić po stronie małżonka pozwanego, chyba że pozwany małżonek również żąda rozwodu wskutek przyczyn, zachodzących po stronie powoda”.

³⁵ Zob. orzeczenie SN z 28 maja 1948 r., C 126/48, OSN 3/1948, poz. 87, w którym został wyrażony następujący pogląd: „Do orzeczenia rozwodu konieczne jest nie tylko ustalenie stałego rozkładu pożycia małżeńskiego, lecz także i przyczyny tego rozkładu, która musi zachodzić po stronie nie tego małżonka, który żąda rozwodu”.

³⁶ W świetle orzeczenia SN z 15 lutego 1947 r., III C 913/46, OSN 2/1948, poz. 37: „Gdyby wystarczyło tylko ustalenie stałego rozkładu pożycia, to wyrazy «w szczególności, dlatego, że drugi małżonek» i wylczenie 11 stanów faktycznych, powodujących rozkład, byłyby w art. 24 zupełnie zbędne. Gdyby było obojętne, po którego małżonka stronie zachodzą przyczyny rozwodu, wyraz «drugi» (małżonek) byłby nie tylko zbędny, lecz nawet wprost sprzeczny z myślą, którą ustawodawca chciał zdaniem skarżącego wyrazić. Przy wykładni zaś przepisu ustawy nie można bez usuwających wszelką wątpliwość argumentów przyjmować, że ustawodawca wstawił zupełnie zbędnie zdania i wyrazy albo że zamierzał co innego, aniżeli wyraził w przepisie. Wykładnia gramatyczna i logiczna art. 24 prowadzi do zasady, wyżej sformułowanej. Do tego samego wyniku prowadzi także wykładnia teleologiczna, zwłaszcza jeżeli uwzględnić cel ustawy, widoczny z tego przepisu oraz z art. 457¹⁰ § 1, 457¹¹, 457¹⁴ k.p.c.: trwałość małżeństwa i ochronę rodziny. Jeżeli ustawa nie dopuszcza, żeby małżonkowie nawet za wspólną zgodą rozwiązywali swój związek; jeżeli związek ten może być rozwiązany tylko prawomocnym wyrokiem sądu; jeżeli art. 457¹⁴ k.p.c. tak dalece ochrania trwałość małżeństwa i tak dba, ażeby Sąd rozpoznający sprawę rozwodową dociekł prawdy w ustaleniu przyczyn rozwodu, że pozbawia mocy obowiązującej sąd wszelkie przyznania faktów, rzekanie się dowodów, sprzeciwianie się dopuszczeniu dowodów, zwolnienia od przysięgi, aby pozbawić strony możliwości zмовy, otrzymywania rozwodu za wspólną zgodą itp.: to nie podobna przypuścić, że ten sam ustawodawca zezwoli jednemu z małżonków na stwarzanie przyczyny rozwodu i na jednostronne żądanie rozwodu z przyczyny przez się stworzonej, gdyż drugi małżonek żadnego powodu do rozwodu nie daje i rozwodu nie żąda”. W kwestii argumentów odwołujących się do wykładni językowej dużo łatwiej by było uzasadnić powyższy pogląd, gdyby przepis zamiast: „w szczególności dlatego, że drugi małżonek” brzmiał: „gdy drugi małżonek w szczególności”.

³⁷ A. Dziadzio, *Powszechna historia prawa*, Warszawa 2009, s. 276.

³⁸ Ustawa z dnia 27 czerwca 1950 r. – Kodeks rodzinny (Dz.U. z 1950, Nr 34, poz. 308).

instytucję świecką, poddaną wyłącznie jurysdykcji sądów powszechnych. W dziedzinie rozwodów doszło jednak do znaczących zmian. Przede wszystkim przeobrazeniu uległa pozytywna przesłanka rozwodowa. Kodeks rodzinny z 1950 roku stanowił w art. 29 § 1, iż „jeżeli między małżonkami nastąpił z ważnych powodów zupełny i trwały rozkład pożycia, każdy z małżonków może żądać, aby sąd rozwiązał małżeństwo przez rozwód”. Ustawodawca nie zdecydował się jednak dookreślić pojęcia „ważnych powodów” w żaden sposób. Nie wprowadził nawet katalogu przykładowych okoliczności mogących stanowić taki powód. W ten sposób ponownie zwiększyło się znaczenie sędziowskiej interpretacji w kwestii orzekania rozwodów. Ciężar sprecyzowania katalogu okoliczności mogących stanowić ważną przyczynę rozkładu pożycia małżonków spoczął bowiem na jurydaturze³⁹.

W Kodeksie rodzinnym po raz pierwszy wyrażono wprost zasadę rekryminacji w art. 30 § 1. Jego treść brzmiała następująco: „Rozwód nie może być orzeczony, jeżeli żąda go małżonek wyłącznie winny rozkładu pożycia, chyba że drugi małżonek wyrazi zgodę na rozwód”. Wynika z tego, iż w takich wypadkach jak jednostronna zdrada, porzucenie czy złe traktowanie współmałżonka trwanie małżeństwa zależało od woli strony pokrzywdzonej.

Należy jednak pamiętać, iż w razie wystąpienia zawinionych przyczyn rozkładu pożycia po stronie powodowej i niezawinionych po stronie pozwanej, zasada rekryminacji nie miała zastosowania, gdyż niezawinione przyczyny rozkładu pożycia wykluczały wyłączną winę jednej ze stron. Dla przykładu, według dominującego wówczas poglądu, chorobę należało traktować jako przyczynę co prawda niezawinioną, ale jednak wykluczającą wyłączną winę strony powodowej⁴⁰. Warto podkreślić, iż w takim stanie

³⁹ Jeśli chodzi o przypadki, w których rozkład pożycia wynikał z winy któregoś z małżonków, zgodnie z uchwałą Sądu Najwyższego z 28 maja 1955 r., I CO 5/55, OSN 3/1955, poz. 46, charakter omawianych przyczyn należało rozpatrywać w świetle uznawanych wówczas zasad moralnych. Ważnym powodem było więc na przykład porzucenie małżonka i niewykonywanie określonych w Kodeksie rodzinnym obowiązków małżeńskich (zob. orzeczenie SN z 12 grudnia 1955 r., I CR 1889/54, OSN 2/1957, poz. 44), zdrada – i to bez względu na czas dopuszczenia się jej (zob. orzeczenie SN z 19 grudnia 1950 r., C 347/50, OSN 2/1951, poz. 55), a także poniżanie i szykanowanie małżonka (zob. orzeczenie SN z 9 kwietnia 1953 r., II C 2911/52, PiP 1/1954, poz. 180). Do kręgu omawianych okoliczności zaliczano również przyczyny, które według specyficznej moralności socjalistycznej uważano za nieetyczne. Stąd w razie spełnienia pozostałych przesłanek, rozwód mógł zostać orzeczony w razie przynależności jednego z małżonków do „sekty świadków Jehowy, pozostającej na usługach imperializmu amerykańskiego” (zob. orzeczenie SN z 20 października 1952 r., C 42/52, OSN 2/1954, poz. 30) czy też w sytuacji, „gdy jeden małżonek reprezentuje ideologię postępową, drugi zaś wsteczną” (zob. orzeczenie SN z 29 grudnia 1951 r., C 1083/51, OSN 2/1953, poz. 40). Za ważne można było również uznać przyczyny same w sobie neutralne z moralnego punktu widzenia, którym jednak, po zapoznaniu się z okolicznościami konkretnej sprawy, przypisywano etycznie pozytywny lub negatywny charakter, na przykład znaczna różnica wieku (zob. orzeczenie SN z 16 marca 1956 r., IV CR 127/55, OSN 4/1956, poz. 112).

⁴⁰ Zob. uchwała SN z 28 maja 1955 r., I CO 5/55, OSN 3/1955, poz. 46, z której wynika, że „wyjaśnienie, jakie powody i po czyjej stronie istniejące wywołały rozkład pożycia, ma szczególne znaczenie z uwagi na art. 30 § 1 Kod. rodz. zakazujący orzekania rozwodu na żądanie małżonka wyłącznie winnego bez zgody małżonka pozwanego. Zakaz zawarty w art. 30 § 1 Kod. rodz. dotyczy sytuacji, kiedy po stronie pozwanego nie ma żadnych ważnych powodów rozkładu pożycia ani zawinionych, ani niezawinionych, a po stronie powoda zachodzą zawinione ważne powody, które rozkład pożycia stron wywołały. Jeżeli

faktycznym nawet zgoda na rozwód pozwanego małżonka była całkowicie irrelevantna z punktu widzenia dopuszczalności rozwodu.

Istotną zmianą w stosunku do poprzednich form zastosowania zasady rekryminacji było przyznanie materialnoprawnego uprawnienia żądania rozwodu każdemu z małżonków, co w kontekście równoczesnego utworzenia możliwości przełamania zasady rekryminacji przez zgodę strony niewinnej (powództwo małżonka wyłącznie winnego mogło zostać uwzględnione), znacząco poszerzało zakres podmiotowy tego uprawnienia.

Neutralizacja negatywnej przesłanki wyłącznej winy strony powodowej była możliwa w dwóch przypadkach. Po pierwsze, ustawodawca wprost przewidział w art. 30 § 1 Kodeksu rodzinnego, iż zgoda strony pozwanej, której nie przypisano winy w rozkładzie pożycia, wyłączała zastosowanie zasady rekryminacji. W odróżnieniu od poprzednio obowiązujących regulacji, możliwość ta wynikała więc wprost z ustawy, a nie z orzecznictwa kierującego się zasadą ekonomii procesowej. W ten sposób umowa małżeństwa została niejako zepchnięta w kierunku umowy prywatnoprawnej, nad którą władztwo stron działających zgodnie, po spełnieniu przesłanki rozkładu pożycia i niesprzeczności rozwodu z dobrem małoletnich dzieci, byłoby właściwie nieograniczone, gdyby nie wspomniana wyżej wykładnia klauzuli ważnych powodów. Równocześnie ciężar odpowiedzialności w przedmiocie ochrony małżeństwa został w znacznym stopniu przerzucony przez ustawodawcę na barki zainteresowanych stron.

Drugą możliwość przełamania zasady rekryminacji przewidywał art. 30 § 2 Kodeksu rodzinnego⁴¹. Jego treść brzmiała następująco: „Jednakże mimo braku tej zgody [czyli zgody strony niewinnej rozkładowi pożycia – B. C.] sąd, mając na względzie interes społeczny, może orzec rozwód w przypadkach wyjątkowych, jeżeli małżonkowie pozostają w długotrwałym rozłączeniu”. Przepis ten miał stanowić „swoistą «klapę bezpieczeństwa» dla sądów zobowiązanych do orzekania rozwodów ze względów społecznych w sytuacji, gdy podstawą żądania była różnica światopoglądowa małżonków”⁴².

Przed wszystkim należy zauważyć, że możliwość przełamania odmowy zgody małżonka niewinnego nie wynikała w tym przypadku z moralnej naganności strony pokrzywdzonej. Wręcz przeciwnie, rozwód mógł zostać orzeczony właściwie „na życzenie” winnej strony powodowej. Wystarczyło jedynie, by powód doprowadził do zrealizowania

zatem po stronie powoda istnieje zawiniona ważna przyczyna, po stronie zaś pozwanego niezawiniona ważna przyczyna, art. 30 § 1 Kod. rodz. nie ma zastosowania i do orzeczenia rozwodu z winy powoda nie jest konieczna zgoda pozwanego”. Por. orzeczenie SN z 18 września 1952 r., C 1283/52, OSN 3/1953, poz. 84, zgodnie z którym „niezgodne z zasadami socjalistycznej moralności byłoby uznanie, że nieuleczalna choroba małżonki, po trzydziestu latach pożycia małżeńskiego, stanowi ważny powód rozkładu pożycia małżeńskiego w sytuacji, kiedy stan małżonki wymaga przyczyniania się ze strony współmałżonka w miarę swych możliwości do ulżenia jej losowi i okazywania jej pomocy nie tylko materialnej, ale i moralnej, tak aby małżonek był dla niej podporą psychiczną w cierpieniach”. I dalej: „Nie byłoby zgodne z poczuciem moralnym by po tylu latach współżycia uznać, że choroba pozwanej, nawet nieuleczalna, usprawiedliwia rozwód małżeństwa. Sytuacja pozwanej wymaga od męża, aby w miarę swoich możliwości przyczyniał się do ulżenia jej losowi, okazywał jej wszelką pomoc i to nie tylko materialną, do której w formie alimentów się zaofiarował, ale także by był dla niej podporą psychiczną w jej cierpieniach”.

⁴¹ „Jednakże mimo braku tej zgody sąd, mając na względzie interes społeczny, może orzec rozwód w przypadkach wyjątkowych, jeżeli małżonkowie pozostają w długotrwałym rozłączeniu”.

⁴² A. Dziadzio, *op.cit.*, s. 277.

pozostałych przesłanek, co mogło nastąpić całkowicie bez współudziału pozwanego⁴³. Trwały i zupełny rozkład pożycia oraz długotrwałe rozłączenie mogły bowiem wystąpić choćby na skutek wyprowadzki powoda ze wspólnego mieszkania, a klauzula interesu społecznego nie miała, według założeń ustawodawcy, chronić praw moralnych strony pozwanej, a jedynie wprowadzać wspomnianą już „klapę bezpieczeństwa”.

Taki stan rzeczy sprawiał, że możliwe stało się orzeczenie rozvodu na wyłączne życzenie jednej ze stron i jedynie zarysowana powyżej aksjologiczna interpretacja klauzuli ważnych powodów zapewniała częściową ochronę małżeństwa oraz woli strony niewinnej rozkładowi pożycia. Łatwości uzyskania rozvodu mógł sprzyjać fakt, iż część judykatury dopatrywała się w art. 30 § 2 Kodeksu rodzinnego domniemania istnienia interesu społecznego w rozwiązaniu małżeństwa⁴⁴. Takie domniemanie nie wydawało się jednak uzasadnione na gruncie wykładni językowej tego przepisu, a także innych orzeczeń Sądu Najwyższego. W ówczesnym orzecznictwie obecna była bowiem teza, iż utrzymywanie całkowicie martwego związku wcale nie jest sprzeczne same w sobie z interesem społecznym, a więc nie stanowi jako takie zła społecznego. W jednym z orzeczeń Sąd Najwyższy zauważył, że: „Stosownie bowiem do art. 30 § 2 k.r. nie wystarcza negatywne stwierdzenie braku interesu społecznego w utrzymywaniu małżeństwa martwego, lecz niezbędne jest ustalenie pozytywnego interesu społecznego w rozwiązaniu takiego małżeństwa”⁴⁵.

Na tym tle należy wspomnieć nieliczne interpretacje omawianego przepisu, które stawiały moralne – w rozumieniu powszechnie akceptowanych zasad, opartych na uznaniu godności człowieka – granice orzekaniu rozwodów „na życzenie”. Twierdzono bowiem, iż „o dopuszczalności rozvodu na podstawie art. 30 § 2 Kod. rodz. decyduje (...) wynik łącznej oceny wszystkich okoliczności sprawy i oparty na nim wniosek, że w okolicznościach sprawy orzeczenie rozvodu nie obrazi uczuć moralnych mas pracujących”⁴⁶. Oznacza to, iż nawet w przypadku spełnienia wszystkich przesłanek rozwodowych, orzeczenie rozvodu na gruncie art. 30 § 2 nie było możliwe, gdyby przeczyło wartościom moralnym⁴⁷. Sąd Najwyższy próbował więc stworzyć kolejną

⁴³ Oczywiście wyłączając sytuacje zagrożenia dobra małoletnich dzieci.

⁴⁴ Zob. orzeczenie SN z 26 marca 1959 r., III CR 923/57, OSN 3/1960, poz. 72.

⁴⁵ Tak orzeczenie SN z 7 listopada 1959 r., I CR 599/58, OSN 2/1961, poz. 44. Jednak zdecydowanie bardziej dominowała teza wyrażona m.in. w uchwale SN z 26 kwietnia 1952 r., C 798/51, OSN 1/1952, poz. 1, zgodnie z którą: „Rozwód jest więc złem koniecznym, wprowadzonym w imię interesu społecznego dla eliminacji innego zła społecznego, jakim byłoby utrzymywanie formalnego węzła małżeńskiego, gdy zanika wspólnota małżeństwa, gdy małżeństwo faktycznie nie istnieje i nie ma szans na dalsze jego funkcjonowanie”. Teza ta dominuje także w orzecznictwie na tle aktualnego stanu prawnego.

⁴⁶ Tak uchwała SN z 28 maja 1955 r., I CO 5/55, OSN 3/1955, poz. 46.

⁴⁷ W świetle orzeczenia SN z 7 listopada 1959 r., I CR 599/58, OSN 2/1961, poz. 44: „Według ustaleń zaskarżonego wyroku, powód jest inwalidą. Z zeznania świadka K. może wynikać, że jest on chory na serce, a kobieta, z którą żyje, będąc z zawodu pielęgniarką, opiekuje się nim, a nawet częściowo go utrzymuje. Przy ponownym rozpoznaniu sprawy okoliczności powyższe wymagają szczegółowego wyjaśnienia, gdyby się bowiem okazało, że powód jest niezdolny do pracy, a stan jego zdrowia wymaga stałej opieki, którą może mu zapewnić wraz z pomocą w utrzymaniu kochająca go kobieta, to tego rodzaju sytuacja życiowa powoda mogłaby być uznana za szczególną okoliczność, która przemawiałaby z punktu widzenia szeroko pojętego interesu społecznego za orzeczeniem rozvodu, który umożliwiłby mu

negatywną przesłankę rozwodową w postaci sprzeczności z zasadami etycznymi, niezwiązanymi z wymogami polityki⁴⁸. Odnosząc powyższe rozważania do zagadnienia winy należy stwierdzić, iż klauzule ważnych powodów oraz interesu społecznego bywały wykorzystywane w orzecznictwie jako wzmocnienie zasady rekryminacji. Skoro bowiem fundamentalnym uzasadnieniem istnienia zasady winy w prawie rozwodowym jest ochrona porządku moralnego, wyżej przedstawione interpretacje tychże klauzul zdecydowanie tę ochronę poszerzały. Według Sądu Najwyższego ustawodawca przypisał prawu rodzinnemu funkcję wychowawczą i w efekcie uznał, że mniejszym złem od rozwiązania małżeństwa na wyłączne życzenie strony moralnie nagannej jest utrzymanie choćby martwego małżeństwa i to niezależnie od powoływania się tej strony na jakiegokolwiek ważne powody lub interes społeczny⁴⁹.

zawarcie nowego związku małżeńskiego z kobietą kochającą go i mogącą mu zapewnić pomoc w życiu i niezbędną opiekę. Ale również i w tym przypadku, gdyby nawet Sąd Powiatowy doszedł do wniosku, że w szczególnych okolicznościach niniejszej sprawy orzeczenie rozwodu na żądanie małżonka winnego nie spotka się z ujemną oceną mas pracujących – niezbędne jest poczynienie dalszych ustaleń w celu wyjaśnienia (w związku z niejasnymi zresztą zarzutami rewizji pozwanej), czy postępowanie powoda w okresie rozłączenia i po tym rozłączeniu nie było w stosunku do jego żony szczególnie naganne. W takim bowiem wypadku, nawet pomimo istnienia przesłanek z art. 30 § 2 k.r., dyskwalifikujące go moralnie zachowanie się w stosunku do żony musiałoby się spotkać z dezaprobatą opinii moralnej społeczeństwa i sprzeciwiałoby się możliwości orzeczenia rozwodu”.

⁴⁸ Według uchwały SN z 26 kwietnia 1952 r., C 798/51, OSN 1/1952, poz. 1: „Rzecz oczywista, że nie może być mowy o jakimkolwiek skatalogowaniu takich szczególnych sytuacji, które mimo istnienia winy rozkładu małżeństwa po stronie powoda pozwoliłyby sądowi na orzeczenie rozwodu wbrew sprzeciwowi małżonka niewinnego. Decydować o tym będą wszystkie dotyczące każdego z małżonków z osobna i ich wzajemnego stosunku okoliczności konkretnej sprawy, które rozważone w swym całokształcie uzasadniają ostateczny wniosek, że rozwiązanie małżeństwa nie będzie sprzeczne z moralnością socjalistyczną”. Por. uchwała SN z 28 maja 1955 r., I CO 5/55, OSN 3/1955, poz. 46, zgodnie z którą: „O dopuszczalności rozwodu na podstawie art. 30 § 2 Kod. rodz. decyduje bowiem wynik łącznej oceny wszystkich okoliczności sprawy i oparty na nim wniosek, że w okolicznościach sprawy orzeczenie rozwodu nie obrazi uczuć moralnych mas pracujących”.

⁴⁹ W uchwale SN z 28 maja 1955 r., I CO 5/55, OSN 3/1955, poz. 46 stwierdzono, że: „Wyrażona w art. 67 Konstytucji Polskiej Rzeczypospolitej Ludowej zasada, że małżeństwo i rodzina znajdują się pod opieką i ochroną Polskiej Rzeczypospolitej Ludowej, decyduje o obowiązku sądów szczególnie starannego i wnikliwego orzekania w sprawach o rozwód. Prawidłowe orzecznictwo w tych sprawach, realizujące ściśle przepisy postępowania prawa socjalistycznego, stanowi pozytywny czynnik, wychowujący obywateli w duchu poszanowania rodziny jako podstawowej komórki społecznej”. I dalej: „Orzecznictwo sądów w tym zakresie jest niejednolite. Taki stan rzeczy powoduje, że orzecznictwo sądowe w sprawach rozwodowych nie spełnia w sposób dostateczny swego zadania kształtowania właściwych poglądów moralnych obywateli w zakresie stosunków małżeńskich”. Por. uchwała SN z 26 kwietnia 1952 r., C 798/51, OSN 1/1952, poz. 1, w której zauważono, że: „Punktem wyjściowym rozważań związanych z orzecznictwem w sprawach o rozwód jest realizowana przez Państwo Ludowe zasada ochrony i umocnienia rodziny, która znalazła wyraz w projekcie Konstytucji Polskiej Rzeczypospolitej Ludowej. Podstawą rodziny jest małżeństwo, stąd też postępowanie małżonka powodujące zerwanie małżeństwa z reguły spotkać się powinno z negatywną oceną sądu. Taka postawa sądu przyczyni się do wychowania obywateli w duchu socjalistycznej moralności, która wymaga poważnego stosunku małżonków do założonej przez siebie rodziny, zapewniającego trwałość ich związku”. I dalej: „Ustawa musi przeciwdziałać niebezpieczeństwu samowolnego zrywania związków małżeńskich, które w tego rodzaju sytuacji zarysowuje się szczególnie ostro, musi działać wychowawczo i w roli hamulca

Kończąc omawianie zasady rekryminacji warto dodać, iż możliwość jej przełamania na podstawie art. 30 § 2 Kodeksu rodzinnego była fakultatywna, to znaczy, że sąd nie musiał przychylić się do żądania powoda nawet w przypadku rzeczywistego istnienia interesu społecznego w rozwiązaniu małżeństwa i spełnienia pozostałych przesłanek (wyjątkowy przypadek, długotrwałe rozłączenie). Takie rozwiązanie pozostawiało sędziom szeroki margines władzy dyskrecyjnej, znacznie wzmacniając ich udział w zadaniu ochrony małżeństwa, co na gruncie tak liberalnie ukształtowanych przepisów wydawało się być w pełni uzasadnione.

Kolejną regulacją Kodeksu rodzinnego, na którą warto zwrócić uwagę, był art. 31 § 2. Przewidywał on, iż na zgodne żądanie małżonków sąd miał zaniechać orzekania o winie. Stanowiło to zasadniczą zmianę w stosunku do dekretu z roku 1945. Art. 27 § 2 dekretu Prawo małżeńskie przewidywał bowiem obligatoryjne zaniechanie orzekania o winie tylko w przypadku „niemocy płciowej lub choroby umysłowej”. W pozostałych przypadkach rozstrzygnięcie w tej kwestii było obowiązkowe.

Choć doniosłość tych przepisów przejawiała się przede wszystkim na płaszczyźnie roszczeń alimentacyjnych⁵⁰, miały one znaczenie również dla zagadnienia stopnia ochrony małżeństwa, choć – co należy podkreślić – nie wyłączały zastosowania zasady rekryminacji. Stworzenie bowiem możliwości rozwiązania małżeństwa bez orzekania o winie sugerowało, iż z punktu widzenia dopuszczalności rozwodu znaczenie miała nie odpowiedzialność moralna stron za spowodowanie rozkładu pożycia, ale przede wszystkim trwały i zupełny rozkład pożycia. Tym samym omawiany przepis „wychowywał” do lekkomyślnego traktowania obowiązków małżeńskich, rodząc świadomość bezkarności za ich naruszanie. Przeciętny obywatel nie był zapewne w stanie odczytać z przepisów Kodeksu rodzinnego, iż wniosek o zaniechanie orzekania o winie nie wyłączał badania winy przez sąd i ewentualnego zastosowania zasady rekryminacji.

Podsumowując, Kodeks rodzinny z roku 1950 zmodyfikował znaczenie winy przy orzekaniu rozwodu w stosunku do poprzednich regulacji. Poza przyznaniem uprawnienia żądania rozwodu obojgu małżonkom, świadczy o tym przede wszystkim

w stosunku do takich małżonków, których wyrobienie społeczne i postawa moralna nie powstrzymałyby od aspołecznego, lekkomyślnego traktowania obowiązków wynikających z zawartego związku małżeńskiego”. A także: „Sąd Najwyższy uważa za konieczne podkreślić, że zagadnienia prawne występujące przed sądami w sprawach o rozwód wkraczają bezpośrednio w sferę zjawisk moralnych. Nakaz prawa o ustroju sądów powszechnych (art. 3), aby sądy Polskiego Ludowego działalnością swą wychowywały obywateli, nabiera więc w tych sprawach szczególnego znaczenia. Prawidłowe orzecznictwo oparte na niniejszych wytycznych powinno stać się wkładem sądów do walki o przyspieszenie i pogłębienie procesu kształtowania nowej, socjalistycznej postawy moralnej obywateli”. Por. również orzeczenie SN z 23 maja 1952 r., C 407/52, PiP 1/1953, poz. 133, w którym uznano, iż z racji obowiązywania zasady umocnienia rodziny i zadania kształtowania poważnego i odpowiedzialnego stosunku do obowiązków względem niej, „nie są ważnymi powodami rozkładu pożycia małżeństwa ani porozumienie się stron przed ślubem, że nie będą czyniły sobie trudności w uzyskaniu rozwodu, ani zawarcie małżeństwa z matką dziecka jedynie w celu nadania dziecku nazwiska”.

⁵⁰ Zob. art. 34 Kodeksu rodzinnego, zgodnie z którym małżonek, który nie został uznany za winnego rozwodu, mógł żądać od drugiego małżonka, nawet niewinnego, dostarczenia mu środków utrzymania, jeśli nie był w stanie utrzymać się samodzielnie.

możliwość rozwiązania małżeństwa na żądanie strony wyłącznie winnej rozkładu pożycia, a szczególnie związana z nią kwestia zneutralizowania odmowy zgody na rozwód strony niewinnej. Ryzyku występowania samowolnych rozwodów przeciwstawiło się jednak orzecznictwo, przyjmując taką interpretację przesłanki istnienia ważnych powodów, by element moralny na gruncie przyczyn rozpadu małżeństwa nie był nigdy pomijany, a w efekcie, by zapobiec sytuacjom, w których naganność moralna powoda byłaby „nagradzana” uwzględnieniem powodztwa. Poza tym, powyższemu celowi służyła również powtarzająca się teza judykatury, w świetle której nawet w razie spełnienia przesłanek umożliwiających jednostronne rozwiązanie małżeństwa, sąd nie powinien orzekać rozwodu, jeśli miałby on w swych skutkach rażąco godzić w wartości moralne.

6. Kodeks rodzinny i opiekuńczy z 1964 roku

W Kodeksie rodzinnym i opiekuńczym z 1964 roku znaczenie winy jako negatywnej przesłanki rozwodowej wynika z art. 56 § 3. Stanowi on, iż rozwód nie jest dopuszczalny, „jeżeli żąda go małżonek wyłącznie winny rozkładu pożycia, chyba że drugi małżonek wyrazi zgodę na rozwód albo że odmowa jego zgody na rozwód jest w danych okolicznościach sprzeczna z zasadami współżycia społecznego”. Określając znaczenie winy jako negatywnej przesłanki rozwodowej w Kodeksie rodzinnym i opiekuńczym, należy najpierw zaznaczyć, iż „problematyka winy w zakresie rozkładu pożycia małżonków nie była przedmiotem obszerniejszej analizy w doktrynie”⁵¹. Stąd też „z reguły przyjmuje się, że winę współmałżonków należy rozumieć i oceniać analogicznie jak w prawie zobowiązaniowym (jakkolwiek pojawiają się odmiennie zapatrywania)”⁵².

Z kolei na gruncie cywilistycznym pojęcie winy nie zostało zdefiniowane w żadnym polskim akcie prawnym. Ciężar sformułowania takiej definicji został więc przeniesiony na doktrynę i orzecznictwo. Nie wchodząc w szczegółowe zagadnienia dotyczące wypracowanych w tym zakresie teorii należy jedynie zauważyć, iż obecnie w prawie cywilnym dominuje normatywna koncepcja winy. Według zwolenników tej koncepcji, wina jest negatywną oceną postępowania sprawcy szkody. Pogląd ten ufundowano więc na pojęciu zarzutu: winę ponosi osoba, której można postawić zarzut niewłaściwego zachowania się (działania czy też zaniechania), oparty na porównaniu tego zachowania z obiektywnie skonstruowanym wzorcem postępowania w danych okolicznościach osoby przeciętnie racjonalnej. Co ważne, niezbędnym warunkiem przypisania winy jest zaistnienie dwóch elementów: obiektywnego i subiektywnego. Pierwszy z nich odpowiada szeroko rozumianej bezprawności danego zachowania (sprzeczność z ustawą

⁵¹ Tak wyrok SN z 5 stycznia 2001 r., V CKN 915/00, OSP 6/2001, poz. 92.

⁵² *Ibidem*. Zob. także wyrok Sądu Apelacyjnego w Warszawie z 26 maja 2000 r., I ACa 10/00, OSA 10/2001, poz. 54, w świetle którego: „Do przypisania małżonkowi winy nie jest konieczne, by zamiarem małżonka było objęte określone działania lub zaniechanie, zmierzające do rozkładu pożycia, lecz wystarczy możliwość przewidywania znaczenia skutków danego działania lub zaniechania naruszającego przepisy prawa”.

lub zasadami moralności). Z kolei element subiektywny wyklucza przypisanie winy osobie niepełnoletniej lub małoletniej, gdyż obejmuje „możliwość podjęcia i wyrażenia woli co do nastąpienia lub nienastąpienia określonych skutków”⁵³. „Oznaczałoby to, że za zawinione należy uznać takie zachowanie się małżonka, które narusza obowiązki wynikające z przepisów prawa lub zasad współżycia społecznego i w rezultacie prowadzi do trwałego i zupełnego rozkładu pożycia. Nie musi wystąpić po stronie małżonka zamiar doprowadzenia do takiego rozkładu”⁵⁴.

Z problematyką winy jako negatywnej przesłanki rozwodowej wiąże się kilka kontrowersji. Pierwsza z nich dotyczy samego sensu zasady rekryminacji. W doktrynie podnosi się, iż zasada ta przyczynia się do utrzymywania fikcyjnych związków małżeńskich, a jej oddziaływanie społeczno-wychowawcze jest bardzo niewielkie⁵⁵. Stąd postuluje się usunięcie winy z obszaru przesłanek rozwodowych na wzór państw zachodnich, zwłaszcza z obszaru *common law*⁵⁶. Niemniej, nie brakuje również zwolenników teorii o długofalowych skutkach wychowawczych prawa rozwodowego⁵⁷. Wydaje się, że w rozwiązaniu tej kontrowersji mogłyby pomóc jedynie wieloletnie badania socjologiczne. Nie bez znaczenia dla tego tematu pozostaje również aspekt aksjologiczny istnienia omawianej zasady, który – zgodnie z łacińską paremią *nemo turpitudinem suam allegans audiat* – postuluje utrzymanie art. 56 § 3 w obecnym kształcie⁵⁸. Winę jako kategorię prawa rodzinnego osadzoną w aksjologii konstytucyjnej potwierdził Trybunał Konstytucyjny w wyroku z dnia 25 października 2012 roku⁵⁹.

Druga kontrowersja dotyczy aktualności orzeczeń wydanych w sprawach rozwodowych pod rządem Kodeksu rodzinnego z 1950 roku. W literaturze wyrażono pogląd, iż z uwagi na identyczność sformułowań regulujących zasadę rekryminacji w art. 30 § 1 Kodeksu rodzinnego z 1950 roku i w art. 56 § 3 Kodeksu rodzinnego i opiekuńczego z 1964 roku, orzecznictwo dotyczące tej zasady sprzed 1 stycznia 1965 roku zachowuje aktualność⁶⁰. Z problemem tym wiąże się zagadnienie rozumienia wyłącznej winy małżonka żądającego rozwodu. Na bazie Kodeksu rodzinnego z roku 1950 pojawiła

⁵³ T. Sokołowski, *op.cit.*, s. 667; zob. także wyrok SN z 13 listopada 1997 r., I CKN 306/97, LEX nr 484738 oraz wyrok SN z 29 czerwca 2000 r., V CKN 323/00, LEX nr 52485.

⁵⁴ Tak wyrok SN z 5 stycznia 2001 r., V CKN 915/00, OSP 6/2001, poz. 92. Zob. także wyrok Sądu Apelacyjnego w Warszawie z 26 maja 2000 r., I ACa 10/00, OSA 10/2001, poz. 54, w świetle którego: „Do przypisania małżonkowi winy nie jest konieczne, by zamiarem małżonka było objęcie określone działania lub zaniechanie, zmierzające do rozkładu pożycia, lecz wystarczy możliwość przewidywania znaczenia skutków danego działania lub zaniechania naruszającego przepisy prawa”.

⁵⁵ A. Szlęzak, *O zakazie orzekania rozwodu na żądanie małżonka wyłącznie winnego*, RPEiS 3/1988, s. 68–69. Zob. także A. Szpunar, *Rozwód na żądanie małżonka wyłącznie winnego rozkładu*, Wrocław—Warszawa—Kraków—Gdańsk—Łódź 1985, s. 329 oraz A. Olejniczak, *Materiałnoprawne przesłanki udzielenia rozwodu*, Poznań 1980, s. 113–120.

⁵⁶ A. Szlęzak, *op.cit.*, s. 67.

⁵⁷ Tak m.in. W. Stojanowska, *op.cit.*, s. 651; J. Górecki, *Wytyczne rozwodowe Sądu Najwyższego*, PiP 8–9/1968, s. 352 oraz A. Stelmachowski, *Wina a zasady współżycia społecznego w procesie rozwodowym*, SP 26–27/1970, s. 255–256.

⁵⁸ J. Górecki, *op.cit.*, s. 352.

⁵⁹ Zob. uzasadnienie wyroku TK z 25 października 2012 r., SK 27/12 (Dz.U. z 2012, poz. 1218).

⁶⁰ W. Stojanowska, *op.cit.*, s. 653.

się w orzecznictwie teza, iż w przypadku, gdy rozkład pożycia powstał na skutek nie tylko zawinionego postępowania strony powodowej, ale także z niezawinionych przyczyn leżących po stronie pozwanej (np. ciężka choroba zakaźna, kalectwo na skutek wypadku⁶¹), zasada rekryminacji nie powinna mieć zastosowania. Teza ta pojawia się także we współczesnym orzecznictwie i doktrynie⁶², jednak coraz częściej poddawana jest ona krytyce. Zarzuca się jej bowiem „łączone ujmowanie dwóch różnych kategorii: elementu subiektywnego, mentalnego (wewnętrznego), jakim jest wina oraz faktu o obiektywnym, zewnętrznym charakterze, tj. wystąpienie przyczyny rozkładu niezależnej od woli stron”⁶³. Uważam iż z punktu widzenia przyjętych przez prawodawcę założeń etycznych, krytyka ta jest jak najbardziej uzasadniona, co znajduje odzwierciedlenie również w judykaturze⁶⁴.

Kolejna kontrowersja dotyczy relacji pomiędzy § 2 i § 3 art. 56 Kodeksu rodzinnego i opiekuńczego. § 2 przewiduje bezwzględne przesłanki negatywne rozwodu w postaci dobra wspólnych małoletnich dzieci małżonków oraz sprzeczności rozwodu z zasadami współżycia społecznego. W doktrynie pojawiły się postulaty połączenia tych dwóch przepisów, gdyż zasada rekryminacji stanowi jedną z zasad współżycia społecznego, a w takiej perspektywie § 3 mógłby wydawać się wręcz zbędny⁶⁵. W mojej ocenie należy jednak przyznać rację tym autorom, którzy podkreślają, iż w przypadku połączenia omawianych przepisów, zasady współżycia społecznego mogłyby działać jedynie jako okoliczności wyłączające orzeczenie rozwodu. Natomiast w aktualnym stanie prawnym mogą działać również w przeciwnym kierunku, dając tym samym możliwość orzeczenia rozwodu w przypadku, gdy strona niewinna sprzeciwia się rozwodowi z przyczyn zasługujących na naganną ocenę, np. z chęci zemsty⁶⁶.

Warto w tym miejscu zatrzymać się nad charakterem zawinionego naruszenia obowiązków wynikających z małżeństwa. Zauważmy po pierwsze, że idzie tu nie tylko o te z nich, które wynikają z przepisów ustawy (zob. art. 23, 27 k.r.o.)⁶⁷, ale również o obowiązki kształtowane przez zasady współżycia społecznego, a więc normy moralne⁶⁸.

⁶¹ Zob. T. Sokołowski, *op.cit.*, s. 679.

⁶² Zob. wyrok Sądu Apelacyjnego w Rzeszowie z 31 marca 1994 r., I ACr 52/94, OSA 7/1994, poz. 38 oraz J. Ignatowicz, M. Nazar, *op.cit.*, s. 361.

⁶³ T. Sokołowski, *op.cit.*, s. 679.

⁶⁴ Zob. wyrok SN z 7 stycznia 1969 r., II CR 528/68, OSN 10/1969, poz. 179 oraz uchwała SN z 16 grudnia 1987 r., III CZP 91/86, OSN 4/1988, poz. 42.

⁶⁵ A. Olejniczak, *op.cit.*, s. 99.

⁶⁶ W. Stojanowska, *op.cit.*, s. 647–648.

⁶⁷ Art. 23 k.r.o.: „Małżonkowie mają równe prawa i obowiązki w małżeństwie. Są obowiązani do wspólnego pożycia, do wzajemnej pomocy i wierności oraz do współdziałania dla dobra rodziny, którą przez swój związek założyli”.

Art. 27 k.r.o.: „Oboje małżonkowie obowiązani są, każdy według swych sił oraz swych możliwości zarobkowych i majątkowych, przyczyniać się do zaspokajania potrzeb rodziny, którą przez swój związek założyli. Zadośćuczynienie temu obowiązkowi może polegać także, w całości lub w części, na osobistych staraniach o wychowanie dzieci i na pracy we wspólnym gospodarstwie domowym”.

⁶⁸ Tak zob. wyrok SN z 26 października 2000 r., II CKN 956/99, OSP 3/2003, poz. 35 i przywołane tam orzecznictwo.

Co więcej, przyjmuje się, iż zakres tych obowiązków wykracza poza relacje między samymi tylko małżonkami i obejmuje powinności „także względem dzieci i innych osób bliskich drugiemu małżonkowi”⁶⁹, co znajduje uzasadnienie w szerokim rozumieniu bezprawności.

Warto zwrócić uwagę na wspólny rdzeń łączący wszystkie obowiązki małżeńskie. Nie powinno ulegać wątpliwości, że każdy z nich wynika z samej natury małżeństwa, a przez to ma charakter moralny. W związku z tym różnicowanie ich źródeł na ustawowe i moralne jest tylko pozorne, zaś katalog wymieniony w art. 23 k.r.o. należy uznać jedynie za przykładowy. Tezę tę potwierdza pośrednio fakt, iż ustawodawca nie przewiduje możliwości modyfikowania praw i obowiązków małżeńskich przez strony. Mają one charakter bezwzględnie obowiązujący, dlatego wszelkie porozumienia zmieniające ich zakres są nieważne z mocy prawa⁷⁰.

Również analiza historycznoprawna przepisów dotyczących małżeństwa ukazuje wybitnie moralny charakter winy na gruncie tej gałęzi prawa. Kategoria ta została bowiem wprowadzona jako zastępnik zamkniętych katalogów okoliczności uzasadniających żądanie rozwodu, a te miały charakter etyczny – oczywiście poza powodami natury obiektywnej, które nie zależały od woli stron, a jednocześnie uniemożliwiały realizację zadań małżeństwa.

Wreszcie przedstawiona teza znajduje pełne uzasadnienie w aktualnej judykaturze. Jak zauważył Sąd Najwyższy,

gdy wina małżonka w rozkładzie pożycia jest następstwem naruszenia przez niego obowiązków wynikających z przepisów prawa rodzinnego recypujących akceptowane powszechnie zasady moralne (w szczególności art. 23, 24, 27 k.r.o.), to jej uznanie nie wymaga nadto oceny, że takie jego postępowanie jest naganne moralnie. Sięgnięcia do zasad moralnych wymaga natomiast ocena winy małżonka, gdy u podstaw bezprawności jego zachowania leży sprzeczność z zasadami współżycia społecznego⁷¹.

Wyrażając taką opinię, Sąd Najwyższy opowiedział się za moralnym charakterem wszystkich obowiązków małżeńskich, a więc pośrednio również za moralnym charakterem winy.

Wobec powyższego, na gruncie prawa rozwodowego „przypisanie małżonkowi winy w powstaniu rozkładu pożycia stanowi ujemną ocenę moralną postępowania takiego małżonka”⁷² w każdym przypadku. Warto dodać, iż taki stan rzeczy potwierdza pojawiającą się w doktrynie tezę o zasadniczej odrębności prawa rodzinnego od cywilnego⁷³,

⁶⁹ J. Ignatowicz, M. Nazar, *op.cit.*, s. 359.

⁷⁰ Tak P. Kasprzyk, *Separacja prawna małżonków*, Lublin 2003, s. 29.

⁷¹ Zob. wyrok SN z 29 czerwca 2000 r., V CKN 323/00, LEX nr 52485.

⁷² Zob. wyrok SN z 5 stycznia 2001 r., V CKN 915/00, OSP 6/2001, poz. 92; wyrok SN z 21 maja 1998 r., III CKN 505/97, LEX nr 599785 oraz wyrok SN z 26 lutego 1999 r., I CKN 1019/97, LEX nr 1214337.

⁷³ W. Stojanowska, *op.cit.*, s. 583–589. Autorka upatruje różnic między prawem cywilnym i rodzinnym powołując się między innymi na możliwość działania z urzędu sądu opiekuńczego i na liczne przepisy *iuris cogentis* w Kodeksie rodzinnym i opiekuńczym, a także na wymóg interdyscyplinarnego spojrzenia na stosunki rodzinne i właśnie innego niż w prawie cywilnym pojmowania winy.

ponieważ w obrębie tego ostatniego winy nie opiera się na naruszeniach obowiązków tylko moralnych, ale także na pogwałceniu powinności innego rodzaju⁷⁴. Stąd rozważania doktryny cywilistycznej na temat winy mogą być wykorzystane w prawie rodzinnym jedynie odpowiednio, a więc z uwzględnieniem specyfiki stosunków prawnych o charakterze rodzinnym.

Warto również zwrócić uwagę na pojęcie moralności, na której powinny opierać się zarzuty formułowane wobec strony winnej rozkładowi pożycia. Po przemianach ustrojowych z 1989 roku trudno utrzymywać, iż chodzi o „moralność socjalistyczną”, czy też „moralność mas pracujących”, do których odwoływał się Sąd Najwyższy zwłaszcza w latach pięćdziesiątych. Zgodnie z aksjologią Konstytucji RP z 1997 roku za zawinione spowodowanie rozkładu pożycia należy uznać te zachowania, które można zakwalifikować jako naganne z punktu widzenia etyki ufundowanej na godności osoby i obiektywnie rozumianych wartościach, które z godności tej wynikają⁷⁵. Sędziowie powinni zatem pamiętać, iż skoro w toku przypisywania winy „ostateczna ocena naganności (zarzucalności) opiera się na kryteriach głównie moralnych, a nie – prawnych”⁷⁶, to w procesie tym trzeba brać pod uwagę fakt, iż moralność wcielona przez ustawodawcę do porządku prawnego ma bardzo konkretny kształt. Oznacza to w praktyce, iż sędzia mający dokonać moralnej oceny zachowania rozwodzących się małżonków nie znajduje się w sferze decyzyjnego luzu czy też dyskrecyjnej władzy. Wręcz przeciwnie – ma on do czynienia z normami moralnymi o nieziennej treści, a jego zadaniem jest jedynie dokonanie właściwej subsumpcji⁷⁷.

Na koniec należy wspomnieć o czasowym aspekcie oceny zachowania małżonków. W literaturze pojawił się pogląd, iż zachowania stron mające miejsce po faktycznym zaistnieniu trwałego rozkładu małżeństwa, nie mogą mieć wpływu na orzeczenie o winie⁷⁸. Stanowisko to wydaje się uzasadnione, gdyż art. 56 § 3 stanowi wprost o winie w rozkładzie pożycia. W tej perspektywie jakiegokolwiek zachowania stron podjęte już po jego zaistnieniu nie powinny być brane pod uwagę przez sąd przy przypisywaniu winy małżonkom⁷⁹. Jednak zarówno w doktrynie, jak i w literaturze pojawia się odmienne spojrzenie na tę kwestię. Część autorów podkreśla, iż nawet trwałe i zupełny rozkład pożycia może ulec pogłębieniu, a sąd powinien ocenić

⁷⁴ Chodzi o zobowiązania, których źródłem nie są normy moralne, ale np. umowy.

⁷⁵ Wyrok TK z 23 marca 1999 r., K 2/98, OTK 3/1999, poz. 38: „Konstytucja w całości kształci swych postanowień dając wyraz pewnemu obiektywnemu systemowi wartości, którego urzeczywistnianiu służyć powinien proces interpretacji i stosowania poszczególnych przepisów konstytucyjnych. Dla określenia tego systemu wartości centralną rolę odgrywają postanowienia o prawach i wolnościach jednostki, usytuowane przede wszystkim w rozdziale II konstytucji. Wśród tych postanowień centralne z kolei miejsce zajmuje zasada przyrodzonej i niezbywalnej godności człowieka”. Por. także wyrok SN z 26 października 2000 r., II CKN 956/99, OSP 3/2003, poz. 35.

⁷⁶ Wyrok SN z 5 grudnia 1997 r., I CKN 597/97, OSN 6/1998, poz. 99.

⁷⁷ Wyrok SN z 29 czerwca 2000 r., V CKN 323/00, LEX nr 52485.

⁷⁸ Tak np. Z. Krzeziński, *Glosa do wyroku SN z 28 września 2000 r. IV CKN 112/00*, *Palestra* 3-4/2003, s. 227.

⁷⁹ Tak wyrok SN z 28 września 2000 r., IV CKN 112/00, OSN 3/2001, poz. 41.

rozkład istniejący w chwili orzekania, a nie wcześniej⁸⁰. Moim zdaniem, przyjęcie jednej lub drugiej koncepcji powinno być uwarunkowane okolicznościami danej sprawy. W przypadkach bowiem, w których rozkład pożycia spowodowany został wyjątkowo nagannym zachowaniem jednego z małżonków i przez to nabrał charakteru ostatecznego, trudno byłoby brać pod uwagę inne zachowania z uwagi na niemożność pogłębienia rozkładu.

7. Zakończenie

Wina w prawie rozwodowym ma dwa podstawowe znaczenia. Po pierwsze, kategoria ta odgrywa decydującą rolę w obrębie obowiązku alimentacyjnego względem drugiego małżonka⁸¹. Po drugie, вина tworzy trzon zasady rekryminacji. Na gruncie obecnie obowiązującego porządku prawnego wyłączona jest bowiem – co do zasady – możliwość orzeczenia rozwodu na żądanie małżonka wyłącznie winnego rozkładowi pożycia. W tym znaczeniu вина pełni „dwie funkcje: prewencyjną, polegającą na zapobieganiu niewykonywaniu lub niewłaściwemu wykonywaniu obowiązków małżeńskich i samowolnemu zrywaniu więzów małżeńskich; oraz represyjną, która polega na uniemożliwieniu małżonkowi wyłącznie winnemu uzyskania rozwodu bez zgody małżonka niewinnego”⁸². Istnieje jednak możliwość neutralizacji zasady rekryminacji w obecnym stanie prawnym. Zagadnienie to wymaga jednak osobnego opracowania, gdyż związane jest z obszernym tematem znaczenia klauzuli zasad współżycia społecznego⁸³.

Ostatnie zagadnienie w przedmiocie winy, na które warto zwrócić uwagę, to możliwość wniesienia przez małżonków zgodnego żądania, by sąd zaniechał orzekania o winie, wydając wyrok rozwiązujący małżeństwo⁸⁴. Podobnie jak w przypadku Kodeksu rodzinnego, możliwość złożenia takiego żądania nie osłabia bezpośrednio ochrony małżeństwa na gruncie dopuszczalności rozwodu (nie wyłącza bowiem zasady rekryminacji), a wywiera jedynie skutki w sferze alimentacyjnej. Albowiem „sąd rozwodowy (...) musi zbadać winę za rozkład pożycia, i to niezależnie od tego, czy orzeczenie o winie znajduje się w sentencji orzeczenia”⁸⁵. Zazwyczaj jednak obaj małżonkowie, którzy żądają zaniechania orzekania o winie⁸⁶, chcą rozwodu, toteż

⁸⁰ Tak A. Olejniczak, *O pogłębieniu rozkładu pożycia i winie małżonków* [w:] *Księga jubileuszowa Profesora Tadeusza Smyczyńskiego*, red. M. Andrzejewski, L. Kociucki, M. Łączkowska, A. Schulz, Toruń 2008, s. 289 oraz B. Czech, *Wierność małżeńska a kwestia winy rozkładu pożycia*, PS 5/2007, s. 5.

⁸¹ Zob. art. 60 k.r.o.

⁸² W. Stojanowska, *op.cit.*, s. 648.

⁸³ Zob. art. 56 § 2 k.r.o.

⁸⁴ Art. 57 § 2 k.r.o.: „Jednakże na zgodne żądanie małżonków sąd zaniecha orzekania o winie. W tym wypadku następują skutki takie, jak gdyby żaden z małżonków nie ponosił winy”.

⁸⁵ G. Jędrejek, *Kodeks rodzinny i opiekuńczy. Małżeństwo. Komentarz do art. 1–61(6)*, Warszawa 2013, s. 408. Zob. także wyrok SN z 19 stycznia 2005 r., V CK 364/04, OSN 12/2005, poz. 218.

⁸⁶ Warto zaznaczyć, iż są to najczęstsze przypadki w sprawach rozwodowych. W roku 2011 na 64 594 rozwody aż 47 112 zapadło bez orzeczenia o winie (73% przypadków). Zob. Główny Urząd Statystyczny, *Rocznik demograficzny 2012*, Warszawa 2012, s. 247.

w praktyce ochrona węzła w przypadku wystosowania wspomnianego żądania pozostaje na płaszczyźnie zasady rekryminacji iluzoryczna – zgoda stron zasadę tę bowiem neutralizuje.

Warto przypomnieć, że samo wprowadzenie możliwości zaniechania orzekania o winie pośrednio przyczynia się do osłabienia instytucji małżeństwa. Stwarza bowiem wrażenie, że kwestia odpowiedzialności moralnej za rozkład pożycia nie jest istotnym elementem w procesie rozwodowym, a liczy się sam fakt rozkładu. Tym samym osłabia represyjną funkcję winy i niejako przenosi środek ciężkości procesu z aspektów moralnych na aspekty funkcjonalne, zwłaszcza z punktu widzenia małżonków. W efekcie kształtuje mentalność „prorozwodową”, oddzielającą kwestię dopuszczalności rozwiązania małżeństwa od czynników innych niż wola stron i faktyczne funkcjonowanie związku.

Ponadto, w razie zgłoszenia omawianego żądania, traci na znaczeniu funkcja prewencyjna winy, objawiająca się w sądowej (a więc publicznej) kontroli o charakterze moralnym nad rozwiązaniem małżeństwa. Sąd bowiem roztrząsa kwestię winy jedynie na własne potrzeby – by rozpoznać, czy w danym stanie faktycznym powinna znaleźć zastosowanie zasada rekryminacji. Elementy moralne nie są więc eksponowane na forum zewnętrznym⁸⁷. Jest to także przejaw spychania regulacji dotyczących małżeństwa w sferę prywatnoprawną.

W tym kontekście, a także biorąc pod uwagę możliwość zneutralizowania negatywnej przesłanki rozwodowej w formie wyłącznej winy strony powodowej, można postawić pytanie, czy w aktualnym stanie prawnym małżonkowie dysponują absolutnym władztwem nad istnieniem łączącego ich węzła w sytuacji, gdy nie mają małoletnich dzieci albo gdy sąd uzna, że dobro dzieci nie jest zagrożone rozwiązaniem małżeństwa. By odpowiedzieć na to pytanie, należałoby pochylić się nad inną negatywną przesłanką rozwodu, a mianowicie nad jego sprzecznością z zasadami współżycia społecznego. Wydaje się, że właściwa interpretacja tej klauzuli mogłaby uzupełnić ochronę małżeństwa tak, aby zgodnie z zasadą trwałości wykluczone zostały przypadki orzekania rozwodów wbrew fundamentalnym zasadom moralnym.

* * *

The Evolution and the Role of Fault as a Negative Prerequisite of Divorce in Polish Law

The issue of negative prerequisites of divorce in family law in Poland has not been thoroughly elaborated yet, probably due to their vague and ambiguous character. Especially the notion

⁸⁷ Tak Z. Krzemiński, *Rozwód: praktyczny komentarz, orzecznictwo, piśmiennictwo, wzory pism*, Warszawa 2007, s. 79, którego zdaniem: „W takim wypadku [uwzględnienia wniosku o zaniechanie orzekania o winie – B. C.] sąd, orzekając rozwód, powinien pominąć kwestię winy także w uzasadnieniu wydanego wyroku”. W doktrynie i orzecznictwie pojawia się jednak pogląd odmienny. Por. W. Stojanowska, *op.cit.*, s. 657; uchwała SN z 16 grudnia 1987 r., III CZP 91/86, OSN 4/1988, poz. 42 oraz wyrok SN z 6 maja 1999 r., II CKN 304/98, niepubl.

of fault, that was used by Polish legislator in late twenties of the 20th century for the first time, has not been extensively studied yet. Nevertheless, the Polish judicature was forced to make out its own way of understanding of fault. The historical analysis of the Polish legislation indicates that the fault has firstly a moral nature. The important thing is, that some of the judicial decisions on divorces can not be still applied in judicature, even though the law has not been reformed since January 1, 1965. After the Polish Constitution of 1997 was adopted, the axiology of the Polish law has changed. Nowadays, the most significant role of fault in family law in Poland is to protect values that are based on human dignity and firmly founded in the Polish Constitution.

Key words: fault, divorce, family law, morality

Damian Klimas¹

Upadłościowy *forum shopping* w Unii Europejskiej. Pojęcie i ocena upadłościowej migracji celem uzyskania lepszego położenia procesowego

Streszczenie:

Problematyka zagadnienia upadłościowego *forum shoppingu* jest istotnym problemem badawczym z zakresu międzynarodowego prawa upadłościowego. Zaadresowana została problematyka związana ze stosowaniem pojęcia jurysdykcji, rozwinięto pojęcie *forum*, a także przeanalizowano wybrane definicje *forum shoppingu*, które można odnaleźć w literaturze przedmiotu. Oceniono zjawisko upadłościowego *forum shoppingu* z punktu widzenia efektywności i skuteczności postępowania, a także z punktu widzenia korzyści płynących dla wierzyciela oraz dłużnika. Przeprowadzono także autorskie rozróżnienie pozytywnego (korzystnego dla ogółu wierzycieli) *forum shoppingu* od negatywnego (niekorzystnego dla ogółu wierzycieli) *forum shoppingu*. W następnej kolejności dokonano próby analizy koncepcji domniemania głównego ośrodka podstawowej działalności, wzruszalności, a także skutków jego przeniesienia. Nadto, zwrócono uwagę na istotne trudności w kwalifikacji pojęcia głównego ośrodka podstawowej działalności, które prowadzą do *forum shoppingu*.

Słowa kluczowe: upadłość, postępowanie upadłościowe, COMI, *forum shopping*

1. Wstęp

Problematyka transgranicznej migracji podmiotu celem polepszenia jego sytuacji procesowej już od dłuższego czasu cieszy się zainteresowaniem przedstawicieli świata

¹ Autor jest magistrem prawa oraz doktorantem nauk prawnych w Centrum Badań Problemów Prawnych i Ekonomicznych Komunikacji Elektronicznej na Wydziale Prawa, Administracji i Ekonomii Uniwersytetu Wrocławskiego.

nauki, a także praktyków. Debata dotycząca przedmiotowego zagadnienia w ostatnich latach została ożywiona, szczególnie ze względu na aspekt praktyczny wynikający ze światowego kryzysu finansowego, który spowodował zwiększenie liczby postępowań upadłościowych w całej Unii Europejskiej. Podnosi się bowiem, że prawo w obecnych, trudnych (m.in. z uwagi na kryzys) warunkach powinno właściwie reagować na znaczące zwiększenie się liczby transakcji transgranicznych, a także szybkości ich zawierania. Rozwój cywilizacyjny i technologiczny zdecydowanie ułatwił przemieszczanie się oraz prowadzenie działalności o charakterze zarobkowym, w tym oczywiście działalności gospodarczej, czy podejmowanie pracy w innym kraju, bądź wręcz w kilku krajach jednocześnie.

Asumptem do niniejszych rozważań była interesująca problematyka dotycząca swobody przepływu osób w ujęciu prowadzenia transgranicznej działalności gospodarczej oraz istotne problemy z tą swobodą związane, ze szczególnym ujęciem prawa prywatnego międzynarodowego. Jednym z takowych problemów jest z pewnością postępowanie upadłościowe, którego przyczyną może być nieudolne, bądź pechowe prowadzenie działalności gospodarczej na terytorium kilku państw członkowskich. W powyższej sytuacji nasuwa się zasadnicze pytanie: w którym państwie dłużnik powinien ogłosić upadłość, jeśli prowadzi działalność na terytorium kilku państw członkowskich Unii Europejskiej? Pobieźna lektura podstawowego unijnego aktu prawnego regulującego tę kwestię prowadzi do niejednoznacznej konkluzji, jako że prawodawca unijny wskazał, że „sądy państwa członkowskiego, na terytorium którego znajduje się główny ośrodek podstawowej działalności dłużnika, są właściwe dla wszczęcia postępowania upadłościowego”. Kolejnym dylematem, z którym należy się zmierzyć, jest zrozumienie czym jest główny ośrodek podstawowej działalności dłużnika. Niestety, rozwiązanie tego dyskusyjnego zagadnienia również pozostaje niejednoznaczne. Owa niejednoznaczność prowadzi do pewnego rodzaju dysonansu, który jest przedmiotem niniejszego opracowania. Wspomnianym zaburzeniem jest właśnie niezmiernie interesujące zjawisko *forum shoppingu*, potocznie zwane „turystyką upadłościową”, które w ostatnim czasie zyskuje na popularności. Istota tego zjawiska sprowadza się do wyboru przez dłużników lub wierzycieli najkorzystniejszego (z różnych subiektywnych względów) prawa dla ogłoszenia upadłości w granicach Unii Europejskiej.

Celem niniejszego artykułu jest analiza wybranych elementów immanentnie związanych z materią *forum shoppingu* upadłościowego, którego podstawę prawną stanowi Rozporządzenie Rady (WE) nr 1346/2000 z dnia 29 maja 2000 r. w sprawie postępowania upadłościowego (dalej: Rozporządzenie Upadłościowe lub RozpUp)². Przedmiotowe rozporządzenie, zgodnie z poglądem wyrażanym przez niektórych przedstawicieli doktryny, zostało przygotowane z myślą o zapobieganiu *forum shoppingowi*³. Warto w tym miejscu podkreślić, że do postępowań upadłościowych wszczętych po dniu 26 czerwca 2017 roku będzie miało zastosowanie Rozporządzenie Parlamentu Europejskiego

² Dz. Urz. WE L 160 z 30 czerwca 2000 r., s. 1; Dz. Urz. UE Polskie wydanie specjalne, rozdz. 19, t. 1, s. 191 z późn. zm.

³ J.P. Maslin, *The Effectiveness of European Cross-Border Insolvency Regulation as a Tool Against Forum-Shopping. Working Paper*, <http://ssrn.com/abstract=1539391>, s. 21 i n.

i Rady (UE) 2015/848 z dnia 20 maja 2015 r. w sprawie postępowania upadłościowego (dalej: Nowe Rozporządzenie Upadłościowe lub Nowe RozpUp).

Rozważania dotyczące problematyki *forum shoppingu* wymagają, co wydaje się oczywiste, wprowadzenia do terminologii pojęć, które nie są często stosowane w doktrynie, bądź są spotykane, ale ich istotność dla niniejszego tekstu wymaga sprecyzowania. Potrzeba ta wynika ze specyfiki zagadnienia *forum shoppingu*, ponieważ mamy do czynienia z instytucją, która jest regulowana przez różne, często wąskie, gałęzie (dziedziny) prawa cywilnego, takie jak: prawo cywilne (ogólne), prawo prywatne międzynarodowe (*sensu largo*), postępowanie cywilne, prawo handlowe oraz prawo upadłościowe i naprawcze.

To właśnie przez wielość regulacji prawnych, które mają za przedmiot analizowane zagadnienie, sporej trudności nastrocza poruszanie się po tej materii bez próby przybliżenia wcześniej definicji najistotniejszych terminów, które będą pojawiały się niejednokrotnie w niniejszej pracy, w różnych kontekstach. Jak zasadnie podniosła B. Fuchs, opisywane zjawisko dotyczy „jurysdykcji” *sensu largo*, nie tylko odnoszącej się do postępowania cywilnego, ale również dotyczącej urzędów czy nawet notariuszy⁴. Nie ma również wątpliwości co do tego, że *forum shopping* jest zagadnieniem z zakresu międzynarodowej jurysdykcji⁵.

2. Pojęcie jurysdykcji

Właściwa jurysdykcja umożliwia poprawne rozgraniczenie kompetencji organów i sądów w jednym kraju od kompetencji odpowiedników tych organów i sądów w innym⁶. Innymi słowy, jurysdykcja jest to stosownie uregulowana zdolność organów oraz sądów do rozpoznania spraw określonego zakresu. Pojęcie to nie doczekało się w polskim prawie definicji legalnej, dlatego należy jej poszukiwać pośród wypowiedzi przedstawicieli doktryny postępowania cywilnego. Poprzez zestawienie wybranych ujęć tegoż terminu zdecydowanie łatwiej będzie dokonać subsumpcji i ustalić w miarę spójną definicję.

K. Weitz podkreśla, że: „jurysdykcja krajowa wiąże się z kwestią dostępu do sądu określonego państwa, a więc wyznacza granice, w jakich realizacja prawa do sądu może następować przed sądami poszczególnych państw”⁷. Już na tym etapie definiowania niniejszego pojęcia można wskazać na znaczącą rolę, jaką pełni w świetle zagadnienia *forum shoppingu*. To właśnie ustalenie właściwej, wybranej przez podmiot, jurysdykcji jest jednym z elementów *forum shoppingu*.

Przechodząc do dalszego przeglądu literatury przedmiotu, warto wskazać, że P. Grzegorzczak posługuje się pojęciami „władza jurysdykcyjna” oraz „jurysdykcja

⁴ B. Fuchs, *Ujednolicanie prawa na płaszczyźnie międzynarodowej a zagadnienie forum shopping* [w:] *Rozprawy prawnicze. Księga pamiątkowa Profesora Maksymiliana Pazdana*, Kraków 2005, s. 407.

⁵ H. Rosiak, *Zagadnienie forum shopping z perspektywy transgranicznej upadłości*, Europejski Przegląd Sądowy 2/2013, s. 27.

⁶ T. Ereciński [w:] *Kodeks postępowania cywilnego. Komentarz*, t. 5, red. T. Ereciński, Warszawa 2012, s. 45.

⁷ K. Weitz, *Jurysdykcja krajowa w postępowaniu cywilnym*, Warszawa 2005, s. 113.

krajowa”. Władza jurysdykcyjna jest pojęciem, którego używa się wówczas, gdy mowa jest „o pewnym «prawie», «kompetencji», «upoważnieniu» bądź jeszcze inaczej «władzy» przysługującej państwu na płaszczyźnie międzynarodowej do stosowania prawa i utrzymywania porządku prawnego na swoim terytorium we wszystkich dziedzinach. Tak postrzegana jurysdykcja, a wyrażając tę myśl inaczej – władza jurysdykcyjna (władza sądenia), stanowi w powiązaniu z kompetencją prawodawczą atrybut suwerenności państwa jako podmiotu prawa międzynarodowego”⁸. Dokonując natomiast analizy pojęcia jurysdykcji krajowej, wskazany autor uznaje, że jurysdykcja ta: „stanowi natomiast określoną ze względu na rodzaj sprawy kompetencję sądów polskich do udzielania ochrony prawnej, której racją jest dostateczne powiązanie sprawy z krajowym obszarem prawnym. Kompetencja ta sprzężona jest z obowiązkiem czynienia z niej użytku w tym sensie, że jeśli zachodzi jurysdykcja krajowa, sąd polski – oczywiście przy założeniu istnienia pozostałych przesłanek procesowych – jest zobowiązany do rozpoznania sprawy”⁹. P. Grzegorzczuk dokonuje rozgraniczenia dwóch odrębnych pojęć, które wzajemnie się dopełniają. Jest to niezwykle istotny i zasadny doktrynalnie zabieg, który ukazuje (należy ocenić, że słusznie) dwie płaszczyzny jurysdykcji krajowej, która była raczej postrzegana jako spójne pojęcie określające jurysdykcję *sensu largo* – będącą częścią suwerenności państwa i *sensu stricto* – jako właściwość (czy też kompetencję) sądu do zbadania ściśle określonego stanu prawnego. Autor powyższy zasadnie opisał dwa aspekty opisywanego zjawiska, rzucając tym samym nieco światła na tę instytucję prawną. Przytoczone ujęcie powinno zapoczątkować dyskurs prawniczy dotyczący pojęcia jurysdykcji, gdyż jest warte rozwinięcia i z pewnością będzie jedynie zyskiwało na znaczeniu w związku z popularyzacją stosunków prawnych z elementem obcym.

P. Pogonowski natomiast, dokonując analizy problematyki pojęcia jurysdykcji krajowej w postępowaniu cywilnym w aspekcie realizacji prawa do sądu w postępowaniu cywilnym, definiuje ją jako: „ogólną właściwość sądów danego państwa do rozpoznania sprawy z elementem międzynarodowym”¹⁰.

Bez właściwego zrozumienia jurysdykcji – jako właściwości oraz kompetencji sądów i organów danego państwa do rozstrzygnięcia spraw określonego zakresu z elementem obcym (transgranicznym, międzynarodowym), która jest elementem suwerenności państwa na arenie międzynarodowej – nie można właściwie zrozumieć zagadnienia *forum shoppingu*, szczególnie w tak zawiłym ujęciu jak opisywany w niniejszym artykule, które koncentruje się na *forum shoppingu* w postępowaniu upadłościowym. Właściwa jurysdykcja krajowa jest elementem *forum shoppingu* i bez możliwości dokonania jej zmiany (na przykład z uwagi na wykonywanie działalności na terytorium kilku państw) nie można w ogóle mówić o *forum shoppingu*.

⁸ P. Grzegorzczuk, *Jurysdykcja krajowa w sprawach z zakresu prawa własności przemysłowej*, Warszawa–Kraków 2007 s. 96.

⁹ P. Grzegorzczuk, *Reżim procesowy immunitetu państwa w postępowaniu cywilnym*, Przegląd Sądowy 1/2010, s. 24–25.

¹⁰ P. Pogonowski, *Realizacja prawa do sądu w postępowaniu cywilnym*, Warszawa 2005, s. 18.

3. Pojęcie *forum* oraz *forum shoppingu*

Dwa najistotniejsze z punktu widzenia niniejszego artykułu pojęcia, tj. *forum* oraz *forum shopping*, wymagają dość dogłębnego zbadania. W szczególności *forum shopping* jako pojęcie dość specyficznie i różnorodnie postrzegane w doktrynie, zostanie przeanalizowane na wybranych przykładach z literatury przedmiotu.

Forum jest pojęciem, które zmieniło swoje znaczenie pod wpływem czasu. *Forum* w starożytnym Rzymie stanowiło plac w centrum miasta, będący miejscem sądów, zebrań i targów¹¹. W języku angielskim, łacinie oraz polskim języku prawniczym można jednak dostrzec wykorzystywanie tego pojęcia w kontekście znaczeniowym, który interesuje nas z punktu widzenia niniejszego artykułu. *Forum* w kontekście pojęcia *forum shoppingu* oznacza mianowicie sąd, bądź właściwą jurysdykcję. Nie zagłębiając się w dalsze rozważania dotyczące tej materii warto tylko poczynić uwagę, że doktryna nie zajmuje się kwestią definiowania pojęcia *forum*, mimo używania tego słowa w przedstawionym powyżej znaczeniu dość swobodnie¹². Dzieje się tak z uwagi na konotacje języka prawniczego z łaciną oraz prawniczych nazw własnych stosowanych szczególnie w prawie prywatnym międzynarodowym tj. np. łączników.

Genezy pojęcia *forum shopping* można doszukiwać się już latach pięćdziesiątych ubiegłego wieku. Termin ten po raz pierwszy pojawił się bowiem w dokumentach sądowych sprawy *Covey Gas & Oil Co. przeciwko Checketts*¹³, choć wydaje się, że pojęcie to (wraz z całą koncepcją *forum shoppingu*) jest starsze¹⁴.

Forum shopping jest wyjątkowym pojęciem, łączącym współczesny język angielski (*shopping*) z łaciną (*forum*), które w bezpośrednim i wolnym tłumaczeniu oznacza kupczenie sądem. Aby prawidłowo odebrać to pojęcie konieczne jest oczywiście jego zdefiniowanie, a trafniejsze i spolszczone pojęcie mogłoby brzmieć – spekulowanie jurysdykcją.

Przedmiotowe pojęcie doczekało się definicji legalnej w prawie unijnym. *Forum shopping* jest zdefiniowany przez prawodawcę unijnego w motywie 4 preambuły Rozporządzenia Upadłościowego. Prawodawca, we wskazanym wyżej motywie, zdefiniował *forum shopping* jako zjawisko „przenoszenia majątku lub postępowania sądowego z jednego państwa członkowskiego do innego w celu uzyskania korzystniejszej sytuacji prawnej”. Przedmiotowa definicja przytoczona jest w kontekście niezbędności unikania takich sytuacji, a więc zjawisko to jest *expressis verbis* wskazane jako niepożądane przez prawodawcę unijnego. W istocie prawodawca unijny stara się zapobiegać *forum shoppingowi* w relacji pomiędzy państwami członkowskimi Unii Europejskiej.

Warto jednak na tym etapie rozważań dokonać podkreślenia, że pojęcie to odnosi się nie tylko do prawa unijnego czy polskiego. Problematyka *forum shoppingu* może być zaobserwowana w wielu innych porządkach i systemach prawnych, warto byłoby

¹¹ Definicja *forum* w wielkim słowniku języka polskiego, <http://www.wsjp.pl>.

¹² Por. np. J. Balcarczyk, *Prawo właściwe dla dobrego imienia osoby fizycznej i jego ochrony*, Warszawa 2014; J. Zralek, *Przedawnienie w międzynarodowym obrocie handlowym*, Warszawa 2005; A. Jaroszek, *Prawo właściwe dla umów konsumenckich zawieranych przez Internet*, Warszawa 2009; P. Grzegorzczak, *Immunitet państwa w postępowaniu cywilnym*, Warszawa 2010.

¹³ *Covey Gas & Oil Co. v. Checketts*, 187 F.2d 561, 563 (9th Cir. 1951).

¹⁴ Por. Note, *Forum Shopping Reconsidered*, Harvard Law Review 1990, Volume 103, s. 1677.

zatem porównać postrzeganie tego zjawiska przez przedstawicieli doktryny prawa międzynarodowego prywatnego z różnych państw. Niestety, z uwagi na przedmiot niniejszego artykułu komparatystyka taka nie zostanie przeprowadzona. Istotnie należałoby jednak dokonać porównania, a w zasadzie bardziej zderzenia, systemów prawnych Unii Europejskiej z systemem prawnym Stanów Zjednoczonych. Analiza taka byłaby wskazana, gdyż jak podkreślono powyżej, pojęcie to pochodzi z federalnego systemu amerykańskiego, gdzie „kupczenie” celem uzyskania lepszej sytuacji procesowej było spotykane już ponad 60 lat temu i jest praktykowane do dziś¹⁵.

Przechodząc do analizy wybranych definicji *forum shoppingu* w literaturze, warto zacząć od najznamienitszego słownika anglojęzycznych terminów prawnych tj. *Black's Law Dictionary*¹⁶, w którym można odnaleźć podmiotowo-przedmiotową definicję *forum shoppingu*. Wspomniany słownik definiuje *forum shopping* jako sytuację: „when a party attempts to have his action tried in a particular court or jurisdiction where he feels he will receive the most favorable judgment or verdict”, co w wolnym tłumaczeniu z języka angielskiego oznacza podejmowanie przez podmiot (stronę) próby przeniesienia postępowania (sprawy) przed konkretny sąd albo (ogólnie) przed jurysdykcję, w której przeczuwa, że uzyska najkorzystniejsze orzeczenie albo werdykt.

W.G. Ringe wskazuje natomiast, że *forum shopping* jest ustaleniem, a następnie aktywnym dążeniem do uzyskania przez osobę optymalnej jurysdykcji dla konkretnej czynności, którą w przypadku upadłości będzie co do zasady ogłoszenie upadłości, postępowanie naprawcze lub układowe¹⁷.

M. Szydło definiuje *forum shopping* jako czynność poszukiwania przez zindywidualizowanego dłużnika najkorzystniejszego prawa upadłościowego¹⁸. J.P. Maslin proponuje natomiast, żeby omawiane pojęcie zdefiniować jako strategiczną możliwość wolnego (dopuszczalnego przez prawo) wyboru właściwej jurysdykcji lub wybór jej poprzez wykorzystanie luk w prawie¹⁹. N. Rosenkranz przedstawia *forum shopping* w odmiennym w stosunku do reszty doktryny ujęciu, definiując to zjawisko jako lokowanie przez przedsiębiorców aktywów w kraju, w którym warunki upadłości byłyby dla nich najkorzystniejsze²⁰. Ukierunkowuje to jednoznacznie na ograniczony do Rozporządzenia Upadłościowego punkt widzenia ostatniej z przedstawionych definicji. Należy jednak również uznać ją za niepełną, gdyż samo przeniesienie aktywów majątkowych nie zawsze skutkuje *forum shoppingiem*. To raczej przeniesienie postępowania doprowadzi do skutku, który jest przedmiotem *forum shoppingu sensu stricto*²¹.

¹⁵ Vide przypis 11.

¹⁶ *Black's Law Dictionary* 590 (5th ed. 1979), podobnie *Black's Law Dictionary Online*, <http://thelawdictionary.org>.

¹⁷ W.G. Ringe, *Forum Shopping under the EU Insolvency Regulation*, *European Business Organization Law Review* 9/2008, s. 581.

¹⁸ M. Szydło, *Prevention of Forum Shopping in European Insolvency Law*, *European Business Organization Law Review* 11/2010, s. 254.

¹⁹ J.P. Maslin, *op.cit.*, s. 21.

²⁰ N. Rosenkranz, *Postępowanie upadłościowe w prawie Unii Europejskiej (tzw. upadłość transgraniczna) – cz. I*, *Monitor Prawniczy* 10/2011, s. 521.

²¹ Vide motyw 4 Rozporządzenia Upadłościowego.

Pod rządami Rozporządzenia Unijnego właściwe *forum*, a także właściwe prawo upadłościowe zależy od głównego ośrodka podstawowej działalności dłużnika (pojęcie to zostanie przybliżone w kolejnym podrozdziale). Upadłościowy *forum shopping* w Unii Europejskiej polega zatem na „przeniesieniu” rzeczzonego głównego ośrodka podstawowej działalności dłużnika z jurysdykcji jednego państwa członkowskiego do drugiego. Skutkiem wspomnianego „przeniesienia” głównego ośrodka podstawowej działalności dłużnika jest ustalenie *forum* głównego postępowania upadłościowego²² oraz *lex forum concursus*²³ państwa członkowskiego do którego ośrodek został przeniesiony.

4. Ocena zjawiska *forum shoppingu* – rozróżnienie pojęć pozytywnego *forum shoppingu* od negatywnego *forum shoppingu*

Podsumowując dość jednoznaczne głosy doktryny i prawodawcy unijnego uznające upadłościowy *forum shopping* za szkodliwy, należy podkreślić, że nie każde przeniesienie głównego ośrodka działalności gospodarczej niesie za sobą rzeczywiście szkodliwy skutek w postaci uniemożliwienia lub utrudnienia przeprowadzenia efektywnego (z punktu widzenia zaspokojenia wierzycieli) postępowania upadłościowego. Należy uznać, że *forum shopping* polegający na przeniesieniu postępowania przed właściwą jurysdykcję, która będzie korzystna zarówno dla dłużnika jak i wierzyciela (a zarazem nie będzie szkodliwa dla żadnego z wyżej wymienionych) jest zjawiskiem pożądanym i pozytywnym. Celem zaprezentowania trafności niniejszej tezy można posłużyć się przykładem z orzecznictwa. W sprawie *PIN Group* toczącej się przed niemieckim sądem²⁴, tenże holding dokonał swoistej modyfikacji celem przeniesienia głównego ośrodka podstawowej działalności w celu wszczęcia i przeprowadzenia efektywniejszego procesu restrukturyzacyjnego dla całej grupy holdingowej w jednym państwie członkowskim oraz w tożsamym postępowaniu. Mimo, że zarzut *forum shoppingu* mógł zostać podniesiony, a przeniesienie głównego ośrodka podstawowej działalności było niewątpliwe, sąd uznał, że działanie to nie było nadużyciem, a jedynie próbą przeprowadzenia skoordynowanego postępowania upadłościowego całej grupy. Co więcej, uznano, że ten przypadek *forum shoppingu* spowodował zmaksymalizowanie wartości masy upadłościowej, a co za tym idzie, działanie w interesie wierzycieli.

Niemniej jednak dość ciężko zidentyfikować składniki majątkowe dłużnika, który prowadzi działalność w kilku państwach członkowskich Unii Europejskiej, a nie jest to jedyny problem, który należy wziąć pod uwagę podczas oceny zasadności przeniesienia. Powinność taka powinna obejmować przede wszystkim motywy, które kierują dłużnikiem (czy też w określonych przypadkach – również wierzycielem) chcącym przeprowadzić proces *forum shoppingu*. W przypadku, gdy zmiana głównego ośrodka podstawowej działalności ma na celu osiągnięcie korzyści jedynie dla dłużnika

²² Vide art. 3 Rozporządzenia Upadłościowego.

²³ Vide art. 4 Rozporządzenia Upadłościowego.

²⁴ Sąd Rejonowy w Kolonii, orzeczenie z 19.02.2008 (73 IE 1/08), [2008] Zeitschrift für Wirtschaftsrecht, s. 423.

(bądź wierzyciela), należy uznać taką migrację za negatywną i sankcjonować takie postępowanie poprzez odrzucenie wniosku o ogłoszenie upadłości, bądź poprzez wydanie innego, tożsamego w skutkach, orzeczenia zamykającego drogę do prowadzenia postępowania upadłościowego lub restrukturyzacyjnego. Zmiana głównego ośrodka podstawowej działalności nie powinna być traktowana jako czynność niosząca znamiona nadużycia, gdy jej celem jest osiągnięcie przez dłużnika większej wartości masy upadłościowej, bądź inna – tożsama z punktu widzenia efektywności postępowania – implikacja²⁵.

Jeśli natomiast główny ośrodek podstawowej działalności dłużnika został zmieniony w celu pokrzywdzenia wierzycieli należy uznać, że dotychczasowy (poprzedni) główny ośrodek podstawowej działalności dłużnika powinien wpływać na właściwą jurysdykcję oraz prawo właściwe do otwarcia i prowadzenia głównego postępowania upadłościowego²⁶.

Zważywszy na poczynioną powyżej analizę przedmiotową należy podkreślić, że nie każda migracja głównego ośrodka podstawowej działalności dłużnika powinna być uznana za nadużycie. Motywy 2, 8, 16, 19 i 20 *expressis verbis* świadczą o jednym z głównych celów Rozporządzenia Upadłościowego jakim jest skuteczność i efektywność postępowania upadłościowego. Natomiast wyłącznie w jednym z motywów (motywie 4) prawodawca wspólnotowy podniósł potrzebę zapobiegania upadłościowemu *forum shoppingowi*. Te dwa cele, po dokonaniu pobieżnej analizy, mogą wydawać się kontradykcyjne, niemniej jednak – jak powyżej wykazano – nie zawsze tak będzie.

Odnosząc się zatem do wspomnianych motywów mających za przedmiot skuteczność i efektywność postępowania, biorąc pod uwagę ich liczbę (5), a co za tym idzie (zakładając racjonalność prawodawcy) istotność niniejszego celu Rozporządzenia Upadłościowego, warto zaznaczyć, że w przypadku osiągnięcia przez migrację głównego ośrodka podstawowej działalności do innego państwa członkowskiego stanu większej skuteczności i efektywności postępowania upadłościowego w dotychczasowym państwie członkowskim (bez naruszenia praw ogółu wierzycieli) *forum shopping* powinien być zjawiskiem postrzeganym pozytywnie – wręcz pożądanym.

Prawodawca unijny proponując Nowe Rozporządzenie Upadłościowe, którego większość zapisów wejdzie w życie dnia 26 czerwca 2017 roku, zauważył potrzebę dookreślenia pojęcia *forum shoppingu*, jako zjawiska niepożądanego z uwagi na właściwe funkcjonowanie rynku wewnętrznego. Motyw 5 Nowego Rozporządzenia Upadłościowego brzmi bowiem następująco: „Dla zapewnienia prawidłowego funkcjonowania rynku wewnętrznego niezbędne jest unikanie zachęt dla stron do przenoszenia majątku lub postępowania sądowego z jednego państwa członkowskiego do innego w celu uzyskania korzystniejszej sytuacji prawnej ze szkodą dla ogółu wierzycieli (tzw. *forum shopping*)”. Jak z łatwością można spostrzec, jedyną różnicą

²⁵ Por. rozważania dotyczące oceny zjawiska *forum shoppingu* poczynione w: H. Eidenmüller, *Abuse of Law in the Context of European Insolvency Law*, European Company and Financial Law Review 1/2000, s. 16.

²⁶ *Ibidem*, s. 18.

w nowej definicji *forum shoppingu*, która została zaproponowana w Nowym Rozporządzeniu Upadłościowym przez prawodawcę unijnego, jest dodanie na końcu definicji zwrotu „ze szkodą dla ogółu wierzycieli”. Wydaje się, że prawodawca unijny zauważył, iż w szczególnych okolicznościach *forum shopping* może być wymagany dla uzyskania celu skutecznego i efektywnego postępowania upadłościowego. Odnosząc się do powyższej analizy należy z całą stanowczością uznać, że w przypadku konfliktu tych dwóch celów, pierwszeństwo powinien otrzymać cel skutecznego i efektywnego postępowania upadłościowego, gdyż stanowi większą korzyść dla ogółu wierzycieli.

Nowe Rozporządzenie Upadłościowe wydaje się w tym względzie potwierdzać ten kierunek, a ponadto dotychczasowe orzecznictwo sądów europejskich (szczególnie angielskich) mające za przedmiot ocenę zmiany głównego ośrodka podstawowej działalności. High Court of Justice, Chancery Division w Leeds w orzeczeniu z dnia 20 maja 2004 r.²⁷ w sprawie *Ci4Net.com Inc* uznał, że jeśli główny ośrodek podstawowej działalności został przeniesiony w celach handlowych, regulacja zapobiegająca *forum shoppingowi* nie zabrania takiego postępowania dłużnika.

Należy zatem uznać, że zjawisko *forum shoppingu* dokonywanego celem zapewnienia skutecznego i efektywnego postępowania upadłościowego, który jest korzystny zarazem dla strony dłużnika (upadłego), jak i ogółu wierzycieli, jest jak najbardziej pozytywne. Natomiast ponownie warto podkreślić, że zmiany głównego ośrodka podstawowej działalności w przypadku chęci naruszenia praw, bądź uprawnień wierzycieli – jako zjawisko negatywnego *forum shoppingu* – powinny być zabronione.

5. Pojęcie głównego ośrodka podstawowej działalności

Rozporządzenie Upadłościowe nie udziela bezpośredniej odpowiedzi czym jest główny ośrodek podstawowej działalności (ang. *centre of main interest*, dalej: COMI). Próżno jest bowiem poszukiwać pomiędzy jego artykułami oraz motywami dokładnej definicji legalnej tego pojęcia, która zamykałaby katalog miejsc, mogących zostać uznanymi za główny ośrodek podstawowej działalności. Sytuacja ta wydaje się jednak naturalna, zważywszy na specyfikę głównego ośrodka podstawowej działalności. Trudno wszak dokonać nawet przykładowej komparatystyki pod względem prowadzenia działalności gospodarczej. Weźmy na przykład działalność polegającą na świadczeniu usług hostingowych (w przypadku serwerów umiejscowionych w kilku państwach członkowskich UE) i postarajmy się ją zestawić z działalnością handlową polegającą na sprzedaży butów, również prowadzoną na terytorium kilku różnych państw członkowskich (sklepy, hurtownie, centra logistyczne umiejscowione w kilku państwach członkowskich). W obu przypadkach przyjęte zostaną różne kryteria pozwalające na dokonanie właściwej oceny stanu faktycznego, a konkluzje z tej oceny doprowadzą dopiero do analizy umożliwiającej wyłonienie COMI. Pojęcie to powinno być tym samym dookreślane każdorazowo przez odpowiedni organ upadłościowy lub sąd – indywidualnie i konkretnie. Prawodawca unijny pozostawił jednak określoną ilość wskazówek umożliwiających

²⁷ Orzeczenie można odnaleźć w *Zeitschrift für Wirtschaftsrecht* 2004, H. 37, s. 1769.

interpretację pojęcia głównego ośrodka podstawowej działalności. Wskazówki te znajdują się w Rozporządzeniu Upadłościowym, i tak:

- a) według preambuły, główny ośrodek podstawowej działalności powinien oznaczać miejsce, w którym dłużnik zazwyczaj zarządza swoją działalnością i jako takie jest rozpoznawalne przez osoby trzecie²⁸,
- b) natomiast w tekście właściwym przedmiotowego aktu prawnego prawodawca wspólnotowy stanowi, że w przypadku spółek i osób prawnych domniemywa się, że głównym ośrodkiem ich podstawowej działalności jest siedziba określona w statucie, chyba że zostanie przeprowadzony dowód przeciwny²⁹.

Od dłuższego czasu proponowano zmianę regulacji unijnej w zakresie głównego ośrodka podstawowej działalności, a w szczególności aby:

- a) zapis motywu 13 znalazł się w tekście właściwym Rozporządzenia Unijnego (najlepiej w art. 3 ust. 1 RozpUp),
- b) dodano motyw 13a, w którym mógłby znaleźć się katalog przypadków, w których domniemanie COMI zostałoby obalone,
- c) dodano domniemanie rozwiązujące problem osób fizycznych prowadzących jednoosobową działalność gospodarczą³⁰.

Prawodawca unijny zdecydowanie rozszerzył pojęcie głównego ośrodka podstawowej działalności, a także rozróżnił je podmiotowo. Art. 3 ust. 1 Nowego Rozporządzenia Upadłościowego wprowadza domniemanie prawne związane z COMI osób prawnych, stanowiąc, że w przypadku spółki lub osoby prawnej będzie się domniemywało (w przypadku braku dowodu przeciwnego), że głównym ośrodkiem ich podstawowej działalności jest miejsce siedziby statutowej. Założenie takie będzie miało zastosowanie tylko wtedy, gdy siedziba statutowa nie została przeniesiona do innego państwa członkowskiego w okresie trzech miesięcy poprzedzających złożenie wniosku o wszczęcie postępowania upadłościowego. Należy wskazać już w tym miejscu, że jest to bardzo dojrzały zapis, będący efektem wieloletniego doświadczenia w stosowaniu dotychczasowego Rozporządzenia Upadłościowego. Ogranicza ono zasadniczo zjawisko *forum shoppingu* upadłościowego z uwagi na limitację czasową nałożoną na osobę prawną. Każdorazowo bowiem, po przeniesieniu siedziby statutowej i złożeniu wniosku o ogłoszenie upadłości w terminie krótszym niż trzy miesiące od jej przeniesienia – domniemanie takie traci swoją moc.

Legislator unijny ustanowił ponadto dwa odrębne domniemania dotyczące osób fizycznych w tym samym ustępie artykułu trzeciego, w następnych jego akapitach (trzecim i czwartym). I tak w przypadku osoby fizycznej prowadzącej niezależną działalność gospodarczą lub zawodową (w Polsce będzie to najczęściej jednoosobowa działalność gospodarcza) będzie istniało domniemanie (oczywiście również w przypadku braku przeciwdowodu na tą okoliczność), że głównym ośrodkiem jej podstawowej działalności jest główne miejsce wykonywania tej działalności. Domniemanie takie będzie miało

²⁸ Motyw 13 Rozporządzenia Upadłościowego.

²⁹ Art. 3 ust. 1 Rozporządzenia Upadłościowego.

³⁰ Por. M. Arnold, *Truth or Illusion? COMI Migration and Forum Shopping under the EU Insolvency Regulation*, Business Law International 2013, Vol 14, No 3, s. 248-249.

zastosowanie jedynie wtedy, gdy główne miejsce wykonywania działalności nie zostało przeniesione do innego państwa członkowskiego w okresie trzech miesięcy poprzedzających złożenie wniosku o wszczęcie postępowania upadłościowego.

W przypadku każdej innej osoby fizycznej będzie z kolei działało domniemanie stanowiące, że głównym ośrodkiem jej podstawowej działalności jest miejsce zwykłego pobytu tej osoby. Domniemanie takie znajdzie zastosowanie jedynie wtedy, gdy miejsce zwykłego pobytu nie zostało przeniesione do innego państwa członkowskiego w okresie sześciu miesięcy poprzedzających złożenie wniosku o wszczęcie postępowania upadłościowego. Domniemanie to również można obalić przeciwdowodem. Regulację wyżej opisaną należy ocenić jako pozytywny wpływ doktryny międzynarodowego prawa upadłościowego na prawodawstwo unijne.

6. Wpływ koncepcji głównego ośrodka podstawowej działalności na upadłościowy *forum shopping*

Jak wskazano powyżej, koncepcja COMI ma ogromne znaczenie dla kwestii upadłościowego *forum shoppingu*, gdyż to ona niejako determinuje w którym państwie członkowskim zostanie przeprowadzone główne postępowanie upadłościowe. W przypadku bowiem, gdy osoba prawna bądź fizyczna prowadzi działalność gospodarczą w jednym kraju, główny ośrodek podstawowej działalności jest jednoznacznie określony i nie ma miejsca na upadłościowy *forum shopping*. Dla kontrastu można natomiast podać przykład międzynarodowej grupy przedsiębiorstw (holdingu), która działa w wielu różnych państwach członkowskich na skalę międzynarodową, a takowa ma swobodę w przeprowadzeniu postępowania upadłościowego w jednym z tych krajów³¹. Koncepcja głównego ośrodka podstawowej działalności może być potraktowana jako prawne narzędzie do zapobiegania manipulacjom (negatywny *forum shopping*), gdyż w normalnych warunkach trudniej jest uczynić zadość obowiązkom przeniesienia całości faktycznej podstawowej działalności³² do innego państwa członkowskiego, niż stworzyć ramy prawne do prowadzenia działalności w innym państwie członkowskim³³. Niemniej jednak istnieje możliwość dokonania migracji COMI (w przypadkach skrajnych nawet w „przeddzień” ogłoszenia upadłości) w celu osiągnięcia lepszej sytuacji procesowej i umożliwienia dłużnikowi (czy też wierzycielowi) wyboru właściwej jurysdykcji, a tym samym również prawa właściwego dla ogłoszenia upadłości. Ponadto, w kontekście międzynarodowych grup kapitałowych (holdingów), wniosek o ogłoszenie upadłości może być złożony w państwie członkowskim oferującym największe korzyści w partykularnym interesie holdingu, który chce osiągnąć konkretny cel.

³¹ Por. L. Enriques, M. Gelter, *Regulatory Competition in European Company Law and Creditor Protection*, European Business Organization Law Review 7/2006, s. 417, 442.

³² W niektórych przypadkach rozumianych jako np. przeniesienie pracowników, samochodów, maszyn, czy innych urządzeń.

³³ H-C. Duursma-Kepplinger, *Aktuelle Entwicklungen in Bezug auf die Auslegung der Vorschriften über die internationale Eröffnungszuständigkeit nach der Europäischen Insolvenzverordnung*, Deutsche Zeitschrift für Wirtschafts- und Insolvenzrecht 177/2006, s. 179.

Aby właściwie zrozumieć koncepcję głównego ośrodka podstawowej działalności, która została wprowadzona w Rozporządzeniu Upadłościowym, warto przeanalizować różne kolizyjnoprawne koncepcje państwowe, które można spotkać w wybranych państwach europejskich. Tradycyjne brytyjskie podejście w zakresie „głównego ośrodka podstawowej działalności” polega na uznaniu za właściwe miejsce prowadzenia działalności miejsca rejestracji osoby prawnej. W takim przypadku, gdy toczyło się więcej niż jedno postępowanie, głównym postępowaniem upadłościowym było postępowanie w państwie rejestracji osoby prawnej. Wynikiem tej koncepcji, postępowania toczące się w innych państwach były wtórne (pomocnicze) do głównego postępowania toczącego się w państwie rejestracji osoby prawnej³⁴. Kontynentalne systemy prawne preferują natomiast uznanie za ośrodek prowadzenia działalności miejsce „rzeczywistego umiejscowienia” (ang. *real seat*) przedsiębiorstwa³⁵.

Koncepcja COMI, która znajduje odzwierciedlenie w artykule 3 Rozporządzenia Upadłościowego, powinna być natomiast postrzegana jako kompromis pomiędzy dwoma zaprezentowanymi wyżej koncepcjami. Z jednej strony bowiem mamy wzruszalne domniemanie, że główny ośrodek podstawowej działalności dłużnika znajduje się w miejscu rejestracji (siedziba określona w statucie), ale drugiej jednak postawiono na rzeczywistą działalność³⁶. Właśnie takowa rzeczywista działalność (wspomniana koncepcja *real seat*) prowadzi do wzruszenia domniemania prawnego ustanowionego w art. 3 Rozporządzenia Upadłościowego. Należy więc przeprowadzić odpowiedni dowód celem wzruszenia domniemania, a tym samym ustalić, że główny ośrodek podstawowej działalności znajduje się w innym państwie.

7. *Forum shopping* a skutek przeniesienia głównego ośrodka podstawowej działalności do innego państwa członkowskiego

Art. 3 ust. 1 Rozporządzenia Upadłościowego *expressis verbis* stanowi, że sądy państwa członkowskiego, na terytorium którego znajduje się główny ośrodek podstawowej działalności dłużnika, są właściwe dla wszczęcia postępowania upadłościowego. Wybór koncepcji COMI, która determinuje określenie właściwej jurysdykcji do przeprowadzenia głównego postępowania upadłościowego, został uznany za najbardziej odpowiednie podejście, jako że reprezentuje lokalizację do której „przywykł” ogół wierzycieli, a także gdzie znajduje się większość składników majątkowych dłużnika³⁷ oraz gdzie działalność (biznes) była prowadzona³⁸. Według art. 3 ust. 1 RozpUp sądy (bądź organy upadłościowe) państwa, w którym dłużnik posiada COMI, mają wyłączną jurysdykcję,

³⁴ G. Moss, *Group Insolvency – Choice of Forum and Law: The European Experience under the Influence of English Pragmatism* (2006 – 2007), 32 Brooklyn Journal of International Law, s. 1008.

³⁵ Zob. *The EC Regulation on Insolvency Proceedings: A Commentary and Annotated Guide*, red. G. Moss, I.F. Fletcher, S. Isaacs, Oxford, 2002, rozdział 3.11.

³⁶ G. Moss, *op.cit.*, s. 1008.

³⁷ H. Eidenmüller, *op.cit.*, s. 4.

³⁸ M. Virgos, E. Schmit, *Report on the Convention on Insolvency Proceedings*, Bruksela 1996, http://globalinsolvency.com/sites/all/files/insolvency_report.pdf (dalej jako: „raport Virgos-Schmit”).

tj. wyłączne prawo do otwarcia i prowadzenia głównego postępowania upadłościowego. Otwarcie takiego postępowania ma natychmiastowy oraz uniwersalny³⁹ skutek na terenie całej Unii Europejskiej. Ukrytym motywem tego postanowienia jest założenie, że jedno transgraniczne, ponadnarodowe postępowanie upadłościowe będzie owocowało wyższym stopniem zaspokojenia wierzycieli z różnych państw członkowskich, niż w sytuacji, gdy toczyłoby się wiele oddzielnych krajowych postępowań prowadzonych w różnych państwach członkowskich⁴⁰. Bardziej prawdopodobnym jest również przeprowadzenie skutecznego postępowania restrukturyzacyjnego w przypadku całkowitej spłaty zobowiązań, jeśli prowadzone było jedno postępowanie, niż gdyby tych postępowań było kilka⁴¹.

Według art. 4 Rozporządzenia Upadłościowego, dla głównego postępowania upadłościowego i jego skutków właściwe jest prawo państwa członkowskiego Unii Europejskiej, w którym wszczęto główne postępowanie upadłościowe. Jak wskazano już w podrozdziale wyżej – właściwe prawo upadłościowe jest więc ściśle związane z *forum*, przed którym prowadzone jest główne postępowanie upadłościowe.

Dokonując subsumpcji poczynionej analizy związanej z koncepcją głównego ośrodka podstawowej działalności uregulowanej w Rozporządzeniu Upadłościowym należy uznać, że dla skutecznego upadłościowego *forum shoppingu* niezbędne jest przeniesienie COMI z jednej jurysdykcji do innej. Doprowadzi to bowiem do jednoczesnej zmiany właściwego sądu (*forum*) oraz właściwego prawa (*lex forum concursus*). Podkreślić przy tym należy, że w przypadku skutecznej migracji głównego ośrodka podstawowej działalności:

- a) sąd (bądź organ upadłościowy) głównego postępowania upadłościowego (według art. 3 Rozporządzenia Upadłościowego),
- b) a także właściwe prawo (według łącznika *lex forum concursus* uregulowanym w art. 4 Rozporządzenia Upadłościowego), będą zależały od państwa członkowskiego do którego COMI został przeniesiony⁴².

8. Skutki trudności w kwalifikacji pojęcia głównego ośrodka podstawowej działalności – uwagi *de lege lata*

Wskazano już, że główny ośrodek podstawowej działalności nie został jednoznacznie zdefiniowany, przez co nasuwa się wiele pytań związanych z obszernością katalogu tego pojęcia. Wydaje się jednak, że ostateczne i decydujące kryterium dla określenia głównego ośrodka podstawowej działalności stanowi miejsce funkcjonowania głównego

³⁹ Jeśli w żadnym innym państwie członkowskim Unii Europejskiej nie zostanie wszczęte wtórne postępowanie upadłościowe – postępowanie główne (a w szczególności jego skutek) wszczęte w państwie umiejscowienia COMI będzie w pełni uniwersalne, a co za tym idzie, będzie skuteczne w każdym państwie członkowskim Unii Europejskiej.

⁴⁰ J.L. Westbrook, *Theory and Pragmatism in Global Insolvencies: Choice of Law and Choice of Forum*, American Bankruptcy Law Journal 65/1991, s. 457, 465.

⁴¹ G. McCormack, *Jurisdictional Competition and Forum Shopping in Insolvency Proceedings*, The Cambridge Law Journal 68/2009, s. 174.

⁴² W.G. Ringe, *op.cit.*, s. 3.

biura czy też głównej siedziby osoby prawnej⁴³. W sprawie *Eurofood* Trybunał Sprawiedliwości Unii Europejskiej dokonał autonomicznej interpretacji Rozporządzenia Upadłościowego poprzez odniesienie się do motywu 13 statuując, że: „domniemanie sformułowane w art. 3 ust. 1 zdanie drugie Rozporządzenia Upadłościowego, zgodnie z którym głównym ośrodkiem podstawowej działalności spółki zależnej jest jej siedziba określona w statucie, może zostać obalone jedynie wtedy, gdy obiektywne i możliwe do zweryfikowania przez osoby trzecie kryteria umożliwiają stwierdzenie, że rzeczywista sytuacja jest odmienna niż ta, która wynikałaby z położenia przedsiębiorstwa w miejscu statutowej siedziby spółki”⁴⁴. W celu poprawnej analizy umiejscowienia głównego ośrodka podstawowej działalności sąd powinien wziąć pod uwagę wiele różnych czynników, jak na przykład:

- a) miejsce, w którym działalność przedsiębiorcy jest prowadzona,
- b) miejsce, w którym przedsiębiorstwo jest zarządzane,
- c) miejsce, w którym umowa osoby prawnej (najczęściej spółki) została sporządzona,
- d) miejsce, w którym zarejestrowano osobę prawną,
- e) miejsce spotkań organu nadzorczego osoby prawnej (np. rady nadzorczej),
- f) miejsce obsługi większości klientów, dostawców, a także wierzycieli,
- g) miejsce w którym organ zarządczy najczęściej przebywa (w związku z wykonywaniem obowiązków jako organu).

Każdy z wyżej wymienionych czynników powinien być poddany ocenie, a także porównaniu celem właściwego określenia gdzie znajduje się główny ośrodek podstawowej działalności dłużnika⁴⁵. Oczywiście Rozporządzenie Unijne nie wskazuje które czynniki powinny być decydujące, ponadto nie została dokonana żadna kategoryzacja takowych czynników pod względem wagi dowodowej. Brak jakichkolwiek wskazówek dotyczących czynników ocennych, ich wagi, a także ewentualnych wyłączeń dowodowych w przedmiotowym zakresie. Daje to zasadniczą swobodę w zakresie decyzji o uznaniu głównego ośrodka podstawowej działalności⁴⁶. Ocena czynników powinna być wobec tego dokonana przez właściwe organy, bądź sądy upadłościowe w dyskrecyjnym orzeczeniu procesowym.

Pozostawia to znaczną przestrzeń dla zainteresowanych dłużników (przedsiębiorców) do manipulowania relewantnymi czynnikami, gdyż istnieje wiele możliwości do przenoszenia aktywów i innych czynników w celu osiągnięcia zamierzonego skutku *forum shoppingu*⁴⁷. Wskazano zatem, że bardzo ważnym jest, aby zmiana głównego ośrodka podstawowej działalności miała element stałości i nie powinna być

⁴³ G. Moss, I. Fletcher, S. Isaacs, *op.cit.*, s. 169.

⁴⁴ Sprawa C-341/04 *Eurofood IFSC Ltd.*, orzeczenie wydane w trybie prejudycjalnym z wniosku Supreme Court. Streszczenie w języku polskim: <http://curia.europa.eu/juris/showPdf.jsf?docid=57045&doclang=PL>.

⁴⁵ R. Goode, *Principles of Corporate Insolvency Law*, Londyn 2005, s. 591.

⁴⁶ S.M. Franken, *Three Principles of Transnational Corporate Bankruptcy Law: A Review*, *European Law Journal* 11/2005, s. 253.

⁴⁷ H. Eidenmüller, *Free Choice in International Company Insolvency Law in Europe*, *European Business Organization Law Review* 2005, s. 423, 430.

iluzoryczna, pozorna – ma być rzeczywista⁴⁸. Istotnie, główny ośrodek podstawowej działalności może podlegać łatwej manipulacji, jako że wymienione wyżej czynniki są raczej subiektywne⁴⁹. Co więcej, koncepcja COMI jest podatna na doprowadzenie do rozbieżności interpretacyjnych pośród różnych sądów⁵⁰. Orzecznictwo wskazuje nadto, że niektóre sądy wydają się być bardziej otwarte na zaakceptowanie jurysdykcji nad prowadzoną sprawą i wszczęcie głównego postępowania upadłościowego, niż inne⁵¹. W związku z tym należy przyznać, że ogół wierzycieli może mieć powody do poważnych obaw związanych z wysokim prawdopodobieństwem próby manipulacji przez dłużnika czynnikami, które mają wpływ na ustalenie głównego ośrodka podstawowej działalności. Te niekorzystne dla wierzycieli działania dłużnika w obecnym stanie prawnym mogą nastąpić nawet kilka dni przed wszczęciem postępowania upadłościowego. Dłużnik może dokonać takich czynności w celu zorganizowania taktycznej ucieczki z kraju, w którym wierzyciele podejmują niezbędne kroki celem wszczęcia postępowania upadłościowego⁵².

Podsumowując przedmiotowe rozważania należy wskazać, że koncepcja głównego ośrodka podstawowej działalności została opisana jako niejednoznaczna oraz podatna na manipulacje, a także trudna do oceny w postępowaniu z uwagi na swój charakter. Wierzyciele mający istotne wątpliwości co do osoby kontrahenta, który prowadzi transgraniczną działalność gospodarczą, powinni zachować szczególną ostrożność w rozliczeniach. Koncepcja głównego ośrodka podstawowej działalności jest bowiem bardzo kontrowersyjna w świetle Rozporządzenia Upadłościowego. Jak powyżej zauważono, bardziej niż prawdopodobna jest możliwość nieuczciwego zachowania dłużnika, który w związku z trudnościami w prowadzeniu działalności, bądź chęcią oszukania wierzycieli, doprowadza do przeniesienia głównego ośrodka podstawowej działalności do innego państwa, a następnie wszczyna tam postępowanie upadłościowe. W postępowaniu tym dłużnik może nie wykazać całości majątku, bądź doprowadzić do innych nieprawidłowości wykorzystując luki systemu prawnego danego państwa, z których postanowił skorzystać. Należy pamiętać, że przytoczony przykład jest przerysowany, ale obrazuje czarny scenariusz, który przytrafić się jednak może.

9. Analiza *forum shoppingu* na gruncie nowego rozporządzenia upadłościowego

Nowe Rozporządzenie Upadłościowe zawarło w motywie piątym ściślejszą definicję *forum shoppingu*, co należy uznać za pozytywną zmianę. Prawodawca unijny w nowej

⁴⁸ G. McCormack, *op.cit.*, s. 191.

⁴⁹ B. Wessels, *The European Union Insolvency Regulation: An Overview With Trans-Atlantic Elaborations*, Norton Annual Survey of Bankruptcy Law 2003, s. 481.

⁵⁰ G. McCormack, *op.cit.*, s. 185.

⁵¹ *Vide* orzeczenie High Court of Justice Chancery Division, sprawa *Hans Brochier Holdings Ltd v Exner*, Case No: 5618/06, EWHC 2006, s. 2594.

⁵² I. Fletcher, *Insolvency in Private International Law. National and International Approaches*, Oxford 2005, s. 285 i nast.

definicji rozróżnia *ad extremum* negatywny *forum shopping*, choć jedynie w sposób pośredni⁵³. Przedmiotowy prawodawca nie przywiązuje bowiem jakiegokolwiek wagi do pozytywnego *forum shoppingu* poprzez brak regulacji odnoszącej się do tej materii. Ponadto, w motywie 29 nałożono obowiązek wprowadzenia do przedmiotowego rozporządzenia szeregu zabezpieczeń mających zapobiegać nielegalnemu lub nieuczciwemu wybieraniu sądu pod kątem korzystniejszej sytuacji prawnej, a na Komisję Europejską prawodawca nałożył obowiązek przedłożenia Parlamentowi Europejskiemu, Radzie oraz Europejskiemu Komitetowi Ekonomiczno-Społecznemu analizy w przedmiocie wybierania sądu pod kątem własnego interesu do dnia 27 czerwca 2020 roku.

Niestety, nie można uznać, żeby zapisy Nowego Rozporządzenia Upadłościowego w sposób wystarczający miały zapewnić ochronę przed negatywnym *forum shoppingiem* oraz w sposób kompleksowy rozwiązywały problem kwalifikacji *forum shoppingu*. Nie wspomniano bowiem o rozgraniczeniu pozytywnego *forum shoppingu* od negatywnego, co dałoby odbiorcom prawa upadłościowego spojrzenie na rzeczywisty cel prawodawcy. Wydaje się wszak, że prawodawca nie będzie od czasu wejścia w życie Nowego Rozporządzenia Upadłościowego negatywnie traktował transgranicznych spraw, w których dojdzie do *forum shoppingu*, jeśli przeniesienie głównego ośrodka podstawowej działalności nastąpi w celu zwiększenia efektywności i skuteczności postępowania, a także nie pokrzywdzi ogółu wierzycieli. Należy ponadto zauważyć, że pomimo co prawda szerszej i dokładniejszej definicji głównego ośrodka podstawowej działalności dłużnika, a także większej ilości swoistych wskazówek (choćby tej zawartej w motywie 23 Nowego Rozporządzenia Upadłościowego), nie jest ona dość dokładna. W związku z powyższym nie będzie ona wystarczająco skutecznym mechanizmem ochronnym. Co więcej, można ją nadal uznawać za swego rodzaju lukę prawną pozwalającą na skuteczne przeprowadzenie upadłościowego *forum shoppingu*.

Ze względu na brak harmonizacji przepisów prawa upadłościowego w Unii Europejskiej, powody do angażowania się dłużników w działania polegające na manipulacji czynnikami wpływającymi na główny ośrodek podstawowej działalności można mnożyć. Nie trzeba zaznaczać, że skutkiem takiego postępowania jest bardzo często uszczerpienie majątku ogółu wierzycieli, bądź pokrzywdzenie ich w inny sposób (np. poprzez ograniczenie środków zaskarżenia, czy inne utrudnienie uczestnictwa w postępowaniu, choćby poprzez zmianę właściwej jurysdykcji na umiejscowioną w państwie znacznie oddalonym od tego konkretnego wierzyciela)⁵⁴. Sam upadłościowy *forum shopping* dotyczy wszelkiej kategorii dłużników i wierzycieli – nie tylko osób prawnych, ale także osób fizycznych. Rozgraniczenie to z jednej strony nie wpływa znacząco na skutki *forum shoppingu*, a z drugiej istotnie wpływa na jego przyczyny i sposób przeprowadzenia całego procesu mającego doprowadzić do *forum shoppingu*⁵⁵. Niestety, charakter

⁵³ Poprzez dodanie do dotychczasowej definicji zwrotu „ze szkodą dla ogółu wierzycieli”, co jednoznacznie wskazuje na chęć ochrony wierzycieli, jako głównych zagrożonych praktyką negatywnego upadłościowego *forum shoppingu*.

⁵⁴ Negatywny *forum shopping*.

⁵⁵ Inaczej bowiem będzie wyglądała manipulacja czynnikami wpływającymi na ocenę głównego ośrodka podstawowej działalności w przypadku osoby fizycznej, a inaczej w przypadku osoby prawnej.

niniejszego artykułu nie pozwolił na odniesienie się do kwestii podmiotowości w *forum shoppingu*, gdyż istotniejszym i nie poruszanym do tej pory (w tak zasadniczym stopniu) zagadnieniem jest wpływ zasad międzynarodowego postępowania upadłościowego na upadłościowy *forum shopping*. Wskazano także powyżej, że warto byłoby dokonać komparatystyki prawniczej w zakresie wpływu zasady terytorialności i uniwersalności na *forum shopping* w innych dziedzinach prawa.

Warto wskazać w tym miejscu, że w celu osiągnięcia ogólnounijnego sukcesu w swojej walce z upadłościowym *forum shoppingiem* prawodawca unijny powinien skupić się na dokładnym definiowaniu pojęć immanentnie związanych z *forum shoppingiem*, nie wyłączając z tego zakresu samego *forum shoppingu*. Po pierwsze, *expressis verbis* powinna nastąpić dyferencjacja pojęcia pozytywnego, czy też korzystnego *forum shoppingu* od pojęcia negatywnego, niekorzystnego *forum shoppingu*. Sytuacje pozytywnej zmiany jurysdykcji celem uzyskania lepszej pozycji prawnej należałoby tym samym uznać za swobodę przepływu osób na mocy artykułu 3 ust. 2 TUE, art. 21 TFUE oraz tytułu IV i V TFUE. Negatywny *forum shopping* winien natomiast być zwalczany poprzez nadanie dodatkowych środków zaskarżenia wierzycielom w takich postępowaniach, pozwalających na przykład na odwrócony *forum shopping*. Odwrócony *forum shopping* mógłby polegać na podniesieniu przez wierzyciela w postępowaniu upadłościowym, toczącym się przed państwem członkowskim niebędącym państwem w którym posiadałby COMI, zarzutu braku posiadania głównego ośrodka podstawowej działalności w państwie członkowskim, przed którym toczy się postępowanie. Oczywiście taka konstrukcja prawna wymagałaby daleko idącej harmonizacji prawa regulującego postępowanie upadłościowe w państwach członkowskich Unii Europejskiej. Nadto, główny ośrodek podstawowej działalności powinien doczekać się szczegółowej definicji w akcie ponadnarodowym, powszechnie obowiązującym. Najlepszym aktem prawnym, który mógłby osiągnąć ten cel, wydaje się rozporządzenie. Po stronie państw członkowskich i ich przedstawicieli w instytucjach i organach Unii Europejskiej leży inicjatywa oraz wola polityczna dokonania przedmiotowych zmian.

10. Zakończenie

Reasumując rozważania poczynione powyżej, należy niestety uznać, że *forum shopping* pozostanie bardzo kontrowersyjnym zagadnieniem w świetle Rozporządzenia Upadłościowego. Nawet pomimo daleko idącego wsparcia poczynionego dotychczas ze strony doktryny międzynarodowego postępowania upadłościowego oraz orzecznictwa narodowego, a także ponadnarodowego. Postanowień w Rozporządzeniu Upadłościowym mających zapobiegać negatywnemu *forum shoppingowi* praktycznie nie ma. Oprócz klauzuli generalnej „zapewnienia prawidłowego funkcjonowania rynku wewnętrznego” poprzez „unikanie sytuacji, w których strony byłyby skłonne do przenoszenia majątku lub postępowania sądowego z jednego państwa członkowskiego do innego w celu uzyskania korzystniejszej sytuacji prawnej”, zawartej w motywie 4 Rozporządzenia Upadłościowego, próżno jest szukać postanowień chroniących *expressis verbis* przed negatywnymi skutkami *forum shoppingu*. Nie można bowiem zaakceptować założenia

uznającego, że postanowienia dotyczące głównego ośrodka podstawowej działalności, czy też te związane z łącznikiem *lex fori concursus* były dostatecznym zabezpieczeniem przed negatywnym *forum shoppingiem*. Brak jest również szczegółowej definicji zjawiska *forum shoppingu* oraz odpowiedniego uszczegółowienia determinującego akceptowalność przenoszenia majątku lub postępowania sądowego z jednego państwa członkowskiego do innego celem uzyskania korzystniejszej sytuacji prawnej. Nie wydaje się bowiem, żeby *forum shopping* był zawsze zjawiskiem niepożądanym, mimo postanowienia zawartego w motywie 4, który nie pozostawia wątpliwości co do nastawienia prawodawcy wspólnotowego.

Wątpliwym jest twierdzenie, że Rozporządzenie Upadłościowe w jakikolwiek sposób utrudnia upadłościowy *forum shopping*. Koncepcji głównego ośrodka podstawowej działalności brakuje wyrazistości, a orzecznictwo nie jest w stanie dookreślić tego pojęcia w sposób dostateczny. Zwłaszcza osoby prawne oraz holdingi są w stanie dokonać manipulacji odpowiednimi czynnikami w taki sposób, aby przenieść swoje COMI, a tym samym swobodnie dopasować właściwą jurysdykcję i prawo upadłościowe do swoich potrzeb. W odniesieniu do skutków samego *forum shoppingu* na gruncie Rozporządzenia Upadłościowego należy stwierdzić, że (przynajmniej teoretycznie) istnieją poważne argumenty za i przeciw *forum shoppingowi*. Właśnie z tego względu zaproponowano w niniejszym artykule, aby dokonywano właściwego rozróżnienia: pozytywnego *forum shoppingu* od negatywnego *forum shoppingu*.

Zważywszy na powyższe wnioski należy stwierdzić, że przed prawodawcą unijnym, a także ustawodawcami państw członkowskich, wciąż stoją poważne wyzwania. Obecna postać regulacji transgranicznych postępowań upadłościowych, szczególnie w zakresie uznania postępowania głównego w innych państwach członkowskich, jest dalece niesatysfakcjonująca. Bez chęci odstąpienia od zachowania resztek suwerenności przez państwa członkowskie Unii Europejskiej w zakresie prowadzenia postępowań upadłościowych nie sposób doprowadzić do sytuacji, w której można byłoby uznać, że zagrożenie ze strony negatywnego *forum shoppingu* zostało ostatecznie zażegnane. Do czasu ujednolicenia, bądź chociaż harmonizacji przepisów relewantnych w tym zakresie, możemy liczyć jedynie na częściowo pozytywny efekt wprowadzenia Nowego Rozporządzenia Upadłościowego, a także orzecznictwo Trybunału Sprawiedliwości Unii Europejskiej⁵⁶. Być może po przedłożeniu przez Komisję Europejską analizy w przedmiocie *forum shoppingu* w Unii Europejskiej prawodawca unijny będzie posiadał wystarczający materiał badawczy, który będzie wystarczający do uargumentowania dalej idących zmian w europejskim prawie upadłościowym. Niestety dokument ten, zgodnie z zapisami Nowego Rozporządzenia Upadłościowego, będzie dostępny najpóźniej dopiero z końcem czerwca 2020 roku.

⁵⁶ Który w sprawie *Eurofood* rozpoczął proces wykładni pojęcia głównego ośrodka podstawowej działalności, a co za tym idzie, włączył się w tworzenie prawa regulującego zagadnienie *forum shoppingu*.

* * *

Bankruptcy Forum Shopping in European Union. The Concept and Assessment of Bankruptcy Migration to Obtain Favorable Procedural Position

The issue of bankruptcy forum shopping is an important research problem in the field of international bankruptcy law. Author addressed the concept of jurisdiction, definition of the forum and analysed chosen definitions of forum shopping found in the literature. The phenomenon of bankruptcy forum shopping was rated in terms of efficiency and effectiveness of the procedure, as well as from the point of view of the benefits for creditor and debtor. Article distinguishes positive (favourable to all the creditors) forum shopping from negative (unfavourable for all the creditors) forum shopping. Subsequently the analysis of center of main interests was made, as well as the effects of its transfer. The article also draws attention to major difficulties in qualification of center of main activities that lead to the forum shopping.

Key words: bankruptcy, insolvency, COMI, forum shopping

Dominika Szafran¹

Uznawanie i wykonywanie orzeczeń kończących postępowanie w sprawach dotyczących sporów inwestycyjnych

Streszczenie:

Artykuł dotyczy zagadnienia uznawania i wykonywania orzeczeń kończących postępowania w sprawie sporów inwestycyjnych. Zostały w nim również ukazane ogólne cechy tej metody rozstrzygania sporów, ze wskazaniem praw i obowiązków stron sporu oraz jego przedmiotu. Ponadto, w sposób ogólny został ukazany mechanizm stworzony przez Konwencję Waszyngtońską o Rozwiązywaniu Sporów Inwestycyjnych Pomiędzy Państwami a Obywatelami Innych Państw, przede wszystkim zagadnienia związane z wykonywaniem orzeczeń wydawanych na forum Międzynarodowego Centrum Rozstrzygania Sporów Międzynarodowych (ICSID). W artykule poruszono także kwestię uznawania i wykonywania orzeczeń na tle Konwencji o uznawaniu i wykonywaniu zagranicznych orzeczeń arbitrażowych sporządzonej w Nowym Jorku dnia 10 czerwca 1958 roku.

Słowa kluczowe: arbitraż, inwestycje, umowy o popieraniu i wzajemnej ochronie inwestycji, spory inwestycyjne, uznawanie i wykonywanie orzeczeń

1. Wstęp

Każde państwo dążące do rozwoju gospodarczego stara się zapewnić jak najlepsze warunki dla inwestorów pochodzących z innych krajów. Niewątpliwie jednym z takich warunków jest zapewnienie szybkiego, a jednocześnie bezstronnego rozstrzygania ewentualnych sporów wynikłych na tle procesów inwestycyjnych. Jednym z instrumentów

¹ Autorka jest doktorantką w Instytucie Prawa Cywilnego na Wydziale Prawa, Administracji i Ekonomii Uniwersytetu Wrocławskiego.

pozwalających na rozstrzygnięcie takiego sporu w sposób zapewniający równe traktowanie oraz niezależność od sądownictwa państwowego jest arbitraż. Jest to jedna z tzw. alternatywnych form rozstrzygania sporów (*Alternative Dispute Resolution – ADR*), obok mediacji, koncyliacji czy negocjacji. Charakteryzuje się ona tym, że strony poddają swój spór pod rozstrzygnięcie określonego przez nie sądowni polubownemu, wyłączając tym samym drogę sądową przed sądem państwowym i uznając z góry wyrok sądu polubownego, jaki zostanie w ich sprawie wydany². Warunkiem jest zawarcie w umowie tzw. zapisu na sąd polubowny. Ponadto spór musi nadawać się do rozstrzygnięcia w drodze arbitrażu, czyli posiadać zdatność arbitrażową. Są to podstawowe warunki dopuszczalności wszczęcia postępowania przez sąd polubowny. Taka metoda ma wiele zalet, do których zaliczyć należy szybkość, bezstronność oraz możliwość wykonania wyroku na takich samych zasadach jak wyrok sądu państwowego. W stosunkach pomiędzy państwem a inwestorami pochodzącymi z państw trzecich upowszechnił się taki sposób rozwiązywania sporów, co powszechnie nazywane jest arbitrażem inwestycyjnym.

Jedną z charakterystycznych cech rozwoju międzynarodowego obrotu gospodarczego po II wojnie światowej był wzrost kontraktów handlowych pomiędzy państwami a prywatnymi podmiotami gospodarczymi³. Państwa, które poniosły duże straty ekonomiczne na skutek działań wojennych, były szczególnie zainteresowane obecnością inwestorów pochodzących z państw bardziej rozwiniętych gospodarczo. Także inwestorzy zdawali sobie sprawę z korzyści, jakie mogą odnieść inwestując w krajach słabiej rozwiniętych pod względem ekonomicznym. Były to przede wszystkim niższe koszty produkcji, które jednocześnie nie przekładały się znacząco na jej jakość. Jednak równocześnie towarzyszyło temu wiele obaw związanych z często niepewną sytuacją polityczną w takich państwach oraz nieznajomością obcych systemów prawnych, szczególnie przepisów z zakresu prawa administracyjnego. Aby zainteresowane strony odniosły jak największe korzyści z inwestycji, państwa postanowiły uregulować tę kwestię w drodze umowy międzynarodowej. Należy także wspomnieć, że zagraniczne inwestycje są bardzo ważnym elementem w rozwoju gospodarki światowej. Konferencja Narodów Zjednoczonych ds. Handlu i Rozwoju szacuje, że w 2011 roku wpływy z bezpośrednich inwestycji zagranicznych (*foreign direct investment – FDI*) wyniosły 1,5 trilionów dolarów⁴.

Przed przejściem do głównego zagadnienia należy przedstawić w sposób ogólny ideę arbitrażu inwestycyjnego oraz główne założenia tej metody rozstrzygania sporów.

2. Podstawowe założenia arbitrażu inwestycyjnego

Podstawowe znaczenie dla zrozumienia specyfiki i znaczenia arbitrażu inwestycyjnego ma charakterystyka umów o popieraniu i wzajemnej ochronie inwestycji (*Bilateral*

² Ł. Błaszczak, M. Ludwik, *Sądownictwo polubowne*, Warszawa 2007, s. 76.

³ M. Pazdan, *Międzynarodowe prawo handlowe*, Warszawa 2006, s. 346.

⁴ M.L. Moses, *The principles and practice of International Commercial Arbitration*, Cambridge 2012, s. 230.

Investment Treaties – BIT). Ten rodzaj umów upowszechnił się po II wojnie światowej na skutek rozwoju międzynarodowych stosunków gospodarczych i handlowych. Państwa zainteresowane stworzeniem jak najdogodniejszych warunków dla inwestorów z państw trzecich zawierają między sobą umowy, w których gwarantują zachowanie standardów zapewniających bezpieczeństwo inwestycji. Historia umów o popieraniu i wzajemnej ochronie inwestycji jest stosunkowo krótka. Pierwsza tego typu umowa zawarta była w 1958 roku między Niemcami i Pakistanem⁵.

Najważniejszym elementem umów o wzajemnym popieraniu i ochronie inwestycji jest zdefiniowanie samego pojęcia inwestycji. Powszechnie termin ten rozumiany jest jako przeznaczenie środków finansowych na powiększenie lub odtworzenie zasobów majątkowych⁶. Innym kluczowym elementem takich umów jest ochrona inwestora z państwa obcego przed wywłaszczeniem, które stanowi najbardziej poważną ingerencję państwa w stosunki własnościowe. Wywłaszczenie rozumiane jest jako „wszelkie pozbawienie własności (...) bez względu na formę” (orzeczenie z 8 maja 1990 r., K 1/90, OTK 1990, Nr 1, poz. 2, s. 20)⁷. Szczególnie w niestabilnych politycznie państwach takie zagrożenie było poważne. Mogłoby ono odstraszać potencjalnych inwestorów przed podjęciem ryzyka inwestycyjnego w takich krajach, gdyż taka ewentualność często zdecydowanie bardziej narażałaby ich interesy aniżeli sama działalność inwestycyjna. Ponadto, w tego typu umowach bardzo często znajduje się zobowiązanie do sprawiedliwego i równego traktowania, a także gwarancja niedyskryminacji oraz zapewnienia inwestycjom pełnej ochrony i bezpieczeństwa. Może to nawet niekiedy sprawiać wrażenie, że inwestorzy pochodzący z innych państw znajdują się w lepszej pozycji względem państwa niż inwestorzy z niego pochodzący.

Kluczowym z punktu widzenia tematu niniejszego artykułu elementem umów o wzajemnym popieraniu inwestycji jest zawarcie klauzuli arbitrażowej. Takie umowy zawierają przeważnie dwie takie klauzule: jedna dotyczy sporów inwestycyjnych pomiędzy państwem a inwestorem, natomiast druga dotyczy sporów państw-stron umowy i ma zastosowanie po wyczerpaniu drogi dyplomatycznej. W praktyce klauzula dotycząca sporów inwestycyjnych ma następujące brzmienie: „Każdy spór między jedną Umawiającą się Stroną i inwestorem drugiej Umawiającej się Strony dotyczący skutków decyzji podjętych przez pierwszą Umawiającą się Stronę w odniesieniu do zasadniczych aspektów związanych z prowadzeniem działalności, takich jak decyzje lub transfer funduszy będzie, w granicach możliwości, rozstrzygany przez zainteresowane strony w drodze polubownej”. Przeważnie umowa zawiera zastrzeżenie, że jeżeli w ciągu określonego okresu (najczęściej sześć miesięcy) spór nie zostanie rozwiązany w drodze polubownej, zostanie on przedłożony trybunałowi arbitrażowemu pod rozstrzygnięcie. Wybór sądu należy do stron sporu, aczkolwiek bardzo często jest on rozwiązywany przez Międzynarodowe Centrum Rozstrzygania Sporów Inwestycyjnych (International Centre for Settlement of Investment Disputes – ICSID), o którym będzie mowa w dalszej części artykułu.

⁵ A. Szumański, *Arbitraż handlowy*, Warszawa 2010, s. 897.

⁶ *Słownik języka polskiego PWN*, Warszawa 2005, s. 576.

⁷ B. Banaszak, *Konstytucja Rzeczypospolitej Polskiej. Komentarz*, Warszawa 2012, s. 168.

Przy omawianiu roli arbitrażu inwestycyjnego należy wspomnieć o roli i znaczeniu najbardziej znaczącej umowy międzynarodowej w tym przedmiocie, jaką jest Konwencja Waszyngtońska o Rozwiązywaniu Sporów Inwestycyjnych Pomiędzy Państwami a Obywatelami Innych Państw z 1965 roku, która ma regulować rozwiązywanie sporów inwestycyjnych pomiędzy państwami a inwestorami pochodzącymi z państw trzecich. Inicjatywę w tym zakresie podjął Bank Światowy. Prace nad powołaniem instytucjonalnego forum dla arbitrażowego rozstrzygania sporów inwestycyjnych rozpoczęto w 1963 r. Władze Banku Światowego zaakceptowały w 1965 r. projekt konwencji i przekazały go państwom członkowskim do zaakceptowania. Ostatecznie konwencja została podpisana 14 października 1966 r. w Waszyngtonie⁸. Aktualnie stronami Konwencji jest ponad 150 państw. Należy jednak mieć na uwadze, że Polska nie jest stroną tej Konwencji, co często jest krytykowane z uwagi na fakt, że stworzony przez nią mechanizm ma charakter uniwersalny i w sposób pełny reguluje problematykę rozwiązywania sporów inwestycyjnych. Z drugiej strony ciężko jednoznacznie stwierdzić, że ten fakt wpływa ujemnie na wybór Polski jako potencjalnego miejsca przeprowadzania inwestycji.

Na mocy art. 1 tej Konwencji powołane zostało Międzynarodowe Centrum Rozstrzygania Sporów Międzynarodowych (dalej: ICSID). Do jego zadań należy rozstrzyganie sporów, wsparcie proceduralne i instytucjonalne oraz pomoc w administrowaniu procesami. Nie stanowi ono zatem niezależnego organu conciliacyjno-arbitrażowego, bezpośrednio rozstrzygającego spory⁹. Posiada natomiast osobowość prawną, a w jego ramach działa Rada Administracyjna, Sekretariat, Kolegium Koncyliatorów i Kolegium Arbitrów. Strony muszą spełnić trzy warunki, aby spór mógł zostać poddany pod rozstrzygnięcie ICSID. Po pierwsze, obie strony muszą wyrazić na to wyraźną zgodę. Po drugie, jedna ze stron musi być państwem-stroną Konwencji Waszyngtońskiej o Rozwiązywaniu Sporów Inwestycyjnych Pomiędzy Państwami a Obywatelami Innych Państw, a druga strona sporu musi pochodzić z innego państwa-strony tej Konwencji. Trzeci warunek odnosi się do przedmiotu sporu, który musi dotyczyć bezpośrednio inwestycji¹⁰. Zgoda może wynikać zarówno z umowy, jak i z ustawodawstwa danego państwa. Najczęściej jednak wynika ona bezpośrednio z umowy o wzajemnym popieraniu i ochronie inwestycji. Zgodnie z art. 42 Konwencji właściwym prawem materialnym dla rozstrzygnięcia sporu będzie to wskazane przez strony. Jeśli taki wybór nie zostanie dokonany, będzie stosowane prawo państwa-strony (w tym normy kolizyjne) oraz możliwe do stosowania reguły prawa międzynarodowego¹¹. Nie ma także przeszkód do orzekania *ex aequo et bono*. Cechą charakterystyczną tej metody rozstrzygania sporów inwestycyjnych jest tzw. delokalizacja, co wyraża się w tym, że prawo właściwe

⁸ T. Kaczmarek, J. Królak-Werwińska, *Handel międzynarodowy: Zarządzanie ryzykiem. Rozliczenia finansowe*, Warszawa 2008, s. 101.

⁹ P. Ochman, *Arbitraż inwestycyjny jako gwarancja bezpieczeństwa inwestycji*, http://owe.pte.pl/upload/files/ksiazki/11_Ochmann.pdf, 1.10.2016.

¹⁰ M.L. Moses, *op.cit.*, s. 232.

¹¹ P. Ochman, *Arbitraż inwestycyjny jako gwarancja bezpieczeństwa inwestycji*, http://owe.pte.pl/upload/files/ksiazki/11_Ochmann.pdf, 15.09.2016.

ze względu na miejsce arbitrażu nie ma z reguły wpływu na procedurę stosowaną przez ICSID. W przypadku wyboru poddania sporu ICSID stronom przysługuje jednak kilka instrumentów w sytuacjach, gdy nie zgadzają się z jakichś przyczyn z wydanym orzeczeniem. Pierwszym z nich jest rewizja wyroku, która może być zastosowana w przypadku wykrycia nowego faktu. Drugą możliwością jest unieważnienie wyroku, co może być jednak zastosowane przy takich wadach jak np. przekroczenie kompetencji lub korupcja arbitra. Katalog przesłanek uzasadniających skorzystanie z tej instytucji należy jednak uznać za zamknięty.

Można się zastanawiać dlaczego opisane umowy oraz mechanizmy stworzone z myślą rozstrzygania sporów stanowią tak ważną zmianę w kontekście pozycji inwestorów względem państw. Przede wszystkim, zastąpiły one poprzedni sposób rozwiązywania takich sporów, jakim była droga dyplomatyczna. Wcześniej, w przypadku jakichkolwiek nieporozumień, przedsiębiorca mógł jedynie zwrócić się do służb dyplomatycznych państwa swojego pochodzenia. Taka metoda nie zawsze jednak spełniała oczekiwania inwestorów w kontekście jej szybkości, a nawet skuteczności. Jak pisze M. Jeżewski: „Możliwość bezpośredniego dochodzenia swoich roszczeń przez inwestora jest traktowana jako jedno z największych osiągnięć międzynarodowego prawa inwestycyjnego. Dzięki temu inwestor nie musi polegać na dobrej woli swojego państwa, które może, lecz nie musi wystąpić z opieką dyplomatyczną, a nawet w przypadku podjęcia działania nie jest zobowiązane do uwzględnienia roszczenia indywidualnego i przekazania inwestorowi uzyskanego odszkodowania”¹². Upowszechnienie umów o wzajemnym popieraniu i ochronie inwestycji zmieniło zatem znacząco sytuację podmiotów inwestujących, ponieważ w przypadku jakiegokolwiek sporu, który dotyczył inwestycji, mogą oni bezpośrednio powołać się na umowę, której stroną są w gruncie rzeczy same państwa. W tym właśnie wyraża się specyfika arbitrażu inwestycyjnego – stroną sporu są podmioty, które nie są jednocześnie stronami klauzuli arbitrażowej. Ponadto, jak już zostało wcześniej powiedziane, inwestorzy mogą rozwiązywać spór bezpośrednio z państwem, bez konieczności korzystania z drogi dyplomatycznej, a poza tym wydany wyrok jest wiążący dla stron, co także jest dużą zaletą tej metody.

Czynnikiem warunkującym skorzystanie z drogi postępowania arbitrażowego jest zgoda stron sporu, która musi wyrażona w sposób jednoznaczny i nie może budzić wątpliwości. W zdecydowanej większości przypadków zostaje ona wyrażona w traktacie inwestycyjnym. Klauzulę arbitrażową i jej zasadniczy element, jakim jest zgoda na arbitraż, należy interpretować tak, jak każde inne postanowienie traktatu. Zastosowanie będzie tu miał art. 31 Konwencji Wiedeńskiej o Prawie Traktatów¹³.

Spór może dotyczyć wszystkich kwestii związanych z inwestycją, której definicja, jak już wskazano, jest stosunkowo szeroka. Jako przykład można więc podać nierówne traktowanie inwestorów pochodzących spoza państwa przyjmującego, które może dotyczyć podatków lub wszelkich zezwoleń i koncesji niezbędnych do prowadzenia działalności gospodarczej. Ponadto spór może dotyczyć kwestii związanych z transferem środków,

¹² M. Jeżewski, *Międzynarodowe prawo inwestycyjne*, Warszawa 2011, s. 424.

¹³ *Ibidem*, s. 427.

prawem autorskim i prawem własności przemysłowej czy nawet takie działanie organów danego państwa, które wprowadza w błąd inwestorów. Zakres potencjalnych obszarów na tle których może powstać spór jest więc niezwykle szeroki, co dodatkowo uzasadnia fakt, że w samych umowach o wzajemnym popieraniu i ochronie inwestycji katalog pojęć odnoszących się do terminu „inwestycja” ma często charakter otwarty. Tytułem przykładu można podać spór pomiędzy Ministerstwem Skarbu Państwa a holenderską spółką Eureko B.V., który dotyczył prywatyzacji Powszechnego Zakładu Ubezpieczeń, kiedy to Polska nie wyraziła zgody na zakup akcji przez spółkę, który powodowałby zdobycie pakietu większościowego. Trybunał Arbitrażowy w Londynie przyznał rację spółce, co wiązało się ze znacznymi konsekwencjami finansowymi dla Polski.

Strony mają także swobodę wyboru, przez jaką instytucję spór będzie rozstrzygany, zatem pośrednio mają one także wpływ na procedurę, jaka będzie stosowana. Na rynku sporów inwestycyjnych można dostrzec pięć głównych mechanizmów arbitrażowych, tj. reguły arbitrażowe Międzynarodowego Centrum Rozwiązywania Sporów Inwestycyjnych, tzw. ułatwienia dodatkowe MCRSI, reguły arbitrażowe Komisji ONZ do spraw Międzynarodowego Prawa Handlowego, reguły Międzynarodowej Izby Handlowej w Paryżu, a także reguły Sztokholmskiej Izby Handlowej mające przede wszystkim zastosowanie w ramach reżimu Traktatu Karty Energetycznej. Dodatkowo, instytucją odgrywającą dość istotną rolę w arbitrażu inwestycyjnym jest także Stały Trybunał Arbitrażowy w Hadze¹⁴. Na szczególną uwagę spośród wymienionych mechanizmów zasługuje Regulamin Komisji ONZ do spraw Międzynarodowego Prawa Handlowego (United Nation Commission on International Trade Law – UNCITRAL), gdyż jego główną zaletą jest większa elastyczność w stosunku do mechanizmu opartego na Konwencji Waszyngtońskiej. Postępowanie prowadzone w oparciu o reguły arbitrażowe UNCITRAL nie różni się znacznie od sporów, w których nie występuje państwo, a wydane orzeczenie może zostać wykonane w oparciu o Konwencję o uznawaniu i wykonywaniu zagranicznych orzeczeń arbitrażowych sporządzoną w Nowym Jorku 10 czerwca 1958 roku¹⁵.

Z drugiej strony, warto podkreślić, że instrumenty mające na celu ochronę zagranicznych inwestycji są niejednokrotnie nadużywane. Tytułem przykładu można wskazać na częste sytuacje, w których inwestorzy wywodzący się z państwa, w którym ma być przeprowadzona inwestycja, celowo zakładają spółki za granicą, aby w tym celu uzyskać ochronę, jaka przysługuje podmiotom zagranicznym. Taka sytuacja miała miejsce w sprawie *Tokios Tokeles* przeciwko Ukrainie¹⁶. *Tokios Tokeles* była spółką litewską, jednak założoną przez inwestora ukraińskiego, który następnie prowadził działalność inwestycyjną na terenie Ukrainy. Ostatecznie uznano jednak, że nadrzędnym celem traktatów inwestycyjnych jest zapewnienie ochrony bez konieczności wykazywania dobrej wiary inwestora.

¹⁴ *Ibidem*, s. 439.

¹⁵ Konwencji o uznawaniu i wykonywaniu zagranicznych orzeczeń arbitrażowych sporządzoną w Nowym Jorku 10 czerwca 1958 roku (Dz.U. z 1962, Nr 9, poz. 41).

¹⁶ *Tokios Tokeles v. Ukraine*, ICSID Case No. ARB/02/18.

3. Uznawanie i wykonywanie orzeczeń kończących spory inwestycyjne

Wszystkie korzyści wynikające z arbitrażu inwestycyjnego miałyby charakter iluzoryczny, gdyby nie został zapewniony skuteczny oraz sprawny mechanizm gwarantujący wykonanie orzeczenia kończącego spór. Zagadnienie to jest jednak bardziej skomplikowane niż w przypadku arbitrażu handlowego, gdzie orzeczenia kończące spór wydawane są w oparciu o mechanizm przewidziany w Konwencji o uznawaniu i wykonywaniu zagranicznych orzeczeń arbitrażowych, sporządzonej w Nowym Jorku dnia 10 czerwca 1958 roku lub przepisów krajowych. W przypadku arbitrażu inwestycyjnego możemy wyróżnić dwa główne tryby pozwalające na uznanie i wykonanie orzeczenia kończącego spór pomiędzy inwestorem a państwem. Nie wyklucza to jednak sytuacji, gdy dane orzeczenie będzie mogło zostać wykonane na podstawie przepisów wewnętrznych danego państwa.

3.1. Uznawanie i wykonywanie orzeczeń na gruncie Konwencji Waszyngtońskiej o Rozwiązywaniu Sporów Inwestycyjnych Pomiędzy Państwami a Obywatelami Innych Państw

Umowy międzynarodowe w większości przypadków przewidują, że rozwiązanie sporu nastąpi przez Międzynarodowe Centrum Rozstrzygania Sporów Międzynarodowych (ICSID) na podstawie reguł przewidzianych w Konwencji Waszyngtońskiej, która wprowadza własne reguły odnoszące się do mocy wiążącej orzeczeń oraz trybu ich uchylania. Z uwagi na zasięg Konwencji oraz stworzony przez nią mechanizm zasadne jest omówienie stworzonego przez nią trybu uznawania i wykonywania orzeczeń. Różni się on znacznie od innych znanych w prawie międzynarodowym trybów, ponieważ całkowicie wyłącza postępowanie arbitrażowe prowadzone na jego podstawie spod kontroli sądów państw-stron¹⁷. Sądy krajowe nie mają kontroli nad wydawanymi orzeczeniami, gdyż Konwencja Waszyngtońska nie przewiduje możliwości złożenia skargi o uchylenie wyroku składanej w sposób analogiczny do przewidzianego dla innych orzeczeń wydawanych przez trybunały arbitrażowe. Jedyną procedurą umożliwiającą wyeliminowanie wyroku wydanego w procedurze przed ICSID jest przewidziany w art. 52 Konwencji wniosek o uchylenie. Jest ono możliwe tylko w przypadku, gdy zajdzie jedna z pięciu przyczyn wymienionych w przepisie: nieprawidłowo powołany trybunał, rażące naruszenie uprawnień przez trybunał, skorumpowanie części członków trybunału, odstępstwo od reguł proceduralnych, nieuzasadnienie podstaw, na których oparto orzeczenie. Kontrola przewidziana w tym artykule zapewniona jest przez Komitet *Ad Hoc*. Kognicja Komitetu nie obejmuje jednak kontroli merytorycznej. Jak zauważył W. Sadowski, działa on „jako organ kasacyjny o ograniczonym zakresie kognicji”¹⁸. Wyrok jest zatem wiążący i nie ma możliwości wyeliminowania go w sposób inny niż przewidziany w Konwencji. Jeśli chodzi o wpływ postępowania na kwestię wykonalności orzeczenia, to zgodnie

¹⁷ W. Sadowski, *Sądowa kontrola wyroków arbitrażowych w sporach inwestycyjnych*, Kwartalnik ADR, nr 2(6)/2009, s. 37.

¹⁸ *Ibidem*, s. 38.

z art. 52 pkt. 5 Konwencji możliwe jest wstrzymanie wykonalności wyroku jeżeli jest uzasadnione szczególnymi okolicznościami. W sprawie *Sempra przeciwko Argentynie*¹⁹ Komitet uznał, że orzeczenie jest natychmiast wykonalne bez względu na fakt, że toczy się postępowanie o jego anulowanie. Oznacza to, że wykonalność nie jest wstrzymywana automatycznie, a jedynie wówczas, gdy jest usprawiedliwione szczególnymi okolicznościami²⁰.

Jeśli chodzi o wyroki wydane przez pozostałe instytucje arbitrażowe oraz trybunały *ad hoc*, ich uchylanie następuje w oparciu o przepisy państwa, w którym orzeczenie zostało wydane i w którym wszczęto postępowanie o jego uchylenie. W przypadku Polski zastosowanie znajdują zatem przepisy 1205–1211 k.p.c.²¹ Należy również podkreślić, że przy zastosowaniu tego trybu znacznie rzadziej dochodzi do uchylenia wyroku sądu arbitrażowego aniżeli w przypadku opisanego powyżej mechanizmu wprowadzonego przez art. 52 Konwencji Waszyngtońskiej²².

W doktrynie podkreśla się, że model unieważniania wyroków, istniejący w ramach Konwencji waszyngtońskiej, nie zapewnia należytej ochrony praw uczestników postępowania. Przede wszystkim konwencja waszyngtońska pozwala jedynie na unieważnienie rozstrzygnięcia w całości lub w części, bez możliwości jego poprawienia. Ponadto, inaczej niż w innych procedurach odwoławczych, gdzie organ odnosi się do poprawności wydanego orzeczenia, procedura unieważnienia „funkcjonuje raczej na poziomie oceny legitymizacji wydanego rozstrzygnięcia, zasadniczo bez względu na faktyczne lub prawne błędy”²³.

Z kolei jeśli chodzi o kwestię wykonania wyroku, Konwencja w art. 53 przewiduje, że wyrok jest ostateczny i wiążący dla stron, które mają obowiązek jego wykonania, o ile nie zostało ono wstrzymane. Oznacza to, że orzeczenia zapadające w postępowaniu przed ICSID nie mogą być przedmiotem żadnego postępowania, które zmierzałoby do jego anulowania lub zmiany. Z literalnego brzmienia przepisu wynika, że nad orzeczeniami ICSID brak jest zewnętrznej kontroli²⁴. Kwestię wykonalności reguluje natomiast art. 54 Konwencji. Zgodnie z tym przepisem, każde umawiające się państwo uzna wyrok za wiążący oraz zobowiązuje się do jego wykonania na takich samych zasadach, jakie obowiązują w przypadku wykonywania prawomocnych orzeczeń sądów krajowych. W tym miejscu należy jednak podkreślić, że zasada ta dotyczy jedynie wyroków zasądzających świadczenia pieniężne (*pecuniary obligations*). Zastrzeżenie to ma istotne znaczenie praktyczne z uwagi na fakt, że w sporach inwestycyjnych często można spotkać się z restytucją naturalną (*restitutio in integrum*)²⁵. W przypadku

¹⁹ *Sempra Energy International v. The Argentine Republic*, ICSID Case No. ARB/02/16.

²⁰ K. Szczudlik, *Enforcement of an ICSID award pending annulment*, Kwartalnik ADR, Nr 2(30)/2015, Legalis.

²¹ Ustawa z dnia 17 listopada 1964 r. – Kodeks postępowania cywilnego (Dz.U. z 1964, Nr 43, poz. 296 ze zm.).

²² W. Sadowski, *op.cit.*, s. 42.

²³ C. Mik, *Arbitraż w prawie międzynarodowym*, Warszawa 2014, s. 216.

²⁴ A. Szumański, *Arbitraż handlowy*, Warszawa 2015, s. 1075.

²⁵ *Ibidem*.

tego rodzaju wyroków zastosowanie znajdzie ogólny model uznawania i wykonywania orzeczeń arbitrażowych przewidziany w Konwencji Nowojorskiej.

Państwo będące stroną Konwencji powinno zatem podporządkować się wydanemu orzeczeniu i traktować je w taki sam sposób, jak traktuje orzeczenia wydawane przez jego sądy państwowe. Jak wskazuje A. Szumański, „formuła ta powinna eliminować wszelkie ewentualne zarzuty oparte np. na zasadzie immunitetu jurysdykcyjnego”²⁶. Państwa zobowiązane są także do zapewnienia skuteczności tych postanowień Konwencji poprzez wprowadzenie odpowiednich uregulowań w swoim prawie wewnętrznym.

W kontekście powyższych rozważań należy również odnieść się do art. 55 Konwencji. Zgodnie z tym przepisem, postanowienia konwencyjne nie powinny naruszać prawa wewnętrznego przyznającego państwu immunitet egzekucyjny. Państwo podpisując daną umowę inwestycyjną niejako zrzeka się przysługującego mu immunitetu jurysdykcyjnego poprzez wyrażenie zgody na poddanie ewentualnego sporu pod rozstrzygnięcie niezależnego sądu arbitrażowego. Problem immunitetu egzekucyjnego nie został jednak wprost i jednoznacznie rozwiązany, na co wskazuje treść wspomnianego już art. 55. W praktyce oznacza to, że państwo może powoływać się w toku egzekucji wyroku na przysługujący mu immunitet egzekucyjny, co czyni w praktyce wykonanie wyroku niemożliwym lub znacznie utrudnionym. Rozwiązaniem tego problemu może być wykonanie wyroku w państwie trzecim, w którym państwo pozwanego ma majątek. Często jednak państwa trzecie uznają w takiej sytuacji immunitet egzekucyjny pozwanego państwa. W doktrynie wskazuje się, że „skutecznym sposobem zapewnienia efektywności orzeczeń zapadających przeciwko państwu będzie jedynie wyraźne zrzeczenie się immunitetu egzekucyjnego przez stronę państwową w kontrakcie państwowym lub w umowie arbitrażowej”²⁷.

3.2. Uznawanie i wykonywanie orzeczeń na gruncie Konwencji o uznawaniu i wykonywaniu zagranicznych orzeczeń arbitrażowych sporządzanej w Nowym Jorku dnia 10 czerwca 1958 roku

Jak wskazano we wcześniejszej części artykułu, ICSID nie jest jedyną instytucją, przed którą możliwe jest rozstrzygnięcie sporów inwestycyjnych. Strony mogą poddać swój spór pod rozstrzygnięcie innych sądów arbitrażowych. Do najbardziej popularnych należą: Londyński Sąd Arbitrażu Międzynarodowego w Londynie (London Court of International Arbitration), Instytut Arbitrażowy Sztokholmskiej Izby Handlowej w Sztokholmie (The Arbitration Institute of the Stockholm Chamber of Commerce) oraz Międzynarodowy Sąd Arbitrażowy (International Court of Arbitration ICC) w Paryżu. Zamiast arbitrażu instytucjonalnego strony mogą również poddać swój spór pod rozstrzygnięcie trybunału arbitrażowego *ad hoc*. Postępowanie prowadzone jest w oparciu o regulamin danej instytucji albo na podstawie Regulaminu UNCITRAL w przypadku arbitrażu *ad hoc*. W przypadku orzeczeń wydanych w tym trybie, ich uznawanie oraz wykonywanie odbywa się na zasadach

²⁶ *Ibidem*.

²⁷ *Ibidem*, s. 1076.

określonych w Konwencji Nowojorskiej. Jak zauważył T. Ereciński: „Konwencja nowojorska pozostawia zasadniczo regulację uznawania i wykonywania zagranicznych wyroków arbitrażowych przepisom wewnętrznym państwa, z zastosowaniem jednak konieczności przestrzegania zasad w niej przewidzianych”²⁸. Z kolei jeżeli państwo, w którym orzeczenie ma zostać uznane albo wykonane nie jest stroną Konwencji, zastosowanie znajdą przepisy wewnętrzne tego państwa. Należy podkreślić, że także orzeczenia wydane w postępowaniu przed ICSID mogą być wykonywane w oparciu o wskazane mechanizmy, jeżeli orzeczenie nie opiewa na świadczenie pieniężne. Tryb konwencyjny znacznie różni się od wcześniej opisanego mechanizmu uznawania i wykonywania orzeczeń wydanych na forum ICSID, ponieważ zakłada kontrolę wyroku przez sąd, przed którym toczy się postępowanie o uznanie albo stwierdzenie wykonalności orzeczenia. Warunkiem formalnym uznania lub stwierdzenia wykonalności jest przedłożenie należycie legalizowanego oryginału orzeczenia lub należycie uwierzytelnionego odpisu takiego dokumentu oraz oryginał umowy poddającej spór pod rozstrzygnięcie sądu arbitrażowego lub należycie uwierzytelniony jej odpis. W przypadku arbitrażu inwestycyjnego będzie to w praktyce klauzula arbitrażowa zawarta w umowie o wzajemnym popieraniu i ochronie inwestycji wraz z pozwem inwestora. Wynika to z faktu, że w praktyce stroną klauzuli arbitrażowej umieszczonej w umowie są państwa, a zgoda na arbitraż inwestora wynika z pisma wszczynającego postępowanie. W art. V pkt. 1 Konwencji wskazano okoliczności, których zaistnienie warunkuje odmowę uznania i wykonania orzeczenia. Dotyczą one przede wszystkim wad odnoszących się do samej umowy, składu sądu lub orzeczenia i mają charakter formalny. Z kolei art. V pkt. 2 stanowi, że odmowa uznania i wykonania orzeczenia arbitrażowego może nastąpić również i wówczas, jeżeli właściwa władza kraju, w którym postawiono żądanie uznania i wykonania stwierdzi, że według prawa tego kraju przedmiot sporu nie może być rozstrzygany w drodze arbitrażu lub że uznanie lub wykonanie orzeczenia byłoby sprzeczne z porządkiem publicznym tego kraju. Najwięcej wątpliwości budzi w praktyce określenie „porządku publicznego”, które jest nieostre oraz niezdefiniowane w żadnym przepisie. Sąd Najwyższy w postanowieniu z 4 grudnia 2015 r., I CSK 26/15 stwierdził, że „przez podstawowe zasady porządku prawnego stanowiące podstawę oceny wyroku sądu arbitrażowego należy rozumieć nie tylko normy konstytucyjne, ale i naczelne normy w poszczególnych dziedzinach prawa”²⁹. W praktyce, do rozważań na temat pojęcia „porządek publiczny” często odnosi się dorobek orzeczniczy dotyczący bardzo zbliżonego określenia użytego w art. 1146 § 1 pkt. 5 k.p.c. – „podstawowe zasady porządku prawnego”. Rozstrzygnięcie znaczenia oraz sposobu rozumienia tego pojęcia przekracza ramy niniejszego artykułu, jednak w tym miejscu należy zwrócić uwagę, że daje ono sądowi pole do pozbawienia praktycznego znaczenia orzeczenia wydanego na tle sporu inwestycyjnego. Jest to niewątpliwie znacząca różnica pomiędzy systemem ICSID, który wyklucza w praktyce jakąkolwiek kontrolę orzeczenia przez sąd krajowy. Należy

²⁸ T. Ereciński, *Postępowanie o stwierdzenie wykonalności zagranicznego wyroku arbitrażowego (zagadnienia wybrane)*, Kwartalnik ADR, Nr 1(5)/2009, s. 68.

²⁹ Postanowienie Sądu Najwyższego z 4 grudnia 2015 r., I CSK 26/15, Legalis.

jednak podkreślić, że sąd nie ma możliwości zastosowania kontroli merytorycznej orzeczenia. Jak stwierdził Sąd Najwyższy w postanowieniu z 9 marca 2004 r., I CK 412/03, „merytoryczna zasadność wydanego orzeczenia arbitrażowego pozostaje poza granicami osądu w sprawie dotyczącej stwierdzenia wykonalności wyroku sądu polubownego wydanego za granicą”³⁰.

W tym miejscu należy również zwrócić uwagę na brzmienie art. I pkt. 3 Konwencji Nowojorskiej, który stanowi, że podpisując lub ratyfikując Konwencję albo przystępując do niej lub składając przewidziane w art. X oświadczenie o jej rozciągnięciu, każde z Państw może oświadczyć, że będzie stosowało Konwencję do sporów wynikłych jedynie z takich stosunków prawnych, zarówno umownych jak i pozaumownych, które uważane są według jego prawa krajowego za handlowe. Wiele państw, w tym Polska, złożyło takie oświadczenie i w związku z tym należy rozważyć, czy spory inwestycyjne mogą być uznawane za takie, które wynikają ze stosunków prawnych o charakterze handlowym. Jednak Konwencja nie definiuje tego pojęcia, co oznacza, że należy rozpatrywać je na gruncie prawa państwa, które zgłosiło zastrzeżenie³¹. Stosunek prawny o handlowym charakterze może zostać wyróżniony na podstawie kryterium podmiotowego lub przedmiotowego. Jeśli chodzi o pierwsze z wymienionych, stosunek prawny będzie miał charakter handlowy jeżeli jedną ze stron tego stosunku jest podmiot prowadzący działalność gospodarczą. Kryterium przedmiotowe może zakładać, że ze stosunkiem prawnym o charakterze handlowym będziemy mieć do czynienia wówczas, gdy związany jest on z obrotem gospodarczym. Niewątpliwie inwestycje zagraniczne mają związek z działalnością gospodarczą inwestorów, co przemawia za uznaniem sporów inwestycyjnych za spory handlowe. Warto przytoczyć w tym miejscu definicję pojęcia „stosunki handlowe” zaproponowaną przez T. Szurskiego. Przez stosunki handlowe autor uważa bowiem „wszelkie transakcje na dostawę towarów lub usług, umowy licencyjne, inwestycyjne, reprezentacje handlowe lub agencje, prace inżynierskie, udzielanie licencji, inwestycje, finansowanie, bankowość, ubezpieczenie, umowy o eksploatację lub koncesyjne, wspólne przedsięwzięcia, inne formy kooperacji przemysłowej lub handlowej, a także umowy o przewóz towarów lub pasażerów drogą powietrzną, morską, kolejową i lądową”³². Ponadto, często same strony w traktatach inwestycyjnych odwołują się do postanowień Konwencji Nowojorskiej jako właściwej dla uregulowania kwestii związanych z uznawaniem i wykonywaniem orzeczeń. Taka sytuacja ma miejsce w przypadku umowy o wzajemnym popieraniu i ochronie inwestycji zawarta pomiędzy Polską a Niemcami (art. 11 ust. 4 tej umowy zawiera bezpośrednie odwołanie do Konwencji Nowojorskiej).

³⁰ Postanowienie Sądu Najwyższego z 9 marca 2004 r., I CK 412/03, Legalis.

³¹ A. Torbus, *Wybrane zagadnienia stosowania Konwencji nowojorskiej o uznawaniu i wykonywaniu orzeczeń arbitrażowych*, http://arbitraz.laszczuk.pl/_adr/63/Wybrane_zagadnienia_stosowania_Konwencji_nowojorskiej_o_uznawaniu_i_wykonywaniu_zagranicznych_orzeczen_arbitrazowych.pdf.

³² T. Szurski, *Międzynarodowy arbitraż handlowy (sądownictwo polubowne w międzynarodowych stosunkach handlowych)*, Radca Prawny 2/2003, s. 67.

Należy także podkreślić, że obecnie nie ma możliwości zastosowania Rozporządzenia Rady (WE) Nr 44/2001 z dnia 22 grudnia 2000 r. w sprawie jurysdykcji i uznawania orzeczeń sądowych oraz ich wykonywania w sprawach cywilnych i handlowych z uwagi na fakt, że w art. 1 ust. pkt. d wprost wyłącza z jego zakresu przedmiotowego sądownictwo polubowne.

4. Podsumowanie

Podsumowując, rola arbitrażu inwestycyjnego w międzynarodowych stosunkach gospodarczych jest obecnie bardzo znacząca, o czym świadczy ilość umów o popieraniu i wzajemnej ochronie inwestycji. Rzeczpospolita Polska jest stroną ponad stu takich umów, natomiast ogólna ich liczba w 2005 roku wynosiła prawie 2500³³. Ze względu na szerokie pojęcie inwestycji, co jednocześnie zwiększa zakres potencjalnych sporów, niezbędne było zapewnienie metody szybkiej, a zarazem jak najbardziej obiektywnej i rzetelnej do rozstrzygania konfliktów powstających na tle procesów inwestycyjnych. Także liczba państw-sygnatariuszy Konwencji Waszyngtońskiej o Rozwiązywaniu Sporów Inwestycyjnych Pomiędzy Państwami a Obywatelami Innych Państw z 1965 roku świadczy o potrzebie zapewnienia skutecznych mechanizmów, które uwzględnią zarówno interesy państw, jak i inwestorów. Dzięki niej został stworzony uniwersalny i przejrzysty system dotyczący rozwiązywania sporów inwestycyjnych. Niewątpliwie sprecyzowanie zasad, na jakich rozstrzygane są spory między inwestorami i państwami znacznie ułatwia ich rozwiązywanie, a tym samym stwarza lepsze warunki dla inwestorów. Pominięcie drogi sądownictwa państwowego znacznie poprawia pozycję inwestorów, gdyż spór jest rozstrzygany przez niezależny trybunał arbitrażowy, który mogą wybrać same strony. Ponadto, strony mają także wpływ na wybór prawa właściwego. Bardzo istotną kwestią pozostaje jednak uznawanie i wykonywanie wyroków rozstrzygających spory inwestycyjne. Nawet najbardziej precyzyjne uregulowania dotyczące rozstrzygania sporów nie spełnią swojej funkcji jeśli strony nie będą miały możliwości wykonania orzeczenia bez narażania się na długotrwałą oraz skomplikowaną procedurę. Obecnie największą rolę spełniają dwa tryby uznawania i wykonywania wyroków sądów arbitrażowych rozstrzygających spory inwestycyjne: mechanizm przewidziany w Konwencji Waszyngtońskiej z 1965 roku oraz ten stworzony przez Konwencję Nowojorską z 1958 roku.

* * *

Recognition and Enforcement of Judgments Issued in the Proceeding Concerning Investment Disputes

The article concerns the issue of recognition and enforcement of arbitral awards rendered in investment disputes on the ground of The Convention on the Recognition and Enforcement

³³ M.L. Moses, *op.cit.*, s. 232.

of Foreign Arbitral Awards (1958) and Convention on the Settlement of Investment Disputes between States and Nationals of Other States (1965). It involves advantages and disadvantages of this method of dispute resolution, as well as rights and obligations of parties of the dispute. In general way it describes the mechanism which was created in Convention on the Settlement of Investment Disputes Between States and Nationals of Other States.

Key words: arbitration, investment, bilateral investment treaties, investment disputes, recognition and enforcement of arbitral awards

Marta Marciniak¹

Prawo do prywatności a ochrona danych osobowych

Streszczenie:

Zarówno prawo do prywatności, jak i prawo do ochrony danych osobowych wywodzą się z prawa do poszanowania godności i są jednym z jego aspektów. Jednakże należy zwrócić uwagę na odrębność i niezależność tych zagadnień. Stosunek tych praw względem siebie należy określić mianem krzyżowania, bowiem niejednokrotnie, choć nie jest to regułą, nie-dozwolone przetwarzanie danych osobowych będzie ingerowało w prywatność, a z kolei naruszenie prawa do prywatności nie polega wyłącznie na nieuprawnionym przetwarzaniu danych. Ochrona danych osobowych jest jedynie jednym ze sposobów realizacji prawa do prywatności i aby uzyskać ochronę zagwarantowaną przez przepisy o ochronie danych osobowych nie trzeba każdorazowo wykazywać ingerencji w sferę prywatności.

Słowa kluczowe: prawo do prywatności, ochrona danych osobowych, prawo europejskie, prawa konstytucyjne

1. Wprowadzenie

Prawo do prywatności i prawo do ochrony danych osobowych mają swoje źródło w najwyższej wartości – godności ludzkiej, która jest przyrodzona każdemu człowiekowi i niezbywalna. Godność wyznacza pozycję człowieka w społeczeństwie. Oznacza, że powinien być on traktowany jako podmiot autonomiczny i wolny, mający możliwość rozwijania swojej osobowości i formowania swojego postępowania². To właśnie godność człowieka stanowi źródło wszelkich jego praw i wolności, a wywodzące się z niej prawa stanowią fundament porządku prawnego w demokratycznym państwie. Do poszanowania

¹ Autorka jest doktorantką na Wydziale Prawa i Administracji Uniwersytetu Śląskiego.

² Wyrok TK z 30 września 2008 r., K 44/07 (Dz.U. z 2008, Nr 177, poz. 1095), s. 34.

godności człowieka przyczynia się także zagwarantowanie prawa do prywatności realizowane również dzięki ochronie danych osobowych. Potwierdza to K. Wygoda, stwierdzając że: „poszanowanie prywatności człowieka poprzez pozostawienie go w spokoju, wyrażające się w nieingerencji (ze strony państwa, ale i innych podmiotów) w pewną określoną (w Polsce także konstytucyjnie) sferę życia jednostki i zabezpieczeniem jej przed nieuprawnionymi działaniami zmierzającymi do naruszenia owej sfery, przyczynia się również do poszanowania godności”³. Natomiast I. Lipowicz wskazuje, że: „Godność człowieka jako naczelna wartość państwa prawa leży u podstaw ochrony danych osobowych. (...) naruszenie prawa do prywatności intymności to ingerencja w psychikę, która może być trwalszą i boleśniejszą dyskryminacją niż tortury”⁴. Z tego względu: „Państwo ma obowiązek chronić dane swoich obywateli, bo chroni ich godność”⁵.

Mając na względzie powyższe, prawo do prywatności i prawo do ochrony danych osobowych bezsprzecznie wywodzą się ze wspólnego źródła i przyczyniają się do poszanowania godności człowieka, jednakże istotne jest, aby określić jaki związek istnieje między samym prawem do prywatności a ochroną danych osobowych. Dane osobowe uznawane są za element powszechnego prawa do życia prywatnego, jako że posługiwanie się informacją o osobie może stanowić wkroczenie w sferę jej prywatności, zatem aby uznać powyższy pogląd za słuszny należy rozpocząć od scharakteryzowania pojęcia prawa do prywatności.

2. Pojęcie prawa do prywatności

Pomimo iż nietrudno jest wskazać elementy składające się na pojęcie prywatności – nienaruszalność miru domowego, życie rodzinne, sferę intymną, ochronę danych osobowych, tajemnicę korespondencji – to precyzyjne określenie definicji prawa do prywatności rodzi pewne trudności, bowiem jest to pojęcie szerokie i złożone.

Po raz pierwszy ramy tego zagadnienia zostały określone w 1890 roku w amerykańskim artykule *Right to privacy*⁶, którego autorami byli profesorowie prawa Samuel D. Warren i Luis D. Brandeis. W powyższej publikacji zostało użyte sformułowanie *right to be alone*, które określiło prywatność jako uprawnienie do pozostawania w spokoju oraz wyłączności, odrębności, samotności.

Na gruncie polskim definicja prywatności została sformułowana przez prof. Andrzeja Kopffa, według którego jest to „prawo jednostki do życia własnym życiem układanym według własnej woli z ograniczeniem do niezbędnego minimum wszelkiej ingerencji zewnętrznej”⁷. W jego opinii życiem prywatnym jest „to wszystko, co ze względu

³ K. Wygoda, *Ochrona danych osobowych i prawo do informacji o charakterze osobowym* [w:] *Prawa i wolności obywatelskie*, red. B. Banaszak, A. Preisner, Warszawa 2002, s. 401.

⁴ I. Lipowicz, *Konstytucyjne podstawy danych osobowych* [w:] *Ochrona danych osobowych w Polsce z perspektywy dziesięciolecia*, red. P. Fajgielski, Lublin 2008, s. 46.

⁵ *Ibidem*.

⁶ S.D. Warren, L.D. Brandeis, *The right to privacy*, Harvard Law Review 1890, vol. IV, December, p. 193-220.

⁷ A. Kopff, *Koncepcja prawa do intymności i do prywatności życia osobistego (zagadnienia konstrukcyjne)*, *Studia Cywilistyczne* 1972, t. XX, s. 30.

na uzasadnione odosobnienie się jednostki od ogółu służy jej do rozwoju fizycznej lub psychicznej osobowości oraz zachowania osiągniętej pozycji społecznej”⁸. Ponadto wyróżnił on sfery składające się na życie prywatne – strefa intymnego życia osobistego, sfera prywatnego życia osobistego i sfera powszechnej intymności⁹. Pierwsza z nich to osobiste przeżycia człowieka, a także „duchowe”, które dotyczą jego intymności, a wnikanie w nią jest generalnie nieuzasadnione, bo powoduje zakłopotanie człowieka. Druga sfera to zdarzenia i informacje dotyczące życia osobistego i rodzinnego jednostki, które są przeznaczone dla członków rodziny, znajomych, czy przyjaciół, jako formy jego życia w społeczeństwie. Ostatnia sfera pozostaje poza ochroną. W opinii prof. Andrzeja Kopffa:

granica sfery prywatności życia osobistego i sfery powszechnej dostępności przebiega nie w tym miejscu, gdzie życie prywatne rozgrywa się publicznie, lecz tam, gdzie zaczyna ono dotyczyć innych ludzi. (...) w związku z tym należy zastąpić nieprzydatne kryterium faktycznej dostępności – kryterium usprawiedliwionego zainteresowania. Zainteresowanie to jest zaś wtedy usprawiedliwione, gdy fakty odnoszące się do cudzego życia prywatnego, dotyczą społeczeństwa lub pewnych jego kręgów i gdy za zainteresowaniem tym przemawiają takie czynniki jak dobro informacji, nauki, kultury itp.¹⁰

Mając na względzie powyższe należy wskazać, że istotą prawa do prywatności jest zakaz ingerowania innych w sferę życia osobistego człowieka¹¹, chyba że w pewnych okolicznościach i określonych warunkach prawo na to pozwala. Jednocześnie państwo powinno zagwarantować człowiekowi poszanowanie jego prawa do prywatności i chronić go przed możliwymi naruszeniami.

2.1. Prawo do prywatności w prawie polskim

Na gruncie prawa polskiego podstawy do ochrony prywatności znajdują się przede wszystkim w Konstytucji Rzeczypospolitej Polskiej z dnia 2 kwietnia 1997 r.¹² W rozdziale II Konstytucji określone zostały wolności, prawa i obowiązki człowieka i obywatela, które stanowią podstawę dla regulacji chroniących dane jednostek.

Stosownie do art. 47 Konstytucji: „Każdy ma prawo do ochrony prawnej życia prywatnego, rodzinnego, czci i dobrego imienia oraz do decydowania o swoim życiu osobistym”. Natomiast w myśl art. 51, który w pewnym sensie konkretyzuje i uzupełnia art. 47: „Nikt nie może być obowiązany inaczej niż na podstawie ustawy do ujawniania informacji dotyczących jego osoby” (ust. 1); „Władze publiczne nie mogą pozyskiwać, gromadzić i udostępniać innych informacji o obywatelach niż

⁸ *Idem*, *Ochrona sfery życia prywatnego jednostki w świetle doktryny i orzecznictwa*, ZNUJ 1982, z. 100, s. 37.

⁹ A. Kopff, *Koncepcja...*, s. 31 i nast.

¹⁰ *Ibidem*, s. 33.

¹¹ J. Barta, P. Fajgielski, R. Markiewicz, *Ochrona danych osobowych. Komentarz LEX*, Warszawa 2015, s. 139.

¹² Dz.U. z 1997, Nr 78, poz. 483 z późn. zm.

niezbędne w demokratycznym państwie prawnym” (ust. 2); „Każdy ma prawo dostępu do dotyczących go urzędowych dokumentów i zbiorów danych” (ust. 3); „Ograniczenie tego prawa może określić ustawa” (ust. 4); „Każdy ma prawo do żądania sprostowania oraz usunięcia informacji nieprawdziwych, niepełnych lub zebranych w sposób sprzeczny z ustawą” (ust. 5); „Zasady i tryb gromadzenia oraz udostępniania informacji określa ustawa” (ust. 6). Ponadto, w art. 49 Konstytucja zapewnia wolność i ochronę tajemnicy komunikowania się, a w art. 50 zagwarantowana została nienaruszalność mieszkania.

Kodeks cywilny gwarantuje ochronę prywatności w art. 23, który wskazuje otwarty zestaw dóbr osobistych przewidując, że zdrowie, wolność, cześć, swoboda sumienia, nazwisko lub pseudonim, wizerunek, tajemnica korespondencji, nietykalność mieszkania, twórczość naukowa, artystyczna, wynalazcza i realizatorska, niezależnie od ochrony przewidzianej innymi przepisami, są pod ochroną przepisów prawa cywilnego. Należy zaznaczyć, że dobra osobiste należą do bezwzględnych praw podmiotowych, co oznacza, że są skuteczne wobec wszystkich i nikt nie może ingerować w tę sferę praw. Dodatkowo art. 24 k.c. wskazuje sankcje w przypadku naruszenia dóbr osobistych.

2.2. Ochrona danych osobowych

Jak zostało to już wspomniane na wstępie, dane osobowe są elementem prawa do prywatności, a przepisy dotyczące ochrony danych osobowych realizują powszechne prawo człowieka do prywatności. Wraz z pojawieniem się nowych technologii informacyjnych powstała potrzeba odrębnego uregulowania zasad zabezpieczania danych osobowych osób fizycznych. We współczesnym świecie tradycyjne (manualne) metody zbierania informacji zostały zastąpione przez nowoczesne i skomputeryzowane systemy przetwarzania i udostępniania danych. Uznano, że nieobjęcie baz danych, które zawierają informacje o jednostkach, prawną regulacją może powodować nieuprawnione ingerowanie w wolność tych jednostek i ich prywatność, a także odbierać im możliwość kontrolowania i dysponowania informacjami na swój temat, bowiem informacja o osobie stała się wartościowym towarem¹³. Zatem rozwój nowoczesnych systemów informatycznych, w których przetwarzanie danych oparte jest na elektronicznych technikach, doprowadził do wyspecjalizowania się prawa do ochrony danych osobowych z prawa do prywatności, a objęcie samodzielną ochroną problematyki ochrony danych osobowych ma w praktyce ważne znaczenie. W opinii M. Safjana dwoma głównymi powodami tworzenia odrębnych środków ochrony danych osobowych jest po pierwsze fakt, iż tradycyjne, wykorzystywane na gruncie prawa cywilnego i karnego, mechanizmy ochrony prywatności nie były skuteczne; po drugie uznanie publicznoprawnych środków za podstawowy tryb ochrony danych osobowych¹⁴.

¹³ J. Barta, P. Fajgielski, R. Markiewicz, *op.cit.*, s. 24.

¹⁴ M. Safjan, *Prawo do prywatności i ochrona danych osobowych w społeczeństwie informacyjnym*, PiP 6/2002.

2.2.1. Europejskie i krajowe standardy ochrony danych osobowych

Na gruncie prawa europejskiego standard w zakresie prawa do prywatności wyznacza Konwencja o ochronie praw człowieka i podstawowych wolności sporządzona w dniu 4 listopada 1993 r. w Rzymie¹⁵ (EKPC).

W myśl art. 8 Konwencji: „Każdy ma prawo do poszanowania swojego życia prywatnego i rodzinnego, swojego mieszkania i swojej korespondencji” (ust. 1). Jednocześnie: „Niedopuszczalna jest ingerencja władzy publicznej w korzystanie z tego prawa z wyjątkiem przypadków przewidzianych przez ustawę i koniecznych w demokratycznym społeczeństwie z uwagi na bezpieczeństwo państwowe, bezpieczeństwo publiczne lub dobrobyt gospodarczy kraju, ochronę porządku i zapobieganie przestępstwom, ochronę zdrowia i moralności lub ochronę praw i wolności osób” (ust. 2). Wobec powyższego, zgodnie z treścią art. 8 dopuszczalna jest jedynie taka ingerencja, która jest przewidziana przez przepisy prawa rangi ustawowej. Ponadto, ingerencja musi być konieczna z powodów wymienionych w tym przepisie.

O uznaniu prawa do ochrony danych osobowych za objęte zakresem ochrony art. 8 EKPC przesądziło orzecznictwo Europejskiego Trybunału Praw Człowieka, które jednoznacznie wskazało, że przetwarzanie danych osobowych może wkraczać w sferę życia prywatnego¹⁶.

Trybunał w sprawie *Z. v. Finlandia* wskazał, że „ochrona danych osobowych, a w szczególności medycznych, ma fundamentalne znaczenie dla korzystania z prawa poszanowania życia prywatnego i rodzinnego, zagwarantowanego w art. 8 Konwencji. (...) Prawo wewnętrzne musi zapewnić odpowiednie gwarancje pozwalające zapobiec ujawnianiu danych dotyczących zdrowia poszczególnych osób”¹⁷.

W sprawie *M.S. v. Szwecja* Trybunał powtórzył, że ochrona danych osobowych, w szczególności danych medycznych, ma fundamentalne znaczenie dla korzystania z prawa do poszanowania życia prywatnego i rodzinnego, zgodnie z art. 8 EKPC¹⁸.

Natomiast w sprawie *H. Amann. v. Szwajcaria* Trybunał stwierdził, że pozyskiwanie przez władze publiczne danych o człowieku stanowi ingerencję w jego prawo do poszanowania życia prywatnego nawet wtedy, gdy nie dotyczy to tzw. danych wrażliwych¹⁹.

Prawo do ochrony danych osobowych zostało zagwarantowane również w Karcie Praw Podstawowych UE²⁰. Przepis art. 8 tego aktu wskazuje, że: „Każdy ma prawo do ochrony danych osobowych, które go dotyczą” (ust. 1); „Dane te muszą być przetwarzane rzetelnie w określonych celach i za zgodą osoby zainteresowanej lub na innej

¹⁵ Konwencja o ochronie praw człowieka i podstawowych wolności sporządzona w dniu 4 listopada 1993 r. w Rzymie, zmieniona następnie Protokołami nr 3, 5 i 8 oraz uzupełniona Protokołem nr 2 (Dz.U. z 1993, Nr 61, poz. 284 z późn. zm.).

¹⁶ J. Barta, P. Fajgielski, R. Markiewicz, *op.cit.*, s. 35.

¹⁷ Wyrok ETPC z 25 lutego 1997 r., 22009/93, *Z. v. Finlandia* [za:] M.A. Nowicki, *Europejski Trybunał Praw Człowieka Orzecznictwo*, t. 2, Kraków 2002, s. 672-677.

¹⁸ Wyrok ETPC z 27 sierpnia 1997 r., sprawa nr 20873/93/92, *M.S. v. Szwecja*, Reports 27/08/1997/1997IV.

¹⁹ Wyrok ETPC z 16 lutego 2000 r., sprawa nr 27798/95, *Amann. v. Szwajcaria* [za:] J. Barta, P. Fajgielski, R. Markiewicz, *op.cit.*, s. 37 i nast.

²⁰ Karta Praw Podstawowych Unii Europejskiej z 7 grudnia 2000 r. (Dz.U. C Nr 303 z 2007), s. 1.

uzasadnionej podstawie przewidzianej ustawą. Każdy ma prawo dostępu do zebranych danych, które go dotyczą, i prawo do dokonania ich sprostowania” (ust. 2); „Przestrzeganie tych zasad podlega kontroli niezależnego organu” (ust. 3). Dodatkowo na mocy art. 47 Karty Praw Podstawowych:

Każdy, kogo prawa i wolności zagwarantowane przez prawo Unii zostały naruszone, ma prawo do skutecznego środka prawnego przed sądem, zgodnie z warunkami przewidzianymi w niniejszym artykule. Każdy ma prawo do sprawiedliwego i jawnego rozpatrzenia jego sprawy w rozsądnym terminie przez niezawisły i bezstronny sąd ustanowiony uprzednio na mocy ustawy. Każdy ma możliwość uzyskania porady prawnej, skorzystania z pomocy obrońcy i przedstawiciela. Pomoc prawna jest udzielana osobom, które nie posiadają wystarczających środków, w zakresie w jakim jest ona konieczna dla zapewnienia skutecznego dostępu do wymiaru sprawiedliwości.

Oba powyższe przepisy ściśle ze sobą korespondują, bowiem art. 47 gwarantuje skuteczność wszelkich praw zawartych w Karcie Praw Podstawowych i łącznie z art. 8 stanowi fundament w prawie unijnym dla mechanizmów realizacji ochrony w sytuacji wystąpienia naruszeń danych osobowych²¹.

2.3.1.1. Konwencja 108

Konwencja 108 Rady Europy z dnia 28 stycznia 1981 r. o ochronie osób w związku z automatycznym przetwarzaniem danych osobowych²², jest jedną z pierwszych regulacji europejskich w zakresie ochrony danych osobowych.

Celem Konwencji 108 jest wprowadzenie w krajach europejskich ujednoliconej ochrony danych osobowych, a przez to umożliwienie swobodnego przepływu danych osobowych na terenie państw członkowskich, a także zagwarantowanie poszanowania praw i podstawowych wolności, w szczególności prawa do prywatności, w związku z automatycznym przetwarzaniem danych osobowych, każdej osobie fizycznej, niezależnie od jej narodowości i miejsca zamieszkania.

Konwencja w art. 5 i 6 określiła zasady przetwarzania danych osobowych. Zgodnie z nimi, dane osobowe przetwarzane automatycznie muszą być gromadzone oraz przetwarzane rzetelnie i legalnie, dla konkretnych i usprawiedliwionych prawnie celów, jak również nie mogą być wykorzystywane w sposób sprzeczny z tymi celami. Muszą być stosowne, rzeczowe i niewykraczające poza potrzeby wynikające z celów, dla których zostały pozyskane, a ponadto dokładne i aktualne oraz przechowywane tak, aby podmiot danych mógł zostać zidentyfikowany przez okres nie dłuższy niż niezbędny dla realizacji celu przetwarzania. Dodatkowo, nie wolno przetwarzać automatycznie danych osobowych ujawniających pochodzenie rasowe, poglądy polityczne, przekonania religijne lub inne oraz danych osobowych dotyczących zdrowia lub życia seksualnego, chyba że prawo wewnętrzne gwarantuje odpowiednie zabezpieczenia.

²¹ D. Głowacka, *Dostęp do mechanizmów ochrony danych osobowych w krajach UE – wnioski z raportu Agencji Praw Podstawowych Unii Europejskiej* [w:] *Aktualne problemy prawnej ochrony danych osobowych*, red. G. Sibiga, MoP 9/2014.

²² Dz.U. z 2003, Nr 3, poz. 25.

Natomiast zgodnie z art. 9 Konwencji 108 od stosowania powyższych przepisów można odstąpić jedynie, jeżeli jest to konieczne w społeczeństwie demokratycznym do ochrony państwa, bezpieczeństwa publicznego, interesów walutowych państwa, zwalczania przestępczości lub ochrony podmiotu danych oraz praw i wolności innych osób.

Na mocy Konwencji 108 każdej osobie, której dane są przetwarzane, został przyznany szereg uprawnień. Przede wszystkim, prawo do ustalenia informacji o istnieniu zautomatyzowanego zbioru danych osobowych, o jego celach oraz kto jest administratorem danych. Następnie, prawo do otrzymywania w czytelnej formie, w rozsądnym czasie, bez nadmiernej zwłoki i nadmiernych kosztów informacji, czy w danym zautomatyzowanym zbiorze znajdują się jej dane osobowe oraz prawo do uzyskania potwierdzenia. Dodatkowo, prawo do sprostowania lub usunięcia danych, jeśli zostały przetworzone z naruszeniem przepisów prawa, a także prawo do ustalenia formy zadośćuczynienia w razie nieuwzględnienia jej prośby o potwierdzenie albo udostępnienie, sprostowanie lub usunięcie danych.

W akcie tym dostrzeżono powiązanie prawa do prywatności z prawem do ochrony danych osobowych. Potwierdzają to zapisy zawarte w Konwencji 108, a w szczególności jej preambuła, w której wskazano, iż „pożądane jest rozszerzenie zakresu ochrony praw i podstawowych wolności każdej osoby, a w szczególności prawa do poszanowania prywatności”. Zaraz po tym stwierdzono, że: „potwierdzając równocześnie swoje zaangażowanie na rzecz wolności przepływu informacji, bez względu na granice, uznając konieczność pogodzenia podstawowych wartości, takich jak poszanowanie prywatności i swobody przepływu informacji między ludźmi”.

2.3.1.2. Dyrektywa 95/46/WE

Nawiązanie do prawa do prywatności zostało zawarte również w Dyrektywie Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 24 października 1995 r. (95/46/WE) w sprawie ochrony osób fizycznych w zakresie przetwarzania danych osobowych oraz swobodnego przepływu tych danych²³, która stanowiła przełom w zakresie ochrony danych osobowych w Europie. W art. 1 Dyrektywy zaznaczono jej cel, jakim jest ochrona podstawowych praw i wolności osób fizycznych, a w szczególności ich prawa do prywatności w odniesieniu do przetwarzania danych osobowych. Natomiast w pkt. 2 preambuły wskazano, że „systemy przetwarzania danych są tworzone po to, aby (...) szanować (...) podstawowe prawa i wolności, szczególnie prawo do prywatności, oraz przyczynić się do postępu gospodarczego i społecznego, rozwoju handlu oraz dobrobytu jednostek”.

Dyrektywę 95/46/WE stosuje się do danych osobowych wchodzących lub mających wejść w skład zbioru danych przetwarzanego w całości lub części w sposób zautomatyzowany, jak również do ich tradycyjnego przetwarzania w zbiorach danych.

Odnosnie zasad przetwarzania danych osobowych Dyrektywa w art. 6 formułuje je w sposób zbliżony do Konwencji 108. Dane osobowe mają być przetwarzane rzetelnie i legalnie, gromadzone dla jasnych, konkretnych i legalnych celów, a także

²³ Dz.Urz. WE L 281 z 23.11.1995, s. 31; Dz. Urz. UE Polskie wydanie specjalne, rozdz. 13, t. 15, s. 355 z późn. zm.

niepoddawane dalszemu przetwarzaniu w sposób niezgodny z tym celem. Dalsze przetwarzanie danych może nastąpić w celach historycznych, statystycznych lub naukowych pod warunkiem ustanowienia odpowiednich środków zabezpieczających. Przetwarzane dane osobowe muszą być poprawne, stosowne i nienadmierne w stosunku do celów przetwarzania, prawidłowe i aktualizowane, a także przechowywane w postaci i formie umożliwiającej identyfikację podmiotów danych, nie dłużej niż jest to konieczne do realizacji celów, dla których dane zostały zgromadzone lub są przetwarzane.

Dodatkowo w art. 8 Dyrektywy został wprowadzony zakaz przetwarzania szczególnych kategorii danych (tzw. danych wrażliwych), do których zaliczono dane o pochodzeniu rasowego lub etnicznego, opinii politycznych, przekonań religijnych lub filozoficznych, przynależności do związków zawodowych, jak też przetwarzania danych dotyczących zdrowia i życia seksualnego. Dyrektywa w sposób bardziej rozbudowany niż Konwencja 108 reguluje odstępstwa od tego zakazu, jednocześnie nie wskazując zamkniętego katalogu tych wyjątków. Przede wszystkim zakaz ten nie obowiązuje jeżeli osoba, której dane dotyczą, udzieliła wyraźnej zgody na ich przetwarzanie, jednakże wewnętrzne przepisy prawa państwa członkowskiego mogą przewidywać, że zakaz ten nie może być uchylony mimo udzielonej zgody. Ponadto, zakaz może być zniesiony, jeżeli przetwarzanie danych jest niezbędne do wypełniania obowiązków i uprawnień administratora danych w zakresie prawa pracy, przy czym musi to być przewidziane przepisami prawa, które jednocześnie gwarantują odpowiednie środki zabezpieczające; jest konieczne dla ochrony żywotnych interesów podmiotu danych lub innej osoby, w przypadku gdy osoba zainteresowana jest fizycznie lub prawnie niezdolna do udzielenia zgody; jest dokonywane przez fundację, stowarzyszenie lub inną instytucję nienastawioną na zysk, których cele mają charakter polityczny, filozoficzny, religijny lub związkowy, lecz jedynie, gdy przetwarzanie danych odnosi się do ich członków lub osób mających z nimi regularny kontakt, a dane nie mogą zostać ujawnione osobie trzeciej bez zgody tych osób; dotyczy danych podanych do publicznej wiadomości przez zainteresowanego lub jest niezbędne do ustalenia, wykonania bądź ochrony roszczeń prawnych. Wyjątkiem od zakazu jest również sytuacja, gdy przetwarzanie danych jest wymagane do celów medycyny prewencyjnej, diagnostyki medycznej, świadczenia opieki lub leczenia lub też zarządzania opieką zdrowotną, jak również w przypadkach, gdy dane są przetwarzane przez pracownika służby zdrowia zgodnie z przepisami prawa krajowego lub zasadami określonymi przez właściwe krajowe instytucje, podlegającemu obowiązkowi zachowania tajemnicy zawodowej lub przez inną osobę również zobowiązaną do zachowania tajemnicy. Dyrektywa przewiduje również, że państwa członkowskie mogą wskazać, mając na względzie istotny interes publiczny, inne niż powyżej wskazane wyłączenia, pod warunkiem, że zapewnią odpowiednie środki zabezpieczające.

Dyrektywa, tak jak Konwencja 108, przyznała osobom, których dane dotyczą, uprawnienia mające na celu kontrolę tych danych. Przede wszystkim osoba, której dane dotyczą, ma prawo uzyskania od administratora danych szeregu informacji, które różnią się w zależności od tego, czy pozyskał je od tej osoby, czy z innych źródeł. W pierwszym przypadku administrator informuje podmiot danych o swojej

tożsamości i ewentualnie swoim przedstawicieli, celach przetwarzania danych, innych informacjach takich jak: odbiorcy lub kategorie odbiorców danych, dobrowolność lub obowiązek podania danych i konsekwencje za zaniechanie tego obowiązku, prawo do wglądu i sprostowania danych. W sytuacji pozyskiwania danych przez administratora danych z innego źródła jest on zobowiązany, od początku gromadzenia danych osobowych i nie później niż do momentu pierwszego ujawnienia ich osobie trzeciej, poinformować osobę, której dane dotyczą o swojej tożsamości i ewentualnie swoim przedstawicieli, celach przetwarzania danych, innych informacjach, takich jak: kategorie przetwarzanych danych, odbiorcy lub kategorie odbiorców danych, dobrowolności lub obowiązkowi podania danych i ewentualnych konsekwencjach za zaniechanie tego obowiązku, prawie do wglądu i sprostowania danych. Obowiązek informacyjny nie musi zostać spełniony gdy osoba, której dane dotyczą, już takie informacje posiada, a także wtedy, gdy wymagałoby to niewspółmiernie dużego wysiłku lub gromadzenie tych danych i ich ujawnianie jest wyraźnie przewidziane przepisami prawa.

Ponadto osoba, której dane dotyczą, posiada prawo nieograniczonego, realizowanego w odpowiednich odstępach czasu, dostępu do swoich danych osobowych, tj. do uzyskania, w zrozumiałej formie, bez nadmiernego opóźnienia i kosztów, informacji, czy jej dane osobowe przetwarzane są w zbiorze danych oraz o jego celach i źródłach tych danych, kategoriach przetwarzanych danych, a także odbiorcach lub kategoriach odbiorców, którym dane te są przekazywane. Dodatkowo podmiot danych ma prawo żądania sprostowania, usunięcia lub zablokowania danych, które są przetwarzane niezgodnie z przepisami dyrektywy, a w szczególności, gdy są niekompletne bądź niedokładne. Tego samego może żądać od osób trzecich, którym dane zostały przekazane.

Osoba, której dane dotyczą, na mocy art. 14 Dyrektywy otrzymała również uprawnienie wniesienia sprzeciwu wobec przetwarzania jej danych osobowych, gdy przetwarzanie to jest niezbędne dla realizacji zadań w interesie publicznym lub wynika z usprawiedliwionych interesów administratora danych, jeżeli administrator ten przetwarza je w celach marketingowych albo wobec przekazania jej danych osobowych innemu podmiotowi²⁴.

Co więcej, Dyrektywa wprowadziła minimalne standardy rozwiązań umożliwiających dochodzenie roszczeń, nie precyzując przy tym charakteru i rodzaju sankcji. Przepis art. 23 Dyrektywy zobowiązuje, aby w przepisach krajowych państw członkowskich zostało przewidziane uprawnienie dla osoby, która poniosła szkodę na skutek przetwarzania danych przez administratora danych, naruszającego postanowienia Dyrektywy. W Unii Europejskiej funkcjonują trzy reżimy ochrony danych osobowych: administracyjny – z udziałem krajowego organu ochrony danych osobowych, cywilnoprawny – w ramach postępowania o ochronę dóbr osobistych oraz prawnokarny – w Polsce na podstawie postanowień art. 49 – 54a ustawy o ochronie danych osobowych²⁵.

²⁴ J. Barta, P. Fajgielski, R. Markiewicz, *op.cit.*, s. 61.

²⁵ D. Głowacka, *op.cit.*, *passim*.

2.3.1.3. Prawo krajowe. Pojęcie danych osobowych

W systemie prawa polskiego podstawy do ochrony danych osobowych, tak jak i prawa do prywatności, zawarte zostały w Konstytucji RP i znajdują wyraz przede wszystkim w przywołanych powyżej artykułach – art. 47 i art. 51 Konstytucji. Umieszczenie prawa do prywatności oraz prawa do ochrony danych osobowych pośród wolności i praw osobistych było wyraźnym zamiarem ustawodawcy. Dodatkowo, już na gruncie ustawy zasadniczej, ustawodawca określił ścisły związek obu praw – prawo do ochrony danych osobowych jest elementem prawa do prywatności – na mocy art. 47 Konstytucji chronione jest życie prywatne, rodzinne i osobiste jednostek, a w art. 51 Konstytucji zapewniona została autonomia informacyjna jednostki. Ustawodawca wskazał zatem, iż ochrona prywatności zależy od ochrony danych osobowych.

Związek ten potwierdza również orzecznictwo TK, który stwierdził, że „prawo do prywatności, statutowane w art. 47, zagwarantowane jest m.in. w aspekcie ochrony danych osobowych, przewidzianej w art. 51. Ten ostatni (...) stanowi też konkretyzację prawa do prywatności w aspektach proceduralnych”²⁶. Tym samym TK wyraźnie wskazał, że prawo do ochrony danych osobowych stanowi szczególny, wyspecjalizowany środek ochrony życia prywatnego. Niezaprzeczalnie bowiem prywatność zawiera się również w ochronie informacji dotyczących jednostki, czyli w stanie „niezależności, w ramach którego jednostka może decydować o zakresie i zasięgu udostępniania i komunikowania innym osobom informacji o swoim życiu”²⁷. Należy jednak wyraźnie zaznaczyć, że prawa do prywatności nie można łączyć jedynie z ochroną danych osobowych.

Przyznanie przez ustawodawcę prawu do ochrony danych osobowych rangi konstytucyjnej wywiera istotny wpływ na sytuację prawną jednostki. Zgodnie z art. 51 Konstytucji, na prawo do ochrony danych osobowych składają się następujące uprawnienia osób, których dane dotyczą: prawo do nieujawniania informacji na swój temat (art. 51 ust. 1), prawo dostępu osoby do dotyczących jej dokumentów i zbiorów danych (art. 51 ust. 3), prawo do żądania sprostowania oraz usunięcia informacji nieprawdziwych, niepełnych lub zebrany w sposób sprzeczny z ustawą (art. 51 ust. 4).

Zawarta w art. 51 ust. 1 ustawy zasadniczej wolność jednostki od ujawniania informacji jej dotyczących, czy inaczej prawo do samodzielnego decydowania o ujawnieniu informacji o sobie, odnosi się do wszelkiego rodzaju informacji na temat danej osoby i powoduje, że zobowiązanie do ujawnienia tych informacji musi mieć umocowanie ustawowe²⁸. Autonomia informacyjna jednostki, w myśl art. 53 ust. 7 Konstytucji, oznacza również wolność od ujawniania organom władzy publicznej swojego światopoglądu, przekonań religijnych lub wyznania, a władza publiczna nie może pozyskiwać, gromadzić i udostępniać innych informacji o obywatelach niż jest to niezbędne w demokratycznym państwie prawnym (art. 51 ust. 2). Jako że art. 53 ust. 7 ustawy zasadniczej stanowi równocześnie element prawa do prywatności, potwierdza to tezę,

²⁶ Wyrok TK z 19 maja 1998 r., U 5/97, OTK.

²⁷ Wyrok TK z 12 listopada 2002 r., SK 40/01, OTK.

²⁸ J. Barta, P. Fajgielski, R. Markiewicz, *op.cit.*, s. 90.

że ochrona danych osobowych jest pochodną prawa do prywatności, która przyczynia się do realizacji tego prawa.

Wolność człowieka do samodzielnego decydowania o informacjach na swój temat, na gruncie Konstytucji, została wsparta przez przyznanie jednostce prawa dostępu – kontroli nad informacjami jej dotyczącymi, a które zostały zawarte w urzędowych dokumentach i zbiorach danych. Jednocześnie prawo to może zostać ograniczone na mocy przepisów rangi ustawowej. Podkreślić należy, iż jednostka (konkretna osoba zainteresowana) może domagać się dostępu jedynie do dokumentów i zbiorów, które mają charakter urzędowy, zatem nie posiada takiego uprawnienia w stosunku do zbiorów prywatnych, choćby gromadzone w nich były informacje na jej temat. Dodatkowo, jednostka może realizować swoje prawo do kontroli poprzez zagwarantowane w art. 51 ust. 4 Konstytucji prawo żądania sprostowania oraz usunięcia informacji nieprawdziwych, niepełnych lub zebranych w sposób sprzeczny z ustawą. Wprowadzie Konstytucja przyznaje jednostce prawo do żądania sprostowania i usunięcia, a nie prawo do sprostowania czy usunięcia, lecz nie powinno to świadczyć o osłabieniu powyższego prawa i sprawiać, że jego wykonywanie może mieć charakter uznaniowy²⁹.

Rozwinięciem zasad konstytucyjnych są przepisy ustawy z dnia 29 sierpnia 1997 r. o ochronie danych osobowych³⁰, która szczegółowo reguluje zagadnienia związane z ochroną danych osobowych. Ustawa ta stanowi również przeniesienie na grunt prawa krajowego rozwiązań zawartych w Dyrektywie 95/46/WE.

Definicja danych osobowych znajduje się w art. 6 ustawy o ochronie danych osobowych. W myśl tego przepisu „za dane osobowe uważa się wszelkie informacje dotyczące zidentyfikowanej lub możliwej do zidentyfikowania osoby fizycznej” (ust. 1). Zaś osobą możliwą do zidentyfikowania jest taka „osoba, której tożsamość można ustalić bezpośrednio lub pośrednio, w szczególności powołując się na numer identyfikacyjny albo jeden lub kilka czynników, które określają jej cechy fizyczne, fizjologiczne, umysłowe, ekonomiczne, kulturowe lub społeczne”. Przy czym informacji nie uważa się za umożliwiającą ustalenie tożsamości osoby, jeśli potrzebowałoby to nadmiernych kosztów, czasu lub działań.

Na powyższą definicję należy patrzeć przez pryzmat art. 47 i 51 Konstytucji RP oraz uregulowań europejskich w zakresie ochrony danych osobowych, tj. Konwencji 108 oraz Dyrektywy 95/46/WE.

Przepis art. 2 Konwencji nr 108 określa dane osobowe jako „każdą informację dotyczącą osoby fizycznej o określonej tożsamości lub dającej się zidentyfikować”. Natomiast zgodnie z art. 2 Dyrektywy 95/45/WE danymi osobowymi są „wszelkie informacje dotyczące zidentyfikowanej lub możliwej do zidentyfikowania osoby fizycznej”. Osobą możliwą do zidentyfikowania jest osoba, której tożsamość można określić bezpośrednio lub pośrednio, a w szczególności poprzez „powołanie się na numer identyfikacyjny lub jeden bądź kilka szczególnych czynników określających jej fizyczną, fizjologiczną, umysłową, ekonomiczną, kulturową lub społeczną tożsamość”.

²⁹ *Ibidem*, s. 91.

³⁰ Dz.U. z 2016, poz. 922.

W sprawie pojęcia danych osobowych opinie (4/2007) wydała również Grupa Robocza art. 29, czyli niezależny organ doradczy w zakresie ochrony danych i prywatności, powołany na mocy art. 29 Dyrektywy 95/46/WE. Wskazała w niej, że definicja danych osobowych jest ze strony prawodawcy europejskiego wyrazem woli przyjęcia szerokiej koncepcji tego pojęcia.

Mając powyższe na względzie, za dane osobowe należy uznać wszelkie informacje, które dotyczą osoby fizycznej, która jest zidentyfikowana lub możliwa do zidentyfikowania. Tożsamość tej osoby powinna być też możliwa do zidentyfikowania bezpośrednio lub pośrednio. Użyty w definicji termin „wszelkie informacje” jest właśnie wyrazem szerokiego pojęcia danych osobowych. Zatem pojęcie danych osobowych obejmuje jakiegokolwiek stwierdzenia na temat osoby i dowolne rodzaje informacji. Mogą to być informacje „obiektywne”, a także informacje „subiektywne”, czyli opinie lub oceny. Dodatkowo, informacja nie musi być ani prawdziwa ani sprawdzona³¹. Jednocześnie te informacje muszą dotyczyć osoby fizycznej. Generalnie można przyjąć, że dana informacja dotyczy osoby fizycznej, jeśli jest na jej temat. Jak wskazała Grupa Robocza w art. 29, w dokumencie roboczym na temat kwestii zakresu ochrony danych osobowych związanych z technologią RFID nr WP 105, przyjętym w dniu 19 stycznia 2005 r.: „dane dotyczą osoby, jeżeli odnoszą się do tożsamości, cech lub zachowania danej osoby lub też jeśli informacje te determinują lub też wpływają na sposób traktowania lub ocenę danej osoby”³².

Ponadto, osoba ta musi być zidentyfikowana lub możliwa do zidentyfikowania. Osobę uważa się za zidentyfikowaną wówczas, gdy można ją odróżnić od innych członków grupy. Możliwa do zidentyfikowania jest osoba, która pomimo, że jeszcze nie została zidentyfikowana, to jej identyfikacja jest prawdopodobna w sposób bezpośredni lub pośredni. Identyfikacja dokonywana jest dzięki informacjom, które stanowią tzw. czynniki identyfikujące, są to np. numer NIP, numer PESEL, numer dokumentu tożsamości, imię, nazwisko, ale także cechy wyglądu osoby, pochodzenie czy zawód.

Zakres przedmiotowy stosowania ustawy o ochronie danych osobowych wskazuje art. 2 tej ustawy, w świetle którego przedmiotem ustawy są wszystkie dane osobowe dotyczące osób fizycznych utrwalone w dowolnej postaci, ze szczególnym uwzględnieniem przetwarzania z użyciem systemów informatycznych. Zatem ustawę stosuje się do danych osobowych przetwarzanych w sposób tradycyjny w zbiorach danych oraz do danych przetwarzanych w systemach informatycznych. Zakres stosowania ustawy o ochronie danych osobowych jest zatem szerszy niż Konwencji 108, która odnosiła się jedynie do automatycznego przetwarzania danych, a pokrywa się on z zakresem stosowania dyrektywy 95/46/WE.

Zgodnie z przepisami ustawy o ochronie danych osobowych, przetwarzanie danych osobowych dopuszczalne jest wyłącznie w przypadkach i na zasadach w niej określonych. Wymogi odnośnie jakości przetwarzania danych osobowych zostały wskazane

³¹ Opinia Grupy Roboczej Art. 29 (4/2007) z dnia 20 czerwca 2007 r. w sprawie pojęcia danych osobowych, http://ec.europa.eu/justice/policies/privacy/docs/wpdocs/2007/wp136_pl.pdf, 28.12.2016.

³² Dokument grupy roboczej nr WP 105: „dokument roboczy na temat kwestii z zakresu ochrony danych związanych w technologią RFID”, przyjęty w dniu 19 stycznia 2005 r., s. 8.

w art. 26 ustawy. W myśl tego przepisu administrator danych przy przetwarzaniu danych osobowych ma dochować szczególnej staranności i zachować następujące zasady przetwarzania danych:

- a) zasadę legalności – przetwarzać dane zgodnie z prawem,
- b) zasadę celowości – zbierać dane dla oznaczonych, zgodnych z prawem celów i nie poddawać ich dalszemu przetwarzaniu niezgodnemu z tymi celami,
- c) zasadę merytorycznej poprawności – dbać o merytoryczną poprawność zbieranych danych,
- d) zasadę adekwatności danych – dbać o adekwatność danych w stosunku do celów, w jakich są przetwarzane,
- e) zasadę ograniczenia czasowego – przechowywać dane w postaci umożliwiającej identyfikację osób, których dotyczą, nie dłużej niż jest to niezbędne do osiągnięcia celu przetwarzania. Po osiągnięciu przez administratora danych celu przetwarzania danych powinny zostać one usunięte lub zanonimizowane.

W polskiej regulacji, tak jak w Konwencji 108 i Dyrektywie 95/36/WE, zastosowano rozróżnienie danych osobowych na dane zwykłe (art. 23 ustawy) i dane wrażliwe (art. 27 ustawy). Przetwarzanie danych zwykłych jest dopuszczalne, jeżeli zostanie spełniona choćby jedna z materialnych przesłanek wskazanych w art. 23 ust. 1 ustawy. Przede wszystkim, gdy podmiot danych wyraził na przetwarzanie danych zgodę, chyba że chodzi o usunięcie jego danych. Jednocześnie podkreślenia wymaga, iż zgoda na przetwarzanie danych osobowych musi być wyraźna, jednoznaczna i wyrażona w konkretnym celu, nie może być dorozumiana z innego oświadczenia, powinna zostać co do zasady udzielona przed rozpoczęciem przez administratora danych przetwarzania danych, a także może być w każdym momencie odwołana. Dodatkowo, jeśli przetwarzanie danych jest konieczne dla ochrony żywotnych interesów osoby zainteresowanej, a nie ma możliwości uzyskania jej zgody, to można przetwarzać dane bez jej zgody, do chwili gdy uzyskanie tej zgody będzie możliwe (art. 23 ust. 3 ustawy).

Obok warunków związanych ze zgodą podmiotu danych, ustawa o ochronie danych osobowych wskazuje kilka innych przesłanek legalizujących przetwarzanie danych, które znajdują zastosowanie niezależnie od uzyskania bądź nieuzyskania zgody osoby, której dane dotyczą³³. Usprawiedliwione jest zatem przetwarzanie danych, gdy jest ono niezbędne do:

- a) realizacji uprawnienia lub obowiązku wynikającego z przepisu prawa,
- b) realizacji umowy, gdy podmiot danych jest jej stroną lub podjęcia działań przed zawarciem umowy na jego żądanie,
- c) wykonania określonych prawem zadań realizowanych dla dobra publicznego,
- d) wypełnienia prawnie usprawiedliwionych celów (np. marketing bezpośredni własnych produktów lub usług i dochodzenie roszczeń z tytułu prowadzonej działalności gospodarczej) realizowanych przez administratorów danych lub odbiorców danych, przy czym przetwarzanie nie może naruszać praw i wolności podmiotu danych.

³³ J. Barta, P. Fajgielski, R. Markiewicz, *op.cit.*, s. 413.

Dane wrażliwe zostały uznane za szczególną kategorię danych ze względu na ich znaczenie dla prywatności każdego człowieka. Ustawa o ochronie danych osobowych rozszerzyła względem dyrektywy 95/46/WE katalog tych szczególnych danych – o dane wskazujące na przynależność partyjną, przynależność wyznaniową, kod genetyczny i nałogi.

Zgodnie z europejskimi standardami ustawa o ochronie danych osobowych przewiduje zakaz przetwarzania danych wrażliwych, a wyjątki od tego zakazu zostały wskazane w art. 27 ust. 2 ustawy. Polska regulacja wprowadza szersze niż w regulacjach europejskich zezwolenia w zakresie przetwarzania danych wrażliwych. Przede wszystkim dane wrażliwe mogą być przetwarzane za zgodą osoby, której te dane dotyczą. Zgoda ta musi zostać wyrażona na piśmie, chyba że chodzi o usunięcie danych. Jeżeli administrator danych nie legitymuje się zgodą podmiotu danych, dane wrażliwe mogą być przetwarzane, jeżeli przepis szczególny innej ustawy zezwala na takie przetwarzanie i stwarza pełne gwarancje ochrony danych. Zatem przepis rangi ustawowej musi wyraźnie przewidywać możliwość przetwarzania danych wrażliwych, a warunkiem jest stworzenie przez ten przepis pełnych gwarancji ochrony danych osobowych. Dodatkowo, przetwarzanie danych wrażliwych jest dopuszczalne, gdy jest niezbędne:

- a) do ochrony żywotnych interesów podmiotu danych lub innej osoby, gdy zainteresowany nie jest fizycznie lub prawnie zdolny do wyrażenia zgody. Następuje to do czasu ustanowienia opiekuna prawnego lub kuratora,
- b) do wykonania statutowych zadań Kościołów i innych związków wyznaniowych, stowarzyszeń, fundacji lub innych niezarobkowych organizacji lub instytucji, które mają cele polityczne, naukowe, religijne, filozoficzne lub związkowe, a przetwarzanie danych dotyczy wyłącznie członków tych organizacji lub instytucji bądź osób utrzymujących z nimi stałe kontakty i jednocześnie zapewnione są pełne gwarancje tych danych,
- c) do dochodzenia praw przed sądem,
- d) do wykonania zadań administratora danych w zakresie zatrudnienia pracowników i innych osób. Zakres przetwarzanych danych musi być określony w ustawie,
- e) w celu ochrony stanu zdrowia, świadczenia usług medycznych lub leczenia pacjentów przez osoby trudniące się zawodowo leczeniem lub świadczeniem innych usług medycznych, udzielaniem usług medycznych i jednocześnie są stworzone pełne gwarancje ochrony danych osobowych,
- f) do przetwarzania danych podanych do publicznej wiadomości przez sam podmiot danych,
- g) do prowadzenia badań naukowych, przygotowania rozprawy wymaganej do uzyskania dyplomu ukończenia szkoły wyższej lub stopnia naukowego, jednakże publikowanie wyników badań naukowych nie może odbywać się w sposób umożliwiający identyfikację osób, których dane zostały przetworzone,
- h) w celu realizacji praw i obowiązków wynikających z orzeczenia wydanego w postępowaniu sądowym lub administracyjnym.

Ustawa o ochronie danych osobowych, tak jak europejskie regulacje, określa zasady odnośnie pozyskiwania danych, które różnią się w zależności od tego, od kogo są zbierane.

Może to następować bezpośrednio od osoby, której dane dotyczą (art. 24 ustawy) bądź pośrednio z innych źródeł (art. 25 ustawy). Jednakże niezależnie od tego, w jaki sposób dane zostały zebrane, w ustawie został wskazany minimalny zakres informacji, jakich należy udzielić podmiotowi danych.

W przypadku pozyskiwania danych osobowych wprost od osoby, której dotyczą, administrator danych ma obowiązek poinformować ją o nazwie (imieniu i nazwisku) i adresie swojej siedziby (miejscu zamieszkania), celu pozyskiwania danych, jak również o odbiorcach lub kategoriach odbiorców danych, prawie dostępu do treści swoich danych i ich poprawiania oraz dobrowolności albo obowiązku podania danych, a w przypadku, gdy podanie danych jest obligatoryjne, o jego podstawie prawnej. Obowiązek informacyjny nie powstaje wyłącznie wtedy, gdy ustawa uprawnia do przetwarzania danych bez ujawniania celu ich zbierania (art. 24 ust. 2 pkt 1 ustawy) oraz gdy podmiot danych posiada już informacje, które miały zostać mu przekazane (art. 24 ust. 2 pkt 2 ustawy).

Natomiast w sytuacji, w której dane nie są zbierane bezpośrednio osoby zainteresowanej, administrator danych jest zobowiązany do poinformowania tej osoby, zaraz po utrwaleniu danych, dodatkowo o zakresie zbierania danych (art. 25 ust. 1 pkt 2 ustawy), ich źródle (art. 25 ust. 1 pkt 3 ustawy), a także prawie wniesienia umotywowanego żądania zaprzestania przetwarzania danych osobowych ze względu na szczególną sytuację oraz wniesienia sprzeciwu wobec przetwarzania jej danych osobowych koniecznego do wykonania zadań określonych prawem, a realizowanych dla dobra publicznego lub niezbędnego do wypełniania prawnie usprawiedliwionych celów administratorów danych bądź odbiorców danych, tj. w celu marketingowym lub wobec przekazywania danych innemu podmiotowi (art. 25 ust. 1 pkt 5 ustawy). Powyższy obowiązek informacyjny nie zachodzi, gdy przepis innej ustawy zezwala na zbieranie danych osobowych bez wiedzy osoby zainteresowanej (art. 25 ust. 2 pkt 1 ustawy), przetwarzanie danych jest konieczne do badań naukowych, dydaktycznych, historycznych, statystycznych albo badania opinii publicznej i nie narusza praw lub wolności podmiotu danych, a spełnienie obowiązku informacyjnego wymagałoby nadmiernych nakładów lub zagrażałoby realizacji celu badania (art. 25 ust. 2 pkt 3 ustawy), a także gdy administrator danych przetwarza dane na podstawie przepisów prawa (art. 25 ust. 2 pkt 5 ustawy) oraz gdy osoba zainteresowana posiada już wymagane informacje (art. 25 ust. 2 pkt 6 ustawy).

Przekazanie przez administratora danych powyżej wymienionych informacji jest warunkiem legalnego pozyskiwania danych osobowych, co oznacza że, jeżeli nie wypełnił on obowiązku informacyjnego to przetwarza dane osobowe niezgodnie z prawem.

Dodatkowo, omawiane przepisy mają za zadanie umożliwienie osobie, której dane dotyczą, na podstawie uzyskanych w ten sposób informacji, skorzystania z uprawnień przyznanych jej na mocy art. 32 ustawy³⁴, które składają się na prawo dostępu i kontroli swoich danych osobowych. Wśród nich można wymienić uprawnienia informacyjne (art. 32 ust. 1 pkt. 1-5a ustawy), korekcyjne (art. 32 ust. 1 pkt 6 i 9 ustawy), szczególne (art. 32 ust. 1 pkt 7 i 8 ustawy)³⁵.

³⁴ *Ibidem*, s. 449.

³⁵ *Ibidem*, s. 515.

Prawo do informacji pozwala jednostce weryfikować poprawność danych, kontrolować przetwarzanie danych w zbiorach i ewentualnie, w określonych sytuacjach, sprzeciwić się temu przetwarzaniu. Osobie, której dane dotyczą, zostało przyznane prawo do uzyskania informacji:

- a) czy istnieje zbiór, w którym przetwarzane są jej dane osobowe,
- b) dotyczących administratora danych, jego nazwy (imienia i nazwiska) i adresu jego siedziby (miejsca zamieszkania),
- c) o celu, zakresie i sposobie przetwarzania jej danych osobowych przetwarzanych w takim zbiorze,
- d) od kiedy administrator danych przetwarza w zbiorze jej dane osobowe, a także z jakich źródeł je pozyskał,
- e) o sposobie udostępniania danych, w tym o odbiorcach lub kategoriach odbiorców, którym te dane są udostępniane,
- f) o przesłankach podjęcia rozstrzygnięcia w indywidualnej sprawie, którego treść jest jedynie wynikiem operacji na danych osobowych wykonanych za pomocą systemu informatycznego.

Wśród uprawnień korekcyjnych przyznanych podmiotowi danych, ustawa o ochronie danych osobowych wskazuje prawo do uzupełnienia danych, gdy są one niekompletne, prawo do uaktualnienia danych, gdy są one nieaktualne i prawo do sprostowania danych, gdy są one błędne. Jednocześnie osoba, której dane dotyczą, uzyskała roszczenia o czasowe lub stałe wstrzymanie przetwarzania danych lub ich usunięcie w sytuacji, gdy są niekompletne, nieaktualne, nieprawdziwe lub zostały pozyskane z naruszeniem prawa bądź są zbędne do zrealizowania celu przetwarzania. Wypełnieniem żądania wstrzymania przetwarzania danych osobowych jest zaniechanie przez administratora danych dokonywania jakichkolwiek działań na danych. Natomiast usunięcie danych, zgodnie z art. 7 pkt 3 ustawy, oznacza zniszczenie danych osobowych lub takie ich zmodyfikowanie, aby nie można było ustalić tożsamości podmiotu danych³⁶. Dodatkowo, z roszczeniem zaprzestania przetwarzania danych niezbędnego do wykonania określonych prawem zadań realizowanych dla dobra publicznego lub wypełnienia prawnie usprawiedliwionych celów administratorów lub odbiorców danych, które nie mogą naruszać praw i wolności podmiotu danych, uprawniony może wystąpić, jeżeli wykaże, iż zachodzi po jego stronie szczególna sytuacja, a takie żądanie zostało uzasadnione i złożone na piśmie (art. 32 ust. 1 pkt 7 ustawy). Przychylając się do tego żądania, administrator danych zaprzestaje przetwarzania kwestionowanych danych, a w sytuacji, gdy go nie uznaje, przekazuje, bez zbędnej zwłoki, wniosek Generalnemu Inspektorowi Ochrony Danych Osobowych, który wydaje decyzję w tej sprawie. Obok powyższego żądania, osoba, której dane dotyczą, na mocy art. 31 ust. 1 pkt 8 ustawy otrzymała prawo do wniesienia sprzeciwu wobec przetwarzania jej danych osobowych w celach marketingowych lub wobec udostępniania jej danych innemu podmiotowi. W przypadku wniesienia takiego sprzeciwu administrator danych ma obowiązek zaprzestania przetwarzania tych danych, jednakże może pozostawić w zbiorze imię lub imiona

³⁶ *Ibidem*, s. 533.

i nazwisko, numer PESEL lub adres osoby, która wniosła sprzeciw, ale może to zrobić jedynie aby uchronić się przed ponownym wykorzystaniem tych danych w celach objętych sprzeciwem (art. 31 ust. 3 ustawy). Ponadto, przepis art. 31 ust. 1 pkt 9 ustawy uprawnia zainteresowanego do zwrócenia się do administratora danych o ponowne, indywidualne rozpatrzenie jego sprawy, która została rozstrzygnięta wyłącznie na podstawie operacji na danych osobowych, dokonanych w systemie informatycznym (art. 26a ust. 1 ustawy). W przypadku otrzymania takiego wniosku administrator danych, bez zbędnej zwłoki, rozpatruje sprawę albo przekazuje ją do Generalnego Inspektora, wraz z uzasadnieniem swojego stanowiska w sprawie nieuwzględnienia tego żądania, w celu wydania przez niego stosownej decyzji. Należy zaznaczyć, że administrator danych może odstąpić od informowania osób uprawnionych w przypadku, gdy ich dane przetwarzane są do celów naukowych, dydaktycznych, historycznych, statystycznych czy archiwalnych, a także gdy niosłoby to za sobą nakłady niewspółmierne do celów. Warto w tym miejscu podkreślić, że osoba zainteresowana może skorzystać z przysługującego jej prawa do informacji nie częściej niż raz na 6 miesięcy. Porównując uprawnienia jednostki dotyczące prawa do kontroli nad informacjami na swój temat przyznane przez Konstytucję (art. 51) i ustawę o ochronie danych osobowych (rozdział 4) należy uznać, że chociaż zostały one w różny sposób sformułowane, to są ze sobą zbieżne.

Naruszenie przepisów ustawy o ochronie danych osobowych przez podmioty przetwarzające takie dane ma swoje konsekwencje w odpowiedzialności administracyjnej – obowiązek przywrócenia stanu zgodnego z prawem (art. 18 ustawy) oraz karnej (art. 19 oraz art. 49 – 54a ustawy). Natomiast naruszenie to samo w sobie nie jest podstawą odpowiedzialności cywilnej, bowiem ustawa o ochronie danych osobowych nie zawiera przepisów odnoszących się do odpowiedzialności cywilnej za złamanie jej wymogów. Jednakże nie oznacza to, że podmiot naruszający ww. przepisy jest zwolniony z odpowiedzialności za popełnienie czynu niedozwolonego na zasadach ogólnych czy naruszenia dobra osobistego. Naruszenie postanowień ustawy, np. przetwarzanie danych osobowych nieprawidłowych, nieaktualnych czy ich udostępnienie, może jednocześnie stanowić naruszenie prawa do prywatności (zwłaszcza dóbr osobistych). Należy pamiętać, że nie każde działanie sprzeczne z ustawą o ochronie danych osobowych będzie równoległe naruszeniem dóbr osobistych, określonych w art. 23 i 24 k.c. W przypadku bezprawnego naruszenia dóbr osobistych poszkodowanemu przysługuje roszczenie o zaniechanie takiego działania i o dopełnienie czynności potrzebnych do usunięcia jego skutków. Dodatkowo, zgodnie z art. 448 k.c., sąd może przyznać osobie, której dobro osobiste zostało naruszone, odpowiednią sumę pieniężną tytułem zadośćuczynienia za doznaną krzywdę lub zasądzić na jej żądanie odpowiednią sumę pieniężną na wskazany cel społeczny. Jeżeli podmiot danych w związku z naruszeniem przepisów o ochronie danych osobowych poniesie szkodę, to może dochodzić ochrony swoich interesów majątkowych na podstawie przepisów o czynach niedozwolonych (art. 415 k.c. i nast.).

Na mocy art. 18 ustawy, w razie naruszenia przepisów o ochronie danych osobowych Generalny Inspektor Ochrony Danych Osobowych, na wniosek podmiotu danych lub z urzędu, w drodze decyzji administracyjnej, nakazuje przywrócenie stanu zgodnego z prawem, w szczególności poprzez: usunięcie uchybień (pkt 1); uzupełnienie,

uaktualnienie, sprostowanie, udostępnienie lub nieudostępnienie danych osobowych (pkt 2); zastosowanie dodatkowych środków zabezpieczających zgromadzone dane osobowe (pkt 3); wstrzymanie przekazywania danych osobowych do państwa trzeciego (pkt 4); zabezpieczenie danych lub przekazanie ich innym podmiotom (pkt 5); usunięcie danych osobowych (pkt 6). W opinii G. Sibigi w treści tego przepisu zauważalne jest stopniowanie sankcji administracyjnej, a Generalny Inspektor, mając na względzie charakter naruszenia, powinien zastosować nakaz adekwatny do tego naruszenia i zagrożenia, jakie ono za sobą niesie w stosunku do podmiotu danych³⁷.

Ponadto, ustawa o ochronie danych osobowych zagwarantowała osobom, których dane dotyczą, prawnokarny mechanizm ochrony danych osobowych. Stosownie do art. 116 k.k. przepisy części ogólnej kodeksu karnego stosuje się do innych ustaw, które przewidują odpowiedzialność karną, a ustawa o ochronie danych osobowych niewątpliwie taką odpowiedzialność przewiduje. W opinii W. Kuleszy ogólnym przedmiotem ochrony przepisów karnych w ustawie o ochronie danych osobowych jest podstawowe prawo człowieka do autonomii informacyjnej³⁸.

Czyny penalizowane na mocy ustawy o ochronie danych osobowych stanowią występki, które można popełnić jedynie umyślnie (art. 49, 53, 54, 54a ustawy) lub również nieumyślnie (art. 51 i 52 ustawy). Co więcej, nie tylko sprawca czy współsprawca polegają odpowiedzialności karnej, ale też podlegacz i pomocnik (art. 18 k.k.); odpowiedzialność dotyczy także usiłowania popełniania ww. czynów. Wszystkie przestępstwa wskazane w ustawie ścigane są z urzędu, z oskarżenia publicznego, co świadczy o zamiarze ustawodawcy, aby dolegliwość za naruszenie przepisów ochrony danych osobowych była surowa. Natomiast karalność tych przestępstw, w myśl z art. 101 § 1 pkt 4 k.k., ustaje po upływie 5 lat od chwili ich popełnienia.

Przed wszystkim, zgodnie z art. 49 ustawy o ochronie danych osobowych, przestępstwem jest naruszenie zasad ochrony danych osobowych w sytuacji, gdy przetwarzanie takich danych jest niedopuszczalne albo gdy dokonuje go osoba nieuprawniona. Aby wskazać, kiedy dochodzi do niedozwolonego przetwarzania danych osobowych, należy ustalić czy istnieje jakakolwiek przesłanka legalizacyjna wskazana w art. 23 ustawy (w stosunku do danych zwykłych) lub w art. 27 ustawy (w odniesieniu do danych wrażliwych) – jeżeli żadna z powyższych przesłanek nie występuje, przetwarzanie jest niezgodne z prawem. Dodatkowo, przetwarzanie jest niedozwolone, gdy podmiot danych wniósł sprzeciw, zgodnie z art. 32 ust. 1 pkt 8 ustawy lub wniósł żądanie wskazane w art. 32 ust. 1 pkt 7 ustawy. Ponadto, niedopuszczalne jest również przetwarzanie danych wrażliwych przed zarejestrowaniem zbioru zawierającego takie dane przez Generalnego Inspektora.

Następnie, ustawa w art. 51 wskazuje, że przestępstwem jest udostępnianie danych osobowych lub umożliwienie dostępu do nich osobom nieupoważnionym. Przestępstwo to może być popełnione wyłącznie przez administrującego zbiorem danych (czyli przez administratora danych albo osobę kierującą daną jednostką organizacyjną) lub

³⁷ G. Sibiga, *Postępowanie w sprawach ochrony danych osobowych*, Warszawa 2003, s. 153.

³⁸ J. Barta, P. Fajgielski, R. Markiewicz, *op.cit.*, s. 633.

osobę obowiązującą do ochrony danych (tj. osobę fizyczną przetwarzającą dane osobowe i zobowiązaną do ich ochrony na podstawie upoważnienia wydanego przez administratora danych na mocy art. 37 ustawy lub zawartej umowy powierzenia, zgodnie z art. 31 ustawy)³⁹. Za osoby nieupoważnione należy uznać osoby, które nie posiadają stosownego uprawnienia do dostępu do danych.

Kolejno, przestępstwem, stosownie do art. 52 ustawy, jest choćby nieumyślne naruszenie przez administrującego danymi obowiązku zabezpieczenia danych przed zabraniem ich przez osobę nieuprawnioną, uszkodzeniem lub zniszczeniem. W myśl art. 36 ustawy administrator danych jest obowiązany do zastosowania środków technicznych i organizacyjnych zapewniających ochronę przetwarzania danych osobowych adekwatną do zagrożeń oraz kategorii danych objętych ochroną, a w szczególności przed ich udostępnieniem osobom nieupoważnionym, zabraniem przez osobę nieuprawnioną, przetwarzaniem z naruszeniem ustawy oraz zmianą, utratą, uszkodzeniem lub zniszczeniem. Należy zaznaczyć, że przepis art. 52 ustawy, inaczej niż art. 51 czy art. 53, określa osobę odpowiedzialną, a mianowicie mówi o „administrującym danymi” a nie o „administrującym zbiorem danych”. Między tymi pojęciami nie można postawić znaku równości, bowiem administrowanie danymi może występować bez pojawiania się zbioru danych w rozumieniu art. 7 pkt 1 ustawy⁴⁰.

Wreszcie, na mocy art. 54 ustawy, przestępstwem jest niedopełnienie przez administrującego zbiorem danych obowiązku poinformowania podmiotu danych o jego prawach lub przekazania mu informacji uniemożliwiających korzystanie mu z praw ustawowo przyznanych. Przepis ten realizuje prawo osoby do kontroli nad przetwarzaniem dotyczących jej danych i ma zastosowanie wtedy, gdy administrujący zbiorem danych zaniechał przekazania stosownych informacji, wynikających z art. 24 i 25 ustawy lub zignorował wniosek podmiotu danych, wniesiony na podstawie art. 33 ustawy. Niedopełnieniem takiego obowiązku jest również częściowe przekazanie informacji lub gdy nastąpiło ono po ustawowym terminie.

Na koniec należy wskazać, że w świetle ustawy przestępstwem jest również niezgłoszenie do rejestracji zbioru danych – art. 53 ustawy (w nawiązaniu do obowiązku administratora danych z art. 40 ustawy) oraz udaremnianie lub utrudnianie inspektorowi wykonywania czynności kontrolnej – art. 54a ustawy.

3. Podsumowanie

Mając na względzie powyższe rozważania należy wskazać, że pomiędzy prawem do prywatności a ochroną danych osobowych zachodzi silne powiązanie. Podkreślenia wymaga jednak, że są to zagadnienia niezależne od siebie, choć często się krzyżujące. Niejednokrotnie bowiem naruszenie przepisów w zakresie ochrony danych osobowych będzie jednocześnie ingerencją w prawo do prywatności i odwrotnie, ochrona prawa do prywatności może polegać na sprzeciwie wobec przetwarzania danych osobowych. Mimo to występują również sytuacje, kiedy nieuprawnione przetwarzanie danych

³⁹ *Ibidem*, s. 639.

⁴⁰ *Ibidem*, s. 643.

osobowych nie będzie jednocześnie naruszeniem sfery prywatności, jak też przypadki, gdy wkroczenie w prywatność nie jest związane z przetwarzaniem danych osobowych. Nie ma więc konieczności wykazania, że nastąpiła ingerencja w sferę prywatności, aby uzyskać ochronę zagwarantowaną przez przepisy ustawy o ochronie danych. Natomiast uznać należy, że przepisy o ochronie danych osobowych spełniają dwie funkcje. Po pierwsze, mają za zadanie chronić poszanowanie powszechnych praw i wolności człowieka, a w szczególności jego prawa do prywatności. Po drugie, zapewniać ochronę użytkownikom nowoczesnych technologii informatycznych poprzez zagwarantowanie ich bezpieczeństwa⁴¹.

* * *

The Right to Privacy and Protection of Personal Data

Both the right to privacy and the right to protection of personal data are derived from the right to dignity and are some of its aspects. However, we should pay attention to the individuality and independence of these issues. The ratio of these rights, in relation to each other, should be described as a crossover, because often, even though it is not a rule, illegal processing of personal data will interfere with privacy, and in turn, a violation of the right to privacy does not rely solely on the unauthorized processing of data. Protection of personal data is one of the ways of exercising the right to privacy and to get the protection guaranteed by the provisions on the protection of personal data one does not need to point each time violation of privacy.

Key words: right to privacy, protection of personal data, european law, constitutional law

⁴¹ *Ibidem*, s. 25.

Zuzanna Jęcek¹

Prawa i obowiązki zarządcy masy sanacyjnej w sprawach pracowniczych

Streszczenie:

Autorka omawia skutki otwarcia postępowania sanacyjnego na wykonywanie praw i obowiązków zarządcy wynikających z prawa pracy, w związku z kwalifikacją zarządcy jako podmiotu wyłącznie właściwego do dokonywania za pracodawcę czynności w sprawach z zakresu prawa pracy. W pierwszej części artykułu autorka rozważa wzajemne relacje pomiędzy czynnościami w sprawach z zakresu prawa pracy a czynnościami sanacyjnymi. W dalszej części autorka analizuje dopuszczalność zatrudniania pracowników po otwarciu postępowania sanacyjnego. W ostatniej części artykułu autorka przedstawia wybrane prawa i obowiązki zarządcy względem pracowników pracodawcy – dłużnika.

Słowa kluczowe: postępowanie sanacyjne, dłużnik, zarządca, pracodawca, prawo pracy

1. Wstęp

Otwarcie postępowania sanacyjnego nie wpływa na pozbawienie dłużnika materialnego statusu pracodawcy. Zostaje on jedynie ograniczony w sferze wykonywania uprawnień właścicielskich względem należącego do niego majątku, w którego skład może również wchodzić zakład pracy² – na rzecz zarządcy, który z chwilą wyznaczenia przez sąd restrukturyzacyjny staje się podmiotem wykonującym za pracodawcę czynności w sprawach pracowniczych. W związku z powyższym, przy dokonywaniu przyporządkowania danego obowiązku pracodawczego do zadań zarządcy nie

¹ Doktorantka w Katedrze Prawa Pracy i Polityki Społecznej Uniwersytetu Jagiellońskiego, aplikant radcowski.

² Uchwała Sądu Najwyższego z 5 lipca 2002 r., III PZP 5/02, OSNP 2003, nr 3, poz. 58.

można stracić z oczu celu powołania jego osoby i zadań, jakie stawia przed nim prawo restrukturyzacyjne. Stąd też stoję na stanowisku, iż zarządca jest podmiotem wykonującym obowiązki pracodawcy wynikające z prawa pracy, gdyż jest to konsekwencja nadanych mu obowiązków i uprawnień w postępowaniu sanacyjnym. Przy rozważaniu kompetencji zarządcy w sprawach z zakresu prawa pracy należy odwołać się do art. 300 ustawy z dnia 15 maja 2015 r. – prawo restrukturyzacyjne³, zgodnie z którym „otwarcie postępowania sanacyjnego wpływa na stosunki pracy i wywołuje w zakresie praw i obowiązków pracowników i pracodawcy takie same skutki, jak ogłoszenie upadłości, przy czym uprawnienia syndyka wykonuje zarządca”. Z uwagi na odesłanie do uregulowania uprawnień syndyka, dotychczasowe rozważania judykatury, jak i doktryny na gruncie prawa upadłościowego zachowują *mutatis mutandis* aktualność dla celów niniejszej pracy. Jak zauważyła P. Kirczuk-Antończak „syndyk kieruje zakładem pracy, ale swoje kompetencje do zarządzania wywodzi przede wszystkim z przepisów prawa upadłościowego, jako że czynny zakład pracy wchodzi w skład masy upadłości. Art. 31 ustawy z 26.06.1974 kodeks pracy⁴ jedynie potwierdza tę kompetencję. Wobec tego zarządzanie syndyka ma nie tylko inny cel, ale także wpływa na zakres jego uprawnień”⁵. Tezę tę potwierdza stanowisko Sądu Najwyższego wyrażone pod rządami dawnego prawa upadłościowego, gdzie stwierdził on, iż

syndyk dokonuje tych czynności w miejsce dotychczasowego właściciela, a także kierownika zakładu pracy wobec pracowników upadłego przedsiębiorstwa. (...) W takich sytuacjach syndyk (...) niewątpliwie przejmuje wszelkie prawa i obowiązki kierownika zakładu pracy w rozumieniu art. 23 i 24 k.p. Nie można jednak uznać, z uwagi na szczególne cele postępowania upadłościowego, że przepisy te regulują wprost uprawnienia syndyka w zakresie kierowania upadłym zakładem pracy. Zarówno art. 23, jak i 24 k.p. może być stosowany jedynie odpowiednio, to znaczy przy uwzględnieniu różnic wynikających z postępowania upadłościowego i w sytuacjach, gdy syndyk dokonuje czynności w zakresie stosunku pracy z mocy przepisów ustaw szczególnych lub na podstawie kodeksu pracy, czy też, gdy przepisy te przewidują obowiązek współdziałania kierownika zakładu pracy z zakładową organizacją związkową. Przy ocenie stosowania art. 23 i 24 k.p. przez syndyka nie można bowiem pominąć różnicy między stanowiskiem syndyka masy upadłości, który kieruje upadłym przedsiębiorstwem i kierownikiem zakładu pracy w rozumieniu art. 4 k.p., chociaż niewątpliwie wiele przymiotów kierownika zakładu pracy posiada również syndyk⁶.

Stanowisko to jest w pełni adekwatne również do określenia pozycji zarządcy na gruncie art. 3¹ k.p., który to przepis zastąpił dotychczasową regulację z art. 23 i 24 k.p. Wnioskowanie to prowadzi do szerszej konkluzji, iż zgodnie z argumentacją *a maiori*

³ T. j. Dz.U z 2016, poz. 1574 – dalej „u.p.r.”

⁴ T. j. Dz.U z 2016, poz. 1666 – dalej „k.p.”

⁵ P. Kirczuk-Antończak, *Czynności syndyka z zakresu prawa pracy*, Praca i Zabezpieczenie Społeczne 2001, nr 1, s. 16, 17.

⁶ Uchwała 7 sędziów Sądu Najwyższego z 24 marca 1994 r., I PZP 5/94, OSNAPiUS 1994, nr 1, poz. 4.

ad minus obowiązki pracodawcy o charakterze kierowniczym w postępowaniu sanacyjnym będą ciążyły na zarządcy, gdyż wchodzi w sferę jego kompetencji jako zarządcy zakładem pracy.

Warto wskazać, iż przepisy prawa restrukturyzacyjnego nie regulują wprost skutków otwarcia postępowania sanacyjnego na stosunki pracy. Nie czynią tego także przepisy prawa upadłościowego. W związku z powyższym należy przyjąć, iż do stosunku pracy, a więc do określenia wzajemnych praw i obowiązków pracodawcy i pracownika, pozostają aktualne regulacje kodeksu pracy, z uwzględnieniem specyfiki postępowania restrukturyzacyjnego i jego celów (np. w kwestii sprawowania zarządu zakładem pracy), a poprzez art. 300 u.p.r. także przepisy prawa upadłościowego. Poza kodeksem pracy szczególnymi ustawami wpływającymi na obowiązki zarządcy w postępowaniu sanacyjnym będzie ustawa z dnia 13 lipca 2006 r. o ochronie roszczeń pracowniczych w razie niewypłacalności pracodawcy⁷ regulująca zasady, zakres i tryb ochrony roszczeń pracowniczych w razie niemożności ich zaspokojenia z powodu niewypłacalności pracodawcy (art. 1 ww. ustawy) oraz ustawa z dnia 28 grudnia 1989 r. o szczególnych zasadach rozwiązywania z pracownikami stosunków pracy z przyczyn dotyczących zakładu pracy oraz o zmianie niektórych ustaw⁸, o czym będzie mowa w dalszej części niniejszego artykułu.

2. Czynności w sprawach z zakresu prawa pracy a czynności sanacyjne

Zgodnie z art. 3 u.p.r. celem postępowania restrukturyzacyjnego jest uniknięcie ogłoszenia upadłości dłużnika przez umożliwienie mu restrukturyzacji w drodze zawarcia układu z wierzycielami, a w przypadku postępowania sanacyjnego – również przez przeprowadzenie działań sanacyjnych, przy zabezpieczeniu słusznych praw wierzycieli. Jak wynika z tej regulacji, w odróżnieniu od typowej relacji występującej w stosunku pracy, zarządca nie będzie działał zgodnie z duchem kodeksu pracy wyłącznie w interesie jednej grupy wierzycieli, czyli pracowników. Nawet jako podmiot z art. 3¹ k.p. pozostaje on bowiem związany głównymi celami postępowania restrukturyzacyjnego, czyli dbaniem o interesy pracodawcy – dłużnika przy poszanowaniu praw wszystkich wierzycieli. Jak wskazuje P. Zimmerman, ustawodawca jako nadrzędny cel postępowania sanacyjnego wskazał uniknięcie upadłości dłużnika⁹, w związku z powyższym moim zdaniem wykonywanie funkcji zarządcy jako podmiotu z art. 3¹ k.p. należy postrzegać przez pryzmat tego celu nadrzędnego. Cele postępowania sanacyjnego zarządca realizuje m.in. przeprowadzając działania sanacyjne określone jako czynności prawne i faktyczne zmierzające do poprawy sytuacji ekonomicznej dłużnika i mające na celu przywrócenie dłużnikowi zdolności do wykonywania zobowiązań, przy jednoczesnej ochronie przed egzekucją (art. 3 ust. 6 u.p.r.). Powstaje więc pytanie o relację logiczną pomiędzy wykonywaniem czynności z zakresu prawa pracy w rozumieniu art. 3¹ k.p. a podejmowaniem przez zarządcę działań sanacyjnych. Odpowiedź na to zagadnienie

⁷ T. j. Dz.U. z 2014, poz. 272 z późn. zm.

⁸ Dz.U. z 1990, Nr 4, poz. 19 z późn. zm.

⁹ P. Zimmerman, *Prawo upadłościowe Prawo restrukturyzacyjne. Komentarz*, Warszawa 2016, s. 1035.

skłania do refleksji nad zdefiniowaniem zakresu pojęcia czynności w sprawach z zakresu prawa pracy.

Jak wskazuje K.W. Baran, czynności w sprawach z zakresu prawa pracy obejmują wszystkie aspekty stosunku pracy (nawiązanie, przekształcenie, jego treść i rozwiązanie), zarówno w płaszczyźnie materialnej, jak i proceduralnej, w odniesieniu do indywidualnego oraz zbiorowego prawa pracy¹⁰, w dodatku nie tylko w stosunku do pracownika, ale również wobec władz publicznych, organów administracji, czy też związków zawodowych bez względu na podstawę zatrudnienia pracowniczego¹¹. Natomiast T.M. Nycz wskazał, iż „przez czynności z zakresu prawa pracy rozumie się działania w sferze indywidualnych stosunków pracy, jak i w sferze zbiorowego prawa pracy”¹². Powstaje więc pytanie, czy regulacja ta odnosi się wyłącznie do dokonywania czynności prawnych, czy też obejmuje swoim zakresem podejmowanie czynności faktycznych, a więc jaki jest zakres „czynności” z art. 3¹ k.p. Jak wskazał Sąd Najwyższy w wyroku z 27 lutego 2014 r., II PK 134/13¹³ „pojęciem «dokonywanie czynności w sprawach z zakresu prawa pracy», należy rozumieć dokonywanie wszelkich czynności prawnych z tego zakresu, w tym czynności procesowych”. Moim zdaniem powyższe ujęcie nie jest jednak wystarczające. Wskazać bowiem należy, iż literalna wykładnia tego przepisu zdaje się przemawiać za wykładnią rozszerzającą. Ustawodawca użył bowiem zwrotu „podejmowanie czynności w sprawach” nie precyzując, iż odnosi się to wyłącznie do czynności prawnych. W związku z powyższym należy przyjąć, iż chodzi o wszelką aktywność podmiotu, która wywołuje skutki prawne w sprawach z zakresu prawa pracy. *Lege non distinguente* będą więc to oświadczenia woli (np. złożenie pracownikowi wypowiedzenia umowy o pracę), oświadczenia wiedzy¹⁴ (np. świadectwo pracy) oraz inne czynności faktyczne¹⁵ (np. przydział odzieży ochronnej) wywołujące konsekwencje w sferze praw i obowiązków stron stosunku pracy. Podobne stanowisko wyraziła P. Kirczuk-Antończak, która pod pojęciem czynności w sprawach z zakresu prawa pracy wskazała „czynności prawne, jak i specyficzne dla stosunków pracy czynności kierownicze, szczególne oświadczenia wiedzy (np. świadectwa pracy) oraz czynności materialno – techniczne”¹⁶.

Przenosząc te rozważania na zakres pojęcia czynności sanacyjnych, *a priori* widać pewną zgodność, skoro czynności te zostały ujęte zarówno jako czynności prawne, jak i czynności faktyczne, wśród których P. Zimmermann wskazuje np. „zwolnienie nie

¹⁰ Tak też T.M. Nycz, *Kodeks pracy z komentarzem*, Kraków–Tarnobrzeg 2011, s. 19.

¹¹ K.W. Baran [w:] K.W. Baran, B.M. Ćwiertniak, S. Driczinski, Z. Góral, A. Kosut, D. Książek, W. Perdeus, J. Piątkowski, M. Skąpski, K. Stafański, M. Tomaszewska, M. Włodarczyk, T. Wyka, *Kodeks Pracy. Komentarz*, red. K.W. Baran, Warszawa 2016, s. 42.

¹² T.M. Nycz, *op.cit.*, s. 19.

¹³ Lex nr 1455113.

¹⁴ Tak K.W. Baran [w:] *Kodeks Pracy. Komentarz...*, s. 43.

¹⁵ A. Tomanek, *Zdolność zatrudniania pracowników po ogłoszeniu upadłości pracodawcy* [w:] *Z aktualnych problemów prawa pracy i prawa socjalnego*, red. H. Szurgacz, Wrocław 2009, s. 88; K.W. Baran, *op.cit.*, s. 43.

¹⁶ P. Kirczuk-Antończak, *op.cit.*, s. 17.

efektywnych i nie niezbędnych pracowników”¹⁷. W związku z powyższym, moim zdaniem każdorazowe dokonywanie kwalifikacji danej czynności jako zawierającej się w sferze uprawnień zarządcy zależeć będzie od tego, czy podjęcie takiej czynności może zostać zakwalifikowane jako czynność sanacyjna, zmierzająca do poprawy sytuacji ekonomicznej pracodawcy – dłużnika, bądź czynność, która wiąże się z zarządzaniem zakładem pracy. Uważam, iż zarządca będzie zobowiązany do wykonywania tych obowiązków pracodawcy – dłużnika, które dotyczą jego sfery majątkowej, a więc powodujących przysporzenie, zubożenie masy sanacyjnej, bądź których wykonywanie pozostawało będzie w związku z jego ustawowymi kompetencjami jako zarządcy w postępowaniu sanacyjnym. W konsekwencji należy więc przyjąć, iż istnieje domniemanie kompetencji do wykonywania wszelkich czynności z zakresu prawa pracy wynikających z zarządzaniem zakładem pracy na rzecz zarządcy. Pracodawca będzie upoważniony do wykonywania swoich praw i obowiązków pracodawczych jeżeli zostanie mu pozostawiony zarząd co do części bądź całości przedsiębiorstwa – w zakresie czynności zwykłego zarządu, bądź na podstawie szczególnego upoważnienia zarządcy (o czym będzie mowa w dalszej części artykułu).

Poniżej przedstawię zarys najbardziej typowych praw i obowiązków zarządcy jako podmiotu z art. 3¹ k.p. z uwzględnieniem zasad i celów postępowania sanacyjnego w odniesieniu do dwóch sfer związanych ze stosunkiem pracy, a więc: nawiązania stosunku pracy oraz wykonywania praw i obowiązków pracodawcy w czasie trwania stosunku pracy.

3. Zatrudnianie pracowników przez zarządcę po otwarciu postępowania sanacyjnego

Chociaż restrukturyzacja zakładu pracy przywodzi przede wszystkim na myśl redukcję zatrudnienia, to z charakteru kompetencji zarządczych zarządcy nie wynika zakaz zatrudniania nowych pracowników, o ile w świetle celów danego postępowania podjęcie takiej decyzji będzie przyczyniało się do polepszenia sytuacji ekonomicznej pracodawcy – dłużnika, np. poprzez zatrudnienie specjalistów w danej dziedzinie. Dla udowodnienia tej tezy, przywołując odesłanie uprawnień zarządcy do regulacji uprawnień syndyka z prawa upadłościowego (por. art. 300 u.p.r.), należy dokonać wykładni historycznej przepisów. Do nowelizacji prawa upadłościowego ustawą z dnia 6 marca 2009 r.¹⁸, dopuszczalność zatrudniania przez syndyka nowych pracowników regulowana była w art. 179 puin. Zgodnie z tym artykułem syndyk mógł zatrudniać pracowników co do zasady za zezwoleniem sędziego-komisarza, jeżeli było to niezbędne dla zabezpieczenia i likwidacji majątku upadłego, co jak wskazuje A. Tomanek miało na celu ograniczanie wydatków osobowych, które wpływały na koszty postępowania

¹⁷ P. Zimmerman, *op.cit.*, s. 1036.

¹⁸ Ustawa z dnia 6 marca 2009 r. o zmianie ustawy – Prawo upadłościowe i naprawcze, ustawy o Bankowym Funduszu Gwarancyjnym oraz ustawy o Krajowym Rejestrze Sądowym (Dz.U. z 2009, Nr 53, poz. 434).

upadłościowego¹⁹. W związku ze zmianą brzmienia tego przepisu na ogólny obowiązek zarówno syndyka, jak i zarządcy do „podejmowania działań z należytą starannością, w sposób umożliwiający optymalne wykorzystanie majątku upadłego w celu zaspokojenia wierzycieli w jak najwyższym stopniu, w szczególności przez minimalizację kosztów postępowania”²⁰, należy przyjąć, iż obecna regulacja nie zawiera żadnych przepisów zabraniających zarządcy zatrudniania pracowników. Zatem jak słusznie wskazuje A. Tomanek, „syndyk był zatem i jest upoważniony do zawarcia umowy o pracę, jakkolwiek powinien on dążyć do korzystania z tego uprawnienia jedynie w niezbędnym zakresie, w intencji minimalizacji zobowiązań obciążających masę upadłości”²¹. Ze względu na brak regulacji ograniczającej zatrudnianie w prawie restrukturyzacyjnym, powyższe stanowisko *mutatis mutandis* wydaje się adekwatne również w kontekście uprawnienia zarządcy, przy czym tutaj jego prawo do zatrudniania powinno być przestrzegane w kontekście celów postępowania sanacyjnego, a więc, jak wskazałam powyżej, poprawy ekonomicznej sytuacji pracodawcy – dłużnika, a nie likwidacji zakładu pracy²², co może przejawiać się w większej elastyczności zarządcy w tym zakresie.

Ze względu na fakt, iż nie zawsze zatrudnianie nowych pracowników pozostawać będzie w zgodzie z celami postępowania sanacyjnego, to należy zwrócić uwagę na kompetencje nadzorcze sędziego – komisarza, który zgodnie z art. 19 u.p.r. sprawuje nadzór nad czynnościami nadzorcy sądowego i zarządcy, oznacza czynności, których wykonywanie przez nadzorcę sądowego albo zarządcę jest niedopuszczalne bez jego zezwolenia lub bez zezwolenia rady wierzycieli, jak również zwraca uwagę na popełnione przez nich uchybienia. W związku z powyższym, jeżeli zarządca zatrudni nowych pracowników, co zostanie ocenione jako sprzeczne z celami postępowania sanacyjnego i wyrządzające szkodę, to wówczas, zgodnie z art. 30 u.p.r., zarządca będzie ponosił m.in. odpowiedzialność o charakterze dyscyplinarnym ze strony sędziego – komisarza. Rozwiązanie to stanowi powrót do regulacji prawa upadłościowego z 1934 r. gdzie, jak wskazuje A. Tomanek²³, sędzia – komisarz mógł w ramach ogólnych kompetencji nadzorczych zastrzec np. górny limit zatrudnienia, bądź wysokość wynagrodzenia maksymalnego pracowników, która obciążała masę upadłości. Jak wskazuje dalej ten autor, prowadzona przez syndyka (a więc także zarządcę) działalność gospodarcza będzie podlegała ocenie w perspektywie rezultatu, a więc osiągnięcia zysku, utrzymania miejsc pracy, bądź zwiększenia wartości przedsiębiorstwa²⁴. Jednocześnie, ze względu na wyłączenie odpowiedzialności zarządcy za zaciągnięte zobowiązania (art. 53 ust. 2 u.p.r.), możliwe będzie pociągnięcie go

¹⁹ A. Tomanek, *Stosunki pracy w razie likwidacji i upadłości pracodawcy*, Warszawa 2012, s. 113.

²⁰ Por. art. 179 u.p.r.

²¹ A. Tomanek, *Stosunki pracy...*, s. 115; A. Tomanek, *Zdolność zatrudniania...*, s. 81.

²² Jak wskazywała P. Kirczuk-Antończak, syndyk ma szersze kompetencje jeżeli będzie nadal prowadził przedsiębiorstwo, niż gdyby jego celem była szybka likwidacja. Pogląd ten wydaje się być adekwatny do pozycji zarządcy jako podmiotu, który ma dokonać restrukturyzacji zakładu pracy, a więc dążyć do jak najefektywniejszego kontynuowania jego działalności; por. P. Kirczuk -Antończak, *op.cit.*, s. 17.

²³ A. Tomanek, *Zdolność zatrudniania...*, s. 91.

²⁴ *Ibidem*, s. 93.

do odpowiedzialności deliktowej zgodnie z art. 25 ust. 1 u.p.r., tj. za szkodę wyrządzoną na skutek nienależytego wykonywania obowiązków.

W tym miejscu nasuwa się wątpliwość co do skutków zatrudnienia przez zarządcę pracowników bez uzyskania zgody sędziego – komisarza w sytuacji, gdy uzyskanie takiej zgody było wymagane. Należy więc rozważyć, czy w takim przypadku dopuszczalne jest zastosowanie sankcji nieważności czynności prawnej. Na gruncie prawa upadłościowego A. Hrycaj²⁵ prezentowała stanowisko, zgodnie z którym w przypadku zawarcia przez syndyka umowy o pracę bez zezwolenia sędziego – komisarza nie znajdzie zastosowania konstrukcja nieważności czynności prawnej. W związku z powyższym umowy takie będą ważne, a jedyne konsekwencje regulują przepisy upadłościowe²⁶, a więc w odniesieniu do zarządcy – art. 25 ust. 1 u.p.r. i art. 30 u.p.r. Natomiast F. Zedler²⁷ wskazywał, iż zgoda sędziego – komisarza jest zgodą osoby trzeciej w rozumieniu art. 63 k.c. (sankcja bezskuteczności zawieszonej). W konsekwencji brak pierwotnej bądź następczej zgody sędziego – komisarza powodowałby, iż zawarcie umowy o pracę nie wywarłoby żadnego skutku prawnego. Stanowisko to zgodne jest z poglądem T. Liszcz²⁸, która dopuszczała sankcję nieważności w odniesieniu do zawierania umów o pracę z powodu naruszenia zasad reprezentacji, wskazując iż działanie z przekroczeniem umocowania prowadzi do powstania *negotium claudicans*, a potwierdzenie zawarcia umowy o pracę następuje poprzez dopuszczenie pracownika do pracy.

Moim zdaniem za pierwszym z przywołanych stanowisk przemawia najwięcej argumentów. Na początku wskazać należy, iż trudno przyjąć, iż zgoda osoby trzeciej mogłaby być zgodą organu sądowego, skoro ustawa ta reguluje stosunki prywatnoprawne²⁹. Co więcej, przepisy kodeksu cywilnego odwołują się do pojęcia zgody, podczas gdy przepisy prawa restrukturyzacyjnego stanowią o zezwoleniu, które to pojęcie semantycznie nawiązuje do kategorii z przepisów prawa administracyjnego³⁰. Ponadto, kodeks pracy przewiduje sankcję nieważności jedynie w wyraźnie wskazanych sytuacjach, ze względu na funkcję ochronną prawa pracy, co ma miejsce m.in. w przypadku braku dochowania formy pisemnej umowy o zakazie konkurencji. Ustawa nie reguluje jednak skutków dokonania czynności przez podmiot z art. 3¹ k.p. wbrew umocowaniu. Oczywiście taka sytuacja wywołuje konflikt dwóch wartości – ochrony pozycji ekonomicznej pracodawcy – dłużnika w świetle celów postępowania sanacyjnego oraz funkcji ochronnej prawa pracy. Zgodnie zaś z art. 300 k.p., w sprawach nieunormowanych przepisami prawa pracy, do stosunku pracy stosuje się odpowiednio przepisy kodeksu cywilnego, pod tym jednak warunkiem, iż nie są one

²⁵ A. Hrycaj, *Syndyk masy upadłości*, Poznań 2006, s. 93.

²⁶ Tak też A. Tomanek, *Ogłoszenie upadłości z możliwością zawarcia układu a stosunki pracy*, *Praca i Zabezpieczenie Społeczne* 2004, nr 11, s. 24 i nast.

²⁷ F. Zedler [w:] A. Jakubecki, F. Zedler, *Prawo upadłościowe i naprawcze. Komentarz*, Kraków 2003, s. 497 i nast.

²⁸ T. Liszcz, *Nieważność czynności prawnych w umownych stosunkach pracy*, Warszawa 1977, s. 150.

²⁹ Tak też A. Tomanek, *Zdolność zatrudniania...*, s. 94.

³⁰ Np. zezwolenie na prowadzenie działalności gospodarczej z art. 75a ustawy z dnia 2 lipca 2004 r. o swobodzie działalności gospodarczej (t. j. Dz.U. z 2015, poz. 584 z późn. zm.).

sprzeczne z zasadami prawa pracy. Moim zdaniem co do zasady sankcja nieważności przy działaniu z przekroczeniem umocowania z kodeksu cywilnego nie będzie wchodziła w rachubę, właśnie ze względu na sprzeczność z jedną z podstawowych zasad prawa pracy – czyli ochroną pracownika. Jak słusznie zauważa A. Tomanek³¹, przyjęcie sankcji nieważności godziłoby w interes pracownika, który co do zasady nie miałby świadomości, iż działania zarządcy następują w sprzeczności ze stanowiskiem sędziego – komisarza. Jak dalej stwierdza ten autor, regulacja zgody odnosi się do wzajemnych relacji syndyka (tu zarządcy) i sędziego – komisarza. Brak więc podstaw, aby rozciągać skutki tych relacji na podmioty trzecie, a zwłaszcza podmioty o statusie wyjątkowo chronionym przez ustawodawcę, ze względu na co do zasady słabszą pozycję w stosunkach pracy. Z tego względu należy za A. Hrycaj i A. Tomanekiem przyjąć, iż konsekwencje zawarcia takiej umowy będą co do zasady przejawiały się wyłącznie odpowiedzialnością dyscyplinarną i deliktową zarządcy³². Moim zdaniem jedynie w sytuacji, w której zawarcie umowy o pracę następuje ze świadomym pokrzywdzeniem pracodawcy – dłużnika po obu stronach, tj. także po stronie pracownika, to wówczas na zasadzie wynikającej z art. 8 k.p. należałoby uznać, iż ochrona pracownika byłaby nadużyciem prawa podmiotowego jako sprzeczna z prawem i zasadami współżycia społecznego, i z tego względu w tych kategoriach sytuacji przyjąć, iż nie doszło do skutecznego zawarcia umów o pracę.

Konsekwencją przyjęcia tezy o dopuszczalności zatrudniania nowych pracowników przez zarządcę winno być rozważenie, czy zarządca staje się pracodawcą dla zatrudnionych po otwarciu postępowania sanacyjnego pracowników. Moim zdaniem odpowiedź na to pytanie zależy od przyjęcia jednego z dwóch rozwiązań. Jeżeli zarządca zatrudnia pracownika, który będzie świadczył pracę bezpośrednio na rzecz pracodawcy – dłużnika, w zakładzie pracy do niego należącym, to należy uznać, iż pracodawcą względem takiego pracownika będzie dłużnik. Zarządca zatrudniając takie osoby będzie bowiem działał za pracodawcę jako podmiot zarządzający w rozumieniu art. 3¹ k.p. Odmierna sytuacja dotyczyć będzie zatrudniania przez zarządcę pracowników do pracy – na rzecz prowadzonej przez niego działalności – jako zarządcy, nawet jeśli wykonywanie danych obowiązków pracowniczych pokrywałoby się z działalnością na terenie przedsiębiorstwa dłużnika. W odróżnieniu bowiem od pierwszej sytuacji, tutaj zarządca będzie zatrudniał pracowników we własnym imieniu i na rachunek prowadzonej przez siebie działalności gospodarczej, jako swoistej pomocy w wykonywaniu czynności zarządcy, czyli będzie występował jako ich pracodawca, a nie podmiot z art. 3¹ k.p.

Podsumowując powyższe rozważania należy przyjąć, iż co do zasady zarządca jest podmiotem uprawnionym do zatrudniania pracowników na podstawie art. 3¹ k.p., chociaż jego uprawnienie winno być rozpatrywane w świetle celów postępowania sanacyjnego. W razie, gdy zawarcie umów o pracę uzależniane jest od uzyskania zgody sędziego – komisarza, to zawarte bez takiej zgody umowy co do zasady będą ważne,

³¹ A. Tomanek, *Zdolność zatrudniania...*, s. 94.

³² Tak też A. Gurgul, *Prawo upadłościowe Prawo restrukturyzacyjne Komentarz*, Warszawa 2016, s. 999; J. Chaciński, *Nieważność umowy o pracę*, Lublin 2009, s. 146.

a skutki takiego działania będą skoncentrowane na odpowiedzialności dyscyplinarnej i deliktowej zarządcy. Pracownicy zatrudnieni przez zarządcę będą pozostawali w stosunku pracy z pracodawcą – dłużnikiem, za wyjątkiem sytuacji, gdy zarządca będzie zatrudniał pracowników w ramach prowadzonej przez siebie działalności gospodarczej, w tym do pomocy w obsłudze postępowania sanacyjnego pracodawcy – dłużnika.

4. Wykonywania praw i obowiązków zarządcy w sprawach z zakresu prawa pracy

Chociaż niewątpliwie najbardziej doniosłe znaczenie przy analizie skutków otwarcia postępowania sanacyjnego na stosunki pracy mają regulacje dotyczące redukcji zatrudnienia, to należy rozważyć jakie, poza przeanalizowanymi powyżej, prawa i obowiązki winien wykonywać zarządca jako podmiot z art. 3¹ k.p. oraz czy wykonywanie przez niego obowiązków pracodawcy ulega modyfikacji ze względu na otwarcie postępowania sanacyjnego. Jak wskazuje D. Dörre-Kolasa, sporządzenie wyczerpującego katalogu praw i obowiązków stron stosunku pracy nie jest możliwe³³. W związku z powyższym, w celu potwierdzenia przyjętej przeze mnie tezy, dokonam analizy najbardziej typowych praw i obowiązków pracodawczych w postępowaniu sanacyjnym.

4.1. Realizacja oraz modyfikacja wierzytelności pracowniczych przez zarządcę

Jak wydaje się najistotniejszym obowiązkiem pracodawcy jest wynikający z art. 22 § 1 k.p. obowiązek prawidłowej i terminowej zapłaty wynagrodzenia. Obowiązek ten bezpośrednio wpływa na skład masy sanacyjnej, a więc z faktu odebrania pracodawcy – dłużnikowi prawa jej zarządu należy przyjąć, iż po otwarciu postępowania sanacyjnego obowiązek ten zrealizować może jedynie zarządca. Ze względu na specyfikę postępowania sanacyjnego obowiązek ten nie będzie miał jednak charakteru absolutnego³⁴. Należy bowiem mieć na uwadze, iż postępowanie sanacyjne toczy się względem podmiotu, który jest niewypłacalny, bądź zagrożony niewypłacalnością, a w konsekwencji ma problemy z terminowym regulowaniem swoich zobowiązań, co może również dotyczyć terminowych wypłat wynagrodzeń za pracę. Stąd też ustawodawca w ustawie o ochronie roszczeń pracowniczych w razie niewypłacalności pracodawcy³⁵ przewidział szczególne obowiązki zarządcy w celu ochrony tych roszczeń³⁶.

Zgodnie z art. 15 ustawy zarządca zobowiązany jest do przygotowania i złożenia marszałkowi województwa w terminie miesiąca od daty niewypłacalności pracodawcy, rozumianej jako dzień wydania postanowienia sądu restrukturyzacyjnego o otwarciu

³³ D. Dörre-Kolasa [w:] K. Antonów, K.W. Baran, B.M. Ćwiertniak, D. Dörre-Kolasa, Z. Góral, K. Walczak, M. Włodarczyk, *Prawo pracy i ubezpieczeń społecznych*, red. K.W. Baran, Warszawa 2015, s. 361.

³⁴ Analogicznie w odniesieniu do syndyka P. Kirczuk-Antończak, *Czynności syndyka...*, s. 18 i nast.

³⁵ Ustawa z dnia 13 lipca 2006 r. o ochronie roszczeń pracowniczych w razie niewypłacalności pracodawcy (t. j. Dz.U. z 2014, poz. 272 z późn. zm.).

³⁶ Ustawa ta znajduje zastosowanie także do pracodawcy – dłużnika, względem którego otwarto postępowanie sanacyjne, gdyż na mocy art. 3 ust. 1 pkt. 2 ustawy pracodawcą niewypłacalnym jest także podmiot, względem którego wydano postanowienie o otwarciu postępowania restrukturyzacyjnego.

postępowania restrukturyzacyjnego³⁷, zbiorczego wykazu niezaspokojonych roszczeń pracowniczych (z art. 11 i 12 ustawy), na którego podstawie Fundusz Gwarantowanych Świadczeń Pracowniczych będzie dokonywał wypłat. W tym miejscu powstaje ciekawe zagadnienie dotyczące obowiązku zarządcy do złożenia zbiorczego wykazu w sytuacji, gdy postępowanie sanacyjne otwarto względem podmiotu, który jest „tylko” zagrożony niewypłacalnością w rozumieniu art. 6 ust. 3 u.p.r. Należy więc rozważyć, czy definicja niewypłacalności zawarta w tej ustawie jest inną definicją niż ta z prawa upadłościowego. Jak wskazano w założeniach do projektu ustawy prawo restrukturyzacyjne: „zmiany w ustawie z dnia 13 lipca 2006 r. o ochronie roszczeń pracowniczych w razie niewypłacalności pracodawcy mają na celu wyłącznie dostosowanie brzmienia przepisów do charakteru postępowań restrukturyzacyjnych”³⁸. Charakter tych postępowań obejmuje jednak zarówno niewypłacalność, jak i zagrożenie tym stanem. Nie wiadomo więc, czy tak szerokie ujęcie niewypłacalności było celowym działaniem ustawodawcy. Zarówno redakcja art. 8, jak i art. 8a ustawy wskazuje, iż niewypłacalność na gruncie tych przepisów traktowana jest jako faktyczne niezaspokojenie roszczeń pieniężnych pracowników z powodu braku środków finansowych po stronie pracodawcy. Niewątpliwie, zgodnie z literalną wykładnią art. 3 ust. 1 pkt 2 ustawy, skoro niewypłacalność uzależniona jest od wydania postanowienia przez sąd restrukturyzacyjny o otwarciu postępowania sanacyjnego, to *a priori* definicja ta obejmuje również podmiot zagrożony niewypłacalnością, względem którego wydano postanowienie o otwarciu postępowania sanacyjnego. Można więc wyobrazić sobie sytuację, w której pracodawca – dłużnik nie jest niewypłacalny ze względu na przesłankę karencyjności z art. 11 ust. 1a p.u.p. (np. zalega z wypłatą wynagrodzeń tylko o dwa miesiące) bądź nie spełnia przesłanki bilansowej z art. 11 ust. 2 u.p.r., czyli co prawda nie zalega z zapłatą wynagrodzeń pracowników, ale jego zobowiązania pieniężne przekraczają wartość jego majątku przez okres krótszy niż 24 miesiące. Moim zdaniem, w tej pierwszej sytuacji zarządca winien złożyć wykaz niezaspokojonych roszczeń pracowniczych, gdyż takowe będą już istniały, pomimo że pracodawca – dłużnik nie będzie jeszcze traktowany jako podmiot niewypłacalny w rozumieniu prawa upadłościowego. Należy bowiem wskazać, iż zgodnie z art. 15 ust. 1 zd. 2 ustawy o ochronie roszczeń pracowniczych w razie niewypłacalności pracodawcy wykaz ten obejmuje co do zasady roszczenia z okresów poprzedzających datę niewypłacalności, czyli okres sprzed daty wydania postanowienia o otwarciu postępowania sanacyjnego. Natomiast w tej drugiej sytuacji zarządca, będąc hipotetycznie zobowiązanym do złożenia wykazu, nie będzie go sporządzał, gdyż nie będą istniały niezaspokojone wierzytelności pracownicze. Jeżeli zaś takie wierzytelności powstaną po otwarciu postępowania sanacyjnego, to wówczas zarządca sporządzi wykaz uzupełniający względem osób, których stosunek pracy ustał zgodnie z art. 15 ust. 2 ustawy. Można więc uznać, iż ustawodawca celowo nie ograniczał zakresu niewypłacalności do definicji z art. 11 p.u.p., ale stworzył autonomiczną definicję pojęcia

³⁷ Por. art. 3 ust. 2 ustawy o ochronie roszczeń pracowniczych w razie niewypłacalności pracodawcy.

³⁸ Uzasadnienie do rządowego projektu ustawy – Prawo restrukturyzacyjne, Druk Sejmu VII kadencji numer 2824, s. 106.

niewypłacalności dla celów tej ustawy³⁹. Regulacja taka, bez względu na to, czy była celowym działaniem ustawodawcy, niewątpliwie przyczynia się do zagwarantowania pracownikom ich świadczeń, czyli jest zgodna z dyrektywą ochrony pracownika.

Niewątpliwie z zarządu masą sanacyjną wynikać będzie również obowiązek zarządcy do zaspakajania innych uzasadnionych materialnych roszczeń pracowniczych, takich jak zapłata odpraw, ekwiwalentów za niewykorzystany urlop wypoczynkowy czy odszkodowań⁴⁰ wynikających z użycia instrumentów redukcji zatrudnienia. Będą to bowiem wydatki związane z funkcjonowaniem zakładu pracy, który wchodzi w skład masy sanacyjnej. Jak wskazałam na wstępie niniejszego rozdziału, terminowość wypłat świadczeń pracowniczych stanowi podstawowy obowiązek pracodawcy. Ze względu na specyfikę postępowania sanacyjnego, poza ww. wypłatą świadczeń przez Fundusz Gwarantowanych Świadczeń Pracowniczych, zasady ich spełniania mogą również zostać zmodyfikowane w przygotowywanych przez zarządcę i pracodawcę – dłużnika propozycjach restrukturyzacji zobowiązań, które mają zostać przyjęte w układzie kończącym to postępowanie. Chociaż przygotowanie tego planu *a priori* nie wydaje się być typowym obowiązkiem czy uprawnieniem pracodawczym, to warto się przyjrzeć jak kształtują się w tym zakresie prawa i obowiązki zarządcy.

Zgodnie z art. 156 u.p.r. restrukturyzacja zobowiązań dłużnika obejmuje w szczególności: a) odroczenie terminu wykonania zobowiązania; b) rozłożenie spłaty na raty; c) zmniejszenie wysokości zobowiązania; d) konwersję wierzytelności na udziały lub akcje; e) zmianę, zamianę lub uchylenie prawa zabezpieczającego określoną wierzytelność. W odniesieniu do zobowiązań pracowniczych ustawodawca wskazał jedynie, iż warunki restrukturyzacji nie mogą pozbawić pracowników dłużnika minimalnego wynagrodzenia za pracę⁴¹. Oznacza to, iż w propozycjach układowych wierzytelności pracowników nie mogą zostać zredukowane poniżej wysokości minimalnego wynagrodzenia za pracę ustalanego corocznie na podstawie ustawy z dnia 10 października 2002 r. o minimalnym wynagrodzeniu za pracę⁴², którego wysokość od 1 stycznia 2017 r. wynosi 2000 zł⁴³. W tym miejscu należałoby rozważyć, czy ograniczenie to dotyczy wyłącznie wynagrodzeń za pracę, czy też innych wierzytelności powstałych w związku ze stosunkiem pracy, takich jak np. odszkodowania z tytułu niezgodnego z prawem rozwiązania stosunku pracy, czy też odprawy. P. Zimmerman wskazuje, iż

³⁹ Tezę tę potwierdza również regulacja art. 8a ustawy o ochronie roszczeń pracowniczych w razie niewypłacalności pracodawcy, która za niewypłacalność uważa także „niezaspokojenie roszczeń pracowniczych z powodu braku środków finansowych w przypadku faktycznego zaprzestania działalności przez pracodawcę, trwającą dłużej niż 2 miesiące”; tak też R. Adamus, *Prawo restrukturyzacyjne Komentarz*, Warszawa 2015, s. 36.

⁴⁰ Zgodnie z rozporządzeniem Ministra Pracy i Polityki Socjalnej z dnia 29 maja 1996 r. w sprawie sposobu ustalania wynagrodzenia w okresie niewykonywania pracy oraz wynagrodzenia stanowiącego podstawę obliczania odszkodowań, odpraw, dodatków wyrównawczych do wynagrodzenia oraz innych należności przewidzianych w Kodeksie pracy (Dz.U. z 1996, Nr 62, poz. 289 z późn. zm.).

⁴¹ Por. art. 163 u.p.r.

⁴² T. j. Dz.U. z 2015, poz. 2008.

⁴³ Rozporządzenie Rady Ministrów z dnia 9 września 2016 r. w sprawie wysokości minimalnego wynagrodzenia za pracę w 2017 r. (Dz.U. z 2016, poz. 1456).

rozwiązanie to dotyczy wynagrodzeń za pracę, należności za urlop oraz wynagrodzeń z tytułu czasowej niezdolności pracownika do pracy i powinno być dokonywane w odniesieniu do danego miesiąca⁴⁴. Należy zauważyć, iż ustawodawca w przepisie tym użył ogólnego zwrotu wierzytelności pracownicze, a nie np. wynagrodzenia za pracę. W związku z tym, ze względu na zasadę ochrony pracownika, *lege non distinguente* można by wysunąć wniosek, iż chodzi o wszelkie wierzytelności wywodzone ze stosunku pracy. Moim zdaniem taka szeroka interpretacja tego przepisu nie jest jednak celowościowo uzasadniona. Wskazać bowiem należy, iż zgodnie z art. 151 ust. 2 u.p.r. układ nie obejmuje wierzytelności ze stosunku pracy, chyba że wierzyciel wyraził zgodę na objęcie jej układem. W związku z powyższym, wierzytelności pracowników w tym postępowaniu co do zasady nie ulegają modyfikacjom, chyba że pracownik sam wyrazi na to zgodę. Regulacja ta oznacza, iż zarządca może wykonywać zarówno zaległe, jak i bieżące zobowiązania ze stosunku pracy a „pracownik może wyrazić zgodę na poddanie układowi części albo tylko niektórych rodzajów wierzytelności pracowniczych”⁴⁵. Wyrażenie przez pracownika zgody na objęcie jego wierzytelności układem powodować będzie, iż obowiązek wypłat np. zaległego wynagrodzenia za pracę ulegnie okresowemu zawieszeniu⁴⁶. Świadczenia te bowiem będą wypłacane co do zasady zgodnie z terminarzem spłat zawartym w układzie. Jak wskazuje P. Zimmerman: „wierzytelności pracownicze, jako uprzywilejowane w postępowaniu upadłościowym, a w ramach restrukturyzacji objęte układem tylko za zgodą pracownika, z natury rzeczy objęte będą korzystniejszymi warunkami restrukturyzacji niż inne wierzytelności”⁴⁷. Należy więc przyjąć, że prawo restrukturyzacyjne przepisem art. 151 ust. 2 u.p.r. wprowadziło *lex specialis* do zakazu zrzeczenia się wynagrodzenia z art. 84 k.p.⁴⁸ Ustawodawca mając jednak na względzie ochronę pracownika, jako co do zasady słabszej strony stosunku pracy, która może podlegać presji ze strony pracodawcy – dłużnika, wprowadzając przepis art. 163 u.p.r. pragnął zabezpieczyć pracownikowi przynajmniej minimum egzystencji. Stąd też należy wyprowadzić wniosek, iż propozycje układowe nie mogą przewidywać pozbawienia pracownika wynagrodzenia za pracę i świadczeń, które są względem niego ekwiwalentne, takich jak wynagrodzenie za czas urlopu, czy wynagrodzenie z tytułu czasowej niezdolności pracownika do pracy – a więc podstawowej wierzytelności ze stosunku pracy *sensu stricto* – czyli wynagrodzenia, a nie wszelakich wierzytelności związanych z tym stosunkiem. Rozróżnienie to wydaje się być zarówno systemowo, jak i celowościowo uzasadnione.

⁴⁴ P. Zimmerman, *op.cit.*, s. 1360.

⁴⁵ A. Hrycaj [w:] R. Adamus, S. Cyfert, P. Filipiak, M. Geromin, I. Gil, B. Groele, A. Hrycaj, A. Jakubecki, J. Kruczałak-Jankowska, A. Piasecki, E. Skibińska, A. Torbus, P.M. Wiórek, A. Witosz, P. Zimmerman, *System prawa handlowego – Prawo restrukturyzacyjne i upadłościowe. t. 6*, red. A. Hrycaj, A. Jakubecki, A. Witosz, Warszawa 2016, s. 175.

⁴⁶ Por. A. Tomanek, *Terminowość wypłaty wynagrodzenia w postępowaniu upadłościowym prowadzonym w celu zawarcia układu*, Praca i Zabezpieczenie społeczne 2006, nr 11, s. 22.

⁴⁷ P. Zimmerman, *op.cit.*, s. 1360.

⁴⁸ Tak R. Adamus, *op.cit.*, s. 327; A. Tomanek, *Wierzytelności pracownicze w postępowaniu upadłościowym prowadzonym z możliwością zawarcia układu*, Praca i Zabezpieczenie społeczne 2005, nr 4, s. 27.

Jak wynika z powyżej analizy, otwarcie postępowania sanacyjnego adaptuje również wykonywane przez zarządcę obowiązki pracodawcy związane z regulowaniem wierzytelności pracowniczych, m.in. wprowadzając obowiązek sporządzania wykazu niezaspokojonych roszczeń pracowniczych, czy też umożliwiając modyfikację tych zobowiązań w propozycjach układowych.

4.2. Wykonywanie innych czynności kierowniczych przez zarządcę

Po przedstawieniu powyższych praw i obowiązków zarządcy należy rozważyć, czy może on również podejmować inne czynności kierownicze przysługujące co do zasady pracodawcy. P. Kirczuk-Antończak wskazywała, iż czynności kierownicze pracodawcy można podzielić na uprawnienia dyrektywne (obejmujące zarządzanie przedsiębiorstwem i kierowanie procesem pracy), uprawnienia dyscyplinarne i uprawnienie dystrybutywne⁴⁹. Do uprawnień tych *sensu largo* autorka zaliczyła także omawiane wcześniej uprawnienia związane z zatrudnianiem i zwalnianiem pracowników, jak również uprawnienia prawodawcze⁵⁰.

O ile pierwsza ze wskazanych kategorii uprawnień dyrektywnych, a więc zarządzanie przedsiębiorstwem, zgodnie z argumentacją *a maiori ad minus* niewątpliwie wchodzi w sferę uprawnień zarządcy jako zarządzającego masą sanacyjną, to należy zastanowić się, czy jest on uprawniony również do sterowania procesem pracy. Jak wskazuje P. Kirczuk-Antończak, uprawnienia te polegają na „bezpośrednim kształtowaniu procesu wytwórczego przez wydawanie poleceń, wyznaczanie zadań, określanie czasu pracy i miejsca jej wykonania”⁵¹ – a więc dotyczą przedmiotu świadczenia pracy, prawa jej kontroli i oceny⁵². Moim zdaniem należy zgodzić się z poglądem autorki, iż także uprawnienia w tej dziedzinie należy wywieść z ogólnego obowiązku zarządzania masą sanacyjną. Skoro pracownicy świadczą pracę w zakładzie pracy należącym do masy sanacyjnej i wynik ich pracy bezpośrednio wpływa na tę masę, to *a fortiori* w zarządzaniu zakładem pracy mieści się sterowanie realizowanym w nim procesem pracy. Zarządca jest więc uprawniony do wydawania pracownikom pracodawcy – dłużnika poleceń służbowych, czy też, jak wspomniałam we wcześniejszych wywodach, dokonywania ich oceny przydatności przy redukcji zatrudnienia⁵³. Przyjęcie odmiennej interpretacji czyniłoby efektywne sprawowanie zarządu w imieniu dłużnika iluzorycznym.

W tym miejscu powstaje ciekawe zagadnienie, czy pracodawca – dłużnik po otwarciu postępowania sanacyjnego może wydawać pracownikowi polecenia służbowe. Moim zdaniem należy przyjąć, iż takie działanie pracodawcy pozbawionego prawa zarządu zakładem pracy nie będzie dopuszczalne, gdyż *a minori ad maius* utrata zarządu przejawia się w utracie możliwości sprawowania kierownictwa względem pracownika. Przyjęcie przeciwnego poglądu prowadziłoby do niedopuszczalnej niepewności

⁴⁹ P. Kirczuk-Antończak, *op.cit.*, s. 17.

⁵⁰ Tak też: Z. Kubot, *Pozycja prawna stron w umownym stosunku pracy*, Wrocław 1978, s. 24 i nast.

⁵¹ P. Kirczuk-Antończak, *op.cit.*, s. 18.

⁵² *Ibidem*.

⁵³ *Ibidem*.

prawnej po stronie pracowników, którzy byłoby zobligowani do wykonywania poleceń zarówno zarządcy, jak i pracodawcy – dłużnika. W konsekwencji mógłby powstać praktyczny problem dotyczący wydania przez te podmioty dwóch przeciwstawnych sobie poleceń, które przecież pracownik musiałby wykonać z uwagi na obawę naruszenia swoich podstawowych obowiązków pracowniczych. Jak bowiem wskazał Sąd Najwyższy w wyroku z 16 listopada 2006 r., II PK 87/06 „pracownik nie może odmówić świadczenia pracy na rzecz pracodawcy tylko dlatego, że istnieją spory dotyczące osoby lub organu zarządzającego uprawnionego do działania za pracodawcę”⁵⁴. Ponadto, przyznanie pracodawcy – dłużnikowi kompetencji kierowniczych w stosunkach pracy mogłoby sparaliżować proces restrukturyzacji przedsiębiorstwa dłużnika. Celem wprowadzenia do przedsiębiorstwa dłużnika osoby zarządcy jest także wyeliminowanie nieumiejętności zarządczych po stronie dłużnika. Tak więc pracodawca – dłużnik mógłby swoimi nieumiejętnymi działaniami doprowadzić do pogorszenia sytuacji ekonomicznej swojego przedsiębiorstwa, a więc *a maiori ad minus* także zakładu pracy. Nie można oczywiście wykluczyć sytuacji, w której sprawowanie kierownictwa względem pracownika wymagało będzie posiadania określonej wiedzy specjalistycznej dotyczącej np. skomplikowanych procesów technologicznych. Wydaje się jednak, iż w takiej sytuacji zarządca mógłby upoważnić dłużnika do wydawania pracownikom poleceń na zasadzie pełnomocnictwa dalszego z art. 3¹ k.p.⁵⁵, które to upoważnienie byłoby wyłączną podstawą pracodawcy do działania, a nie fakt posiadania przez niego materialnoprawnego statusu pracodawcy. To uprawnienie zarządcy można w szczególności wyprowadzić z art. 291 ust. 2 u.p.r., zgodnie z którym dłużnik zobowiązany jest do udzielania zarządcy wszelkich wyjaśnień dotyczących swojego majątku i prowadzonej działalności w zw. z art. 293 u.p.r. upoważniającym zarządcę do udzielania pełnomocnictw. W konsekwencji pracodawca – dłużnik występowałby jedynie w roli pomocnika zarządcy.

Konsekwencją przyznania zarządcy kierownictwa w procesie pracy jest moim zdaniem dopuszczalność wykonywania przez niego kompetencji dyscyplinarnych, zwanych w piśmiennictwie „prawem karania”⁵⁶. Jak słusznie zauważono w doktrynie⁵⁷ w odniesieniu do syndyka, przyznanie uprawnień w zakresie kierowania procesem pracy byłoby iluzoryczne, jeżeli zarządca nie mógłby wydanych przez siebie poleceń skutecznie egzekwować. Tak więc *a maiori ad minus* prawo karania zawiera się w uprawnieniach zarządcy do kierowania procesem pracy. Stąd też *a simile* moim zdaniem, poza systemem kar, zarządca będzie mógł również przyznawać pracownikom nagrody, chociaż ze względu na cele postępowania sanacyjnego winno to być uprawnienie wykorzystywane raczej marginalnie.

⁵⁴ OSNAPiUS 2007, nr 21–22, poz. 314, s. 910.

⁵⁵ Możliwość udzielania pełnomocnictw przez podmiot z art. 3¹ k.p. przyjmuje m.in. P. Korus [w:] D. Dorre-Kolasa, M. Gładoch, P. Korus, L. Mitrus, A. Sobczyk, J. Stelina, M. Zieleniecki, *Kodeks Pracy. Komentarz*, red. A. Sobczyk, Warszawa 2015, s. 12; Sąd Najwyższy w wyroku z 3 kwietnia 2007 r., II PK 252/06, LEX nr 898854.

⁵⁶ P. Kirczuk-Antończak, *op.cit.*, s. 19.

⁵⁷ *Ibidem*.

Konsekwencją przyjętego założenia o prawie zarządcy do zarządzania zakładem pracy i sterowania procesem pracy są także inne obowiązki o charakterze organizacyjnym jak np. obowiązek zapewnienia bezpiecznych i higienicznych warunków pracy z art. 207 k.p. i nast. Moim zdaniem obowiązki takie ciąży wyłącznie na zarządcy, gdyż tylko on – jako podmiot zarządzający zakładem pracy – ma możliwości organizacyjne i finansowe do dostosowania zakładu pracy do standardów bhp. Zapewnienie odpowiednich warunków pracy wpływać będzie na skład masy sanacyjnej (ponoszenie wydatków dla zapewnienia bhp), jak również może przyczyniać się do skutecznej restrukturyzacji zakładu pracy (zapewnienie warunków do bardziej efektywnego wykonywania pracy). W związku z tym należy przyjąć, iż pracodawca – dłużnik, któremu odebrano zarząd majątkiem, *a minori ad maius* będzie z tego obowiązku zwolniony.

Z wykonywania funkcji zarządcy zakładem pracy wynikać będzie także obowiązek prowadzenia przez zarządcę dokumentacji pracowniczej, takiej jak akta pracownicze, ewidencjonowanie czasu pracy czy wydawanie świadectw pracy. Wniosek ten należy wysunąć z regulacji art. 291 ust. 1 u.p.r., zgodnie z którym po otwarciu postępowania sanacyjnego dłużnik ma obowiązek wydania zarządcy całego majątku oraz dokumentów dotyczących jego działalności, majątku oraz rozliczeń, w szczególności ksiąg rachunkowych, innych ewidencji prowadzonych dla celów podatkowych i korespondencję. Zarządca, jako jedyny podmiot posiadający całość dokumentacji, będzie więc musiał wykonywać obowiązki dokumentacyjne wynikające z art. 94 pkt 9 k.p.⁵⁸ Konsekwencją obowiązków materialno-technicznych zarządcy jest także obowiązek skierowania pracownika do odbycia szkolenia bhp, okresowych badań lekarskich, czy przeszkolenia go w zakresie praw pracowniczych zgodnie z wymaganiami kodeksu pracy (obowiązek informacyjny).

Wykonywanie powyższych obowiązków, zarówno o charakterze materialnym jak i niematerialnym, wynikających z zarządu masą sanacyjną, musi odbywać się z poszanowaniem podstawowych praw pracowniczych. Z tego względu uważam, iż zarządca ma również obowiązek przeciwdziałania dyskryminacji w zakładzie pracy, obowiązek stosowania obiektywnych i sprawiedliwych kryteriów dla oceny pracowników czy obowiązek przeciwdziałania mobbingowi.

Ostatnim zagadnieniem wartym przeanalizowania jest odpowiedź na pytanie, czy zarządca jest podmiotem kompetentnym do tworzenia bądź zmiany aktów prawa pracy o charakterze wewnątrzzakładowym, takich jak np. układy zbiorowe pracy czy regulaminy. Zgodnie z art. 104² § 1 k.p. regulamin pracy ustala pracodawca w uzgodnieniu z zakładową organizacją związkową. Skoro więc zarządca nie jest pracodawcą, a wyłącznie podmiotem wykonującym za pracodawcę czynności w sprawach z zakresu prawa pracy, to literalnie nie jest on podmiotem uprawnionym do tworzenia regulaminu pracy. Z drugiej strony należy mieć na uwadze, iż skoro pracodawcy – dłużnikowi odebrane zostało prawo do zarządu m.in. zakładem pracy, to *a minori ad maius* nie będzie on uprawniony do wprowadzania lub zmieniania

⁵⁸ Tak w odniesieniu do syndyka A. Hrycaj, *Syndyk masy...*, s. 164.

aktów wewnętrzzakładowych. W tym miejscu należy wyraźnie zaakcentować, iż tworzenie aktów wewnętrzzakładowych nie zawsze jest wyborem pracodawcy. Wskazać bowiem należy, iż np. pracodawca zatrudniający 50 pracowników i nieposiadający układu zbiorowego pracy jest ustawowo zobowiązany do wprowadzenia regulaminu pracy (art. 104 § 2 k.p.) czy wynagradzania (art. 77² § 1 k.p.). Jeżeli więc stan zatrudnienia po otwarciu postępowania sanacyjnego osiągnie tę liczbę, to przyjęcie literalnej wykładni tego przepisu uniemożliwiłoby wykonanie obowiązku ustawowego, ze względu na brak kompetentnego podmiotu. W konsekwencji należy uznać, iż wykładnia tego przepisu powinna być dokonywana funkcjonalnie i obejmować zarządcę jako podmiot z art. 3¹ k.p. Dla celów skutecznego postępowania restrukturyzacyjnego czynności sanacyjne mogą wszakże polegać również na zmianie zapisów w regulaminach pracy czy wynagradzania. Moim zdaniem w procesie restrukturyzacji zarządca nadal będzie związany regulacją art. 9 k.p., czyli nie będzie mógł wprowadzić regulacji mniej korzystnych niż przepisy prawa, bądź akty wewnętrzzakładowe wyższego rzędu, przy czym jak słusznie zauważyła P. Kirczuk-Antończak w odniesieniu do postępowania upadłościowego⁵⁹, ocena korzystności winna być dokonywana z uwzględnieniem specyfiki tego postępowania i tego, iż podjęcie takich działań może być jedyną formą uratowania zakładu pracy. *Mutatis mutandis* uwagi te odnoszą się również do układów zbiorowych pracy⁶⁰. Ze względu na zakres niniejszego artykułu zagadnienie to nie będzie poddawane szerszej analizie.

5. Zakończenie

Podsumowując rozważania zawarte w niniejszym artykule należy stwierdzić, iż zarządcę, jako podmiot wykonujący za pracodawcę czynności w sprawach z zakresu prawa pracy w postępowaniu sanacyjnym, zobowiązany jest do wykonywania wszelkich obowiązków pracodawczych za pracodawcę – dłużnika, co wynika z umocowania zarządcy jako jedynego podmiotu uprawnionego do zarządu wchodzącym w skład masy sanacyjnej zakładem pracy. Jednakże, ze względu na nadrzędność celów restrukturyzacji, zakres jego kompetencji prawnopracodawczych ulega wielu zmianom, mającym na celu równoważenie interesów pracowników z interesami procesu restrukturyzacji. Prawa te i obowiązki, ze względu na specyfikę postępowania sanacyjnego, mogą podlegać różnym modyfikacjom w kierunku ich złagodzenia, bądź rozszerzenia (np. obowiązek sporządzania zbiorczego wykazu niezaspokojonych wierzytelności pracowniczych). Każdorazowo ocena wykonywanych uprawnień powinna uwzględniać zakres kompetencji zarządcy w postępowaniu sanacyjnym oraz cele tego postępowania.

⁵⁹ P. Kirczuk-Antończak, *op.cit.*, s. 19.

⁶⁰ Tak w odniesieniu do syndyka A. Hrycaj, *Pozycja prawna oraz prawa i obowiązki syndyka masy upadłości według prawa pracy – zagadnienia wybrane*, Praca i Zabezpieczenie społeczne 2007, nr 4, s. 23 i nast.

* * *

Rights and Obligations of the Administrator of the Sanation Estate in Cases Dealing with Labour Law

The author discusses the impact of opening the sanation proceeding on rights and obligations of the administrator under the labour law, resulting from the thesis that the administrator of the sanation estate is the only entity authorized to act on behalf of the employer in cases involving labour law. Firstly, the author analyzes interactions between cases within the subject-matter and scope of labour law and sanation activities. Further, the author discusses admissibility of employment after opening of the sanation proceeding. In the end the author presents selected rights and obligations of the administrator regarding to the employees of the debtor.

Key words: the sanation proceeding, the debtor, the administrator, the employer, the labour law

Przemysław Jadłowski¹

Naruszenie przez sąd terminu instrukcyjnego w postępowaniu cywilnym jako podstawa odpowiedzialności odszkodowawczej Skarbu Państwa

Streszczenie:

Terminy instrukcyjne są skierowanymi do organów prowadzących postępowanie sądowe postulatami wykonania czynności procesowej w ustalonym przez ustawę terminie. Ich przekroczenie nie wywołuje skutków w zakresie ważności czy skuteczności dokonanej przez sąd czynności. Rozważenia wymaga kwestia odpowiedzialności odszkodowawczej Skarbu Państwa za szkodę wynikłą z przekroczenia przez sąd terminu instrukcyjnego na dokonanie czynności procesowej. Podstawę do dochodzenia rekompensaty stanowi art. 417 k.c., powtarzający i rozszerzający regulację konstytucyjną wyrażoną w art. 77 Konstytucji. Naruszenie terminu instrukcyjnego stanowi niezgodne z prawem działanie władzy publicznej, które może wyrządzić szkodę jednostce, stąd uznać należy, że dopuszczalne jest (przynajmniej teoretycznie) dochodzenie odszkodowania wynikającego z takiego stanu rzeczy.

Słowa kluczowe: termin instrukcyjny, odpowiedzialność Skarbu Państwa, odpowiedzialność za niezgodne z prawem działanie władzy publicznej

1. Wprowadzenie – pojęcie terminu instrukcyjnego

Termin na gruncie prawa procesowego – inaczej, aniżeli ma to miejsce w prawie materialnym – stanowi czas przewidziany do dokonania czynności procesowej². Terminy instrukcyjne stanowią jeden z rodzajów terminów, przewidzianych we wszystkich gałęziach

¹ Autor jest studentem IV roku prawa na Wydziale Prawa i Administracji Uniwersytetu Jagiellońskiego, przewodniczącym Koła Naukowego Postępowania Cywilnego TBSP UJ.

² H. Pietrzkowski, *Metodyka pracy sędziego w sprawach cywilnych*, Warszawa 2014, s. 337.

prawa procesowego sądowego w systemie prawnym Rzeczypospolitej Polskiej³. Skierowane są zawsze do organu prowadzącego postępowanie i wyrażają wolę ustawodawcy, ażeby w danej kategorii spraw, czy też wykonując dane czynności organ uczynił to niejako poza kolejnością innych czynności, a to z uwagi na szczególny interes społeczny lub indywidualny przemawiający za priorytetowym potraktowaniem danej czynności lub sprawy.

Cechą charakterystyczną terminów instrukcyjnych we wszystkich wymienionych procedurach jest brak konsekwencji procesowych ich niedopełnienia przez organ prowadzący postępowanie. Pełnią więc one rolę postulatów kierowanych do organów, których celem jest usprawnienie postępowania⁴ i które są obowiązane uwzględnić to w miarę możliwości, ale ich niedopełnienie nie skutkuje ani nieważnością czynności, ani żadnymi konsekwencjami dla toku postępowania⁵. Wykonanie czynności z uchybieniem terminu instrukcyjnego nie jest także podstawą do uwzględnienia żądania uchylenia czynności w trybie kontroli instancyjnej⁶.

Podkreślenia wymaga, że pojęcie terminu instrukcyjnego nie należy do języka prawnego, lecz prawniczego. Ustawa procesowa nie tylko nie używa tego pojęcia, ale także w żaden sposób nie określa *expressis verbis* skutków naruszenia terminu, jaki wyznacza organowi prowadzącemu postępowanie do dokonania danej czynności. Skoro więc skutki takie nie były w ustawie przewidziane, tradycyjnie przyjmowano⁷, że naruszenie tego terminu skutków żadnych nie rodzi.

2. Skutki naruszenia terminu instrukcyjnego

Przez wiele lat, przed wejściem w życie obecnej konstytucji, uznawany w doktrynie i orzecznictwie był pogląd, że niedochowanie terminu instrukcyjnego nie wywołuje żadnych skutków prawnych⁸. Jest to jednak twierdzenie, które w sposób oczywisty kłóci się z zasadą legalizmu wywiedzioną z art. 7 Konstytucji RP. Nie do przyjęcia w państwie prawa jest sytuacja, w której organ władzy publicznej (którym przecież jest nie tylko organ administracji, ale także sąd cywilny) narusza w sposób oczywisty normę prawną o charakterze stanowczym i nie można wywieść z tego faktu żadnych skutków prawnych.

W moim przekonaniu pogląd o braku skutków prawnych przekroczenia terminu instrukcyjnego przez sąd (inny organ prowadzący postępowanie cywilne) jest chybiony.

³ W postępowaniu cywilnym patrz np. W. Broniewicz, *Postępowanie cywilne w zarysie*, Warszawa 2016, s. 116, w postępowaniu karnym np. T. Grzegorzczak, J. Tylman, *Polskie postępowanie karne*, Warszawa 2014, s. 426, zaś w postępowaniu sądownoadministracyjnym np. B. Adamiak, *Postępowanie administracyjne i sądownoadministracyjne*, Warszawa 2015, s. 397. Warto zauważyć, że terminy instrukcyjne można odnaleźć także w postępowaniu przed Trybunałem Konstytucyjnym, patrz np. art. 87 ust. 1 ustawy z dnia 30 listopada 2016 r. o organizacji i trybie postępowania przez Trybunałem Konstytucyjnym (Dz.U z 2016, poz. 2072).

⁴ H. Pietrzkowski, *op.cit.*, s. 338-339.

⁵ M. Sorysz, *Terminy w procesie cywilnym*, Warszawa 2007, s. 37.

⁶ Patrz np. w kwestii terminu z art. 329 k.p.c.: M. Manowska [w:] *Kodeks postępowania cywilnego. Komentarz*, red. M. Manowska, Warszawa 2013, s. 532.

⁷ Chociażby W. Siedlecki, Z. Świeboda, *Postępowanie cywilne. Zarys wykładu*, Warszawa 1998, s. 163.

⁸ Patrz np. W. Broniewicz, *Terminy w postępowaniu cywilnym*, NP 9/1971, s. 1332-1333.

O ile nie sposób nie zgodzić się z twierdzeniem, że czynność dokonana po upływie tegoż terminu pozostaje w pełni skuteczna (co wynika *a contrario* z treści art. 167 k.p.c.), o tyle można wskazać na kilka skutków takiego naruszenia.

W pierwszej kolejności skutkiem uchybienia terminowi instrukcyjnemu może być odpowiedzialność dyscyplinarna referenta. Zgodnie bowiem z art. 107 § 1 p.u.s.p.⁹, sędzia odpowiada dyscyplinarnie m.in. za oczywistą i rażącą obrazę przepisów prawa. Jak już podniesiono powyżej, naruszenie terminu instrukcyjnego stanowi działanie sprzeczne z prawem, toteż sędzia, który do tego doprowadza, dopuszcza się obrazy przepisów prawa.

Odpowiedzialność ta jest jednak ograniczona dwojako – poprzez znamiona oczywistości i rażącego charakteru obrazy przepisów prawa¹⁰ oraz poprzez wynikającą z ogólnych zasad odpowiedzialności karnej, mających zastosowanie także do postępowania dyscyplinarnego, zasadę winy¹¹. Zważywszy zaś na występujące w polskim wymiarze sprawiedliwości obciążenie sędziów pracą oraz nierealne często terminy instrukcyjne¹², nie sposób w wielu sytuacjach poczynić sędziemu jakiegokolwiek zarzutu w związku z tym uchybieniem. Oprócz tych problemów, ograniczenie skutków naruszenia terminu instrukcyjnego do ewentualnej odpowiedzialności dyscyplinarnej osoby odpowiedzialnej za to naruszenie jest dla strony postępowania, pokrzywdzonej owym naruszeniem, dalece niewystarczające. Z pociągnięcia do odpowiedzialności dyscyplinarnej sędziego stronie nie przypadną bowiem – poza satysfakcją moralną – żadne korzyści.

Zagadnienie to nabiera szczególnego znaczenia w sytuacji, gdy z powodu niezachowania przez sąd terminu instrukcyjnego, strona poniosła wymierną, możliwą do wykazania, szkodę. Powstaje więc pytanie, czy strona ma możliwość domagania się jej naprawienia przez Skarb Państwa.

3. Problematyka skargi na przewlekłość postępowania w kontekście uchybienia terminowi instrukcyjnemu

W kolejnej części opracowania rozważę, czy właściwą drogą służącą do uzyskania rekompensaty za szkodę wyrządzoną poprzez uchybienie terminowi instrukcyjnemu może być skarga na przewlekłość postępowania.

⁹ Ustawa z dnia 27 lipca 2001 r. – Prawo o ustroju sądów powszechnych (t. j. Dz.U. z 2016, poz. 2062).

¹⁰ Warto jednak wskazać, że w ocenie Sądu Najwyższego samo przekroczenie terminu instrukcyjnego określonego w art. 329 k.p.c., bez względu na jego długość, stanowi oczywiste – choć niekoniecznie rażące – naruszenie prawa; patrz w tym zakresie chociażby wyrok SN z 28 października 2011 r., SNO 42/11, LEX nr 1288899. Warto przy tym podkreślić, że w praktyce sądownictwa pojawia się tendencja do surowszego traktowania terminu z art. 329 k.p.c., niżli innych terminów instrukcyjnych.

¹¹ Patrz wyroki SN z 27 czerwca 2002 r., SNO 18/02, LEX nr 470242 czy z 17 maja 2007 r., SNO 28/07, OSN-SD z 2007 r., poz. 45.

¹² Wskazać można jako typowy ich przykład choćby art. 767² § 1 k.p.c. w stanie prawnym obowiązującym do 21 września 2016 r. Zgodnie z tym przepisem, sąd rozpoznaje skargę [na czynności komornika – P. J.] w terminie tygodniowym od dnia jej wpływu do sądu. Do 21 września 2016 r. skarga taka była wnoszona bezpośrednio do sądu, który przysyłał jej odpis komornikowi z żądaniem uzasadnienia czynności i przesłania akt egzekucyjnych (art. 767 § 4 k.p.c. w brzmieniu obowiązującym do 21 września 2016 r.). W takiej sytuacji uczynienie zadość terminowi określonemu w ustawie było zupełnie niemożliwe, gdyż więcej niż przewidziany tydzień trwał sam obieg korespondencji.

Środek ten został wprowadzony do polskiego systemu prawnego 17 września 2004 r., tj. z dniem wejścia w życie ustawy z dnia 17 czerwca 2004 r. o skardze na naruszenie prawa strony do rozpoznania sprawy w postępowaniu sądowym bez nieuzasadnionej zwłoki¹³. Regulacja ta jest pokłosiem wyroku Europejskiego Trybunału Praw Człowieka z dnia 26 października 2000 r. w sprawie *Kudła przeciwko Polsce* (skarga nr 30210/96), w której Trybunał uznał, że w polskim systemie prawnym brak jest skutecznego środka odwoławczego, o którym mowa w art. 13 EKPCz¹⁴, służącego do ustalenia i usunięcia skutków naruszenia prawa do rozpoznania sprawy przez sąd w rozsądnym terminie. Zgodnie z art. 2 ust. 1 tej ustawy strona może wnieść skargę o stwierdzenie, że w postępowaniu, którego skarga dotyczy, nastąpiło naruszenie jej prawa do rozpoznania sprawy bez nieuzasadnionej zwłoki, jeżeli postępowanie w tej sprawie trwa dłużej niż to konieczne dla wyjaśnienia tych okoliczności faktycznych i prawnych, które są istotne dla rozstrzygnięcia sprawy, albo dłużej niż to konieczne do załatwienia sprawy egzekucyjnej lub innej dotyczącej wykonania orzeczenia sądowego. Przepis ten wprowadza definicję przewlekłości postępowania, a przynajmniej kryteria, którymi należy się kierować dla ustalenia tego stanu. W tym celu nakazuje przyrównanie czasu trwania konkretnego postępowania cywilnego do czasu potrzebnego do wyjaśnienia istotnych dla sprawy okoliczności.

Tak skonstruowana skarga na przewlekłość postępowania będzie nieprzydatna dla wymuszania na organach procesowych wykonywania czynności w określonych w ustawie terminach instrukcyjnych i to z dwóch powodów.

Po pierwsze, konstrukcja skargi odwołuje się do czasu trwania całego postępowania sądowego¹⁵ i nie nadaje się do reakcji na naruszenia terminów konkretnych, często drobnych czynności procesowych, jakimi są z reguły terminy instrukcyjne. W orzecznictwie uznaje się, że jeśli całe postępowanie nie toczy się w sposób nadmiernie rozciągnięty w czasie, zaś czynności organu procesowego podejmowane są w rozsądnych terminach, przekroczenie terminów instrukcyjnych określonych w ustawie procesowej dla dokonania konkretnych czynności nie będzie stanowić przewlekłości postępowania w rozumieniu tej ustawy¹⁶. Pogląd ten, jakkolwiek nieszczególnie korzystny dla stron, należy w pełni podzielić. Skarga została bowiem ustanowiona celem ochrony konstytucyjnego (art. 45 ust. 1 Konstytucji RP) i konwencyjnego (art. 6 ust. 1 EKPCz) prawa do rozpoznania sprawy bez nieuzasadnionej zwłoki, czy też w rozsądnym terminie. To zaś pojęcie

¹³ Obecnie ustawa ta nosi nazwę ustawy o skardze na naruszenie prawa strony do rozpoznania sprawy w postępowaniu przygotowawczym prowadzonym lub nadzorowanym przez prokuratora i postępowaniu sądowym bez nieuzasadnionej zwłoki (t. j. Dz.U. z 2016, poz. 1259), dalej: „ustawa o skardze”.

¹⁴ 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, Nr 61, poz. 284 ze zm.).

¹⁵ Patrz P. Górecki, S. Stachowiak, P. Wiliński, *Skarga na przewlekłość postępowania przygotowawczego i sądowego. Komentarz*, Warszawa 2010, s. 41–42.

¹⁶ Patrz postanowienie SA w Katowicach z 30 września 2013 r., I S 117/13, LEX nr 1378727, a także – w stosunku do terminów instrukcyjnych w postępowaniu sądowoadministracyjnym – postanowienie NSA z 6 października 2011 r., I OPP 62/11, LEX nr 964669.

nie odnosi się do abstrakcyjnie określonego czasu¹⁷, lecz do czasu niezbędnego do rozpoznania konkretnej sprawy – jest więc zawsze oceniane na gruncie konkretnej, zawisłej przed sądem sprawy. Do nieuzasadnionej zwłoki dochodzi, gdy nie ma wystarczających powodów do przedłużania postępowania albo powody te nie są aprobowane z punktu widzenia skutecznej ochrony sądowej¹⁸. Naruszenie abstrakcyjnie określonego, często bardzo krótkiego terminu instrukcyjnego na załatwienie konkretnej sprawy nie może równocześnie skutkować uznaniem naruszenia konstytucyjnych i konwencyjnych praw skarżącego, a więc uwzględnieniem skargi na przewlekłość postępowania.

W drugiej kolejności podnieść należy, że terminy instrukcyjne z reguły (choć nie zawsze, patrz np. art. 329) dotyczą drobnych kwestii incydentalnych, mających jednak fundamentalne znaczenie dla zapewnienia ochrony dochodzonych w postępowaniu sądowym praw. Ustawodawca używa ich, gdy dynamika rozwoju sytuacji jest na tyle duża, że zwłoka z wydaniem orzeczenia przez organ prowadzący postępowanie może zniweczyć lub znacznie ograniczyć skutki rozstrzygnięcia. Taki charakter mają przede wszystkim: tygodniowy termin na rozpoznanie wniosku o zabezpieczenie roszczenia i miesięczny na wyznaczenie rozprawy w tym przedmiocie (art. 737 k.p.c.), tygodniowy termin na rozpoznanie skargi na czynności komornika (art. 767² § 1 k.p.c.), czy trzydniowy termin na nadanie tytułowi egzekucyjnemu klauzuli wykonalności (art. 781¹ k.p.c.). W przypadku tego typu terminów oczywistym jest, że skorzystanie ze środka ochrony, jakim jest skarga na przewlekłość postępowania, jest działaniem nie tylko bezcelowym, ale w wielu wypadkach wręcz absurdalnym. Jakkolwiek bowiem sądy bardzo często przekraczają wspomniane terminy instrukcyjne, tak przekroczenia te z reguły są drobne, kilku czy kilkunastodniowe. Uruchamianie więc mechanizmu skargi na przewlekłość postępowania, wymagającego przekazania akt sądowi nadrzędnemu, zapoznania się z nimi przez ten sąd i wydania orzeczenia w składzie trzyosobowym zajmą z pewnością znacznie więcej czasu. Podczas trwania tych czynności sąd meriti nie będzie mógł wykonać spóźnionego działania z tej choćby prozaicznej przyczyny, że nie będzie dysponować aktami. Art. 11 ustawy o skardze wskazuje, że jej rozpoznanie powinno odbyć się w ciągu dwóch miesięcy od złożenia skargi, jednakowoż ten termin także ma charakter instrukcyjny¹⁹. Nawet jednak uznając, że sąd rozpoznający skargę na przewlekłość postępowania rozpozna ją w terminie dwumiesięcznym, niewątpliwie korzystniejsze z punktu widzenia strony jest odczekanie kilku dni czy tygodni pomiędzy upływem terminu instrukcyjnego do dokonania czynności przez sąd a faktycznym dokonaniem tej czynności, aniżeli złożenie skargi na przewlekłość postępowania i zagwarantowanie sobie, że czynność nie zostanie dokonana w ciągu najbliższych dwóch miesięcy.

¹⁷ P. Grzegorzczuk, K. Weitz [w:] *Konstytucja RP. Tom 1. Komentarz art. 1–86*, red. M. Safjan, L. Bosek, Warszawa 2016, s. 1146.

¹⁸ Patrz wyrok TK z 18 lutego 2009 r., Kp 3/08, OTK-A nr 2/2009, poz. 9.

¹⁹ A. Pietryka [w:] P. Kładoczny (et al.), *Skarga na przewlekłość postępowania. Komentarz do ustawy o skardze na naruszenie prawa strony do rozpoznania sprawy w postępowaniu przygotowawczym prowadzonym lub nadzorowanym przez prokuratora i postępowaniu sądowym bez nieuzasadnionej zwłoki*, Warszawa 2010, s. 130.

Po trzecie w końcu i najważniejsze, zupełnie inny jest cel skargi aniżeli odszkodowania będącego przedmiotem niniejszego opracowania. Skarga stanowi środek zapobiegający naruszeniu prawa podmiotowego wyrażonego w art. 45 ust. 1 Konstytucji i art. 6 ust. 1 Konwencji²⁰. Przewlekłe prowadzenie postępowania samo w sobie narusza prawo podmiotowe jego stron, albowiem jest to prawo właśnie do tego, żeby postępowanie toczyło się bez nieuzasadnionej zwłoki²¹. Tymczasem, charakter odszkodowania będącego przedmiotem niniejszego opracowania jest zupełnie inny. Naruszenie terminu instrukcyjnego nie stanowi bowiem naruszenia prawa podmiotowego, a jedynie prawa przedmiotowego. Odpowiedzialność nie wynika więc z samego tylko naruszenia, a z wyrządzonej szkody – uchybienie terminowi jest jedynie bezprawnym działaniem, które szkodę tę wywołuje.

Z powyższych przyczyn skarga na przewlekłość postępowania nie będzie środkiem ani rozsądnym, ani skutecznym w przypadku znacznej większości naruszeń przez organ prowadzący postępowanie terminów instrukcyjnych.

4. Konstytucyjne ramy odpowiedzialności Skarbu Państwa za działanie władzy publicznej

Jak ustalono powyżej, przepisy publicznoprawne nie zapewniają żadnego realnego mechanizmu mającego zapewnić stronie ochronę. Należy więc szukać ich w prawie prywatnym. Rozważania dotyczące tej materii rozpocząć wypada od podstawy konstytucyjnej dla takich roszczeń. Stanowi ją art. 77 ust. 1 Konstytucji RP, zgodnie z którym każdy ma prawo do wynagrodzenia szkody, jaka została mu wyrządzona przez niezgodne z prawem działanie organu władzy publicznej. Został on umiejscowiony w części rozdziału II ustawy zasadniczej, zatytułowanej „środki ochrony wolności i praw”. Można więc wywieść wniosek, że stanowi nie tylko konstytucyjnie gwarantowane prawo podmiotowe, ale i środek ochrony innych praw²².

Dalej, koniecznym jest dostrzeżenie, że przepis ten zawiera własną treść normatywną. Stanowi coś więcej niż normę programową, wskazującą na ideę odpowiedzialności państwa za własne bezprawie – kreuje on prawo podmiotowe o sprecyzowanym zakresie przedmiotowym, podmiotowym i określonej treści²³. Podstawą roszczenia – w razie braku odpowiedniego przepisu rangi ustawowej – mogłaby być równie dobrze

²⁰ K. Sadowski, O.M. Piaskowska [w:] *Przewlekłość postępowania w sprawach cywilnych*, red. O.M. Piaskowska, Warszawa 2016, s. 44-45.

²¹ *Ibidem*, s. 30.

²² Patrz L. Bosek [w:] *Konstytucja...*, s. 1733.

²³ Wskazują na to M. Safjan i K.J. Matuszyk dodając, że w uznanie przeciwne pozbawiłoby art. 77 ust. 1 Konstytucji RP jakiegokolwiek mocy normatywnej, albowiem odpowiedzialność państwa za swoje działanie (oparta jednak na zasadzie winy) wywieść można z zasad prawa zobowiązań i już przed wejściem w życie Konstytucji z 1997 r. była powszechnie uznana; patrz M. Safjan, K.J. Matuszyk, *Odpowiedzialność odszkodowawcza władzy publicznej*, Warszawa 2009, s. 27-28. Podobnej argumentacji używa P. Granecki, *Odpowiedzialność cywilna Skarbu Państwa za szkodę wyrządzoną działaniem swojego funkcjonariusza (wybrane zagadnienia)*, Palestra 11-12/2000, s. 17.

stosowana bezpośrednio norma konstytucyjna. Pogląd ten – jakkolwiek podzielany niemal²⁴ jednogłośnie przez doktrynę – nie jest jednak aprobowany równie mocno przez orzecznictwo²⁵, co należy – zgadzając się w pełni z E. Łętowską²⁶ – ocenić krytycznie.

Na gruncie art. 77 ust. 1 Konstytucji przesłankami odpowiedzialności odszkodowawczej będą: działanie (rozumiane zarówno jako działanie *sensu stricto*, jak i zaniechanie²⁷) organu władzy publicznej, niezgodność z prawem, szkoda oraz związek przyczynowy. Nie będzie przesłanką odpowiedzialności wina w działaniu organu, co jednoznacznie przesądził Trybunał Konstytucyjny w wyroku z 4 grudnia 2001 r., SK 18/00²⁸.

5. Ustawowe ramy odpowiedzialności Skarbu Państwa za działanie władzy publicznej w kontekście przekroczenia terminu instrukcyjnego

Zasady i przesłanki odpowiedzialności odszkodowawczej Skarbu Państwa za działanie władzy publicznej sprecyzowane są w art. 417 i art. 417¹ k.c. Pierwszy z nich stanowi normatywne powtórzenie zawartej w art. 77 ust. 1 Konstytucji RP zasady odpowiedzialności państwa i wskazuje na Skarb Państwa, jednostkę samorządu terytorialnego lub inną osobę prawną wykonującą władzę publiczną z mocy prawa jako podmioty zobowiązane do naprawienia wyrządzonej szkody. Dodatkowo, wyraża *expressis verbis* wspomnianą wyżej zasadę, że poprzez działanie władzy publicznej rozumieć należy także zaniechanie działania, do którego podmiot ten był zobowiązany.

Aby ustalić, czy przekroczenie terminu instrukcyjnego mieści się w hipotezie normy wyrażonej w art. 417 k.c. (a co za tym idzie – art. 77 ust. 1 Konstytucji), konieczne jest omówienie przesłanek odpowiedzialności Skarbu Państwa.

Pierwszą przesłanką, którą należy poddać analizie, jest szkoda, niezbędna dla każdej niemal odpowiedzialności odszkodowawczej²⁹. Przez pojęcie szkody rozumieć

²⁴ Owo „niemal” wynika z odosobnionego poglądu wyrażanego pod koniec lat dziewięćdziesiątych przez A. Szpunara; patrz np. A. Szpunar, *O odpowiedzialności odszkodowawczej państwa*, PiP nr 6/1999, s. 86-91.

²⁵ Patrz – tylko spośród najnowszych orzeczeń – wyrok SA w Warszawie z 26 kwietnia 2013 r., I ACa 1367/12, LEX nr 1316304 i z 19 maja 2016 r., I ACa 1114/15, LEX nr 2075735; wyrok SA w Łodzi z 17 lipca 2013 r., I ACa 91/13, LEX nr 1356579.

²⁶ Patrz np. E. Łętowska, *Glosa do wyroku SN z 15 maja 2000 r., II CKN 293/00*, OSP nr 12/2000, s. 632-633.

²⁷ P. Garnecki, *Odpowiedzialność...*, s. 20.

²⁸ Dz.U. Nr 145, poz. 1638, OTK nr 8/2001, poz. 256.

²⁹ System prawa cywilnego, tak polskiego jak i unijnego, zna jednak pojęcie odszkodowania zryczałtowanego, gdzie ani istnienie, ani wysokość szkody nie podlegają udowodnieniu, zaś dla odpowiedzialności wystarczające jest zaistnienie zdarzenia, które w ocenie ustawodawcy z reguły wiąże się ze szkodą. Przykładowo wskazać można na art. 481 § 1 k.c. czy art. 7 rozporządzenia nr 261/2004/WE Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 11 lutego 2004 r. ustanawiającego wspólne zasady odszkodowania i pomocy dla pasażerów w przypadku odmowy przyjęcia na pokład albo odwołania lub dużego opóźnienia lotów, uchylającego rozporządzenie (EWG) nr 295/91 (Dz. Urz. UE L nr 46 z 17 lutego 2004 r.). Nawet jednak w tym wypadku, konstrukcyjnie nie jest to odszkodowanie „bez szkody”, ale „bez obowiązku wykazywania faktu i wysokości szkody”, a więc oparte na założeniu, że szkoda rzeczywista istnieje i jest zbliżona

należy prawnie relewantny uszczerbek w dobrach osoby poszkodowanej³⁰. Upraszczając w znacznym stopniu prowadzone od lat w doktrynie prawa cywilnego spory na temat właściwego sposobu jej ustalenia³¹, ograniczyć się na potrzeby niniejszego opracowania należy do sformułowania elementarnego. Wskazać zatem wystarczy, że ustala się ją poprzez porównanie hipotetycznego stanu majątkowego poszkodowanego w razie niezastąpienia analizowanego zdarzenia ze stanem rzeczywistym *ceteris paribus*, a więc opierając się na metodzie dyferencyjnej obliczenia szkody³².

Naprawienia szkody wyrządzonej działaniem władzy publicznej domagać się można zarówno w zakresie szkody majątkowej, jak i niemajątkowej³³. Przedmiotem zainteresowania w opracowaniu będzie jednak wyłącznie szkoda majątkowa. Sposób wyliczenia i dowodzenia szkody, której naprawienia poszkodowany żąda na podstawie art. 417 k.c. opiera się na zasadach ogólnych i nie różni się od procesu wyliczenia i dowodzenia szkody, której naprawienie dochodzone jest na podstawie art. 415 k.c.³⁴

Mając na względzie powyższe rozumienie szkody jest jak najbardziej możliwa do wyobrażenia sytuacja, w której na skutek naruszenia terminu instrukcyjnego niebędącego jednak przewlekłością postępowania, zostanie wyrządzona szkoda. Najbardziej oczywistymi przykładami, jakie można w tym zakresie podać, będzie choćby niemożność wyegzekwowania prawomocnie zasądanego roszczenia na skutek niewypłacalności dłużnika w przypadku, gdy sąd nada klauzulę wykonalności po upływie trzydniowego terminu określonego w art. 781¹ k.p.c., czy niemożność odzyskania wyegzekwowanego świadczenia, gdy sąd nie rozpozna skargi na czynności komornika w terminie 7 dni (art. 767² § 1 k.p.c.).

Kolejną niezbędną przesłanką odpowiedzialności z art. 417 k.c. jest niezgodność z prawem. Tylko bowiem (z zastrzeżeniem art. 417² k.c.) takie działanie władzy publicznej może stanowić podstawę jej odpowiedzialności odszkodowawczej. Zauważyć należy już na początku, że pojęcie owe na gruncie omawianego przepisu winno być rozumiane nieco wężiej aniżeli wskazywałaby na to tradycyjna, cywilistyczna konstrukcja bezprawności³⁵. Nie bez powodu bowiem ustawodawca użył w przepisie tym sformułowania „niezgodności z prawem” zamiast „bezprawności”. Działaniem mieszczącym się w hipotezie art. 417 k.c. będzie więc tylko działanie sprzeczne z konkretną normą praw-

do zryczałtowanej. Szerzej na ten temat patrz np. T. Dybowski [w:] *System prawa cywilnego. Tom III, część I*, red. Z. Radwański, Wrocław–Warszawa–Kraków–Gdańsk–Łódź 1981, s. 197–198.

³⁰ R. Longchamps de Berier, *Zobowiązania*, Poznań 1948, s. 239.

³¹ Patrz w tym zakresie M. Kaliński [w:] *System prawa prywatnego. Tom 6*, red. A. Olejniczak, Warszawa 2014, s. 127–180.

³² Z. Radwański, A. Olejniczak, *Zobowiązania – część ogólna*, Warszawa 2016, s. 94.

³³ Tak: Z. Banaszczyk, *Odpowiedzialność za szkody wyrządzone przy wykonywaniu władzy publicznej*, Warszawa 2015, s. 125 oraz E. Bagińska, *Odpowiedzialność odszkodowawcza za wykonywanie władzy publicznej*, Warszawa 2006, s. 416, odmiennie, powołując się na orzecznictwo SN z lat sześćdziesiątych i siedemdziesiątych i pomimo zwrócenia uwagi na ewentualny problem niezgodności takiego rozumienia art. 417 k.c. z art. 77 Konstytucji – J.J. Skoczyła, *Odpowiedzialność za szkody wyrządzone przez władzę publiczną*, Warszawa 2005, s. 185–187.

³⁴ Z. Banaszczyk, *op.cit.*, s. 125–126.

³⁵ M. Safjan, K.J. Matuszyk, *op.cit.*, s. 46–47.

ną znajdującą swoje oparcie w przepisie prawa, nie zaś sprzeczne z zasadami współżycia społecznego czy ogólnymi wartościami prawa. Naruszenie terminu instrukcyjnego spełnia tę przesłankę w sposób oczywisty – konkretne, wyrażone w dniach terminy dokonania określonych czynności są wskazane wprost w przepisie rangi ustawowej. Niewykonanie czynności w przepisany terminie – bez względu na jego konsekwencje dla toku procesu – stanowi sprzeczne z prawem zaniechanie.

Rozważając kwestię sprzeczności z prawem działania władzy publicznej (zwłaszcza zaś sądu) nie sposób jednak przejść obojętnie wobec wyroku TK z 27 października 2015 r.³⁶ Trybunał uznał w nim, że zgodny z art. 77 ust. 1 w zw. z art. 31 ust. 3 Konstytucji RP jest art. 417¹ § 2 zd. 1 k.c. rozumiany w ten sposób, że naprawienia szkody wyrządzonej przez wydanie prawomocnego orzeczenia sądu cywilnego można żądać po stwierdzeniu jego oczywistej i rażącej niezgodności z prawem, która ma zarazem charakter obiektywny. Trybunał zaaprobował więc dalsze zawężenie odpowiedzialności Skarbu Państwa za bezprawne działanie sądu tylko do działania „oczywiście” i „rażąco” niezgodnego z prawem.

Nie wgłębiając się w znaczenie przesłanki rażącego naruszenia prawa i nie rozważając, dlaczego Trybunał odmówił naprawienia szkody osobie poszkodowanej „nierażącym” naruszeniem prawa przez sąd, należy wskazać, że pomiędzy wydaniem orzeczenia, które jest sprzeczne z prawem, a wydaniem orzeczenia po upływie przewidzianego przez prawo terminu istnieje zasadnicza różnica. Oceniając niezgodność z prawem orzeczenia sądu – zwłaszcza zaś orzeczenia prawomocnego, takim bowiem zajmował się Trybunał we wzmiankowanym wyroku – należy mieć na względzie po pierwsze skutki prawne, jakie wywołuje wyrok prawomocny (art. 365 § 1 k.p.c.), po drugie postulat trwałości orzeczeń i założenie, że uprawomocnienie się wyroku ma definitywnie kończyć spór o prawo podmiotowe³⁷, po trzecie w końcu specyfikę sprawowania władzy sądowniczej i niezawisłość sędziowską. Ich immanentną cechą jest możliwość i konieczność dokonywania wykładni prawa i wyboru jednego spośród możliwych rezultatów tej wykładni³⁸.

Tego typu okoliczności, które powinny mieć wpływ na ustalanie niezgodności z prawem prawomocnego orzeczenia w sposób ostrożny aż do granic ochrony praw podmiotowych³⁹, nie występują w przypadku przekroczenia terminu instrukcyjnego. Po pierwsze, w omawianym przypadku brak jest konieczności zachowania powściągliwości wynikającej z prawomocności orzeczenia, bo to nie treść, lecz czas wydania orzeczenia stanowi o sprzeczności z prawem. Po drugie zaś – normy kreujące terminy instrukcyjne są jasne, precyzyjne i nie wymagają żadnego bardziej skomplikowanego procesu wykładniczego. Mając na uwadze powyższe rozważania uznać należy, że przekroczenie terminu instrukcyjnego jest działaniem niezgodnym z prawem w rozumieniu art. 417 k.c.

³⁶ SK 9/13, OTK-A nr 9/2015, poz. 151.

³⁷ Z. Resich, *Res iudicata*, Warszawa 1978, s. 29.

³⁸ Wyrok SN z 13 czerwca 2012 r., V CSK 328/12, LEX nr 1381041.

³⁹ Patrz cytowany już wyrok Trybunału SK 9/13.

Następnym zagadnieniem jest problematyka wykonywania władzy publicznej. Przy omawianiu tej przesłanki wskazuje się w doktrynie⁴⁰ i orzecznictwie⁴¹, że mowa tylko o takim działaniu, które stanowi wykonywanie władzy (*imperium*), nie zaś uprawnień gospodarczych jednostek publicznych (*dominium*). Organem władzy publicznej na gruncie art. 77 ust. 1 Konstytucji jest zaś każdy organ wykonujący zadania z zakresu władzy publicznej, bez względu na to, czy mowa o władzy ustawodawczej, wykonawczej, czy sądowniczej⁴².

Wobec powyższego, nie sposób nie dojść do przekonania, że działalność jurysdykcyjna sądu – jako sprawowanie władzy sądowniczej, jednej z trzech określonych w art. 10 Konstytucji rodzajów władzy publicznej – będzie wykonywaniem władzy publicznej.

Ostatnią przesłanką wymagającą rozważenia w ramach odpowiedzialności odszkodowawczej Skarbu Państwa opartej o art. 417 k.c. jest związek przyczynowy pomiędzy szkodą a bezprawnym działaniem władzy publicznej. Także i w tym zakresie wskazany reżim odpowiedzialności nie różni się zasadniczo od „ogólnego”, wyrażonego w art. 415 k.c., więc i dla tej działalności znajdzie zastosowanie art. 361 § 1 k.c.⁴³ Podstawą odpowiedzialności odszkodowawczej w polskim systemie prawa prywatnego jest adekwatny⁴⁴ czy też normalny⁴⁵ związek przyczynowy. Wyraża się on w tym, że pomiędzy zdarzeniem a szkodą musi wystąpić normalne, typowe lub oczekiwane w zwykłej kolejności rzeczy powiązanie⁴⁶. Ocena ta powinna wynikać z zasad wiedzy naukowej i opierać się na całokształcie okoliczności sprawy⁴⁷.

Na gruncie rozpatrywanego zagadnienia nie sposób wykluczyć związku przyczynowego pomiędzy naruszeniem terminu instrukcyjnego a szkodą, pytanie jednak brzmi, czy będzie to normalny związek przyczynowy. Powstaje bowiem pytanie, czy oczywiście, normalnym i typowym skutkiem – przykładowo – wydania powodowi tytułu wykonawczego z kilkudniowym czy kilkutygodniowym opóźnieniem względem terminu instrukcyjnego jest niemożność jego realizacji w przypadku niewypłacalności dłużnika. W związku z powyższym pojawiają się w tym miejscu dwa zagadnienia.

Po pierwsze, ażeby można było uznać, że pomiędzy zdarzeniem a szkodą istnieje jakikolwiek związek przyczynowy o charakterze kauzalnym, trzeba wykazać,

⁴⁰ M. Safjan, K.J. Matuszyk, *op.cit.*, s. 37; E. Bagińska, *op.cit.*, s. 242; P. Dzienis, *Odpowiedzialność cywilna władzy publicznej*, Warszawa 2006, s. 174.

⁴¹ Patrz np. wyrok SN z 5 września 2008 r., I CSK 41/08, OSNC-ZD nr 4/2009, poz. 89, wyrok SA w Warszawie z 20 listopada 2013 r., VI ACA 102/13, LEX nr 1419171.

⁴² M. Safjan, K.J. Matuszyk, *op.cit.*, s. 23.

⁴³ Z. Banaszczyk, *op.cit.*, s. 164.

⁴⁴ M. Kaliński [w:] *System prawa prywatnego...*, s. 127.

⁴⁵ T. Wiśniewski [w:] *Kodeks cywilny. Komentarz. Tom 3*, red. J. Gudowski, Warszawa 2013, s. 83.

⁴⁶ *Ibidem*, s. 84.

⁴⁷ Wyrok SN z 2 czerwca 1956 r., III CR 515/56, OSN-CK nr 1/1957, poz. 24. Co ciekawe, Sąd Najwyższy we wskazanym orzeczeniu wyraźnie rozróżnił adekwatny związek przyczynowy (opierający się na doświadczeniu życiowym i wiedzy powszechnej) od normalnego związku przyczynowego (opierającego się na wiedzy naukowej), dając prymat temu drugiemu. Koncepcja ta – niewątpliwie interesująca – nie znalazła jednak szczególnego poklasku i pojęcia „adekwatny” i „normalny” używa się dla określenia związku przyczynowego z art. 361 § 1 k.c. zamiennie.

że zdarzenie rodzące odpowiedzialność warunkowało wystąpienie skutku, a więc gdyby odpadło to zdarzenie, odpadłby i skutek⁴⁸. Przekładając to na realia analizowanego przykładu, koniecznym jest ustalenie, że gdyby wierzyciel otrzymał tytuł egzekucyjny wraz z klauzulą nadaną w ciągu 3 dni, egzekucja byłaby skuteczna. Jest to w wielu przypadkach zadanie nie do wykonania dla powoda, którego obciąża w tym zakresie dowód na zasadach ogólnych, określonych w art. 6 k.c. Można jednak wyobrazić sobie taki dowód – przykładowo: powód wskazuje na inny tytuł wykonawczy, wystawiony przeciwko temu samemu dłużnikowi na rzecz innego wierzyciela później niż dzień, w którym upłynął termin do nadania klauzuli „jego” tytułowi egzekucyjnemu, ale wcześniej niż rzeczywisty czas nadania tej klauzuli opiewający na wyższą kwotę i w całości wyegzekwowany.

Oczywiście pozytywne przejście testu warunkowości jest koniecznym, ale nie wystarczającym warunkiem ustalenia związku przyczynowego, o którym mowa w art. 361 k.c. Test ten wyznacza bowiem szerszy niż art. 361 § 1 k.c. zakres przyczynowości⁴⁹. W tym miejscu pojawia się drugie zagadnienie, mianowicie zaś ustalenie, czy niemożność wykonania orzeczenia lub inne nieodwracalne skutki, jakie mogą wiązać się z wydaniem go z uchybieniem terminu instrukcyjnego, są normalnym następstwem tego uchybienia.

Należy w tym zakresie podzielić pogląd wyrażony przez Sąd Najwyższy w wyroku z 26 stycznia 2017 r.⁵⁰, odnoszący się co prawda do przewlekłości postępowania, ale możliwy do zastosowania także w omawianej sytuacji, że związek pomiędzy przedłużonym czasem oczekiwania na orzeczenie a szkodą występuje wtedy, gdy brak było jakiś atypowych czy nadzwyczajnych okoliczności, z których ta szkoda by wynikała. Jeśli więc powstanie szkody jest łatwym do przewidzenia skutkiem przekroczenia terminu instrukcyjnego, należy uznać, że związek taki zachodzi. Sytuacja musi oczywiście być rozstrzygana indywidualnie i nie sposób poczynić większych uogólnień.

Na marginesie tych rozważań warto wskazać na jeszcze jedną okoliczność, powodującą zasadnicze trudności z wykazaniem związku przyczynowego. Kodeks postępowania cywilnego określa terminy instrukcyjne dla dokonania przez sąd pewnych czynności konwencjonalnych, nie określa jednak w żaden sposób terminów doręczenia stronom efektów tych czynności. Tymczasem to z doręczeniem postanowienia w przedmiocie zabezpieczenia (termin tygodniowy i miesięczny z art. 737 k.p.c.), postanowienia wydanego na skutek skargi na czynności komornika (termin siedmiodniowy z art. 767² § 1 k.p.c.) czy tytułu wykonawczego obejmującego tytuł egzekucyjny wraz z nadaną przez sąd klauzulą wykonalności (termin trzydniowy z art. 781¹ k.p.c.) prawo procesowe wiąże określone skutki. Dopiero po otrzymaniu odpisu orzeczenia możliwe jest podjęcie przez stronę określonych, wymagających pośpiechu czynności, w których zawiera się sens terminów instrukcyjnych. Skoro tak, Skarb Państwa, w odpowiedzi na żądanie odszkodowania, jako najbardziej oczywistą linię obrony może wskazać, że powód nie

⁴⁸ M. Kaliński, *Szkoda na mieniu i jej naprawienie*, Warszawa 2011, s. 367–368.

⁴⁹ A. Koch, *Związek przyczynowy jako podstawa odpowiedzialności odszkodowawczej w prawie cywilnym*, Warszawa 1975, s. 87–89, 123–124.

⁵⁰ I CSK 45/16, LEX nr 2269101.

jest w stanie wykazać, kiedy otrzymałby odpis wydanego orzeczenia choćby nawet wydane zostało z zachowaniem terminu instrukcyjnego.

Podsumowując rozważania niniejszej części opracowania, wskazać należy z całym przekonaniem, że możliwe jest (choć dowodowo mocno utrudnione), ażeby z przekroczeniem terminu instrukcyjnego przez sąd powiązać szkodę spełniającą wszystkie przesłanki odpowiedzialności odszkodowawczej Skarbu Państwa, o których mowa w art. 417 k.c.

6. Problematyka prejudykatu

Paragrafy 1-3 art. 417¹ k.c. przewidują pewne modyfikacje zasad odpowiedzialności Skarbu Państwa za konkretne, określone w nich przypadki bezprawnego działania władzy publicznej. Nie tracą one swoich cech omówionych powyżej⁵¹, jednakże dla ich dochodzenia konieczne jest uprzednie uzyskanie prejudykatu, czyli orzeczenia stwierdzającego uprzednio bezprawność takiego działania.

W kontekście omawianego tematu należy zwrócić uwagę w szczególności na treść § 3 tego artykułu. Zgodnie z powołanym przepisem, jeżeli szkoda została wyrządzona przez niewydanie orzeczenia lub decyzji, gdy obowiązek ich wydania przewiduje przepis prawa, jej naprawienia można żądać po stwierdzeniu we właściwym postępowaniu niezgodności z prawem niewydania orzeczenia lub decyzji, chyba że przepisy odrębne stanowią inaczej. Poprzez niewydanie orzeczenia lub decyzji rozumieć należy zarówno niewydanie go w ogóle, gdy obowiązek taki przewiduje przepis prawa (np. zaniechanie nadania wyrokowi uwzględniającemu roszczenie uznane w toku procesu przez pozwanego rygoru natychmiastowej wykonalności), jak i niewydanie go w czasie odpowiednim, czyli przewlekłość postępowania⁵². Przepis ten został dołączony do regulacji ustalającej zasady odpowiedzialności odszkodowawczej Skarbu Państwa po to, ażeby odciążyć sąd badający zasadność roszczenia odszkodowawczego od obowiązku ustalenia zaniechania po stronie organu, który w przekonaniu żądającego ochrony prawnej nie wydał orzeczenia, do którego wydania był zobowiązany, zaś szerzej – aby nie kwestionować w drodze powództw odszkodowawczych prawomocnych decyzji procesowych sądów i organów administracji publicznej⁵³. Ustanawia on ogólną zasadę, zgodnie z którą do dochodzenia roszczeń wynikających z tzw. zaniechania jurysdykcyjnego konieczne jest wcześniejsze uzyskanie prejudykatu, stwierdzającego fakt niewydania rozstrzygnięcia mimo takiego obowiązku.

Należy więc rozważyć, czy wydanie przez sąd orzeczenia z przekroczeniem terminu instrukcyjnego mieści się w hipotezie normy prawnej wyrażonej w treści art. 417¹ § 3 k.c. i wobec tego ustawodawca wymaga dla sytuacji tej prejudykatu, czy też znajduje

⁵¹ G. Bieniek [w:] *Kodeks cywilny. Komentarz. Tom 3...*, s. 498; Z. Banaszczyk, *op.cit.*, s. 188.

⁵² I. Karasek, *Komentarz do ustawy z dnia 17 czerwca 2004 r. o zmianie ustawy – Kodeks cywilny oraz niektórych innych ustaw (Dz.U.04.162.1692)*, Lex/el. 2004, czy A. Olejniczak [w:] *Kodeks cywilny. Komentarz. Tom III. Zobowiązania – część ogólna*, red. A. Kidyba, Lex/el., 2014.

⁵³ Szerokie rozważania w tym zakresie przedstawia M. Safjan; patrz M. Safjan, *Odpowiedzialność odszkodowawcza władzy publicznej (po 1 września 2004 r.)*, Warszawa 2004, s. 65 i nast.

się poza tą hipotezą i – co za tym idzie – możliwe jest wystąpienie z roszczeniem odszkodowawczym bez orzeczenia wstępnego. W przypadku uzyskania drugiego spośród wymienionych rezultatów, kwestię bezprawności działania sądu, który naruszył termin instrukcyjny, będzie ustalał sąd rozpoznający sprawę o naprawienie szkody.

W pierwszej kolejności wskazać należy, że polski system prawny nie przewiduje prejudykatu dla ustalenia niewykonania przez sąd czynności w terminie instrukcyjnym. Nie sposób też uznać taki mechanizm za potrzebny, albowiem naruszenie terminu instrukcyjnego, przewidzianego wprost w ustawie, jest zjawiskiem na tyle łatwym do wykrycia, że ciężko w tym zakresie o jakiejkolwiek rozbieżności. Wymaganie więc prejudykatu, przy jednoczesnej niemożliwości jego uzyskania, byłoby w oczywisty sposób sprzeczne z art. 77 ust. 1 Konstytucji (jako uniemożliwiające w praktyce uzyskanie odszkodowania), co – mając na względzie konieczność wykładni prokonstytucyjnej – przemawia za uznaniem, że naruszenie terminu instrukcyjnego nie mieści się w hipotezie art. 417¹ § 3 k.c.

Takie samo stanowisko – choć nie jest ono nigdzie wprost wyartykułowane – zdaje się prezentować doktryna prawa cywilnego. Podkreśla się bowiem jednomyślnie⁵⁴, że omawiany przepis normuje wyłącznie przypadki przewlekłości postępowania sądowego i przewlekłości oraz beczynności w postępowaniu administracyjnym⁵⁵.

Mając na uwadze powyższe rozważania stwierdzić należy, że nie jest konieczne – dla dochodzenia odszkodowania za szkodę wynikającą z uchybienia przez sąd terminowi instrukcyjnemu – uzyskanie żadnego orzeczenia wstępnego, w którym zostałoby stwierdzone takie uchybienie. W przypadku wystąpienia z takim roszczeniem, materialnoprawną podstawą orzekania będzie art. 417 § 1, nie zaś art. 417¹ § 3 k.c.

7. Podsumowanie

Na zakończenie niniejszego opracowania nie sposób odmówić sobie poczynienia kilku uwag. Po pierwsze, jak wynika z przeprowadzonego powyżej rozumowania, dochodzenie odszkodowania za uchybienie terminowi instrukcyjnemu jest konstrukcyjnie dopuszczalne. W praktyce jednak podołanie ciężarowi dowodzenia może okazać się w wielu wypadkach niemożliwe, w innych zaś niemal niemożliwe. Jakkolwiek bowiem wykazanie zdarzenia, na którym ewentualny powód opierałby swoje roszczenie oraz jego bezprawności nie powinno stanowić żadnych wątpliwości i opierać się winno wyłącznie na wskazaniu odpowiednich numerów kart w aktach sprawy, w której do naruszenia terminu doszło, o tyle wykazanie szkody i związku przyczynowego rodzi wiele problemów. Uchybienie terminu stanowi bowiem w zasadniczej większości sytuacji

⁵⁴ J.J. Skoczylas, *op.cit.*, s. 264–265; M. Safjan, K.J. Matuszyk, *op.cit.*, s. 125; Z. Banaszczyk, *op.cit.*, s. 309; R. Szczepaniak [w:] *Kodeks cywilny. Tom 1. Komentarz. Art. 1–449¹¹*, red. M. Gutowski, Warszawa 2016, s. 1673.

⁵⁵ Beczynność organu w postępowaniu administracyjnym w zakresie, w jakim termin załatwienia sprawy wynika wprost z k.p.a., wyłączył spod zastosowania art. 417¹ § 3 Sąd Najwyższy w wyroku z 26 lutego 2016 r., IV CSK 367/15, LEX nr 2023786. Argumenty, którymi SN się posłużył – łatwość dokonania ustaleń i oczywistość naruszenia prawa – mogą równie dobrze służyć dla problematyki omawianej w niniejszej pracy.

tylko jedno z ogniw łańcucha, który doprowadził w konsekwencji do poniesienia szkody. Przekonanie sądu, że było to ogniwo decydujące, zwłaszcza, że jego charakter w danym stosunku prawnym zawsze jest wtórny (samo postępowanie jest przecież uruchamiane – co do zasady – dopiero gdy strona stosunku prawnego nie wykonuje dobrowolnie ciążących na niej obowiązków nałożonych przez prawo materialne), może być zadaniem niezwykle trudnym.

Po drugie, fakt że naruszenie terminów instrukcyjnych może jednak prowadzić do niekorzystnych dla Skarbu Państwa skutków, winno skłonić ustawodawcę do refleksji nad celowością i racjonalizmem ich ustanawiania. Powszechnie wiadome jest, że postępowania sądowe bywają przewlekłe. Receptą na przewlekłość z całą pewnością nie jest jednak deklarowanie w ustawie, bez jakiegokolwiek pokrycia, sztywnych terminów do wykonania konkretnych czynności procesowych, zwłaszcza w sytuacji gdy z góry oczywistym jest, że terminy te nie będą w praktyce dochowywane. Taka sytuacja godzi też mocno w wizerunek wymiaru sprawiedliwości, a co za tym idzie – całego państwa. Nieuczestnicząca na co dzień w postępowaniach sądowych jednostka nie zna bowiem (i nie musi znać) praktyki działania wymiaru sprawiedliwości w konkretnego rodzaju postępowaniach, widzi jedynie przepis ustawy, który mówi, że sąd ma wykonać jakąś czynność w określonym terminie i realia swojej sprawy, gdzie termin ten jest – nieraz wielokrotnie – przekraczany.

* * *

Exceeding of Indicative Term Made by the Court in the Civil Proceeding as a Basic of the Compensational Liability of the State Treasury

Indicative terms are directed to the court, which is in charge of proceeding, and are the postulates of execution of activities in period of time given by the law. They have no consequences for the validity of activity. It is necessary to consider compensational liability of The State Treasury for exceeding the term to make a procedural step by the court. The basis of this possibility is article 417 of Civil Code, which repeats and extends the constitutional regulation of article 77 of Constitution. Exceeding those terms are illegal actions of public authority, it could result a pecuniary damage for individual, so it is necessary to treat compensation as theoretically possible in such a situation.

Key words: indicative term, the State Treasury liability, liability for illegal action of public authority