TOWARZYSTWO
BIBLIOTEKI
SŁUCHACZÓW
PRAWA UJ

Internetowy Przegląd Prawniczy TBSP UJ

Numer 1/2011 (6)
www.tbsp.pl
ISSN-1689-9601

Publikacja wydawana przez
Towarzystwo Biblioteki Słuchaczów Prawa UJ

Autorzy
Marcin Balicki
Hanna Bednarz
Bartłomiej Król
Aneta Makowiec
Łukasz Winkowski

Projekt graficzny i łamanie
Marta Woszczak

Korekta i adjustacja
Agnieszka Kukieła

Kolegium Redakcyjne
Zeszytów Prawniczych oraz
Internetowego Przeglądu
Prawniczego TBSP UJ
mgr Tomasz Sroka
mgr Katarzyna Pałka
Mateusz Równicki
Barbara Witecka
Aleksandra Puczko
Małgorzata Czerwińska
mgr Maciej Płeszka
mgr Wojciech Szkadłubowicz

Adres redakcji
ul. Bracka 12/302,
31-005 Kraków
e-mail: redakcja@tbsp.pl
www.tbsp.pl
© by tbsp uj

Spis treści

Marcin Balicki 4
Nieuczciwa konkurencja w globalnej sieci

Hanna Bednarz 21
Konfederacja Szwajcarska i jej relacje z Unią Europejską – zarys problemu

Bartłomiej Król 33
Status cywilnoprawny służebności przesyłu przed i po nowelizacji Kodeksu cywilnego wprowadzającej przepisy o służebności przesyłu (art. 305^1-305^4 k.c.)

Aneta Makowiec 57
Dopuszczalność zastępczego macierzyństwa w prawie polskim – rozważania de lege lata *i* de lege ferenda

Łukasz Winkowski 73
Fiskus w sieci – opodatkowanie handlu elektronicznego

Marcin Balicki[1]

Nieuczciwa konkurencja w globalnej sieci

1. Wstęp

Nieprzerwany rozwój społeczeństwa informacyjnego sprawia, iż przeciętny człowiek coraz więcej zawodowego i prywatnego czasu spędza w Internecie. Zazwyczaj przynajmniej jego część przeznaczy na przeglądanie stron komercyjnych – dokonując zakupów, porównując produkty albo zapoznając się z ofertami. Ze względu na prostotę obsługi oraz coraz szerszą dostępność Internetu, w sieci przebywa kategorii potencjalnych klientów. Taka sytuacja otwiera dla przedsiębiorców kuszące perspektywy rozpoczęcia działalności *online*, zwłaszcza że z biznesowego punktu widzenia niezaprzeczalnymi zaletami globalnej pajęczyny jest jej niemal nieograniczony zasięg działania oraz minimalny czas, którego potrzebuje klient na dotarcie do oferty danej firmy. Coraz częściej zresztą nieistnienie w sieci sprawia, iż przedsiębiorca nie zostanie w ogóle odnaleziony przez niektórych klientów. Własna strona internetowa przestaje być interesującą możliwością, a zaczyna stanowić konieczność.

Jednocześnie podejmowanie przez coraz większą liczbę firm działań gospodarczych w świecie wirtualnym intensyfikuje walkę o klienta, w której nie wszyscy uczestnicy grają uczciwie, tym bardziej że relatywna nowość Internetu oraz specyfika udostępnianych przezeń narzędzi pozwalają na podejmowanie nieuczciwej walki konkurencyjnej nieznanymi wcześniej metodami.

Przedmiotem referatu jest problematyka zetknięcia norm prawa zwalczania nieuczciwej konkurencji z nowymi metodami jej prowadzenia, a zwłaszcza ocena, czy na gruncie przepisów ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji możliwe jest zakwalifikowanie najpowszechniejszych, nieuczciwych zachowań w Internecie jako czynów nieuczciwej konkurencji.

---

[1] Doktorant na WPiA UJ.

2. Prawo zwalczania nieuczciwej konkurencji

Podstawowym aktem prawnym regulującym problematykę zwalczania nieuczciwej konkurencji w Polsce jest Ustawa o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji z dnia 16 kwietnia 1993 roku (dalej jako z.n.k.)[2], której celem jest zapobieganie i zwalczanie nieuczciwej konkurencji w działalności gospodarczej w interesie publicznym, przedsiębiorców oraz klientów. Jej cechą charakterystyczną jest zamieszczenie w rozdziale pierwszym tzw. klauzuli generalnej, a w rozdziale drugim katalogu stypizowanych czynów nieuczciwej konkurencji.

Na ochronę wynikającą z regulacji z.n.k. może się powołać każdy podmiot działający na rynku, niezależnie od legitymowania się jakimikolwiek prawami wyłącznymi. Ochrona ma charakter deliktowy. W sytuacji popełnienia czynu nieuczciwej konkurencji, dotkniętemu nim przedsiębiorcy przysługują względem naruszyciela roszczenia o zaniechanie niedozwolonych działań, usunięcie ich skutków, złożenie jednokrotnego bądź wielokrotnego oświadczenia odpowiedniej treści i w odpowiedniej formie, naprawienie wyrządzonej szkody na zasadach ogólnych, wydanie bezpodstawnie uzyskanych korzyści na zasadach ogólnych, a jeżeli wspomniany czyn był zawiniony – zasądzenie odpowiedniej sumy pieniężnej na określony cel społeczny związany ze wspieraniem kultury polskiej lub ochroną dziedzictwa narodowego[3].

Należy podkreślić, iż zawarty w z.n.k. katalog czynów nieuczciwej konkurencji nie ma charakteru wyczerpującego, a zatem możliwe jest wystąpienie z roszczeniami również w przypadku, gdy konkretne zachowanie wprawdzie nie spełnia znamion żadnego z ustawowych typów, ale spełnia przesłanki ogólnej definicji z art. 3. ust. 1 z.n.k. Stanowi ona, iż czynem nieuczciwej konkurencji jest działanie sprzeczne z prawem lub dobrymi obyczajami, jeżeli zagraża lub narusza interes innego przedsiębiorcy lub klienta. Jest to tzw. funkcja uzupełniająca klauzuli generalnej. Mimo to w pierwszej kolejności należy badać, czy dane zachowanie może być zakwalifikowane jako jeden ze stypizowanych czynów nieuczciwej konkurencji wymienionych w rozdziale drugim ustawy.

Z drugiej strony klauzula generalna pełni funkcję korygującą, przejawiającą się w tym, iż adresat roszczeń może wykazać, że mimo spełniania przez jego działanie przesłanek jednego z ustawowych typów, nie może ono zostać uznane za niezgodne z zasadami uczciwej konkurencji ze względu na niespełnienie przesłanek zawartych art. 3 z.n.k. – przykładowo przy minimalnym stopniu naruszenia interesów innego uczestnika rynku[4].

Tym samym dla uznania danego procederu za sprzeczny z zasadami uczciwej konkurencji konieczne jest, aby po pierwsze był on podjęty w związku z działalnością gospodarczą, po drugie – sprzeczny z prawem lub dobrymi obyczajami, a po trzecie – zagrażał lub naruszał interes innego przedsiębiorcy lub klienta.

Na gruncie z.n.k. ogólnie ujęta działalność gospodarcza to taka, która „może mieć wpływ na bieżące lub przyszłe wyniki działalności przedsiębiorców oraz interesy klientów lub

---

[2] Tekst jednolity Dz.U.03.153.1503 z późn. zm.

[3] Art. 18, ust. 1 z.n.k.

[4] E. Nowińska, M. du Vall, *Komentarz do ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji*, Warszawa 2006, s. 43.

interes publiczny. Czynami takimi są działania lub zaniechania skierowane do osób trzecich. Nie podpadają pod to pojęcie akty dotyczące sfery wewnętrznej przedsiębiorstw (np. podział środków produkcji i wyrobów między oddziały jednego przedsiębiorstwa, wskazówki dotyczące prowadzenia zakupów przez dział zaopatrzenia, wewnątrzzakładowy konkurs dla pracowników). (...) Podobnie działalność, a nawet konkurencja o charakterze ściśle niegospodarczym, np. polityczna, artystyczna, naukowa, sportowa, nie jest działaniem w obrocie gospodarczym w rozumieniu z.n.k."[5]. Tym samym winna ona cechować się pewną dozą profesjonalizmu, stałości i powtarzalności oraz zarobkowością. Może być oczywiście prowadzona ubocznie, ale uważa się, że powinna mieć szerszy charakter niż jednorazowy[6]. Podnosi się jednocześnie, iż dla działań mieszczących się w ramach działalności gospodarczej nie jest bezwzględnie wymagane nastawienie na osiągnięcie zysku[7].

Kolejną z wymienionych wyżej przesłanek jest niezgodność z prawem lub dobrymi obyczajami. Ze względu na podjętą tematykę w dalszych rozważaniach istotniejsza będzie możliwość stwierdzenia sprzeczności z dobrymi obyczajami. W ich odczytywaniu dominuje podejście ekonomiczno-funkcjonalne kładące nacisk na aspekt niezakłóconego funkcjonowania konkurencji rozumianej jako niezafałszowane współzawodnictwo takimi cechami jak jakość czy cena. Istotnym elementem tak rozumianej konkurencji jest także jej przejrzystość[8].

Przy dekodowaniu konkretnych dobrych obyczajów można, chociaż ostrożnie, sięgać po normy wypracowane przez poszczególne środowiska, np. organizacje zrzeszające przedsiębiorców bądź konsumentów relewantne dla konkretnej sprawy[9]. Na płaszczyźnie działalności podejmowanej w Internecie duże znaczenie mogą odegrać zasady tzw. netykiety. Jednym z jej założeń jest korzystanie z narzędzi, jakie daje Internet, zgodnie z ich przeznaczeniem. Słabością netykiety jest jednak brak organu reprezentującego użytkowników Internetu, mogącego chociażby nieformalnie skłaniać do stosowania zasad[10]. Co ważne, dobre obyczaje można naruszyć, nawet ich nie znając, nie jest tutaj istotna świadomość sprawcy bądź jej brak[11].

Na marginesie warto zauważyć, iż rola sądu analizującego spełnienie przesłanki naruszenia dobrych obyczajów może mieć charakter kreacyjny, jeśli jeszcze nie wykształciła się norma społeczna, na podstawie której dany czyn zostałby uznany za sprzeczny z dobrymi obyczajami[12]. Dla stosunkowo nowych i dynamicznie rozwijających się dziedzin życia gospodarczego może mieć to spore znaczenie.

---

5 J. Szwaja [w:] *Ustawa o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji. Komentarz,* pod red. J. Szwaji, Warszawa 2006, s. 141.

6 J. Ożegalska, *Cybersquatting i inne formy nadużywania znaków towarowych w adresach internetowych a nieuczciwa konkurencja,* Prace z Wynalazczości i Ochrony Własności Intelektualnej 2001, z. 77, s. 179.

7 J. R. Antoniuk, *Ochrona znaków towarowych w domenach internetowych w świetle ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji,* PUG 2003, nr 7, s. 3.

8 Szerzej: J. Szwaja [w:] *Ustawa...*, *op. cit.*, s. 157.

9 E. Nowińska, M. du Vall, *op. cit.*, s. 52-53.

10 D. Kasprzycki, *Wybrane zagadnienia prawa reklamy w Internecie,* Prace z Wynalazczości i Ochrony Własności Intelektualnej, 2001, z. 77, s. 127.

11 E. Nowińska, M. du Vall, *op. cit..*, s. 55.

12 *Ibidem*, s. 55.

Interes innego uczestnika obrotu, którego zagrożenie lub naruszenie stanowi trzecią przesłankę przewidzianą przez klauzulę generalną, musi mieć większe niż minimalne znaczenie gospodarcze. Samo zaś zagrożenie winno, obiektywnie rzecz ujmując, być realne[13].

Poruszając problem naruszenie interesu klienta bądź przedsiębiorcy, warto zwrócić uwagę, iż klauzula generalna z.n.k. nie wymaga zaistnienia przesłanki konkurencyjności przedsiębiorstw. Możliwe będzie zatem ściganie także prowadzących zupełnie inny rodzaj działalności gospodarczej.

Czynu nieuczciwej konkurencji może dopuścić się osoba fizyczna, osoba prawna lub jednostka organizacyjna nieposiadająca osobowości prawnej, chociażby ubocznie prowadziła działalność zarobkową lub zawodową, przez co uczestniczy w obrocie gospodarczym[14]. Istotne będą zatem takie aspekty funkcjonowania jak pewna doza profesjonalizmu, zorientowanie na zarobek oraz powtarzalność, natomiast forma prawna czy nawet legalność działania nie mają znaczenia[15].

W przedstawionych w dalszej części typowych czynach nieuczciwej konkurencji popełnianych w cyberprzestrzeni często będzie dochodziło do naruszenia znaków towarowych chronionych przepisami ustawy Prawo własności przemysłowej z 30 czerwca 2000 roku[16]. Z tego względu warto poświęcić nieco uwagi wzajemnemu stosunkowi tych dwóch aktów prawnych.

Przyjmuje się, iż ochrona wynikająca z z.n.k. jest niezależna od tej na podstawie p.w.p. i możliwe jest przyznanie ochrony kumulatywnej. Wybór winien paść na taką normę jednej z ustaw, która lepiej uwzględnia dany stan faktyczny, a następnie bardziej wyczerpująco normuje wynikające z niego skutki prawne[17].

W praktyce prawo zwalczania nieuczciwej konkurencji najszersze zastosowanie znajdzie w tych przypadkach, w których udzielana przez nie ochrona będzie miała względem prawa własności przemysłowej charakter subsydiarny, zatem wtedy, gdy co prawda nie doszło do naruszenia znaku towarowego w świetle p.w.p., ale jednocześnie jego wykorzystanie jest sprzeczne z zasadami uczciwej konkurencji. Charakterystycznym tego przykładem jest blokowanie domeny internetowej, które może zostać uznane za sprzeczne z dobrymi obyczajami i naruszające interesy klientów oraz innych przedsiębiorców, ale nie wywołujące ryzyka konfuzji w obrocie[18].

Należy także pamiętać, że granicą zastosowania prawa własności przemysłowej będzie przeważnie podobieństwo towarów. W efekcie często nie będzie możliwe wystąpienie przeciwko konkurentowi, który zarejestrował domenę z nazwą identyczną ze znakiem, ale oferował zupełnie inne towary lub usługi.

Możliwość powołania się na prawo zwalczania nieuczciwej konkurencji będzie również służyła przedsiębiorcom, którzy nie uzyskali prawa ochronnego na znak towarowy z powodu niespełnienia wymaganych przesłanek lub którym owo prawo wygasło. Dodatkową

[13] J. Szwaja [w:] *Ustawa..., op. cit.*, s. 168.
[14] Art. 2 z.n.k.
[15] E. Nowińska, M. du Vall, *op. cit.*, s. 32-39.
[16] Tekst jednolity Dz.U. Nr 119, poz. 1117.
[17] J. R. Antoniuk, *Ochrona znaków internetowych w domenach..., op. cit.*, s. 2.
[18] J. Ożegalska, *Cybersquatting...., op. cit.*, s. 184.

zaletą z.n.k. jest objęcie ochroną charakterystycznych oznaczeń, które jednak nie są zarejestrowanymi znakami towarowymi (znaki usługowe i handlowe, logo, charakterystyczne nazwy przedsiębiorstw)[19].

Reasumując, ochrona na podstawie z.n.k. powinna mieć przede wszystkim charakter subsydiarny – powinniśmy jej poszukiwać zwłaszcza w zakresie nieobjętym prawami własności intelektualnej[20].

3. Domeny internetowe

Kluczowym elementem prowadzenia komercyjnej działalności w Internecie jest posiadanie własnej strony WWW. Funkcję identyfikującą pełni względem niej adres domenowy. Konkretny komputer jest przede wszystkim identyfikowany przez unikalny, numeryczny adres IP, który ze względu na chociażby oczywiste trudności z zapamiętywaniem ciągów cyfr jest przez serwer DNS (*Domain Name Sever*) zamieniany na słowny adres domenowy[21]. Domeny mają charakter trójstopniowy i hierarchiczny. Wspomniany adres składa się z domeny pierwszego poziomu (TLD – *Top Level Domain*) i domeny drugiego poziomu (SLD – *Second Level Domain*). Domeny pierwszego poziomu mogą mieć charakter rodzajowy, np. .com – commercial; .edu – educational bądź krajowy, np. .de – Niemcy, .fm – Mikronezja. Wśród domen drugiego poziomu wyróżniamy natomiast ogólnokrajowe, regionalne oraz funkcjonalne. Jednocześnie możliwe jest, aby domena rodzajowa stanowiła subdomenę domeny krajowej, np. .com.pl. Łącznie adres domenowy nie może przekroczyć 255 znaków ani zawierać liter alfabetów narodowych. Nie są też rozróżniane małe i duże litery[22]. Co ważne, adres internetowy może mieć zarówno charakter prywatny, jak i być częścią identyfikatora URL (*Uniform Resourse Locator*) pozwalającego na zidentyfikowanie danej strony internetowej.

Domenami zarządza założony w 1997 roku ICANN (*Internet Corporation for Assigned Names and Numbers*) będący międzynarodowym stowarzyszeniem o charakterze *non-profit*. Rejestracja domen rodzajowych TLD odbywa się wyłącznie przez rejestratorów akredytowanych przez ICANN, natomiast krajowymi TLD zarządzają właściwe instytucje w danych krajach. W Polsce dla domeny .pl oraz części domen rodzajowych w domenie .pl, a także domen regionalnych właściwa jest jednostka naukowo-badawcza – Naukowa Akademicka Sieć Komputerowa[23].

Dowolnym oznaczeniem słownym i zarazem źródłem sporów będzie dopiero domena drugiego bądź ewentualnie trzeciego (w przypadku występowania subdomeny rodzajowej w domenie krajowej) poziomu. Właśnie ze względu na brak ograniczeń w jej wyborze możliwe jest wejście w konflikt ze znakiem towarowym. Jednocześnie w Internecie może

[19] *Ibidem*, s. 162.

[20] Szerzej: E. Nowińska, M. du Vall, *op. cit.*, s. 28-31.

[21] Szerzej: J. Ożegalska, *Adresy internetowe a znaki towarowe*, Prace z Wynalazczości i Ochrony Własności Intelektualnej, 1999, z .71, s. 74 i nast.

[22] R. Chmura, W. Włodarczyk, *Zdolność rejestrowa adresu domenowego – casus www.primebroker.com,* [w:] *Internet 2000 Prawo – ekonomia – kultura*, pod red. R. Skubisz, Lublin 2000, s. 51.

[23] M. Smycz [w:] *Prawo Internetu*, pod red. P. Podreckiego, Warszawa 2007, s. 543.

funkcjonować tylko jeden, unikalny adres składający się z danej domeny pierwszego, drugiego lub następnego stopnia[24].

Dodatkowe czynniki konfliktogenne to przyjęcie w procesie rejestracji domeny zasady *first come – first served* oraz brak badania ewentualnych uprawnień do zgłaszanej nazwy, za wyjątkiem obowiązku złożenia oświadczenia przez rejestrującego o prawie do posługiwania się wybraną nazwą. Przeszkodą w rejestracji będzie zarejestrowanie już identycznej domeny na rzecz innej osoby bądź trwanie postępowania rejestracyjnego.

Dość oczywiste jest, iż najbardziej narażone na zagarnięcie przez podmiot nieuprawniony będą takie domeny, które zawierają w sobie już wypracowane oznaczenie odróżniające albo znak towarowy. Dzięki temu przynajmniej cześć klientów trafi na daną stronę bezwiednie i omyłkowo, zwłaszcza iż większość klientów zakłada, że domena przedsiębiorstwa będzie w najwierniejszy i najprostszy sposób odzwierciadlała oznaczenie, którym się ono posługuje w obrocie.

Tak zarysowana sytuacja narzuca dwie możliwości – zarejestrowanie domeny z czyimś znakiem towarowym, a następnie złożenie propozycji sprzedaży bądź po prostu zablokowanie domeny i korzystanie z faktu, iż wielu klientów nie odnajdzie strony internetowej konkurenta.

4. *Cybersquatting*

Proceder *cybersquattingu* polega na rejestrowaniu jako nazwy domeny powszechnie znanych i cieszących się dobrą renomą znaków towarowych w celu ich odsprzedaży bądź uprawnionemu do znaku, bądź innemu przedsiębiorcy, np. konkurentowi, który będzie chciał taki adres blokować. Jest to skuteczne przy założeniu, że przynajmniej cześć przedsiębiorców będzie wolała odkupić taki charakterystyczny lub łatwo zapamiętywany znak, zazwyczaj słono przepłacając, niż wikłać się w proces sądowy[25].

Większość głośnych spraw związanych z *cybersquattingiem* miała miejsce w Stanach Zjednoczonych, stąd warto pomocniczo sięgać po dorobek tamtejszej doktryny i orzecznictwa. Jednym z najsławniejszych piratów domenowych jest Denis Toeppen, który zarejestrował łącznie 240 nazw domen zawierających znaki towarowe znanych firm. Najsławniejszymi zaś sprawami z jego udziałem toczącymi się w USA były przegrane spory z firmami Panavision oraz Intermatic Inc[26]. Ilość domen zarejestrowanych przez wyżej wymienionego jest jednak niewielka w porównaniu z dokonaniem Johna Zuccariniego, który zarejestrował ich aż 3 000 – obejmowały zarówno nazwiska prywatnych, ale medialnie rozpoznawalnych osób, znaki towarowe, nazwy przedsiębiorstw, jak i nazwy filmów i programów telewizyjnych – w tym pisane poprawnie lub z literówkami[27].

---

[24] J. Ożegalska, *Cybersquatting...., op. cit.*, s. 159.

[25] *Ibidem.*, s. 170.

[26] Przesłankami udzielenia ochrony przed rozwodnieniem znaku na gruncie federalnej ustawy Lanham Act były: sława znaku, użycie znaku przez nieuprawnionego w celach handlowych, rozwodnienie wartości odróżniającej znaku.

[27] R. J. Antoniuk, *Ochrona znaków towarowych w Internecie*, Warszawa 2006, s. 65.

Przechodząc na grunt konkretnych rozstrzygnięć, warto przyjrzeć się sprawie *Hasbro Inc. v. Internet Entertainment Group*. Przyczyną sporu było zarejestrowanie przez pozwaną domeny www.candyland.com dla strony erotycznej, gdy tymczasem Hasbro używało takiego znaku dla gry planszowej dla małych dzieci[28]. Prócz groźby osłabienia renomy znaku, w tej sprawie podniesiono również, że część klientów trafiających na stronę mogłaby dojść do przekonania o związkach między producentem gier i zabawek a branżą pornograficzną[29]. Na marginesie trzeba zauważyć, że w innym sporze zainicjowanym przez Hasbro sąd oddalił powództwo przeciwko firmie Clue Computing dysponującej domeną www.clue.net, której nazwa jest zbieżna z inną grą oferowaną przez zabawkarskiego potentata[30].

Co charakterystyczne, w USA dla przyjęcia złej wiary osoby, która zarejestrowała domenę zawierającą cudzy znak towarowy, wystarczający jest sam fakt zaoferowania sprzedaży właścicielowi bądź rejestrowanie znacznej liczby zbliżonych adresów domenowych podobnych lub identycznych do cudzych znaków towarowych, jak również celowe zatajanie bądź podawanie błędnych danych przy rejestracji[31].

W Wielkiej Brytanii z kolei jednoznaczną kwalifikację cyberpiractwa jako działania sprzecznego z zasadami uczciwej konkurencji zaprezentował angielski sąd rozpatrujący spór między siecią sklepów Marks & Spencer a piratami rejestrującymi adres www.markandspencer.com, oferującymi następnie jego sprzedaż bądź wydzierżawienie. Sędzia doszedł do wniosku, iż „każda osoba, która rozmyślnie rejestruje nazwę internetową z powodu jej podobieństwa z nazwą firmy lub znakiem towarowym jednostki prowadzącej działalność gospodarczą, musi spodziewać się zakończenia swej działalności na skutek orzeczenia zaprzestania takiej działalności, które będzie sformułowane na takich warunkach, które czynią dalsze używanie nazwy w obrocie gospodarczym nieskuteczne dla takich «dealerów»”[32]. Co ciekawe, sąd uznał, że już sama rejestracja domeny może zostać zakwalifikowana jako przygotowanie narzędzia oszustwa[33].

Dla kwalifikacji cybernetycznego piractwa nie ma większego znaczenia początkowa intencja rejestrującego. I tak w toczącej się również przed brytyjskim wymiarem sprawiedliwości sprawie *French Connection UK Ltd v. Sutton* pozwany podnosił, iż pierwotnie zarejestrował domenę www.fcuk.com z myślą o branży pornograficznej, a dopiero później zdecydował się zaoferować jej sprzedaż powodowej spółce[34].

Istotne wydaje się, iż możliwość dochodzenia ochrony przed domenowymi piratami na podstawie regulacji zwalczających przejawy nieuczciwej konkurencji została wypowiedziana przez niemiecki sąd rozpatrujący sprawę z powództwa Epson Deutschland GmbH dotyczącą spekulacyjnej rejestracji adresu www.epson.de. Tam również podkreślono podobieństwo funkcji adresu strony internetowej i znaku towarowego[35]. W wyroku zaznaczono,

[28] Zbliżony charakter miał spór między Toys R Us a rejestrującym domenę www.adultrus.com (Adult R Us), która miała charakter strony erotycznej.
[29] Cyt. za J. Ożegalska, *Adresy...*, *op. cit.*, s. 92.
[30] M. Kondrat, *Znaki towarowe w Internecie*, Warszawa 2001, s. 72.
[31] Szerzej: J. Ożegalska, *Cybersquatting...*, *op. cit.*, s. 162.
[32] J. Ożegalska, *Adresy...*, *op. cit.*, s. 86-87.
[33] Szerzej: M. Kondrat, *Znaki towarowe...*, *op. cit.*, s. 64-65.
[34] *Ibidem*, s. 66.
[35] J. Ożegalska, *Adresy...*, *op. cit.*, s. 95.

że dla spełnienia przesłanki użycia w obrocie gospodarczym wystarczyło stwierdzenie, że pozwany zamierzał adres odsprzedać, więc kierował się celem gospodarczym.

Wątpliwości może natomiast rodzić sytuacja, gdy jedna firma rejestruje jako nazwę domeny akronim swojej nazwy, który okazuje się być jednocześnie oznaczeniem innej. Taka sytuacja miała miejsce, gdy firma Active Media, zgodnie z trendem do rejestrowania możliwie prostej wersji swojej nazwy, zarejestrowała adres www.actmedia.com. Zareagowała na to z powodzeniem firma Act Media[36].

Przyglądając się procederowi grabieży domen przez pryzmat z.n.k., należy zauważyć, iż przeważnie takie zachowanie będzie się lokowało w ramach obrotu gospodarczego, a sam cyberpirat uznawany będzie za podmiot prowadzący działalność gospodarczą. Na gruncie poglądów wypracowanych przez orzecznictwo amerykańskie użycie w celach handlowych nastąpi już wtedy, gdy zrodzi się zamiar odsprzedaży domeny. Podobnie orzecznictwo brytyjskie uznaje, iż przesłanka użycia w celach handlowych zostaje spełniona w wyniku podjęcia próby wyłudzenia zapłaty[37]. Nie odgrywa przy tym roli, że sama rejestracja danej domeny jest aktem jednorazowym. Na cały proceder należy bowiem spoglądać szerzej, zwłaszcza że piraci często dokonują niemal hurtowych rejestracji, a następnie motywowani możliwością zysku negocjują stawki za ich wydzierżawienie bądź sprzedaż. Zgodzić się jednak należy z opinią, iż jednorazowego aktu zbycia domeny nie można zakwalifikować jako prowadzenia działalności gospodarczej na gruncie polskiej ustawy[38].

Działalność *cybersquattersów* narusza nie tylko interes przedsiębiorców, którzy chcieliby zarejestrować w swoim adresie internetowym znak towarowy albo oznaczenie, ale również konsumentów, którzy są myleni co do prawdziwego źródła pochodzenia towarów bądź też mają znacząco utrudnioną możliwość dotarcia do właściwego podmiotu, szczególnie iż specyfika cyberprzestrzeni odbiera nam możliwości niejako ubocznego sprawdzenia tożsamości przedsiębiorcy chociażby poprzez bezpośredni kontakt z obsługą lub salonem sprzedaży. Nie istnieje też możliwość dokładnego obejrzenia samych towarów przed zakupem. Jak wyżej wspomniano, zagrożenie interesu musi mieć rzeczywisty charakter realny, a on sam pewną doniosłość gospodarczą[39].

Nie trudno zauważyć, iż proceder zagrabiania domen jest niezgodny z dobrymi obyczajami, bowiem w znaczący sposób fałszuje lub zaciemnia konkurencję na rynku – zarówno w wypadkach odcinania innych przedsiębiorców od najdogodniejszych dla nich domen i w efekcie utrudniania funkcjonowania w sieci, jak i przez zmuszanie ich do ponoszenia niewspółmierne wysokich kosztów odkupienia lub wydzierżawienia spornej domeny.

Specyfika cyberpiractwa uzasadnia ocenę tej metody konkurowania jako jednego ze stypizowanych czynów nieuczciwej konkurencji. Art. 5 z.n.k. czynem nieuczciwej konkurencji określa oznaczenie przedsiębiorstwa, które może wprowadzić klientów w błąd co do jego tożsamości, przez używanie firmy, nazwy, godła, skrótu literowego lub innego charakterystycznego symbolu wcześniej używanego, zgodnie z prawem, do oznaczenia innego

[36] *Ibidem*, s. 88.
[37] J. Ożegalska, *Cybersquatting..., op. cit.*, s. 173.
[38] J. R. Antoniuk, *Ochrona znaków towarowych w Internecie., op. cit.*, s. 4.
[39] *Ibidem.*

przedsiębiorstwa. Przytoczona regulacja daje danemu przedsiębiorcy prawo do żądania zaniechania używania przez konkurenta takiego oznaczenia, które kolidowałoby z jego własnym i znajdzie zastosowanie, kiedy grabież domeny będzie przedsiębrana przez konkurenta liczącego na podebranie części klientów.

Przesłankami zastosowania tego przepisu będzie wcześniejsze używanie danego oznaczenia w obrocie zgodnie z prawem oraz posiadanie przez nie zdolności do wyróżniania podmiotu, który z niego korzysta[40]. Wspomniana norma jest interesująca dla znacznej liczby przedsiębiorców, bowiem nie wymaga, aby ich oznaczenie spełniało jakiekolwiek wymogi formalne – musi być jedynie rozróżniane przez aktualnych i potencjalnych klientów[41]. Trzeba zarazem zauważyć, iż przesłanką zastosowania jest wystąpienie ryzyka wprowadzenia klientów w błąd, a zatem istnienie wspólnej klienteli.

Przesłanka wprowadzenia klientów w błąd nie zostanie zrealizowana w tych stanach faktycznych, kiedy adres zarejestrowany przez spekulanta prowadzi na witrynę internetową, która nie jest związana w żaden sposób z działalnością właściciela znaku. Jeszcze wyraźniejsze będzie to w przypadku, gdy domena zostanie zarejestrowania wyłącznie w celu jej zablokowania, a zatem nie nastąpi żaden kontakt z klientelą.

Po myśli strony powodowej opierającej swoje roszczenia między innymi na art. 5 z.n.k. zakończył się spór między Microsoft Sp. z o.o. a Robertem Rudnickim dysponującym domenami www.microsoft.com.pl oraz www.microsoft.pl. Ze względu na fakt, że przez pewien czas sporne adresy przekierowywały na strony internetowe sklepu komputerowego oferującego również oprogramowanie firmy Microsoft, podnoszono występowanie ryzyka wprowadzenia klientów w błąd co od związków obydwu przedsiębiorstw. Ostatecznie Sąd Okręgowy w Łodzi zakazał pozwanemu używania w ramach prowadzonej działalności gospodarczej słowa „Microsoft" oraz nakazał opublikowanie oświadczenia, w którym informuje o braku jakichkolwiek powiązań ekonomicznych, gospodarczych, organizacyjnych i prawnych oraz zapłatę kwoty 25 000 zł.

Z kolei na art. 3 oraz 10 z.n.k. swoje roszczenia oparła firma Centrum Handlowe „Janki", wytaczając powództwo z żądaniem zaprzestania używania domen www.centrumjanki.pl oraz www.centrumjanki.com.pl. Warto zwrócić uwagę, iż powód posługiwał się już stroną www.centrum-janki.pl, która jest z pewnością mniej oczywista, a ponadto w wynikach wyszukiwania umieszczana niżej niż dwie pierwsze. Co ciekawe, pozwana pod spornym adresem publikowała błędne lub nieaktualny informacje o dojazdach, ofercie etc[42]. Sprawa nie doczekała się rozstrzygnięcia, gdyż pozwani wyrejestrowali wspomniane domeny i postępowanie zawieszono.

Wspomniany wyżej przypadek rejestrowania domeny w celu utrudnienia konkurentowi prowadzenia działalności w Internecie może być kwalifikowany z wykorzystaniem art. 15 z.n.k. typizującego czyn nieuczciwej konkurencji polegający na utrudnianiu innemu przedsiębiorcy dostępu do rynku. W świetle ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji ów „dostęp do rynku" należy rozumieć szeroko, mianowicie nie tylko jako swobodę wejścia

[40] J. Ożegalska, *Cybersquatting..., op. cit.*, s. 182.
[41] *Ibidem*, s. 183.
[42] R. J. Antoniuk, *Ochrona znaków towarowych w Internecie, op. cit.*, s. 217-218.

na rynek i opuszczenia go, ale także swobodnego na nim operowania i oferowania towarów lub usług[43].

Ograniczenie dostępu do rynku dotyczy zarówno takich firm, dla których działalność *online* ma znaczenie kluczowe, jak i takich, dla których będzie ona tylko uzupełnieniem działalności prowadzonej tradycyjnymi metodami[44]. Oczywiście pozbawienia kogoś możliwości zarejestrowania najdogodniejszej domeny nie można utożsamiać z uniemożliwieniem działalności *online* w ogóle. Na ocenę może też wpłynąć fakt, czy nieuczciwy konkurent zablokował tylko jedną domenę, czy też kilka jej wariantów – w zależności od odpowiedzi bariera w wejściu na rynek będzie mniejszego lub większego kalibru.

W Polsce ze sporów tego typu mieliśmy do tej pory do czynienia ze sprawą ERA GSM i PLUS GSM. Pierwsza z wymienionych firm zarejestrowała domeny www.polkomtel.com oraz www.plusgsm.pl, nie wykorzystując ich jednak do prowadzenia działalności gospodarczej. Ze względu na szybkie i ugodowe zakończenie sporu nie wiadomo, czy celem było jedynie zablokowanie pożądanego przez konkurenta adresu, czy też oferowanie pod nim własnych usług[45].

Pomimo dość długiej historii *cybersquattingu* wciąż jest on popularny, o czym świadczy zarejestrowanie ostatnimi czasy w związku z premierą *iPhone'a* domen: www.o2iphone.co.uk, www.o2iphone.net, www.ukiphone.co.uk, www.orangeiphone.co.uk, www.tmobileiphone.com[46].

Zarejestrowanie domeny z czyimś oznaczeniem może także służyć do dyskredytowania lub ośmieszania go bądź przez konkurentów, bądź konsumentów. Ofiarami takich działań padła między innymi America On Line – www.americaoffline.org czy www.aolsucks.org[47]. Ciekawy przypadek dotyczył wyjątkowo nie przedsiębiorcy, ale ruchu społecznego opowiadającego się za humanitarnym traktowaniem zwierząt – PETA (*People for Ethical Treatment of Animals)*, w którym domenę www.peta.org zarejestrowała grupa *People Eating Tasty Animals*[48]. Czasem proceder przybiera jednak postać rzetelnej krytyki konsumenckiej[49]. Taka krytyka, w przypadku gdy nosi znamiona rzetelności, nie będzie uznawana za sprzeczną z dobrymi obyczajami. Ponadto ze względu na niespełnienie przesłanki pozostawania w sferze obrotu gospodarczego nie można uznać jej za czyn nieuczciwej konkurencji.

Na koniec warto zauważyć, iż z uwagi na wypracowywany z użyciem środków marketingowych potencjał komunikacyjno-identyfikacyjny adresu internetowego podnosi się kwestię ewentualnej ochrony adresów domenowych jako *sui generis* oznaczeń odróżniających, które winny podlegać ochronie przed nieuczciwym ich wykorzystaniem albo naruszeniem przez innych przedsiębiorców[50].

---

43 E. Nowińska, M. du Vall, *op. cit.*, s. 168.

44 M. Smycz [w:] *Prawo...*, *op. cit.*, s. 574.

45 J. R. Antoniuk, *Ochrona znaków internetowych w domenach...*, *op. cit.*, s. 3.

46 P. Garland, *Cybersquatting – moving with the times?*, E-Commerce Law Report 11/2007.

47 Więcej na temat tzw. *sucks cases* - A. Chaudri, *Internet domain names and the interaction with intellectual property*, Computer Law & Security Report 24 (2008), s. 362.

48 W. Szpringer, *Prowadzenie działalności gospodarczej w Internecie*, Warszawa 2005, s. 77.

49 J. R. Antoniuk, *Ochrona znaków internetowych w domenach...*, *op. cit.*, s. 3.

50 R. Chmura, W. Włodarczyk, *Zdolność...*, *op. cit.*, s. 53.

5. *Typosquatting*

Dla przedsiębiorców pasożytujących na oznaczeniach wypromowanych przez ich konkurentów interesującą metodą okazuje się również rejestrowanie nazwy domeny będącej czyimś oznaczeniem z typowym błędem literowym popełnianym przez internautów bądź nazwy lekko zmodyfikowanej. Istnieje duża szansa, że przynajmniej część klientów pragnących trafić na stronę właściciela znaku, omyłkowo trafi na piracką witrynę. Taki sposób na przechwytywanie cudzej klienteli rodzi uzasadnione wątpliwości na gruncie prawa nieuczciwej konkurencji[51].

Pionierem *typosquattingu* był wspominany już John Zuccerini, który zarejestrował między innymi www.playboyy.com oraz www.abcnewss.com. Jego śladem podążyła trójka Amerykanów, którzy zarejestrowali stronę www.misrosoft.com. We wszystkich wymienionych przypadkach błędne adresy wiodły na strony pornograficzne[52].

W praktyce powodowie powoływali się głównie na rozmycie zdolności odróżniającej danego znaku, ponieważ większość spornych adresów wiodła na strony pornograficzne lub oferujące towary znacznie gorszej jakości. Co charakterystyczne, na gruncie prawa anglosaskiego przesłanką nie była tu, z oczywistych względów, identyczność znaków, ale wprowadzanie w błąd klientów – nie tylko przez tworzenie pozorów, że trafili na stronę właściciela znaku, ale również, że między obiema stronami, a zatem i ich właścicielami, istnieją jakieś powiązania[53]. Przekonanie klientów o występowaniu takich handlowych powiązań poza podobieństwem adresów internetowych będzie wzmagało skonstruowanie strony w podobny sposób (jej układ, kolorystyka, czcionki etc.). Ryzyko pomyłki wzrasta przede wszystkim wtedy, gdy klient zna tylko nazwę przedsiębiorstwa i po raz pierwszy szuka strony internetowej z jej produktami. Jeżeli trafi na podobną w wyniku błędu literowego, łatwo może uznać, iż sam początkowo źle zapamiętał oznaczenie przedsiębiorcy, którego szuka.

Sprzeczność tego rodzaju działań z dobrymi obyczajami wyraża się przede wszystkim w odbieraniu konkurencji na rynku przymiotu przejrzystości. Wielu klientów wchodzących na wadliwie oznaczone strony będzie przekonanych o funkcjonowaniu związków między tymi podmiotami – jeżeli oczywiście zauważą, że mają do czynienia z innym podmiotem.

Można sięgnąć w takiej sytuacji po art. 14 z.n.k. Jego zastosowanie będzie uzasadnione, gdy wykorzystywanie cudzej renomy i pomyłek klientów przyniesie szkodę innemu przedsiębiorstwu albo przysporzy profitów nieuczciwemu właścicielowi przedmiotowej witryny[54]. W Polsce przykładem opisywanego sposobu działania było zarejestrowanie domeny www.googl.pl – przez pewien czas po wpisaniu tego adresu trafiało się na stronę pornograficzną.

Aktualnie zyskowność *typosquattingu* zapewniają przede wszystkim zamieszczone na stronach reklamy, np. Google AdSense generujące przychód w zależności od liczby

[51] J. Ożegalska, *Cybersquatting...*, *op. cit.* s. 175.
[52] J. R. Antoniuk, *Ochrona znaków towarowych w Internecie*, *op. cit.*, s. 66.
[53] J. Ożegalska, *Cybersquatting...*, *op. cit.*, s. 176.
[54] J. Ożegalska, *Cybersquatting...*, *op. cit.*, s. 181–182.

kliknięć[55]. Oczywiście, im pomyłka w nazwie lub znaku towarowym mniejsza, tym większa liczba przypadkowych odwiedzających. Zjawisko stało się tak powszechne, że doczekało się już własnej nazwy – *clickfarming*[56]. Metodę wyróżnia fakt, iż zarejestrowana strona zarabia na siebie ogromną ilością pojedynczych i jednostkowo mało wartych kliknięć, bez konieczności czekania na podmiot, który zechce odkupić domenę za wygórowaną stawkę. Nie ma oczywiście przeszkód w podjęciu działalności jednocześnie jako *clikcfarmer* oraz *cybersquatter*.

6. Metatagi

O ile piraci domenowi byli zazwyczaj podmiotami niekonkurującymi z właścicielami znaków wykorzystanych w zagrabionych domenach, o tyle konkurenci sięgają po inne nieuczciwe praktyki wykorzystujące cudzy znak bądź oznaczenia. Przykładem takiego działania jest wykorzystywanie wartościowego oznaczenia należącego do konkurenta w metatagach własnej strony internetowej. Prowadzi to do podszywania się pod inne przedsiębiorstwo oraz przechwytywania jego klienteli[57].

Metatagi zapisywane są w języku HTML (*HyperText Markup Language*) w kodzie opisu strony internetowej i pozostają niewidoczne dla internautów. Taki opis ogranicza się do słów-kluczy mających trafnie charakteryzować zawartość danej strony. Rola metatagów jest znaczna ze względu na fakt, iż korzystają z nich serwisy wyszukiwawcze przy generowaniu listy wyników na konkretne zapytania. W efekcie ilość użytych metatagów oraz ich odpowiedni dobór wpływają na częstotliwość pojawiania się strony w wynikach wyszukiwania oraz jej pozycję.

Dobór metatagów, mających być w założeniu zbiorczą informacją na temat danej witryny, należy do swobodnego uznania dysponenta strony. Użycie w niej często poszukiwanego oznaczenia innego przedsiębiorcy może z jednej strony omyłkowo skierować klientów na stronę konkurencji, z której usług w efekcie skorzystają albo wygenerować ruch na stronie, co poprawi liczbę zgłaszających się reklamodawców, a w konsekwencji wysokość pobieranych opłat. Większość użytkowników wpisujący dane hasło w wyszukiwarce domniemuje, iż pierwsze z wyświetlonych stron będą stronami oficjalnymi danego przedsiębiorcy, firm z nim powiązanych lub firm przez niego sponsorowanych czy wspieranych. W takim przypadku trudno dowodzić użycia znaku towarowego w związku z faktem, iż nie jest on dostrzegany przez klienta, jednak proceder zwabiania klientów na własną stronę internetową może zostać uznany za czyn nieuczciwej konkurencji[58].

Powszechnie przyjmuje się, iż zamieszczenie cudzego znaku towarowego lub oznaczenia w metatagach własnej strony internetowej jest wykorzystaniem na niwie obrotu

[55] P. Garland, *Cybersquatting...*,op. cit., s. 1.
[56] Szerzej: J.D. Lepton, *Clickfarming: the new cybersquatting?*, Journal of Internet Law, 7/2008.
[57] J. Ożegalska, *Cybersquatting...*, *op. cit.*, s. 174.
[58] *Ibidem*, s. 175.

gospodarczego, ponieważ zazwyczaj za pośrednictwem takiej strony oferowane są towary lub usługi[59].

Klasyczną już sprawą z omawianego zakresu jest spór *Playboy Enterprises v. Calvin Designer Label,* w wyniku którego amerykański sąd dopatrzył się złamania zasad uczciwej konkurencji poprzez wykorzystanie przez pozwanego zarówno na samych stronach internetowych, jak i w metatagach znaków towarowych Playboy i Playmate[60]. W rozstrzygnięciu amerykański sąd stwierdził, że umieszczenie spornego znaku w metatagach własnej strony WWW, w sloganie reklamowym i dla promowania własnych produktów wiedzie wprost do przekonania klienta, że oferowane produkty są „autoryzowane, sponsorowane, licencjonowane bądź jakkolwiek powiązane" z przedsiębiorstwem będącym właścicielem znaku Playboy[61].

Druga z ważnych dla problematyki metatagów spraw również wiązała się z koncernem Playboya. Tym razem słów Playboy i Playmate używała Playmate of Year 1981 – Terri Welles na swojej stronie internetowej www.terriwelles.com. Sąd oddalił powództwo, argumentując, iż użyte słowa były adekwatne do zawartości, a pozwana nie miała na celu wprowadzenia konsumentów w błąd, o czym świadczył chociażby zamieszczony na stronie *disclaimer* informujący o braku powiązań między stronami sporu[62].

O wiele dalej, niż tylko wykorzystując znak towarowy konkurenta w metatagach swojej strony, poszli pozwani w sprawie *L.L.C. Inistuform Technologies Inc. v National Envirotech Gropup L.L.C.*, którzy własną witrynę internetową skonstruowali z elementów zbliżonych do materiałów marketingowych powoda[63].

Oryginalnym przypadkiem na tle powyższych była sprawa *Niton Corp. v. Radiation Monitoring Devices, Inc.* Pozwani skopiowali do swojego zbioru metatagów wszystkie metatagi zamieszczone na potrzeby witryny firmy Niton. Sąd rozpatrujący tę sprawę nakazał dokonanie ich modyfikacji[64].

Z wydawanych w USA orzeczeń nie płynie generalny zakaz kształtowania metatagów z wykorzystaniem cudzych znaków, ale zakaz takiego kształtowania, które ma na celu wprowadzenie klientów w błąd co do pochodzenia towarów lub usług, wywołanie wrażenia oficjalnych powiązań bądź chociaż wygenerowanie większej liczby odsłon własnej strony internetowej.

Oceniając opisywany proceder jako jeden z czynów nieuczciwej konkurencji, trzeba przywołać art. 14 ust. 1 z.n.k. stanowiący, iż czynem nieuczciwej konkurencji jest rozpowszechnianie nieprawdziwych lub wprowadzających w błąd wiadomości o swoim lub innym przedsiębiorcy albo przedsiębiorstwie w celu przysporzenia korzyści lub wyrządzenia szkody. Dzięki fałszowaniu informacji o zawartości swojej strony WWW nieuczciwy przedsiębiorca osiąga korzyść poprzez konsumentów, którzy nieopatrznie do niego trafią, z drugiej zaś strony wyrządza szkodę konkurentowi, który nie zostanie przez nich odnaleziony. W takim

[59] M. Smycz [w:] *Prawo..., op. cit.*, s. 545.
[60] *Ibidem*, s. 560.
[61] Szerzej: J. Ożegalska, *Nowe formy nieuczciwej konkurencji w Internecie*, PUG 2000, nr 5, s. 11.
[62] W. Szpringer, *Prowadzenie..., op. cit.*, s. 86.
[63] Szerzej: J. Ożegalska, *Nowe formy..., op. cit.*, s. 11.
[64] S.U. Paylago, *Serach engine manipulation: creative use of metatags or trademark infringment?*, 40 IDEA 451.

stanie rzeczy naruszona zostaje zasada prawdziwości obrotu gospodarczego, co znamionuje sprzeczność z dobrymi obyczajami. Ponadto użytkownik może zostać wprowadzony w błąd co do pochodzenia towarów bądź tożsamości przedsiębiorstwa lub przekonany o istnieniu jakichś związków handlowych wiążących obie formy.

Rozważając ryzyko wprowadzenia w błąd wskutek zmanipulowania wyników wyszukiwania, trzeba jednak pamiętać, iż za wzorzec konsumenta winno się stawiać osobę należycie poinformowaną, odpowiednio ostrożną i uważną[65]. Osoba poruszająca się po globalnej pajęczynie powinna zdawać sobie sprawę, iż wyszukiwarka jest jedynie programem pracującym na pewnych schematach i prezentującym wyniki w dużym przybliżeniu, często wyświetlając obok linku fragment strony. „Użytkownicy Internetu są do tego przyzwyczajeni, podobnie jak do dokonywania wyboru spośród bardzo wielu sugestii, z których znaczna większość nie dotyczy szukanych stron"[66]. Następuje też udoskonalanie serwisów wyszukiwawczych, które biorą pod uwagę chociażby czas istnienia danej strony. Nawet jednak osoba prowadzona przez najtrafniejsze wyniki wyszukiwania na stronę internetową przypominającą stylistycznie poszukiwanego przedsiębiorcę łatwo zostanie wprowadzona w błąd. Warto nadmienić, że na gruncie amerykańskiego orzecznictwa pojawiła się interesująca koncepcja „wstępnego wprowadzenia w błąd" opierającego się na skierowaniu zainteresowania klientów na dany towar, pomimo że są oni już świadomy braku powiązań między przedsiębiorcami oraz pochodzenia towarów. Trafnie zauważono, iż w konsekwencji przynajmniej pewna część z nich zdecyduje się na zakup[67].

Nieuczciwe wykorzystanie metaoznaczeń może skłaniać do poszukiwania ochrony w oparciu o art. 16 ust. 2 z.n.k., zgodnie z którym czynem nieuczciwej konkurencji jest reklama wprowadzająca klienta w błąd i mogąca przez to wpłynąć na jego decyzję co do nabycia towaru lub usługi. Wprowadzenie w błąd następuje przez wywołanie przekonania, że właściciel domeny jest zarazem uprawnionym do posługiwania się znakiem towarowym, co uniemożliwia konsumentowi dokonanie w pełni świadomego i racjonalnego wyboru. Przed polską Temidą znalazła się sprawa przedsiębiorstwa trudniącego się pracami remontowo-budowlanymi, które do metatagów swojej strony wprowadziło wiele nazw firm konkurencyjnych. Powództwo opierało się właśnie na art. 16 ust. 1 i 2 z.n.k ze względu na reklamowe znaczenie stron internetowych w działalności gospodarczej[68].

W kontekście metadanych interesującą próba klasyfikacji nieuczciwego ich wykorzystania jest oparcie się na koncepcji niestypizowanego czynu nieuczciwej konkurencji, jakim jest pasożytnictwo[69]. Będzie nim „nieuprawnione wykorzystanie przez przedsiębiorcę renomy innego przedsiębiorcy (jego firmy lub przedsiębiorstwa), cudzego znaku towarowego, cudzego produktu albo renomy kraju"[70]. Skutkiem pasożytnictwa będzie przejęcie części klienteli przez konkurenta, obniżenie renomy znaku towarowego lub innych

[65] E. Nowińska, M. du Vall, *op. cit.*, s. 224.
[66] M. Smycz [w:] *Prawo...*, *op. cit.*, s. 561.
[67] Szerzej: *Ibidem.*
[68] J. R. Antoniuk, *Ochrona znaków towarowych w Internecie*, *op. cit.*, s. 218.
[69] D. Kasprzycki [w:] *Prawo...*, *op. cit.*, s. 613.
[70] Szerzej: J. Szwaja, *Ustawa..*, *op. cit.*, s. 173 i nast.

charakterystycznych oznaczeń, jak również spadek zainteresowania produktami uczciwego przedsiębiorcy, jeśli towary konkurenta są gorszej jakości.

7. *Keyword advertising*

Stosunkowo nowym na tle pozostałych problemów jest prowadzenie sprzedaży przez operatorów wyszukiwarek internetowych słów-kluczy. Po wykupieniu takowych, gdy zostaną wpisane jako termin wyszukiwawczy, w wynikach pojawiają się bandery reklamowe nabywcy słowa-klucza. Problem rodzi się wtedy, gdy słowo klucz będące zarazem oznaczeniem bądź znakiem towarowym przedsiębiorstwa zostaje wykupione przez jego konkurenta – w efekcie w wynikach wyszukiwania pojawia się nad szukanym podmiotem bądź obok wyników w części przeznaczonej na reklamy.

8. *Linking oraz framing*

Linkiem jest bezpośrednie odesłanie do innego, zdefiniowanego wcześniej miejsca w sieci za pomocą odnośnika zamieszczonego na wyjściowej stronie internetowej. Ich istotą jest łączenie ze sobą przeróżnych stron internetowych i umożliwienie błyskawicznego przechodzenia wprost z jednej na drugą. Technologia linkowania jest jednym z kluczowych elementów funkcjonowania globalnej wioski, ale może rodzić problemy, gdy przedsiębiorca zamieszcza na swojej stronie link prowadzący do komercyjnej strony WWW innej firmy. Przy akceptacji dopuszczalności niekomercyjnych odesłań, granicą komercyjnego *linkingu* będzie świadome działanie na szkodę konkurenta wykorzystujące efekty jego pracy bądź renomę, zwłaszcza gdy mamy do czynienia z sytuacją tak zwanego *deep linkingu*, czyli odesłania bezpośrednio do podstrony danej witryny z pominięciem strony głównej. Na stronie głównej bowiem często zamieszczone są reklamy oraz mierzone statystyki odwiedzin. Ponadto można wywołać wrażenie, iż wskazane na podstronie usługi bądź towary pochodzą od podmiotu, z którego strony WWW przyszliśmy[71]. Warto zauważyć, iż jeśli nawet będziemy wracać ze strony, na którą trafiliśmy poprzez *deep link*, to i tak nie natrafimy na pominiętą stronę główną.

W rozpatrywanej w USA sprawie *Ticketmaster Corp. v. Microsoft Corp.* podnoszono, że linkowanie przez Microsoft na podstrony Ticketmaster pozbawia tych ostatnich dochodów z reklam z bannerów reklamowych umieszczonych na stronie głównej. Pomijana była też informacja, iż zapłata za bilet sprzedawany przez Ticketmaster dokonana kartą MasterCard daje rabat[72].

[71] M. Smycz [w:] *Prawo...*, *op. cit.*, s. 567.
[72] W. Szpringer, *Prowadzenie...*, *op. cit.*, s. 75.

Zbliżony charakter miał spór *Shetland Times Ltd. v. Dr. Jonathan Willis and Zetnews, Ltd.*, w którym punktem zapalnym były odesłania ze strony pozwanego wprost do konkretnych artykułów na stronie powoda w sposób zaciemniający prawdziwe źródło ich pochodzenia[73].

Ostatecznie po wielu deliberacjach oraz próbach ograniczania *linkingu* w Stanach Zjednoczonych uznano wykształcenie się na żyznej glebie Pierwszej Poprawki do Konstytucji Stanów Zjednoczonych tzw. prawa do odesłań (*right to link),* wedle którego swoboda stosowania odesłań sięga tak daleko, „jak nie dochodzi do naruszenia cudzych praw poprzez świadome działanie w celach gospodarczych na szkodę konkurenta i w celu przysporzenia sobie korzyści w drodze nieuczciwych praktyk wykorzystujących dobrą sławę i renomę, i nakłady finansowe osób trzecich działających w Internecie"[74].

Jak wyżej wspomniano, zamieszczanie na swojej stronie linków do innych stron co do zasady jest dopuszczalne, jednak w pewnych wypadkach może rodzić uzasadnione kontrowersje na gruncie ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji.

Zastosowanie mógłby znaleźć tutaj przede wszystkim przywoływany już art. 14 ust. 1 z.n.k. odnoszący się do rozpowszechniania nieprawdziwych informacji na temat swojego przedsiębiorstwa. Relewantną informacją byłoby sugerowanie istnienia powiązań między linkującym a przedsiębiorcą – właścicielem strony docelowej. Ryzyko konfuzji jest znaczne, zważywszy na fakt, że przedsiębiorcy nie mają zwyczaju odsyłania do konkurencji poprzez zamieszczanie linków do nich na własnych stronach. Stąd uzasadnione jest przyjęcie przez klienta, iż linkowanie do innego przedsiębiorcy jest wynikiem współpracy handlowej między nimi[75].

Zbliżona do wyżej zarysowanego odsyłania jest technologia *framingu*. Umożliwia ona wyróżnienie kilku odrębnych ramek na danej stronie internetowej. Działają one jednocześnie i niezależnie od siebie, co pozwala na wyświetlanie w ramach jednej strony całości bądź fragmentów innych stron. Zazwyczaj dysponujemy przy tym niezmienną ramką stanowiącą *menu* i przestrzeń reklamową dysponenta strony. Sensem *framingu* jest umożliwienie przeglądania kilku stron jednocześnie bez konieczności osobnego łączenia się z każdą z nich i otwierania w innym oknie.

Kreatywnie zastosowany *framing* pozwala na przeniesienie zewnętrznej strony WWW lub jej części w obręb strony pierwotnej jako jednej z ramek. Po pozbawieniu jej przy okazji przenosin oznaczeń oraz reklam użytkownik może nawet nie zdawać sobie sprawy z zastosowania tej techniki. Jeżeli na przejętej stronie będzie znajdowała się oferta towarów lub usług, będziemy mogli mówić o takim ich oznaczeniu, które wprowadza w błąd pod kątem pochodzenia – art. 10 ust. 1 z.n.k.

Dodatkowo, nawet dostrzegając przejęcie strony, internauta łatwo może dojść do przekonania o powiązaniu obydwu podmiotów gospodarczych, o czym już wcześniej w kontekście art. 14 ust. 1 z.n.k. była mowa.

Wzorcową wręcz w opisywanej sferze była sprawa *Washington Post Company et al. v. Total News Inc*, której przedmiotem było zamieszczanie przez stronę pozwaną na swojej stronie

[73] J. R. Antoniuk, *Ochrona znaków towarowych w Internecie, op. cit.*, s. 70.
[74] Szerzej: J. Ożegalska, *Nowe formy..., op. cit.*, s. 15.
[75] M. Smycz [w:] *Prawo..., op. cit.*, s. 567.

internetowej ramki ze stronami powodów zawierającymi newsy polityczne, sportowe itp. Sąsiadowały one z ramkami identyfikującymi firmę Total News oraz zawierającymi reklamy. Powodowie podnosili między innymi osłabienie wartości nazw oraz spadek przychodów z reklam. Finalnie spór zakończył się ugodą przewidującą rezygnację przez Total News ze stosowania *framingu* na rzecz linków[76].

9. Podsumowanie

Scharakteryzowane powyżej nieuczciwe zachowania są tylko wybranymi z wielu, jakich dopuszczają się niektórzy przedsiębiorcy działający w Internecie. Jest to problematyka bardzo zmienna, bowiem wraz z rozwojem globalnej pajęczyny pojawiają się coraz to nowe koncepcje na nieuczciwe wykorzystanie jej funkcji na polu walki o klienta. Z wielu względów powstrzymywanie takich zachowań przy użyciu instrumentów prawa własności przemysłowej może okazać się niemożliwe. Dzięki elastycznej konstrukcji ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji większość z nich będzie jednak mogła być eliminowana.

[76] W. Szpringer, *Prowadzenie...*, *op. cit.*, s. 74.

Hanna Bednarz[1]

Konfederacja Szwajcarska i jej relacje z Unią Europejską – zarys problemu

1. Wstęp

Szwajcaria znajduje się w samym centrum Europy, a mimo to od lat potrafi zachować neutralność i względny dystans do rozgrywających się wokół niej wydarzeń związanych z jednoczeniem się Europy. Co sprawia, że ten niewielkich rozmiarów kraj od lat konsekwentnie prowadzi własną politykę odporną na naciski grup lobbujących na rzecz zaciśnięcia więzów z Unią Europejską? A przede wszystkim, czy metoda, jaką przybrała Szwajcaria w kontaktach z Unią Europejską, jest raczej wynikiem konserwatywnej polityki wynikającej z niechęci Szwajcarów do nowości, czy też jest przemyślaną strategią pozwalającą na intratne korzystanie z przywilejów dawanych przez Unię Europejską przy zachowaniu własnej neutralności?

Aby postarać się zrozumieć fenomen tego kraju, konieczne jest uzmysłowienie sobie specyfiki jego ustroju.

Mimo iż początek istnienia Konfederacji Szwajcarskiej datuje się na rok 1291, kiedy to trzy kantony: Schwytz, Uri i Unterwalden utworzyły związek wieczysty o celach głównie militarnych, należy mieć na uwadze, iż nawet w 1848 roku, w chwili uchwalenia federalnej konstytucji, państwo szwajcarskie było bardziej sztucznym, formalnym tworem niż zjednoczonym narodem. Utworzone z kantonów z różną historyczną przeszłością, odmienną kulturą, różnorodnością językową i religijną, państwo to nie miało jednolitej kultury politycznej[2], a obywatele poczucia przynależności i jedności.

Jak stwierdza Wolf Linder, szwajcarskie społeczeństwo zostało stworzone w powolnym procesie poprzez wprowadzenie politycznych instytucji na poziomie federalnym, które

[1] Doktorantka na WPiA UJ.

[2] W. Linder, *Political Culture* [w:] U. Kloeti, P. Knoepfel, H. Kriesi, W. Linder, Y. Papadopoulos, *Handbook of Swiss Politics,* Zurich 2004, s. 14.

miały na celu zjednoczenie obywateli. Trzeba mieć na uwadze, iż federalny ustrój Szwajcarii został stworzony w odpowiedzi na potrzebę zachowania równowagi pomiędzy koegzystowaniem protestanckiej większości ludności oraz katolickiej mniejszości. Celem było kształtowanie niezależnego narodu, którego wewnętrzne relacje cechowałby wzajemny szacunek w stosunkach pomiędzy tworzącymi go mniejszościami[3]. Ograniczono władzę na poziomie federalnym, aby zachować względną autonomię kantonów, którym miały przysługiwać odpowiednie procedury w celu zachowania językowej i religijnej odrębności oraz możliwości samodecydowania[4].

I tak do dnia dzisiejszego Szwajcarzy bardziej identyfikują się ze swoją gminą czy kantonem niż z państwem. Wspomniana autonomia gmin i kantonów jest wysoko ceniona nie tylko przez lokalne władze, ale przede wszystkim przez obywateli, którzy dzięki instytucjom referendum i inicjatywy obywatelskiej mają bezpośredni wpływ na to, jak zorganizowana będzie lokalna administracja, jakiej wysokości będą podatki. Mają także wpływ na strukturę systemu szkolnictwa[5].

Zasada domniemania kompetencji kantonów jest daleko posunięta – wyłączność władzy centralnej ograniczona jest konstytucyjnie jedynie do kilku podstawowych dziedzin, takich jak prowadzenie polityki zagranicznej, ochrona niepodległości kraju, zapewnianie usług pocztowych czy emisja pieniądza. Przepisy dotyczące ochrony socjalnej i ubezpieczeń wdrażane są na poziomie federalnym, a wykonywane na poziomie kantonalnym. Można przyjąć, iż to znaczne ograniczenie władzy federalnej związane jest z koniecznością wyrażenia zgody w referendum na wprowadzenie jakiejkolwiek zmiany w przyznawanych na poziomie federalnym kompetencjach (konieczne jest w takim wypadku uzyskanie podwójnej większości – obywateli i kantonów). To obywatele i kantony decydują, które kompetencje przekażą organom na poziomie federalnym. Naturalnie niezmienną pozostaje znana innym federalnym państwom zasada, iż prawo stanowione na poziomie federalnym jest prawem nadrzędnym nad prawem kantonalnym.

W tak ukształtowanym społeczeństwie obywatele uważają, iż neutralność, federalizm oraz demokracja bezpośrednia są trzema głównymi i zasadniczymi filarami państwa szwajcarskiego, z których najważniejszym jest demokracja bezpośrednia. Należy jednak zauważyć, że w Szwajcarii instytucje demokracji bezpośredniej nie mają jedynie wartości instrumentalnej, ale przyczyniają się także do kształtowania poczucia przynależności do państwa, mimo wielowarstwowego społeczeństwa i podziałów (różnice religijne i językowe, wcześniej wspomniana silna identyfikacja z kantonami)[6]. Co więcej, jak zauważają niektórzy autorzy, właśnie rozwinięte na szeroką skalę instytucje demokracji bezpośredniej aktywowały politycznie te grupy społeczne, które często są politycznie bierne (rolnicy,

[3] W. Linder, *Demokracja szwajcarska. Rozwiązywanie konfliktów w społeczeństwie wielokulturowym*, Rzeszów 1996, s. 17.

[4] W. Linder, *Political...*, *op. cit.*, s. 14.

[5] *Ibidem*, s. 23.

[6] Y. Papadopoulos, *Implementing (and radicalizing) art. I-47.4 of the Constitution: is the addition of some (semi-) direct democracy to the nascent consociational European federation just Swiss folklore?*, Journal of European Public Policy, Vol. 12, 3, VI 2005, s. 462 oraz T. Christin, A. H. Trechsel, *Joining the EU? Explaining Public Opinion in Switzerland*, European Union Politics, Vol. 3, 4, 2002, s. 427.

pracownicy fizyczni) i przyczyniły się do spójnego w społeczeństwie pojmowania zasad i wartości, które niesie ze sobą demokracja[7].

Szwajcaria jest przykładowym modelem państwa dążącego dzięki wprowadzonym instrumentom politycznym do likwidacji wszelkich konfliktów na tle różnic pomiędzy jej mieszkańcami. Udaje jej się także z sukcesem dążyć do zachowania niespotykanej w innych demokratycznych państwach stabilności politycznej. Przykładem tego niech będzie fakt, iż od ponad czterdziestu lat szwajcarska Rada Federalna, której skład wybierany jest przez Zgromadzenie Federalne, jest koalicją niezmiennie tych samych czterech partii. Ponadto bez sprzeciwu respektowana jest zasad, iż członkowie Rady muszą pochodzić z różnych kantonów i reprezentować różne grupy językowe. Zmiana w tym zakresie pojawiła się w listopadzie 2008 r., gdy od Szwajcarskiej Partii Ludowej (SVP/UDC)[8] odłączył się obóz bardziej umiarkowany, tworząc nową Konserwatywno-Demokratyczną Partię Szwajcarii (BDP/PBD), której przedstawiciel także wszedł do Rady Federalnej. Ta delikatna, jak na nasze standardy, zmiana wywołał jednak burzę medialną w Szwajcarii. Niemniej wprowadzenie tzw. magicznej formuły w wyborze członków Rady Federalnej przyczynia się do spadku kwestionowania w referendum fakultatywnym legislacyjnej działalności rządu i parlamentu[9].

Jak niektórzy autorzy konstatują, stabilność polityczna jest także rezultatem wprowadzonych na niespotykaną nigdzie indziej skalę instytucji demokracji bezpośredniej. Obywatele Szwajcarii przyzwyczaili się do tego, iż żadna polityczna zmiana nie może odbyć się bez ich zgody. Czy możliwe będzie więc przekonanie społeczeństwa szwajcarskiego do pełnej integracji z Unią Europejską? Byłaby to nie tyle zmiana, co prawdziwa rewolucja.

2. Demokracja bezpośrednia – czy stanowi przeszkodę dla integracji europejskiej?

Analizując relacje pomiędzy Konfederacją Szwajcarską a Unią Europejską, warto w pełni uzmysłowić sobie złożoność systemu instytucji demokracji bezpośredniej na szczeblu federalnym. Wiedza ta ma zasadnicze znaczenie dla zrozumienia, dlaczego w rozważaniach dotyczących integracji europejskiej w znacznej mierze skupić należy się na nastrojach wśród obywateli. Bez ich formalnie wyrażonej zgody nie sposób wprowadzić bowiem jakichkolwiek zmian.

Już od 1848 r., czyli od początku istnienia państwa jako federacji, istnieje obowiązek rozpisania referendum w celu zaakceptowania nowelizacji konstytucji bądź jej całkowitej zmiany. Przy czym Konstytucja Federalna z 1848 r. została przyjęta w referendum, zanim jeszcze powstał obowiązek jego rozpisywania. W wypadku zmiany konstytucji wymagane jest uzyskanie tzw. podwójnej większości – narodu i kantonów. W 1874 r. wprowadzono referendum fakultatywne jako sposób wetowania ustawodawstwa parlamentarnego[10],

[7] Cyt. za: Y. Papadopoulos, *How Does Direct Democrarcy Matter? The Impact of Referendum Votes on Politics and Policy – Making*, West European Politics, Vol. 24, 2, IV 2001, s. 54.

[8] Skrót niemiecki/skrót francuski.

[9] Y. Papadopoulos, *How Does...*, *op. cit.*, s. 40.

[10] Około 7% ustawodawstwa tworzonego na poziomie federalnym jest poddawana pod głosowanie w refe-

a w 1891 r. instytucję inicjatywy obywatelskiej w celu wprowadzania zmian w konstytucji bądź całkowitej zmiany konstytucji[11].

Referendum obligatoryjne, dla którego sukcesu konieczne jest uzyskanie podwójnej większości głosów (narodu i kantonów), jest także wymagane dla zatwierdzenia przystąpienia do organizacji zbiorowego bezpieczeństwa lub do wspólnot ponadnarodowych, natomiast referendum fakultatywne, które podlega głosowaniu jedynie przez naród, może być rozpisane na żądanie 50 000 uprawnionych do głosowania lub 8 kantonów, m.in. w sprawie umów międzynarodowych, które są bezterminowe i nie przewidują wypowiedzenia, które przewidują przystąpienie do organizacji międzynarodowych lub wprowadzają wielostronne ujednolicenie prawa.

Można stwierdzić, iż referenda i inicjatywy obywatelskie spełniają różne funkcje w Szwajcarii. Referendum fakultatywne, jak wspomniano powyżej, służy swoistemu zawetowaniu ustawy przez obywateli, gdyż odnosi się do ustawodawstwa już przyjętego przez parlament. Natomiast inicjatywa obywatelska ma na celu umożliwienie obywatelom przedstawienia własnych propozycji legislacyjnych[12].

Na uwagę zasługuje także okoliczność, iż w Szwajcarii dochodzi do silnego zróżnicowania pomiędzy instytucjami demokracji bezpośredniej a pośredniej, które to zróżnicowanie przejawia się w wyborach dokonywanych przez obywateli. Niektórzy autorzy w związku z tym uważają, że to jedynie instytucje demokracji bezpośredniej są silnym bodźcem integrującym społeczeństwo szwajcarskie, w odróżnieniu od instytucji demokracji pośredniej, w przypadku których obserwuje się słabą frekwencję, co tłumaczone jest nieprzywiązywaniem przez obywateli do tych instytucji tak znacznej wagi, jak w przypadku instytucji demokracji bezpośredniej.

Ten „izolacyjny kokon"[13] (*isolating cocoon*), jak określono instytucje demokracji bezpośredniej, uniemożliwia przełożenie się sukcesu uzyskanego w referendum przez partię popierającą dane referendum na sukces w wyborach parlamentarnych. Jako przykład tego zjawiska można podać silną przychylność dla ksenofobicznych inicjatyw obywatelskich, która nijak nie przekłada się na silne poparcie dla partii, które te inicjatywy wspierają[14]. Fenomen ten działa także w drugą stronę – nawet jeśli projekt ustawy ma silne poparcie ugrupowań w parlamencie, wiele osób obecnych na arenie politycznej, w tym nawet przedstawiciele partii politycznych, może zmienić swoje stanowisko w obliczu referendum fakultatywnego, wskutek czego konsensus uzyskany w parlamencie w trakcie procedury legislacyjnej, może nie mieć żadnego przełożenia na poparcie danej ustawy przez obywateli w referendum, jeśli do niego dojdzie[15].

rendum następczym (za: Y. Papadopoulos, *Implementing...*, *op. cit.*, s. 461).

[11] Dnia 27 września 2009 r. zostało przeprowadzone referendum, w którym 67,9% głosujących wypowiedziało się za niewprowadzaniem instytucji inicjatywy obywatelskiej w zakresie, w jakim umożliwiłaby obywatelom inicjowanie procedury legislacyjnej aktów ustawowych.

[12] Y. Papadopoulos, *How Does...*, *op. cit.*, s. 36.

[13] G. Smith, *The Functional Properties of the Referendum*, European Journal of Political Research, Vol. 4, 1, III 1976, s. 16.

[14] Y. Papadopoulos, *How Does...*, *op. cit.*, s. 40.

[15] A. H. Trechsel, P. Sciarini, *Democratie directe en Suisse: l'elite politique victim des droits populaires?*, Swiss Political Science Review, Vol. 2, 2, 1996, s. 21-32.

Instytucje demokracji bezpośredniej są więc swoistą przeszkodą w procedurze legislacyjnej, wzmagającą siły podmiotów znajdujących się poza systemem politycznym (stowarzyszeń, podmiotów gospodarczych, ruchów społecznych), a przez to wymuszających współpracę pomiędzy tymi siłami politycznymi i społecznymi.

Co więcej, według Leonharda Neidharta, konieczność prowadzenia uzgodnień i kompromisów w obliczu referendum fakultatywnego i powstanie tzw. fazy przedparlamentarnej w procedurze legislacyjnej (w której to fazie, co do zasady, wypracowywany jest kompromis dotyczący danego aktu ustawodawczego), doprowadziły do przemiany demokracji plebiscytowej w demokrację kupiecką (*bargaining democracy*)[16].

Wielu autorów wskazuje na wysoką cenę, jaką płaci Szwajcaria za tę politykę kompromisu. Jej skutkiem jest bowiem brak innowacyjności, powolność podejmowania decyzji, problemy w adaptacji do nowych zewnętrznych wyzwań, takich jak np. integracja europejska[17]. Instytucje demokracji bezpośredniej są często winione przez media i ekonomistów za uwstecznianie polityki szwajcarskiej. Równocześnie jednak opinia publiczna wyraża głębokie poparcie dla ich istnienia. Obywatele popierają reformę instytucji demokracji bezpośredniej jedynie w zakresie, jaki zagwarantowałby im jeszcze szersze uczestnictwo w życiu politycznym państwa. Co więcej, zwiększenie znaczenia polityki zagranicznej, m.in. w związku z rozszerzaniem Unii Europejskiej, wpłynęło na przekonanie społeczeństwa, iż obywatele powinni mieć zagwarantowany znacznie większy udział w uczestniczeniu w życiu politycznym.

Niemniej, elity polityczne Szwajcarii są przekonane, że demokracja bezpośrednia zagraża dostosowaniu się Szwajcarii do aktualnej sytuacji międzynarodowej i jest przeszkodą na drodze do integracji europejskiej[18]. W 2000 r. rząd starał się nawet przeprowadzić reformę, wskutek której zwiększona byłaby liczba podpisów niezbędnych dla rozpisania inicjatywy obywatelskiej czy referendum fakultatywnego. Większość parlamentarzystów sprzeciwiła się tej reformie, prawdopodobnie ze względu na świadomość, iż uzyskanie dla niej poparcia w postaci podwójnej większości (w takim przypadku wymagana jest bowiem zmiana konstytucji) nie byłoby możliwe[19].

Nie może pozostać niezauważoną okoliczność, iż aktywność Rady Federalnej w stosunkach z Unią Europejską przyczynia się sukcesywnie do wzrostu frekwencji i zainteresowania instytucjami demokracji bezpośredniej. Frekwencja w głosowaniach dotyczących polityki zagranicznej jest wyraźnie wyższa[20]. Należy nadmienić, że, jak zauważają niektórzy autorzy, co do zasady w Szwajcarii odnotowuje się spadek frekwencji. W okresie międzywojennym wynosiła ona 70-80%, następnie zaczęła spadać, aby w chwili obecnej uplasować

[16] Cyt. za: A. H. Trechsel, P. Sciarini, *Direct democracy in Switzerland: Do elites matter?,* European Journal of Political Research, Vol. 33, 1, I 1998 r., s. 102.

[17] Y. Papadopoulos, *How Does..., op. cit.,* s. 48.

[18] A. Trechsel, P. Sciarini, *Direct..., op. cit.*, s. 99-100.

[19] Y. Papadopoulos, *How Does..., op. cit.*, s. 52.

[20] A. Trechsel, P. Sciarini, *Direct..., op. cit.*, s. 99 oraz L. P. Feld, i G. Kirchgassner, *Direct democracy, political culture, and the outcome of economic policy: a report on the Swiss experience*, European Journal of Political Economy, Vol. 16, 2, VI 2000, s. 290-291.

się na poziomie jedynie 30-40%[21]. Taki stan rzeczy tłumaczyć można wzrostem liczby głosowań, nie tylko na poziomie federalnym, ale także kantonalnym i gminnym.

Zaznaczyć trzeba, że na podejmowanie decyzji przez obywateli wpływ ma wiele czynników. Nie zawsze jest tak, że uprawniony do głosowania podejmuje decyzje po dogłębnym przeanalizowaniu wszystkich za i przeciw. Często obserwuje się, iż wynik referendum wskazuje na niewystarczające zrozumienie problemu, dlatego też coraz częściej pojawiają się głosy wskazujące na konieczność ograniczenia referendów do kwestii istotnych i zasadniczych dla państwa. Skomplikowane pytania w referendach są zbyt dużym wyzwaniem dla sporej części społeczeństwa, co skutkuje m.in. tym, że albo niższe klasy społeczne nie biorą w ogóle udziału w głosowaniach[22], albo też, co widać wyraźnie na przykładzie referendów i inicjatyw dotyczących zagadnień integracji europejskiej, głosują przeciwko przedstawionym propozycjom[23]. Wysoka frekwencja w odniesieniu do głosowań związanych z polityką zagraniczną może więc wskazywać także na zwiększone obawy obywateli w stosunku do integracji europejskiej[24].

3. Neutralność – czy da się ją pogodzić z członkostwem w Unii Europejskiej?

Inną istotną cechą charakteryzującą Konfederację Szwajcarską jest oficjalne utrzymywanie od drugiej połowy XVII wieku statusu państwa neutralnego[25]. Od 1848 r. Szwajcaria zachowywała wstrzemięźliwość w sposobie prowadzenia polityki zagranicznej. Był to skuteczny sposób na uniknięcie konfliktu, szczególnie zbrojnego. W czasie I i II wojny światowej i następnie, w czasie zimnej wojny, podstawowym hasłem, które rządziło działaniami rządu w relacjach z innymi krajami było hasło *armed neutrality* (uzbrojona neutralność), a tym samym kładziono nacisk na utrzymywanie silnej armii i pozostawanie neutralnym w sporach międzynarodowych[26]. Ponieważ tak prowadzona polityka była skuteczna, Szwajcaria wahała się przed przystąpieniem nawet do takich organizacji międzynarodowych, których program i idee były zgodne z polityczną, ekonomiczną i społeczną linią przyjętą przez Szwajcarię[27].

Nie sposób jednak nie zauważyć, iż zmiany zachodzące w Europie, jak zacieranie się powojennych różnic między Europą Wschodnią a Zachodnią, globalizacja w sferze politycznej i ekonomicznej, a co za tym idzie – integracja europejska, sprawiają, że Szwajcaria nie może poprzestać, jak niektórzy uważają, na zachowaniu statusu państwa neutralnego w dotychczasowym rozumieniu tego słowa[28]. Nawet Rada Federalna w raporcie na temat polityki

[21] Z. Czeszejko-Sochacki, *System konstytucyjny Szwajcarii*, Warszawa 2002, s. 18.
[22] W. Linder, *Political...*, *op. cit.*, s. 450.
[23] Y. Papadopoulos, *Implementing...*, *op. cit.*, s. 450.
[24] D. Popławski, *Szwajcarska polityka bezpieczeństwa*, Warszawa 2007, s. 207.
[25] Szwajcaria ogłosiła deklarację neutralności w 1674 r., a po raz pierwszy została uznana za państwo neutralne w 1713 r. w Traktacie Utrechckim, zawartym z Francją, Hiszpanią i Anglią.
[26] T. Bernauer, S. Walter, *Switzerland in a Global Context* [w:] U. Kloeti, P. Konoepfeld, H. Kriesi, W. Linder, Y. Papadopoulos, P. Sciarini, *Handbook of Swiss Politics*, Zurich 2007, s. 67.
[27] Szwajcaria początkowo przystąpiła jedynie do instytucji utworzonych wskutek Konferencji w Bretton Woods, do Rady Europy oraz GATT.
[28] W. Linder, I. Steffen, *Political Culture* [w:] U. Kloeti, P. Knoepfeld, H. Kriesi, W. Linder, Y. Papadopoulos,

zagranicznej już w 1993 r. zauważyła, iż silna pozycja Szwajcarii na arenie międzynarodowej może nie być możliwa do utrzymania przy braku udziału Szwajcarii w procesie podejmowania decyzji na międzynarodowych forach, takich jak Wspólnot Europejskich czy Organizacji Narodów Zjednoczonych. Już wtedy rząd podkreślił, że interesy szwajcarskie będą skuteczniej bronione przy udziale w tych organizacjach niż przy ewentualnym dostosowaniu się do decyzji podjętych przez inne państwa czy organizacje międzynarodowe[29].

Niemniej to decyzja obywateli i postrzeganie przez nich neutralności ma decydujące znaczenie. Decyzje o przystępowaniu do organizacji międzynarodowych, z czym może teoretycznie wiązać się ograniczenie bądź zmiana w postrzeganiu neutralności Szwajcarii, wymagają zatwierdzenia w referendum obligatoryjnym, w którym dla przeforsowania danej kwestii wymagane jest uzyskanie podwójnej większości – obywateli i kantonów. Ten sposób głosowania daje małym, wiejskim kantonom, które zazwyczaj są bardziej konserwatywne niż kantony uprzemysłowione, gdzie znajdują się duże miasta, znaczący, nieproporcjonalny do liczby mieszkańców wpływ na wynik referendum[30]. Decydujące zmiany zarówno w zakresie polityki zagranicznej, jak i polityki bezpieczeństwa kraju muszą być więc popierane przez zdecydowaną większość uprawnionych do głosowania. Tym samym zmiany w tym zakresie trudno jest osiągnąć.

Zastanawiając się nad tym, jaki wpływ na decyzje podejmowane przez obywateli ma ich rozumienie pojęcia „neutralność", trzeba zwrócić uwagę na ankiety przeprowadzone wśród uprawnionych do głosowania. Z sondaży wynika, iż idea neutralności, jej percepcja, ulega swoistej przemianie. Jednak zmiana ta, jak się wydaje, podąża w kierunku, który jeszcze intensywniej może zablokować akcesję Szwajcarii. Okazuje się bowiem, iż obecnie neutralność Szwajcarii stała się nie tylko środkiem mającym przyczynić się do unikania konfliktów, jak było początkowo, ale jest już częścią szwajcarskiej tożsamości państwowej. W latach 1995-2005 ponad 70% respondentów twierdziło, iż neutralność jest bezwzględnie związana ze szwajcarską państwowością[31]. Zauważa się natomiast, że ci z respondentów, którzy przywiązują większą wagę do neutralności jako czynnika kształtującego państwo szwajcarskie, mają jednocześnie silniejsze opory przed otwartością Szwajcarii w sferze polityki zagranicznej niż ci, którzy deklarują gotowość do porzucenia idei neutralności[32]. Obecnie odnotowuje się wzrost przywiązania obywateli do tej wartości. W 2009 r. 93% respondentów deklarowało poparcie dla utrzymania neutralności, przy czym 63% uważa, że Szwajcaria powinna prowadzić otwartą politykę zagraniczną, jednak bez zajmowania stanowiska w kwestiach militarnych. Całkowite porzucenie idei neutralności popiera jedynie 7% respondentów, natomiast 21% jest w stanie zaakceptować zmianę w rozumieniu idei neutralności poprzez dopuszczenie ingerencji Szwajcarii w sferze militarnej, na arenie międzynarodowej[33].

P. Sciarini, *Handbook of Swiss Politics*, Zurich 2007, s. 31.

29 T. Bernauer, S. Walter, *Switzerland...*, *op. cit.*, s. 68.

30 Na przykład w referendum w sprawie przystąpienia do EOG odrzucono ten pomysł zdecydowaną większością głosów kantonów, a jedynie niewielką większością głosów obywateli.

31 Cyt. za: T. Bernauer, S. Walter, *Switzerland...*, *op. cit.*, s. 70.

32 *Ibidem.*

33 T. Szvircsev Tresch, A. Wenger, S. Würmli, M. Pletscher, U.Wenger, *SÉCURITÉ 2009. Les tendances de l'opinion suisse en matière de politique extérieure, de politique de sécurité et de politique de defense*, Zurich ETH 2009, s. 11–12.

Według cytowanego sondażu poparcie dla przystąpienia do Unii Europejskiej deklaruje jedynie 31% osób (o 4% procent więcej w porównaniu z 2008 r.), przy czym poparcie dla współpracy z Unią w sferze ekonomicznej deklaruje 75% respondentów (tu także wzrost o 4%), a w sferze politycznej – 50% (wzrost o 3%).

Czy neutralność stoi więc na przeszkodzie przystąpienia Szwajcarii do Unii Europejskiej? Sami respondenci widzą ten związek (35% badanych), jednak większość uważa, iż nie wpływa ona na działania Szwajcarii na arenie międzynarodowej. Śledząc przedstawione wyniki, nie da się jednak uniknąć wrażenia, iż przywiązanie do neutralności wpływa na ocenę przystąpienia do UE. Szwajcarzy są zwolennikami integracji w sferze ekonomicznej, ale akcesja jako taka nie jest opcją, która realnie może być obecnie brana pod uwagę.

Jak sugerują niektórzy autorzy, aby przekonać Szwajcarów do większej otwartości na Unię, warto byłoby dokładnie przeanalizować wpływ akcesji na zasadę neutralności – w jakim stopniu i w jaki sposób musiałaby ona być porzucona[34]. Podobnie jednak należałoby przeanalizować dodatkowe korzyści w sferze ekonomicznej, która pozostaje niezwykle istotna dla głosujących.

4. Referenda w drodze do integracji z Unią Europejską

Aby w pełni zilustrować wpływ korzystania z instrumentów demokracji bezpośredniej na relacje pomiędzy Szwajcarią i Unią Europejską, należy prześledzić przebieg i wyniki referendów i inicjatyw powszechnych, jakie odbyły się w związku z integracją europejską. Warto pod uwagę wziąć zagadnienia dotyczące frekwencji, która co do zasadny jest szczególnie wysoka, gdy głosowania dotyczą spraw związanych z szeroko pojętą polityką zagraniczną, aktywnych uczestników kampanii poprzedzających referenda oraz poziom poinformowania uczestników głosowań o przedmiocie referendum czy inicjatywy powszechnej[35].

Analizując poszczególne głosowania, skupiono się na tych, które odbyły się w przeciągu ostatnich dwudziestu lat i były związane bezpośrednio z wąsko rozumianą integracją europejską (Tab. 1). Dopiero początek lat dziewięćdziesiątych przyniósł zwiększoną aktywność Szwajcarii w relacjach europejskich. Okres wcześniejszy cechował się w przeważającej mierze stagnacją i niepowodzeniami w podjętych negocjacjach[36].

---

[34] T. Christin, A.H. Trechsel, *Joining the EU? Explaining Public Opinion in Switzerland*, European Union Politics, Vol. 3, 4, 2002, s. 432.

[35] Dane pochodzą z badań statystycznych VOX prowadzonych przez Universität Bern, Institut für Politikwissenschaft, Universität Wirtschafts- und sozialwissenschaftliche Fakultät, Abteilung für Politikwissenschaft Genf oraz Universität Zürich, Institut für Politikwissenschaft, Abteilung Innenpolitik/Vergleichende Politik. Badania te obejmują głosowania powszechne przeprowadzane na szczeblu federalnym od 1977 r. i przedstawiają przedmiot poddawany pod głosowanie, wynik, frekwencję oraz krótkie tło głosowania powszechnego. Opracowania są publikowane przez wydawnictwa Uniwersytetów biorących udział w badaniach, a częściowo są dostępne także na stronie internetowej: http://www.polittrends.ch/vox-analysen/vox-analysen.php, 26.08.2010 r.

[36] A. H. Trechsel, *Direct Democracy and European integration: a limited obstacle?* [w:] Clive H. Church, *Switzerland and the European Union, A close, contradictory and misunderstood relationship*, London and New York, s. 38.
Jedynym znaczącym referendum w tym czasie było obowiązkowe referendum przeprowadzone dnia 3 grudnia 1972 roku, w którym 72,5% obywateli opowiedziało się za przystąpieniem do umowy dwustronnej

Tabela 1.

Data	Instytucja	Temat	Frekwencja	Procent głosów na tak	Liczba kantonów na tak
6.12.1992	Referendum obligatoryjne	Przystąpienie do EOG	78,8%	49,7%	8
8.06.1997	Inicjatywa powszechna	Żądanie poddania pod głosowanie kwestii rozpoczęcia negocjacji w sprawie pełnej integracji europejskiej	35,4%	25,9%	0
21.05.2000	Referendum fakultatywne	Umowy bilateralne I	48,3%	67,2%	2
4.03.2001	Inicjatywa powszechna	Żądanie natychmiastowego podjęcia negocjacji w sprawie pełnej integracji europejskiej	55,8%	23,2%	0
5.06.2005	Referendum fakultatywne	Przystąpienie do traktatu Schengen/Dublin (umowy bilateralne II)	56%	54,6%	14
25.09.2005	Referendum fakultatywne	Objęcie umowami bilateralnymi I nowych krajów członkowskich	53,8%	56%	7
8.02.2009	Referendum fakultatywne	Potwierdzenie swobody przepływu osób w stosunku do dotychczasowych krajów Unii i jej rozszerzenia na Rumunię i Bułgarię	50,9%	59,6%	22

Obserwując przebieg głosowań, można stwierdzić, że obywatele szwajcarscy biorący w nich udział dążą do podtrzymania związków z Unią Europejską, traktując ją jako swoistego partnera na arenie międzynarodowej. Nie dążą natomiast do stania się jej częścią.

o wolnym handlu pomiędzy Europejską Wspólnotą Gospodarczą a Szwajcarią, jako państwem należącym do Europejskiego Stowarzyszenia Wolnego Handlu.

Z jednej strony można obecnie zaobserwować nader aktywne dążenie zwolenników pełnej integracji do przystąpienia do Unii. Widzą oni bowiem przede wszystkim zalety polegające na większej możliwości współtworzenia polityki unijnej, uzyskaniu reprezentacji kantonów w Komitecie Regionów, zdobyciu wpływu na kształt i rozmiary Unii[37]. Z drugiej strony przeciwnicy pełnej integracji obawiają się, wraz z przystępowaniem nowych państw do Unii, utraty neutralności, do której wciąż duża grupa Szwajcarów przywiązuje wagę i wyraża chęć jej pełnego utrzymania[38]. Ponadto występuje obawa o napływ ludności z krajów Unii, co może spowodować wzrost bezrobocia, choć wobec faktu objęcia Szwajcarii swobodą przepływu ludności, lęk ten jest nieuzasadniony. Mimo to m.in. w ostatnim referendum przeprowadzonym w lutym 2009 r. lęk przed wzrostem bezrobocia, imigrantami i wzrostem przestępczości były zasadniczymi obawami motywującymi głosujących do oddania głosu na nie w odniesieniu do potwierdzenia swobody przepływu osób i objęcia nią nowych krajów unijnych.

Obserwatorzy tych zmian w stosunku do integracji europejskiej wskazują, że dyskusja na tematy europejskie prowadzona od lat 90. doprowadziła do wykształcenia się dwóch obozów – konserwatywnego, dążącego do zachowania tego modelu polityki szwajcarskiej, który został stworzony w okresie 1945-1989 r., a kładącego nacisk na tradycyjnie postrzeganą neutralność (*armed neutrality*), integrację gospodarczą i izolację w stosunkach zagranicznych, oraz obozu liberalnego w stosunku do integracji europejskiej, gdzie dopuszcza się możliwość oddania części niezależności w zamian za możliwość aktywnego uczestniczenia w polityce rozgrywającej się na ponadnarodowej arenie[39]. Należy zaznaczyć, iż zwolennicy integracji europejskiej uważają, że neutralność Szwajcarii oraz rozwinięty system instytucji demokracji bezpośredniej nie ucierpią na przystąpieniu do Unii Europejskiej.

Analiza wyników głosowań przedstawionych powyżej potwierdza fakt, iż przede wszystkim frekwencja utrzymuje się na wysokim, jak na obecne standardy, poziomie i oscyluje wokół 50%. Wielu autorów tłumaczy to zjawisko zwiększeniem obaw obywateli przed integracją i otwartością w sferze polityki zagranicznej.

Referendum przeprowadzone w 1992 r. szczyciło się rekordową wręcz frekwencją, gdyż do urn poszło 78,8% uprawnionych do głosowania. Poprzedziła je jednak jedna z najbardziej intensywnych kampanii wśród przeprowadzonych w Szwajcarii, wiążąca się także z dyskusją, czy referendum obligatoryjne jest w tej sytuacji zasadne[40]. W jej wyniku szczególnie konserwatywne kantony, gdzie dużą wagę przywiązuje się do tradycji, zmobilizowały siły i oddały głos negatywny. W tym przypadku wpływ na wynik negatywny mogło mieć także ambiwalentne zachowanie rządu, który nie wyraził poparcia dla referendum w sposób jednoznaczny. Szwajcarska Partia Ludowa (SVP/UDC), wchodząca w skład rządu, zdecydowanie nawoływała do odrzucenia projektu.

Niemniej na wyniki głosowań wpływ mają także inne kwestie. Na przestrzeni lat zauważyć można, że akceptacja dla integracji europejskiej wzrasta wraz ze wzrostem wskaźnika

[37] L. Goetschel, *Foreign Policy* [w:] U. Kloeti, P. Knoepfeld, H. Kriesi, W. Linder, Y. Papadopoulos, P. Sciarini, *Handbook of Swiss Politics*, Zurich 2007, s. 587.

[38] *Ibidem*, s. 573-574.

[39] W. Linder, I. Steffen, *Political...*, *op. cit.*, s. 31-32.

[40] A.H. Trechsel, P. Sciarini, *Direct...*, *op. cit.*, s. 41-42.

wykształcenia głosujących oraz ich zamożności. Jednak w tym zakresie rozpiętość pomiędzy głosującymi mieszkającymi na wsi a tymi w większych miastach ulega stopniowemu zmniejszeniu, szczególnie w kantonach niemieckojęzycznych, przy czym nadal występuje. Podobnie zmniejsza się rozpiętość pomiędzy bardziej przychylnymi Unii kantonami francuskojęzycznymi a niemieckojęzycznymi, które co do zasady popierają integrację w formie umów bilateralnych, kładących nacisk na integrację w sferze gospodarczej.

Szczególnie istotna dla oceny wpływu instytucji demokracji bezpośredniej na proces integracyjny z Unią Europejską oraz dla postrzegania przez społeczeństwo idei neutralności jest aktywność partii politycznych.

Ludowcy prowadzą swego rodzaju ideologiczną wojnę z pozostałymi ugrupowaniami wchodzącymi w skład rządu. Ta polemika była już wyraźnie obserwowalna podczas referendum obligatoryjnego w 1992 r. Argumenty SVP/UDC początkowo koncentrowały się wokół kwestii dotyczących neutralności i utraty niepodległości, w chwili obecnej poszerzone są także o wspomniane wyżej niepokojące widmo napływu imigrantów, wzrost bezrobocia i przestępczości. Należy przy tym podkreślić, iż Szwajcarska Partia Ludowa cieszy się popularnością właśnie szczególnie w rolniczych, słabo uprzemysłowionych kantonach, a ponadto często wykazuje tendencje do sprzeciwiania się wypracowanemu stanowisku rządowemu – nawołuje do głosowania w sposób z nim sprzeczny w referendach, a także częściej niż inne partie inicjuje i popiera głosowania przeprowadzane w wyniku inicjatyw obywatelskich[41]. Tendencja ta utrzymuje się, o czym świadczy fakt zainicjowania przez młodzieżówkę SVP/UDC ostatniego głosowania w lutym 2009 r., a następnie przeprowadzenie przez Ludowców silnej kampanii mającej wzbudzić strach przed Unią Europejską.

Konsekwentne stanowisko tej partii ma duże znaczenie dla stosunków europejskich – należy bowiem zaznaczyć, że już od początku okresu powojennego obserwuje się, że jednoznaczne stanowisko partii wchodzących w skład Rady Federalnej ma bardzo duże znaczenie dla wyniku głosowań. Sondaże wskazują, że głosujący kierują się broszurami rządowymi, w których Rada Federalna przedstawia swoje stanowisko przed każdym z głosowań[42]. Ponadto ok. 80% popierających projekty dotyczące integracji europejskiej ma duże zaufanie do rządu, dlatego też w przypadku jedności partii rządzących istniałaby szansa na przekonanie narodu szwajcarskiego do pełnej integracji.

5. Powolna integracja

Podsumowując, należy stwierdzić, że instytucje demokracji bezpośredniej i silne przywiązanie do Szwajcarii jako kraju tradycyjnie neutralnego mają wpływ na politykę prowadzoną przez władze w zakresie polityki zagranicznej, w tym integracji europejskiej. Poparcie

[41] Y. Papadopoulos, *How Does...*, *op. cit.*, s. 49-50.

[42] 59% głosujących stwierdza, że z takich broszur korzysta, szukając informacji dotyczących przedmiotu głosowania, przy czym informacja tam zawarta wywiera najsilniejszy wpływ na wybór obywateli spośród innych środków przekazu, takich jak media, Internet. Cyt. za: A.H. Trechsel, P. Sciarini, *Direct...*, *op. cit.*, s. 111-112 oraz Kriesi, Hanspeter, *Direkte Demokratie in der Schweiz*, Aus Politik und Zeitgeschichte B, Vol. 23, 1994, s. 44-54.

dla umów bilateralnych i ekonomicznego współdziałania pomiędzy Unią a Szwajcarią w żadnym razie nie oznacza poparcia dla członkostwa w Unii Europejskiej.

Ze zjawiskiem aktywności narodu szwajcarskiego w zakresie polityki zagranicznej może wiązać się konkluzja, że obywatele szwajcarscy czują się odpowiedzialni za swoją społeczność, a więc dążą do tego, aby być dobrze poinformowanymi i zorientowanymi w polityce zagranicznej. Chcą tego, aby ich głos był decydujący. Ich świadomość polityczna i społeczna jest wyższa niż w krajach demokracji pośredniej także dlatego, że dyskusja w Szwajcarii toczy się na poziomie społeczeństwa, a nie tylko na poziomie rządu i parlamentu w ramach procedur legislacyjnych[43].

Czy więc główne zasady cechujące ustrój Konfederacji Szwajcarskiej staną na przeszkodzie pełnej integracji z Unią Europejską? Jedno jest pewne – integracja na linii Unia Europejska-Szwajcaria przebiega w sposób niezwykle powolny i wyważony, ale prowadzi także do zwiększonej świadomości obywateli w zakresie ich tożsamości narodowej.

[43] L.P. Feld, G. Kirchgassner, *Direct Democracy...*, *op. cit.*, s. 289.

Bartłomiej Król[1]

Status cywilnoprawny służebności przesyłu przed i po nowelizacji Kodeksu cywilnego wprowadzającej przepisy o służebności przesyłu (art. 305^1-305^4 k.c.)

1. Wstęp

Problem możliwości ustanawiania ograniczonego prawa rzeczowego nazywanego służebnością przesyłu był dyskutowany od dawna. Przy rozważaniach dotyczących służebności przesyłu należy od razu rozgraniczyć dwa odrębne stany faktyczne, które określane są mianem służebności przesyłu.

Jednym z nich jest ustanowienie ograniczonego prawa rzeczowego na rzecz nieruchomości należącej do osoby fizycznej lub osoby prawnej, która nie prowadzi działalności gospodarczej mającej na celu dostarczanie dóbr przyrody. Prawo takie jest ustanawiane w przypadku, gdy nieruchomość gruntowa nie ma bezpośredniego dostępu do sieci przesyłowej. W takim przypadku zachodzi konieczność doprowadzenia urządzeń przesyłowych przez nieruchomości sąsiednie i w tym celu ustanawiane jest ograniczone prawo rzeczowe na sąsiednich nieruchomościach, nazywane służebnością przesyłu. Beneficjentem takiej służebności jest nieruchomość, która uzyskała dostęp do sieci przesyłowej, natomiast nieruchomościami obciążonymi są nieruchomości, przez które została przeprowadzona linia przesyłowa, lub na której zostały posadowione urządzenia przesyłowe. W związku z tym, że prawodawca nie zawarł w obowiązujących aktach prawnych przepisu będącego podstawą ustanawiania takiej służebności, doktryna i judykatura wypracowały stosowanie do takich przypadków przepisów o służebności drogi koniecznej przez analogię (art. 33 Prawa

[1] Doktorant na WPiA UJ.

rzeczowego oraz art. 145 k.c.)[2]. Dla uproszczenia powyższy rodzaj służebności będzie w dalszych rozważaniach nazywany służebnością ustanawianą na rzecz osób innych niż przedsiębiorcy przesyłowi.

Drugim stanem, w którym mamy do czynienia z instytucją nazywaną służebnością przesyłu, jest przypadek ustanawiania ograniczonego prawa rzeczowego na rzecz osób prawnych, których głównym przedmiotem działalności jest dostarczanie dóbr przyrody (przedsiębiorców przesyłowych). Ten rodzaj służebności ma umożliwiać przedsiębiorcy przesyłowemu legalny dostęp do nieruchomości będących własnością innych osób, stawianie na nich urządzeń przesyłowych oraz wstęp na teren nieruchomości w celu konserwacji, naprawy i korzystania z posadowionych tam urządzeń. Zapewnienie możliwości ustanawiania tego rodzaju służebności ma bardzo duże znaczenie praktyczne, gdyż w przeciwnym wypadku rozwój sieci doprowadzających dobra przyrody byłby w znacznym stopniu utrudniony. Prawodawca od dawna starał się regulować tę kwestię. Pierwszą powojenną regulacją umożliwiającą ustanawianie tego rodzaju służebności był przepis art. 175 Prawa rzeczowego[3], który umożliwiał ustanawianie służebności na rzecz każdoczesnego właściciela oznaczonego przedsiębiorstwa, i do którego stosowano odpowiednio przepisy o służebnościach gruntowych. W obecnie obowiązującym stanie prawnym możliwość ustanawiania tego rodzaju ograniczenia daje art. 124 Ustawy o gospodarce nieruchomościami[4], który przyznaje staroście prawo do ograniczenia na rzecz przedsiębiorcy sposobu korzystania z nieruchomości przez udzielenie zezwolenia na zakładanie i przeprowadzanie na nieruchomości urządzeń przesyłowych. Również nowo wprowadzone do Kodeksu cywilnego przepisy dotyczące służebności przesyłu (art. 305^1-305^4 k.c.) odnoszą się do przypadku ustanawiania takiej służebności na rzecz przedsiębiorców przesyłowych.

Zarówno do sytuacji, w których służebność przesyłu jest ustanawiana na rzecz przedsiębiorców przesyłowych, jak również, gdy służebność przesyłu ustanawiana jest na rzecz osób innych niż przedsiębiorcy przesyłowi podejmowano próby konstruowania analogii z art. 285 k.c., który odnosi się do służebności gruntowych.

W celu zapewnienia dostępu do sieci przesyłowej stosowano również, oprócz konstrukcji służebności przesyłu, przepisy o najmie, dzierżawie, a przede wszystkim przepisy art. 124 Ustawy o gospodarce nieruchomościami, które pozwalają na administracyjnoprawne ograniczenie prawa własności w przypadku rozbudowywania sieci przesyłowej. Mimo stosowania powyższych przepisów praktyka obrotu gospodarczego wypracowała konstrukcję służebności przesyłu jako najbardziej optymalnego sposobu regulowania stosunków prawnych pomiędzy przedsiębiorcami przesyłowymi a podmiotami korzystającymi z sieci przesyłowych.

---

[2] Orzeczenie SN z dnia 31 grudnia 1962 r., II CR 1006/62; uchwała SN z dnia 3 czerwca 1965 r., III CO 34/65; uchwała SN z dnia 30 sierpnia 1991 r., III CZP 73/91.

[3] Zob. Dekret z dnia 11 października 1946 r. – Prawo rzeczowe, Dz.U. Nr 57, poz. 319 ze zm.

[4] Zob. Ustawa z dnia 21 sierpnia 1997 r. o gospodarce nieruchomościami, Dz.U. z 2004, Nr 261, poz. 2603 ze zm.

2. Możliwość ustanawiania służebności przesyłu przed wprowadzeniem do Kodeksu cywilnego przepisów o służebności przesyłu (art. 305^1–305^4 k.c.)

2.1. Możliwość ustanawiania służebności przesyłu na rzecz osób innych niż przedsiębiorcy przesyłowi

Możliwość ustanawiania służebności przesyłu na rzecz osób innych niż przedsiębiorcy przesyłowi nie została przewidziana w przepisach prawnych wprowadzanych po II wojnie światowej. Z czasem potrzeby właścicieli nieruchomości wymusiły na sądach zajęcie się tym problemem.

Już w orzeczeniu z dnia 31 grudnia 1962 r., II CR 1006/62[5] Sąd Najwyższy stwierdził, że w prawie rzeczowym brak jest przepisu uprawniającego do ustanowienia służebności gruntowej polegającej na dopuszczeniu ustawienia na nieruchomości urządzeń koniecznych dla przeprowadzenia linii elektrycznej. Podstawy prawnej ustanowienia takiej służebności nie stanowił również, według sądu, art. 33 Prawa rzeczowego zezwalający na ustanowienie służebności drogi koniecznej. Jednak równocześnie Sąd Najwyższy stwierdził, że społeczno-gospodarcze względy, które legły u podstaw dyspozycji tego przepisu, a które uzasadniają też potrzebę korzystania z energii elektrycznej, usprawiedliwiają ocenę, że w drodze analogii do powyższego przepisu należy uznać za dopuszczalne ustanowienie przez sąd odpowiedniej służebności gruntowej umożliwiającej doprowadzenie linii elektrycznej do nieruchomości, która nie jest przyłączona do sieci elektrycznej. Stanowisko Sądu Najwyższego wywołało kontrowersje w piśmiennictwie dotyczące przede wszystkim uzasadnienia, przy jednoczesnej aprobacie co do samego rozstrzygnięcia. Zarzucano sądowi, że wydał wyrok w oparciu o „poczucie prawne" i posłużył się społeczno-gospodarczymi względami jako argumentem do wyprowadzenia *analogii legis*, bez dogłębnej analizy istnienia przesłanek zastosowania analogii[6]. Powoływanymi zarzutami wobec stanowiska sądu było również zastosowanie przez sąd analogii do przepisu, który ma charakter wyjątkowy oraz brak oceny istnienia podobieństwa stanów faktycznych uzasadniających zastosowanie analogii[7]. Z drugiej strony pojawiły się jednak głosy akceptujące zastosowane przez sąd rozwiązanie i dopuszczające stosowanie przez analogię art. 33 Prawa rzeczowego (odpowiednika dzisiejszego art. 145 k.c.)[8]. Jednocześnie poszukiwano możliwości uzasadnienia rozstrzygnięcia sądu w zastosowaniu art. 3 ówczesnych przepisów ogólnych prawa cywilnego[9]. Mimo rozbieżności, jeśli chodzi o uzasadnienie orzeczenia, zgadzano się co do zasady z wynikiem rozstrzygnięcia.

Powyższe stanowisko Sądu Najwyższego zostało potwierdzone w późniejszych orzeczeniach. W uchwale z dnia 3 czerwca 1965 r., III CO 34/65[10] Sąd Najwyższy dopuścił możliwość

---

5 OSPiKA 1964, nr 5, poz. 91.

6 Zob. S. Grzybowski, *Glosa I do wyroku SN z dnia 31 grudnia 1962 r.*, OSPiKA 1964, nr 5, s. 201.

7 *Ibidem*.

8 Zob. A. Szpunar, *Glosa II do orzeczenia SN z dnia 31 grudnia 1962 r.*, OSPiKA 1964, nr 5, s. 206.

9 Art. 3. Nie można czynić ze swego prawa użytku, który by naruszał zasady współżycia społecznego w Państwie Ludowym.

10 OSNCP 1966, nr 7–8, poz. 109.

ustanowienia przez sąd służebności gruntowej obciążającej nieruchomość mającą bezpośrednią łączność z siecią wodociągową i polegającej na doprowadzeniu od tej sieci przewodów wodociągowych do nieruchomości, która nie jest do sieci przyłączona i nie ma z nią bezpośredniej łączności. Sąd wydawał tę uchwałę już w nowym stanie prawnym, po wejściu w życie ustawy z dnia 23 kwietnia 1964 r. – Kodeks cywilny[11] (weszła w życie 1 stycznia 1965 r.), w którym art. 33 Prawa rzeczowego został zastąpiony przez art. 145 k.c. Sąd zauważył, że ani art. 145 k.c., ani żaden inny przepis Kodeksu cywilnego nie przewiduje *expressis verbis* ustanowienia służebności gruntowej polegającej na obciążeniu nieruchomości sąsiedniej przez przeprowadzenie przewodów wodociągowych, elektrycznych lub innych. Powołał się jednak na wyżej wymieniony przepis jako podstawę ustanowienia odpowiedniej służebności gruntowej, wskazując na przesłanki społeczno-gospodarcze oraz cel art. 145 k.c., który służy możliwości ustanawiania służebności gruntowej ze względu na fakt sąsiedztwa nieruchomości, z których jedna pozbawiona jest dostępu do jakiegoś dobra.

Również w nowszym orzecznictwie[12] Sąd Najwyższy potwierdził możliwość stosowania przepisów o służebności drogi koniecznej (art. 145 k.c.) do linii energetycznej, powołując się na potrzeby społeczno-gospodarcze. W uchwale z dnia 30 sierpnia 1991 r., III CZP 73/91 sąd uznał za ugruntowane w orzecznictwie i doktrynie stanowisko, zgodnie z którym dopuszczalne jest, w drodze analogii do art. 145 k.c., ustanowienie służebności umożliwiającej przeprowadzenie przez cudzą nieruchomość przewodów elektrycznych. Nowością natomiast było uznanie, że zastosowanie analogii z art. 145 k.c. jest dopuszczalne również w sytuacji, gdy nieruchomość odizolowana od linii elektrycznej nie jest zabudowana i nie ma żadnych potrzeb energetycznych. Sąd zwrócił uwagę na brzmienie przepisu art. 145 § 2 k.c., który mówi, że „przeprowadzenie drogi koniecznej nastąpi z uwzględnieniem potrzeb nieruchomości nie mającej dostępu do drogi publicznej". Ponadto § 3 tego artykułu stwierdza, że przy ustanawianiu służebności drogi koniecznej należy uwzględniać interes społeczno-gospodarczy, który jest mierzony między innymi potrzebą ustanowienia służebności. Sąd stwierdził jednak, że w obecnym okresie rozwoju cywilizacyjnego należy realistycznie podejść do kwestii interpretacji tych przepisów i perspektywicznie oceniać potrzeby dostępu nieruchomości do linii energetycznych, który jest nie mniej ważny od dostępu do drogi publicznej. Sąd zauważył również, że wzniesienie na nieruchomości zabudowań jest często uwarunkowane dostawą energii elektrycznej. Z tego powodu stwierdził, że potrzeby społeczno-gospodarcze niezabudowanej nieruchomości uzasadniają możliwość zastosowania analogii z art. 145 k.c. do doprowadzenia linii energetycznej do niezabudowanej nieruchomości.

Jak wynika z powyższych orzeczeń, Sąd Najwyższy stanął na stanowisku, że przepisy o służebności drogi koniecznej, czy to art. 33 Prawa rzeczowego, czy art. 145 k.c., nie stanowią podstawy ustanowienia służebności przesyłu. Jednak Sąd Najwyższy nie ograniczył się do analizy możliwości zastosowania tych przepisów wprost, lecz stwierdził, że istnieje możliwość zastosowania analogii z powyższych przepisów. Podstawowym problemem, jaki wyłania się z rozważań Sądu Najwyższego, jest zatem możliwość stosowania analogii

[11] Dz.U. 1964, nr 16, poz. 94.
[12] Zob. uchwała SN z dnia 30 sierpnia 1991 r., III CZP 73/91, OSN 1992, nr 4, poz. 53.

do stanów prawnych będących przedmiotem powyższych orzeczeń i w związku z tym kwestia ta wymaga nieco więcej uwagi.

Analogia z ustawy, z którą mamy do czynienia w naszych rozważaniach, jest powszechnie dopuszczalna na gruncie prawa cywilnego[13]. Można ją stosować wówczas, gdy reguły wykładni nie wskazują jednoznacznie na to, że określony przepis dotyczy wyłącznie stanu w nim wyznaczonego (*argumentum a contrario*), a jednocześnie wykładnia funkcjonalna pozwala przyjąć, że ustanowiona w przepisie prawnym regulacja odnosi się również do okoliczności podobnych w istotny sposób do tej, jaka została w nim opisana[14]. Aby móc ocenić powyższe orzeczenia, musimy zatem przeanalizować przesłanki zastosowania analogii i porównać je z przedstawionymi stanami faktycznymi.

We wnioskowaniu z analogii w literaturze i orzecznictwie, oprócz konieczności istnienia przepisu stanowiącego podstawę analogii, wyróżnia się trzy etapy[15]:

1. ustalenie, że określony fakt nie został unormowany przez przepisy prawne;
2. ustalenie, czy istnieje przepis prawny regulujący sytuację pod wieloma istotnymi względami podobną do nienormowanego faktu;
3. powiązanie faktu prawnego nienormowanego z podobnymi czy takimi samymi konsekwencjami prawnymi jak w fakcie bezpośrednio uregulowanym przepisami prawnymi.

Zgodnie z przeważającym poglądem luka w prawie, nazywana również luką techniczną lub konstrukcyjną, powstaje wówczas, gdy w obowiązujących przepisach prawnych brak jest uregulowania stosunku społecznego pozostającego w sferze zainteresowania prawa. Znaczące podobieństwo sytuacji decydujących o zastosowaniu analogii powinno wynikać zarówno z fizycznego podobieństwa sytuacji, jak również z podobieństwa celów regulacji, zgodnie z rzymską paremią: *ubi eadem legis ratio, ibi eadem legis dispositio*. Konsekwencją zastosowania analogii jest odpowiednie stosowanie przepisu prawnego będącego podstawą analogii. Odpowiednie stosowanie przepisu polega na uwzględnieniu ewentualnie powstających różnic między instytucją, do której należy przepis będący podstawą analogii, a stanem faktycznym, z którym mamy do czynienia i w razie konieczności na dokonaniu odpowiednich modyfikacji przepisu stanowiącego podstawę analogii[16].

Przy ustanawianiu służebności przesyłu na rzecz osób innych niż przedsiębiorcy przesyłowi w drodze analogii z przepisów o służebności drogi koniecznej należy zauważyć, że przesłanka istnienia luki prawnej jest niewątpliwie spełniona. Nie ma bowiem możliwości skonstruowania instytucji prawnej, która umożliwiłaby osobie niebędącej przedsiębiorcą przesyłowym, która jest właścicielem nieruchomości niesąsiadującej z siecią przesyłową dostęp do urządzeń przesyłowych w drodze stosowania obowiązujących przepisów prawnych

[13] Zob. uchwała SN z dnia 26 września 1969 r., III CZP 8/69, OSNCP 1970, nr 6, poz. 97; uchwała SN z dnia 28 lutego 1994 r., III CZP 9/94, OSP 1995, nr 1, poz. 3; wyrok SN z dnia 28 października 1999 r., II CKN 530/98, OSNC 2000, nr 5, poz. 88; uchwała SN z dnia 27 kwietnia 2001 r., III CZP 6/01, OSNC 2001, nr 10, poz. 148; uchwała SN z dnia 15 września 2004 r., III CZP 46/04, OSNC 2005, nr 9, poz. 152; wyrok SN z dnia 27 października 2004 r., III CK 414/03, niepubl.; uchwała SN z dnia 19 stycznia 2006 roku, III CZP 100/05, OSNC 2006, nr 6, poz. 95.

[14] Zob. Z. Radwański, *Prawo cywilne, część ogólna*, wyd. 8, Warszawa 2005, s. 79.

[15] Zob. L. Morawski, *Wykładnia w orzecznictwie sądów – komentarz*, Toruń 2002, s. 294 i nast.

[16] *Ibidem*.

wprost. Należy stwierdzić również, że przepisy o służebności drogi koniecznej są w istotny sposób podobne do stanów faktycznych będących podstawą rozstrzygnięć sądów. Warto zwrócić tutaj uwagę na cel służebności drogi koniecznej, którym jest umożliwienie dostępu do drogi publicznej nieruchomościom pozbawionym takiego dostępu. Jest on zbieżny z celem służebności przesyłu ustanawianej na rzecz osób innych niż przedsiębiorcy przesyłowi, która ma na celu dostęp do sieci doprowadzającej jakieś dobra przyrody do nieruchomości pozbawionych dostępu do takiej sieci.

Kolejnym pytaniem, które trzeba sobie zadać, aby zaakceptować prawidłowość rozstrzygnięć Sądu Najwyższego w powyższych przypadkach, jest pytanie o możliwość stosowania analogii do przepisów stanowiących wyjątki. Zgodnie z klasycznym podejściem do tego problemu stosowanie analogii do przepisów będących wyjątkami od innych przepisów jest niedopuszczalne[17]. Komentatorzy, którzy kwestionują prawo stosowania analogii powołują się na zasadę *exceptiones non sunt extendendae*, którą traktują niekiedy jako dyrektywę postępowania. Również Sąd Najwyższy w uchwale składu siedmiu sędziów z dnia 21 września 1962 r., III PO 3/62[18] stwierdził, że „przyjęcie wyjątkowo skutków *ex lege* nie zezwala na wykładnię rozszerzającą i stawia tamę stosowaniu analogii".

Równocześnie inni komentatorzy stwierdzali, że stosowanie przez analogię przepisów wyjątkowych jest możliwe, jeżeli są spełnione szczególne warunki. Jak pisał Roman Longchamps de Berier: „Zasada, że wyjątków analogicznie stosować nie można, tylko z ograniczeniem jest słuszna: analogia z przepisu wyjątkowego jest możliwa, jeżeli w danym do rozstrzygnięcia wypadku spełnione są te same warunki, które wywołały wydanie przepisu wyjątkowego tak, iż analogiczne zastosowanie prawa pozostanie w obrębie tej samej *ratio juris*, która spowodowała wydanie przepisu wyjątkowego"[19]. W innym miejscu autor pisze: „Ponieważ ustawodawca wydaje ustawę nie dla siebie, lecz dla społeczeństwa, przeto przyjąć należy, iż nie będzie sprzeczne z jego wolą takie tłumaczenie ustawy, które najwięcej celom tego społeczeństwa, jego zapatrywaniom etycznym oraz potrzebom socjalnym i gospodarczym odpowiada"[20]. Powyższe tezy potwierdzają prawidłowość linii orzeczniczej Sądu Najwyższego co do stosowania przez analogię przepisów o służebności drogi koniecznej. Zdanie drugie natomiast bezpośrednio koresponduje z twierdzeniami Sądu Najwyższego, że potrzeby społeczno-gospodarcze wymuszają nową interpretację przepisów i umożliwienie ustanawiania służebności przesyłu w drodze analogii z innych przepisów.

Również w nowszym piśmiennictwie i orzecznictwie dopuszcza się, w określonych przypadkach, stosowanie analogii do wyjątków. Komentatorzy zwracają uwagę na problemy związane ze stosowaniem takiej analogii. Przede wszystkim zauważenia wymaga fakt, iż w wielu przypadkach nie można jednoznacznie ustalić, który przepis stanowi *lex specialis*, a który *lex generalis*. Istnieją przypadki, w których ta relacja jest niejasna i jej interpretacja wywołuje rozbieżności. Podobne rozbieżności wywołuje stosowanie zasady *exceptiones*

[17] Takie stanowisko wyrażali m.in. F. C. von Savigny, *System des heutigen Römichen Rechts*, t. I, Berlin 1840, s. 293; W. Siedlecki, *Podstawowe pojęcia prawne*, Kraków 1948, s. 85; P. O. Ekelöf, *Teleologische Gezetzesanwendung*, „Österreichische Zeistchrift für öffentliches Recht", T. IX/2, 1958, s. 182; S. Kalinowski, *Postępowanie karne*, Warszawa 1963, s. 50; cyt. za: J. Nowacki, *Analogia legis*, Warszawa 1966, s. 172.

[18] OSNC 1963, nr 3, poz. 50; LEX nr 105695.

[19] R. Longchamps de Berier, *Wstęp do nauki prawa cywilnego*, Lublin 1922, s. 40.

[20] *Ibidem*, s. 39.

non sunt extendendae, wobec czego to od osoby stosującej prawo będzie zależało, czy uzna tę zasadę za wiążącą dyrektywę postępowania czy nie[21].

Sąd Najwyższy podejmował także problem możliwości stosowania analogii do przepisów wyjątkowych. Zgodnie z uchwałą siedmiu sędziów z dnia 19 stycznia 2006 r., III CZP 100/05[22] istnieje możliwość stosowania w drodze analogii przepisów będących wyjątkami. W przedmiotowej uchwale sąd powołał się na „ugruntowane mocno w polskim piśmiennictwie i orzecznictwie stanowisko uznające za dopuszczalne zastosowanie *per analogiam* przepisu wyjątkowego wtedy, gdy spełnione są warunki, które spowodowały wydanie tego przepisu, tak że jego zastosowanie pozostanie w obrębie tej samej *rationis*".

Mając na uwadze powyższe rozważania, którym należy przyznać słuszność, trzeba stwierdzić, że ustanawianie służebności przesyłu w drodze analogii z przepisów o służebności drogi koniecznej na rzecz osób innych niż przedsiębiorcy przesyłowi jest dopuszczalne. Konsekwencją tych rozważań jest przyjęcie, że Sąd Najwyższy prawidłowo rozstrzygnął przypadki, które stały się podstawą wydania powyższych orzeczeń. Spełnione zostały przesłanki zastosowania analogii, a również zastosowanie analogii do przepisu będącego wyjątkiem (art. 145 k.c.) jest w tym przypadku uzasadnione. Taka interpretacja przepisów o służebności drogi koniecznej dobrze odpowiada celowi służebności przesyłu ustanawianej na rzecz osób innych niż przedsiębiorcy przesyłowi, którym jest umożliwienie dostępu do sieci doprowadzającej dobra przyrody nieruchomościom takiego dostępu pozbawionym. Możliwość ustanawiania takiej służebności przesyłu zamyka również pewną lukę, która praktycznie uniemożliwiała budowanie budynków mieszkalnych lub użytkowych na nieruchomościach oddalonych od linii doprowadzających dobra przyrody.

2.2. Możliwość ustanawiania służebności przesyłu na rzecz przedsiębiorców przesyłowych

Problematyka możliwości ustanawiania służebności przesyłu na rzecz przedsiębiorców przesyłowych przed wprowadzeniem do Kodeksu cywilnego instytucji służebności przesyłu miała zasadnicze znaczenie, dlatego judykatura i piśmiennictwo wypracowały sposób takiego rozumienia przepisów o służebnościach gruntowych, który pozwalał na zastosowanie tych przepisów do skonstruowania instytucji służebności przesyłu pomimo braku przepisów dotyczących tej problematyki. Nie odbywało się to jednakowoż bez kontrowersji w doktrynie.

Ciekawą interpretację przepisów o służebności gruntowej ustanawianej na rzecz osób prawnych zajmujących się dostarczaniem dóbr przyrody przedstawił Sąd Najwyższy w uchwale z dnia 17 stycznia 2003 r., III CZP 79/02[23]. Aby dobrze zrozumieć rozstrzygnięcie sądu, należy przedstawić, chociaż pokrótce, stan faktyczny będący podstawą uchwały. Zakład energetyczny, który wnioskował o wpis do księgi wieczystej służebności gruntowej, był użytkownikiem wieczystym jednej z nieruchomości oraz właścicielem znajdujących się

[21] Zob. J. Nowacki, *Analogia legis*, Warszawa 1966, s. 172.
[22] OSNC 2006, nr 6, poz. 95.
[23] Rejent 2003, nr 3, s. 122.

na niej budynków. Uczestnicy tego samego postępowania wieczystoksięgowego byli właścicielami nieruchomości, na których stały słupy linii energetycznej stanowiące własność zakładu energetycznego. Nieruchomości te były oddalone o kilka kilometrów od nieruchomości należącej do zakładu energetycznego. Ustanowili oni na swoich nieruchomościach służebności gruntowe na rzecz zakładu polegające na zapewnieniu na czas nieokreślony dostępu do poszczególnych słupów energetycznych celem ich wymiany i modernizacji linii energetycznej. Sąd Rejonowy dokonujący wpisu wyżej wymienionej służebności do księgi wieczystej zakwestionował podstawę wpisu, którą stanowił art. 285 k.c., oddalił wnioski o wpis służebności i uznał, że umowy o ustanowienie służebności są nieważne. Sąd Okręgowy rozpatrujący apelację od powyższego wyroku zadał Sądowi Najwyższemu pytanie prawne, czy „dopuszczalne jest w umowie ustanowienie służebności gruntowej w postaci dostępu do słupa energetycznego (...), stanowiącego część składową przedsiębiorstwa energetycznego, (...) na rzecz właściciela (użytkownika wieczystego) nieruchomości, będącego przedsiębiorstwem energetycznym, jeżeli ta nieruchomość wchodzi w skład tego przedsiębiorstwa". Sąd Najwyższy orzekł, że ustanowienie takiej służebności zwiększa użyteczność nieruchomości należącej do zakładu energetycznego, z którą połączona jest linia energetyczna przechodząca przez nieruchomości obciążone. Sąd stwierdził ponadto, że skoro przedsiębiorstwo stanowi zorganizowany zespół składników, to zwiększenie jego użyteczności jako całości pośrednio obejmuje również wszystkie jego składniki, nie wyłączając nieruchomości wchodzących w skład przedsiębiorstw.

Do powyższej uchwały została napisana glosa przez Gerarda Bieńka[24], który potwierdził prawidłowość rozstrzygnięcia sądu w przedmiocie możliwości ustanawiania służebności gruntowej na rzecz właściciela nieruchomości będącego przedsiębiorstwem energetycznym. Zauważył również, że sąd prawidłowo zinterpretował art. 285 k.c., który nie wymaga, aby ustanowienie służebności gruntowej mogło nastąpić tylko na rzecz nieruchomości sąsiedniej, ale umożliwia również ustanowienie takiej służebności na rzecz nieruchomości nawet znacznie oddalonej od nieruchomości obciążonych. Glosator stwierdził również, że dynamiczna wykładnia art. 285 k.c. jest konieczna w przypadku szybkiego postępu technicznego i rosnących potrzeb gospodarczych w sytuacji, gdy ustawodawca nie przewidział możliwości ich zaspokajania przy kształtowaniu pojęcia i zakresu przepisów dotyczących drogi koniecznej oraz służebności gruntowej.

Uchwałę Sądu Najwyższego glosował także Edward Gniewek[25], który uznał, że rozstrzygnięcie sądu stanowi w istocie obejście prawa, ponieważ dopuszczając ustanowienie rzekomych służebności gruntowych na rzecz przedsiębiorców prowadzących przedsiębiorstwa przesyłowe, sąd naruszył zasadę *numerus clausus* praw rzeczowych. Ponadto skrytykował prawotwórczą rolę, jaką w tym przypadku miał pełnić sąd.

Glosator rozważył możliwość ustanowienia służebności w podanym stanie faktycznym. Analizując przepisy o służebności gruntowej, zauważył, że ustanowienie takiej służebności może nastąpić tylko na rzecz każdoczesnego właściciela nieruchomości władnącej. Ponadto ustanowienie takiej służebności powinno mieć na celu zwiększenie użyteczności

[24] Zob. G. Bieniek, *Glosa do uchwały SN z dnia 17 stycznia 2003 r.*, III CZP 79/02, Rejent 2003, nr 3, s. 130.
[25] Zob. E. Gniewek, *Glosa do uchwały SN z dnia 17 stycznia 2003 r.*, III CZP 79/02, Rejent 2003, nr 5, s. 149.

nieruchomości, natomiast w tym przypadku mamy do czynienia z ustanowieniem służebności gruntowej w celu zwiększenia użyteczności przedsiębiorstwa, co doprowadziło sąd do błędnego stwierdzenia, że zwiększenie użyteczności przedsiębiorstwa jako całości pośrednio obejmuje również nieruchomości wchodzące w skład przedsiębiorstwa. Co więcej instalacja niezbędnych urządzeń przesyłowych stanowi zwiększenie użyteczności przedsiębiorstwa w znaczeniu funkcjonalnym, polegającym na prowadzeniu działalności gospodarczej, a nie zwiększeniu przedsiębiorstwa w znaczeniu przedmiotowym lub zwiększenia użyteczności jakiejkolwiek jego nieruchomości. Rozważając natomiast możliwość ustanowienia służebności osobistej, glosator stwierdził, że uprawnionym może być tutaj oznaczona osoba, ale może być to tylko osoba fizyczna, a nie osoba prawna jak ma to miejsce w tym przypadku.

Glosator przypomniał również art. 175 Prawa rzeczowego[26], który pozwalał na ustanowienie służebności na rzecz każdoczesnego właściciela oznaczonego przedsiębiorstwa, do której stosowano odpowiednio przepisy o służebnościach gruntowych. Glosator stwierdził, że sąd rozpatrujący przedmiotową sprawę zastosował w istocie rozwiązanie zgodne z powyższym przepisem, ale niedopuszczalne na gruncie obowiązującego porządku prawnego. Uznał również, że uchwalając Kodeks cywilny z 1964 roku, niesłusznie odstąpiono od możliwości ustanowienia służebności przewidzianej w art. 175 Prawa rzeczowego.

Podsumowując swoje wywody, glosator stwierdził, że obowiązujący stan prawny wymaga jak najszybszego wprowadzenia przepisów rozszerzających możliwość zastosowania służebności do przedsiębiorców korzystających z cudzych nieruchomości w celu ułatwienia prowadzenia przez nich działalności gospodarczej. Jednocześnie uznał jednak, że zasada *numerus clausus* praw rzeczowych oraz zasada regulacji stosunków prawnorzeczowych normami *iuris cogentis* wykluczają liberalizm interpretacyjny oraz wykładnię dynamiczną, będącą w istocie tworzeniem prawa, stosowaną przez Sąd Najwyższy i uznał taką praktykę za błędną. Wskazał również na możliwość stosowania umownego lub administracyjnoprawnego ograniczenia korzystania z nieruchomości na podstawie art. 124 u.g.n. (bez sięgania do konstrukcji służebności). Według glosatora w niniejszym przypadku możliwe było umowne ustanowienie względnego (obligacyjnego) prawa korzystania przez przedsiębiorcę z cudzej nieruchomości przez zainstalowanie na niej urządzeń przesyłowych. Co więcej, prawo takie powinno być wpisane do księgi wieczystej na podstawie art. 124 ust. 7 u.g.n.

Podstawową kwestią podnoszoną przez sąd oraz glosatorów jest możliwość zastosowania analogii z przepisów dotyczących służebności gruntowych do przypadku będącego podstawą wydania powyższej uchwały. Powyższy stan faktyczny wymaga analizy pod kątem zastosowania analogii do przepisu z dziedziny prawa rzeczowego, gdzie obowiązuje zasada *numerus clausus*. Aby odpowiedzieć na pytanie, czy istnieje możliwość zastosowania analogii z art. 285 k.c. musimy wcześniej przeanalizować przesłanki zastosowania analogii. Powinniśmy zatem rozstrzygnąć, czy występuje w przedmiotowym stanie faktycznym luka w prawie oraz czy istnieje dostateczne podobieństwo rozpatrywanego stanu faktycznego ze stanem objętym hipotezą przepisu art. 285 k.c.

[26] Dekret z dnia 11 października 1946 r. – Prawo rzeczowe, Dz.U. Nr 57, poz. 319 ze zm.

Kwestia luki prawnej jest w tym przypadku dyskusyjna. Z jednej strony Sąd Najwyższy oraz jeden z glosatorów uznali, że brak możliwości ustanowienia służebności gruntowej na rzecz oznaczonego przedsiębiorstwa ograniczający swobodę kształtowania stosunków prawnych przez strony stanowi, w dobie szybkiego postępu technicznego i rozwoju gospodarczego oraz szybko rosnących potrzeb społeczno-gospodarczych przedsiębiorstw, lukę prawną. Drugi z glosatorów stwierdził natomiast, że luka prawna w przedmiotowym stanie faktycznym nie występuje i wskazał na możliwość umownego lub administracyjnoprawnego ograniczenia korzystania z nieruchomości (art. 124 u.g.n.), które zaspokoi potrzeby zakładu energetycznego w przedmiotowym stanie faktycznym. W odpowiedzi na ten argument glosatora należy jednak zauważyć, że przepis art. 124 u.g.n. można zastosować tylko w określonych okolicznościach, w szczególności ograniczenie to może nastąpić tylko w razie istnienia miejscowego planu zagospodarowania przestrzennego lub decyzji o ustaleniu lokalizacji inwestycji celu publicznego. Ponadto przepisy nie precyzują, w jakich przypadkach starosta powinien wydać decyzję o ograniczeniu korzystania z nieruchomości, a w jakich nie. Co więcej, decyzja taka powinna być poprzedzona rokowaniami z właścicielem lub użytkownikiem wieczystym nieruchomości, tymczasem przepisy ustawy nie określają skutków braku kompromisu w sprawie. W takiej sytuacji przedsiębiorca przesyłowy starający się o ograniczenie korzystania z nieruchomości na podstawie art. 124 u.g.n. nie może być pewien, czy i kiedy taka decyzja starosty zostanie wydana, ponieważ przepisy nie regulują tej kwestii precyzyjnie. Mając na względzie te kwestie, problem powyższy należy rozstrzygnąć na korzyść tezy o istnieniu luki prawnej.

Kolejną przeszkodą w zastosowaniu art. 285 k.c. do przedmiotowego przypadku jest teza obowiązująca w orzecznictwie i piśmiennictwie dotycząca zakazu poszerzania listy ograniczonych praw rzeczowych, z czym w istocie mamy do czynienia w tym przypadku[27]. Jak się jednak wydaje, problem stosowania analogii z art. 285 k.c. w odniesieniu do zarzutów o naruszeniu zasady *numerus clausus* praw rzeczowych można traktować podobnie jak problem stosowania analogii do przepisu wyjątkowego. W obu przypadkach bowiem niedopuszczalna jest co do zasady interpretacja poszerzająca zakres zastosowania przepisów prawnych, od której jednak istnieją, w ściśle określonych przypadkach, odstępstwa. Wydając wyżej przytoczoną uchwałę, Sąd Najwyższy stwierdził, że celem służebności gruntowych jest zaspokajanie potrzeb gospodarczych, czyli zwiększanie użyteczności nieruchomości. Skoro zatem cel ustanowienia służebności gruntowej na rzecz oznaczonego przedsiębiorstwa jest zbieżny z celem ustanowienia służebności gruntowej określonym w art. 285 k.c., to wydaje się, że dopuszczalne jest stosowanie tego przepisu przez analogię do przypadku, z którym mamy do czynienia w przedmiotowej sprawie.

Odnosząc się do kwestii podnoszonych przez glosatorów, należy stwierdzić, że zarówno sąd, jak i jeden z glosatorów prawidłowo zinterpretowali przepis art. 285 k.c. w zakresie możliwości jego zastosowania nie tylko do nieruchomości sąsiednich, ale również do nieruchomości oddalonej od nieruchomości obciążonej. Nie sposób się natomiast zgodzić z twierdzeniami drugiego z glosatorów, jakoby rozstrzygnięcie sądu stanowiło obejście prawa lub było przypadkiem pełnienia roli prawotwórczej przez sąd. Nietrafiony wydaje

[27] Zob. B. Burian [w:] E. Gniewek, *Kodeks cywilny. Komentarz*, wyd. 2, Warszawa 2006, s. 395 i nast.

się również argument dotyczący możliwości ustanawiania służebności gruntowej jedynie na rzecz każdoczesnego właściciela nieruchomości władnącej. Przesłanka wynikająca z art. 285 k.c. uniemożliwia bowiem zastosowanie wprost przepisów o służebności gruntowej do sytuacji będącej przedmiotem uchwały. W powyższej uchwale sąd nie zastosował tego przepisu wprost, ale przez analogię, co umożliwiło mu dokonanie koniecznych zmian w procesie interpretacji tych przepisów. Nie można również powoływać się na argument polegający na rozumowaniu, że skoro ustawodawca uchylił przepis art. 175 Prawa rzeczowego, pozwalający na ustanawianie służebności na rzecz oznaczonego przedsiębiorstwa, to jednocześnie zakazał ustanawiania takiej służebności. Rozpatrując stan faktyczny będący podstawą wydania powyższej uchwały, nie sposób również przyjąć, jak sugeruje to jeden z glosatorów, że ustawodawca, wprowadzając w życie przepis art. 285 k.c., uznał jednocześnie za niedozwolone stosowanie tego przepisu do stanów innych niż wymienione w przepisie i uznał za dopuszczalne w stosunku do tego przepisu stosowanie jedynie argumentu *a contrario*. Co do możliwości zastosowania do przedmiotowego przypadku art. 124 u.g.n. zamiast posługiwania się służebnością gruntową należy zauważyć, że ograniczenie korzystania z nieruchomości na podstawie art. 124 u.g.n. może mieć miejsce jedynie w przypadku istnienia miejscowego planu zagospodarowania przestrzennego lub decyzji o ustaleniu lokalizacji inwestycji celu publicznego. Ponadto taka możliwość nie powinna wyłączać możliwości zastosowania przepisów o służebności przesyłu.

Powyższa analiza orzecznictwa i poglądów doktryny dotyczących możliwości ustanawiania służebności przesyłu na rzecz osób prawnych prowadzących działalność w zakresie dostarczania dóbr przyrody wskazuje, że przed wprowadzeniem instytucji służebności przesyłu do Kodeksu cywilnego istniało sporo kontrowersji co do możliwości ustanawiania takiej służebności. Dyskusji nie podlegała potrzeba ustanawiania służebności przesyłu, natomiast problemem było uzasadnienie stosowania przepisów o służebności gruntowej do takich przypadków.

2.3. Możliwość nabycia służebności przesyłu przez zasiedzenie

Równocześnie z dyskusją dotyczącą możliwości ustanawiania służebności przesyłu toczyła się debata dotycząca możliwości zasiedzenia takiej służebności. W związku z tym, że w piśmiennictwie i orzecznictwie przyjmuje się możliwość zasiedzenia służebności drogi koniecznej oraz służebności gruntowej[28], które były podstawą konstruowania instytucji służebności przesyłu, w nauce prawa pojawiły się poglądy dopuszczające nabycie przez zasiedzenie również służebności przesyłu.

W nauce prawa przyjmuje się, że do zasiedzenia służebności gruntowej konieczne jest spełnienie trzech przesłanek: istnienia trwałego i widocznego urządzenia, nieprzerwanego posiadania służebności oraz upływu czasu[29].

[28] Zob. J. Nadler [w:] E. Gniewek, *Kodeks cywilny. Komentarz*, wyd. 2, Warszawa 2006, s. 292 i nast.; B. Burian, *op. cit.*, s. 443 i nast.

[29] Zob. B. Burian, *op. cit.*, s. 444.

Za trwałe i widoczne urządzenie rozumie się obiekt (sztuczną konstrukcję) będącą wynikiem świadomej i celowej aktywności człowieka, który ma umożliwiać lub ułatwiać korzystanie z cudzej nieruchomości w zakresie odpowiadającym treści służebności. Ponadto urządzenie takie powinno zostać wykonane przez posiadacza służebności gruntowej, a nie przez właściciela nieruchomości, z której posiadacz korzysta w zakresie służebności. W przeciwnym wypadku nabycie służebności gruntowej może nastąpić tylko w wyjątkowych przypadkach[30]. W piśmiennictwie istnieją jednak również inne poglądy[31]. O nieprzerwanym posiadaniu służebności możemy mówić wówczas, gdy istnieje osoba posiadacza służebności, czyli tego, kto faktycznie korzysta z nieruchomości w zakresie odpowiadającym treści służebności, a służebność jest przez niego wykonywana w sposób ciągły. W związku z odpowiednim stosowaniem przepisów o zasiedzeniu własności nieruchomości można w takim przypadku zastosować domniemanie ciągłości posiadania i zasady, iż niemożność posiadania służebności wywołana przez przeszkodę przemijającą nie przerywa jej posiadania (art. 340 k.c.), natomiast posiadanie przywrócone poczytuje się za nieprzerwane (art. 345 k.c.). Przesłanką nabycia służebności przez zasiedzenie jest również upływ czasu, tj. dwudziestu lat, jeżeli posiadanie zostało nabyte w dobrej wierze lub trzydziestu lat, jeżeli posiadanie zostało nabyte w złej wierze. Przesłanką nabycia służebności przez zasiedzenie nie jest natomiast posiadanie dobrej lub złej wiary.

Na gruncie możliwości nabycia służebności gruntowych przez zasiedzenie poczęto konstruować prawo nabycia przez zasiedzenie służebności przesyłu. Sąd Najwyższy w postanowieniu z dnia 24 kwietnia 2002 r., V CKN 972/00[32] uznał widoczny na powierzchni ziemi osadnik z dołączoną do niego rurą kanalizacyjną służącą do odprowadzania wód gruntowych i opadowych z sąsiedniej nieruchomości za trwałe i widoczne urządzenie w rozumieniu art. 292 k.c. Sąd stwierdził ponadto, że nabycie służebności gruntowej przez zasiedzenie trwałe i widoczne urządzenie nie może być wykonane przez właściciela nieruchomości obciążonej, ale niekoniecznie musi to uczynić uprawniony z tytułu służebności. Na podstawie tego orzeczenia można konstruować tezę, że skoro zasiedzenie służebności polegającej na odprowadzaniu wód gruntowych i opadowych za pomocą rury kanalizacyjnej uznano za dopuszczalne, to za dopuszczalne należy również uznać zasiedzenie służebności polegającej np. na dostarczaniu wody i odprowadzaniu ścieków, co jest już rodzajem służebności przesyłu.

W kolejnym wyroku, wydanym dnia 11 marca 2005 r., II CK 489/04[33], Sąd Najwyższy już wprost dopuścił możliwość zasiedzenia służebności linii energetycznej. Z wyroku tego wynika wniosek, że jeżeli spełnione są przesłanki zasiedzenia służebności gruntowej (posiadanie nieruchomości w granicach służebności, upływ terminu zasiedzenia oraz istnienie trwałego i widocznego urządzenia), to istnieje możliwość zasiedzenia służebności

[30] Zob. wyrok SN z dnia 24 maja 1974 r., III CRN 94/74, OSNC 1975, nr 6, poz. 94; postanowienie SN z dnia 10 marca 1998 r., I CKN 543/97, LEX nr 78419; postanowienie SN z dnia 29 maja 2000 r., III CKN 742/98, LEX nr 51360.

[31] Zob. B. Burian, *op. cit.*, , s. 445.

[32] OSP 2003, z. 7-8, LEX nr 57203.

[33] LEX nr 301735.

polegającej na dostępie do urządzeń, linii i słupów energetycznych oraz wszelkich innych urządzeń służących do doprowadzania energii elektrycznej do nieruchomości.

Również w postanowieniu z dnia 4 października 2006 r., II CSK 119/06[34] Sąd Najwyższy stwierdził, że dopuszczalne jest zasiedzenie służebności gruntowej na rzecz przedsiębiorstwa przesyłowego. W przedmiotowym postanowieniu sąd odniósł się nie tylko do jednego rodzaju służebności przesyłowej, ale uznał za dopuszczalne zasiedzenie każdego rodzaju służebności przesyłowej. Należałoby więc stwierdzić, że można zasiedzieć służebności polegające na dostępie do urządzeń doprowadzających lub odprowadzających wszelkie dobra przyrody, a także urządzeń służących do przeprowadzania przez nieruchomość urządzeń przesyłowych lub urządzeń służących do prawidłowego funkcjonowania sieci przesyłowej. W przedmiotowym postanowieniu sąd zwrócił również uwagę na fakt, że do zasiedzenia służebności przesyłu nie jest konieczne wykonywanie służebności w sposób ciągły, lecz wystarczy wykonywanie jej stosownie do potrzeb.

Należy również zwrócić uwagę na fakt, iż już po wprowadzeniu nowych przepisów o służebności przesyłu Sąd Najwyższy wydał uchwałę, w której potwierdził, że przed ustawowym uregulowaniem kwestii służebności przesyłu dopuszczalne było nabycie w drodze zasiedzenia służebności odpowiadającej treści służebności przesyłu na rzecz przedsiębiorstwa[35].

Należy podzielić pogląd Sądu Najwyższego, że na gruncie przepisów obowiązujących przed wejściem w życie nowelizacji Kodeksu cywilnego wprowadzającej przepisy o służebności przesyłu istniała możliwość zasiedzenia takiej służebności. Skoro bowiem doktryna skonstruowała zasadę odpowiedniego stosowania przepisów o służebnościach gruntowych do służebności przesyłu, to nie ma powodu, dla którego to odpowiednie stosowanie nie miałoby dotyczyć również zasiedzenia służebności. Należy również zgodzić się z poglądem, że w przypadku służebności przesyłu inaczej będzie interpretowana przesłanka wykonywania służebności w sposób ciągły. Mając na względzie specyfikę tej służebności, można stwierdzić, że do spełnienia tej przesłanki wystarczy utrzymywanie sieci przesyłowej w stanie umożliwiającym prawidłowe korzystanie z niej, włączając okresowe czynności konserwacyjne i kontrolne.

Pytaniem, które pojawia się na gruncie powyższych rozważań, jest kwestia możliwości zasiedzenia służebności przesyłu przez przedsiębiorcę przesyłowego w przypadku, gdy urządzenia przesyłowe zostały wybudowane przez właściciela nieruchomości, na której są posadowione. Jak wynika z poglądów części piśmiennictwa i orzecznictwa, zasiedzenie służebności gruntowej jest możliwe tylko w wypadku, gdy trwałe i widoczne urządzenie zostało wykonane przez posiadacza służebności. Interpretacja taka jest wynikiem przeświadczenia, że wzniesienie trwałego i widocznego urządzenia przez osobę inną niż właściciel nieruchomości stanowi wyraźne ostrzeżenie dla właściciela nieruchomości, iż korzystanie z tego urządzenia może doprowadzić do powstania prawa podmiotowego, służebności. Jednak w przypadku zasiedzenia służebności przesyłu to wymaganie wydaje się nieuzasadnione, a cel takiej interpretacji art. 292 k.c. przestaje istnieć, bowiem w chwili przyłączenia

[34] M. Prawn. 2006, Nr 21, poz. 1128; LEX nr 447190.

[35] Zob. uchwała SN z dnia 7 października 2008 r., III CZP 80/08, Biul. SN 2008, nr 10, s. 7.

urządzeń przesyłowych do sieci przedsiębiorstwa, na mocy art. 49 k.c., przestają one należeć do właściciela nieruchomości, na której są położone. Fakt obowiązywania przepisu art. 49 k.c. oraz dokonywania przez przedsiębiorcę przesyłowego czynności zmierzających do zabezpieczenia prawidłowości działania sieci przesyłowej (okresowe konserwacje, naprawy, kontrole urządzeń przesyłowych) powinien więc stanowić wystarczające ostrzeżenie dla właściciela nieruchomości, że korzystanie z urządzenia przez przedsiębiorcę przesyłowego może doprowadzić do zasiedzenia służebności przesyłu. W takim przypadku ostrzeżenie właściciela nieruchomości, że służebność przesyłu może zostać zasiedziana, nie powinno prowadzić do podjęcia przez niego działań w celu uniemożliwienia przedsiębiorcy korzystania z urządzeń, lecz podjęcia działań w celu podpisania z przedsiębiorcą umowy, na mocy której uzyska on możliwość wstępu na nieruchomość w celu eksploatacji, konserwacji i naprawy urządzeń. Mając na uwadze powyższe rozważania, należy przyjąć, że nie ma uzasadnionych powodów do przyjęcia tezy o niemożliwości zasiedzenia służebności przesyłu w przypadku wzniesienia urządzeń przesyłowych przez właściciela nieruchomości, zwłaszcza że przepisy o służebności gruntowej nie stawiają takiego wymagania.

3. Instytucja służebności przesyłu wprowadzona nowelą Kodeksu cywilnego z dnia 30 maja 2008 roku

W ustawie nowelizującej Kodeks cywilny[36] wprowadzone zostały, oprócz nowego brzmienia art. 49 k.c., przepisy dotyczące służebności przesyłu (art. 305^1-305^4 k.c.)[37]. Jest to nowa regulacja, która w dotychczas obowiązujących przepisach nie występowała w ogóle, występowała w niewielkim zakresie lub też była częściowo konstruowana przez doktrynę i orzecznictwo w drodze analogii z innych przepisów. Rodzaj służebności, którą dzisiaj określamy służebnością przesyłu, wprowadzał art. 175 Prawa rzeczowego z 1946 r.[38] Również obecnie obowiązujący art. 124 u.g.n. charakteryzuje się pewnym podobieństwem do służebności przesyłu, jeśli chodzi o cel tych regulacji.

Służebność przesyłu, o której mowa w niniejszym rozdziale była w doktrynie określana jako konstrukcja prawa cywilnego mająca umożliwić przedsiębiorcy przesyłowemu legalny dostęp do cudzych nieruchomości, na których mają być posadowione urządzenia przesyłowe, a także stwarzać możliwość prawnego uregulowania dostępu do cudzych nieruchomości, na których te urządzenia już są posadowione[39]. Dzięki nowelizacji Kodeksu cywilnego wprowadzona została legalna definicja tej instytucji.

Prace nad projektem ustawy, która wprowadzałaby instytucję służebności przesyłu do Kodeksu cywilnego Komisja Kodyfikacyjna Prawa Cywilnego przy Ministrze Sprawiedliwości

[36] Ustawa z dnia 30 maja 2008 r. o zmianie ustawy – Kodeks cywilny oraz niektórych innych ustaw, Dz.U. 2008 nr 116, poz. 731.

[37] W księdze drugiej w tytule III Prawa rzeczowe ograniczone, w dziale III Służebności dodano rozdział III pod tytułem „Służebność przesyłu".

[38] Przepis ten brzmiał następująco: „Służebność może być ustanowiona także na rzecz każdoczesnego właściciela oznaczonego przedsiębiorstwa. Do takiej służebności stosuje się odpowiednio przepisy o służebnościach gruntowych".

[39] Tak G. Bieniek, *Służebność przesyłu, czyli temat prawniczych dyskusji*, „Rzeczpospolita", 25 września 2008 r.

rozpoczęła już w 2006 roku. Wynikiem jej prac był projekt ustawy o zmianie Kodeksu cywilnego z dnia 26 stycznia 2007 roku. Zawierał on propozycję zmian art. 49 k.c. i wprowadzenia przepisów dotyczących służebności przesyłu (art. 305^1-305^4 k.c.). W związku z zakończeniem kadencji Sejmu i Senatu w dniu 7 listopada 2007 roku i zgodnie z zasadą dyskontynuacji prac Sejmu i Senatu projekt ten upadł. Prace nad nim zostały jednak podjęte przez Sejm i Senat następnej kadencji, co zaowocowało wniesieniem nowego projektu ustawy zmiany Kodeksu cywilnego. Projekt ten różnił się od projektu z dnia 26 stycznia 2007 roku w niewielkim zakresie. Poprawiono stylistykę niektórych przepisów, dostosowano terminologię do przepisów już obowiązujących i dodano kilka nowych rozwiązań. Generalny cel projektu pozostał jednak bez zmian. Projekt ten został w dniu 30 maja 2008 roku uchwalony przez Sejm, a następnie w dniu 2 lipca 2008 roku ogłoszony w Dzienniku Ustaw[40] i wszedł w życie w dniu 3 sierpnia 2008 roku.

3.1. Przepisy dotyczące służebności przesyłu wprowadzone do Kodeksu cywilnego

Zgodnie z art. 305^1 k.c. służebność przesyłu może być ustanowiona jedynie na rzecz przedsiębiorcy w rozumieniu art. 43^1 k.c., który jest właścicielem urządzeń, o których mowa w art. 49 k.c. lub który zamierza je wybudować. Możliwość ustanowienia służebności przesyłu na rzecz przedsiębiorcy będącego już właścicielem urządzeń przesyłowych pozwala na zastosowanie tej regulacji do tzw. zaszłości. Zaszłościami należy określić w tym przypadku sytuacje, gdy przed wejściem w życie przepisów o służebności przesyłu przedsiębiorstwa przesyłowe budowały urządzenia przesyłowe lub przeprowadzały linie przesyłowe przez nieruchomości, do których nie miały tytułu prawnego. Powstawała wówczas sytuacja, gdy co prawda urządzenia przesyłowe, na mocy art. 49 k.c., wchodziły w skład przedsiębiorstwa przesyłowego, jednak przedsiębiorstwo nie miało prawa wstępu na teren nieruchomości w celu konserwacji lub naprawy tych urządzeń. Ponadto dochodziło również do sytuacji, gdy już po wybudowaniu urządzeń przesyłowych nowy właściciel nieruchomości żądał wynagrodzenia za zajęcie części jego nieruchomości pod budowę urządzeń lub dochodził zapłaty za korzystanie z nieruchomości. Na gruncie tego niepewnego stanu prawnego często dochodziło do konfliktów pomiędzy przedsiębiorstwem, do którego należały urządzenia przesyłowe, a właścicielem nieruchomości, na której zostały posadowione. Po uregulowaniu instytucji służebności przesyłu ta sytuacja została uregulowana i problem został rozwiązany. Należy w tym miejscu zaznaczyć, że na podstawie przepisów o służebności przesyłu nie będzie można domagać się wynagrodzenia za korzystanie z nieruchomości w przeszłości, jednak nie wyklucza to możliwości domagania się przez właścicieli, na podstawie innych przepisów Kodeksu cywilnego, wynagrodzenia za bezumowne korzystanie z ich nieruchomości w przeszłości, jeśli są spełnione przesłanki takiego roszczenia[41].

Możliwość ustanowienia służebności przesyłu na rzecz przedsiębiorcy zamierzającego dopiero wybudować urządzenia przesyłowe ma na celu zabezpieczenie interesu prawnego

[40] Zob. Dz.U. 2008, Nr 116, poz. 731.
[41] Tak J. Pokrzywniak, *Będziesz musiał się zgodzić na zajęcie działki*, „Rzeczpospolita", 4 sierpnia 2008 r.

przedsiębiorcy już w fazie planowania inwestycji[42]. W tym przypadku powstaje jednak problem dotyczący tego, jak rozumieć zamiar wybudowania urządzeń przesyłowych. Nie ma na razie zgody co do tego, czy dostatecznie wykazanym zamiarem będą plany posiadane przez przedsiębiorcę dotyczące przedmiotowej nieruchomości, czy konieczne jest przystąpienie do ich realizacji. Wydaje się jednak, że niewątpliwym zamiarem wybudowania urządzeń, o których mowa w art. 49 k.c., jest posiadanie tytułu prawnego do nieruchomości, na której przedsiębiorca ma zamiar zlokalizować całość lub część swojego przedsiębiorstwa[43]. Możliwość ustanowienia służebności przesyłu jeszcze w fazie planowania powoduje problem dotyczący początku biegu terminu, którego upływ powoduje wygaśnięcie służebności[44]. Powstaje pytanie, czy termin ten biegnie od dnia ustanowienia służebności, czy od dnia posadowienia odpowiednich urządzeń umożliwiających korzystanie z nich. Wydaje się, że termin w tym przypadku zaczyna biec już od dnia ustanowienia służebności, gdyż od tego dnia osoba uprawniona może służebność wykonywać. Wykonywanie to nie musi polegać na korzystaniu, konserwacji lub naprawie urządzeń przesyłowych, nie musi polegać nawet na rozpoczęciu budowy tych urządzeń, ale może ograniczać się do przedsiębrania innych czynności, które uzależnione są od posiadania tytułu prawnego do nieruchomości, np. podpisania umowy z przedsiębiorcą, który ma urządzenia wybudować.

Niezależnie od powyższych problemów służebność przesyłu może być ustanowiona zarówno po wybudowaniu urządzeń, o których mowa w art. 49 k.c., jak i przed ich budową[45]. Służebność przesyłu jest ustanawiana w drodze umowy pomiędzy właścicielem nieruchomości a przedsiębiorcą. Zgodnie z art. 245 § 1 k.c. tylko oświadczenie właściciela nieruchomości wymaga formy aktu notarialnego, należy więc uznać, że oświadczenie woli drugiej strony może być złożone w sposób określony w art. 65 k.c. Strony umowy mogą ustanowić służebność odpłatnie lub nieodpłatnie[46]. Należy jednak zastrzec, że w przypadku zawierania umowy z przedsiębiorcą posiadającym monopolistyczną pozycję na rynku, nieodpłatne ustanowienie służebności może zostać ocenione jako niedopuszczalne. Może to nastąpić w przypadku narzucania przez monopolistę niekorzystnych lub uciążliwych warunków umowy o ustanowienie służebności[47]. Na podstawie umowy ustanawiającej służebność przesyłu przedsiębiorca ma prawo korzystania z nieruchomości w zakresie niezbędnym dla zapewnienia prawidłowego funkcjonowania urządzeń przesyłowych. Na przedsiębiorcy ciąży jednocześnie obowiązek utrzymywania tych urządzeń. Służebność powinna być ponadto wykonywana w taki sposób, żeby jak najmniej utrudniała korzystanie z nieruchomości obciążonej. Osoba zawierająca umowę z przedsiębiorcą przesyłowym ma natomiast obowiązek powstrzymywania się od działań, które mogłyby uniemożliwić przedsiębiorcy korzystanie z zapisanych w umowie praw.

---

[42] Zob. Uzasadnienie projektu..., druk nr 81, s. 3 i nast.

[43] Zob. M. Olczyk, *Komentarz do art.305¹ k.c.* [w:] M. Olczyk, *Komentarz do ustawy z dnia 30 maja 2008 r. o zmianie ustawy – Kodeks cywilny oraz niektórych innych ustaw* (Dz.U.08.116.731), LEX/el 2008.

[44] Zgodnie z art. 293 § 1 k.c. służebność gruntowa wygasa wskutek niewykonywania przez lat dziesięć.

[45] Należy przypomnieć, że w projekcie ustawy z dnia 26 stycznia 2007 r. nie było możliwości ustanowienia służebności przesyłu przed wybudowaniem urządzeń, o których mowa w art. 49 k.c.

[46] Zob. Uzasadnienie projektu..., druk nr 81, s. 7.

[47] Zob. wyrok SN z dnia 27 maja 1998 r., I CKN702/97, OSP 1999, z. 7-8, poz.139.

W art. 305^2 k.c. ustawodawca wprowadził możliwość przymusowego ustanowienia służebności przesyłu w dwóch wypadkach. W § 1 komentowanego przepisu wprowadzone zostało roszczenie przedsiębiorcy o ustanowienie służebności przesyłu w wypadku, gdy właściciel nieruchomości odmawia zawarcia umowy o ustanowienie takiej służebności, a jest ona konieczna dla właściwego korzystania z urządzeń, o których mowa w art. 49 k.c. Natomiast w § 2 znalazło się analogiczne roszczenie właściciela nieruchomości o zawarcie umowy ustanowienia służebności przesyłu, gdy przedsiębiorca odmawia jej zawarcia[48]. Ustanowienie służebności przesyłu w obu przypadkach powinno nastąpić za odpowiednim wynagrodzeniem, co gwarantują przepisy wprowadzające obowiązek wynagrodzenia przy żądaniu przedsiębiorcy o ustanowienie służebności przesyłu oraz odpowiedniego roszczenia właściciela nieruchomości. Jak słusznie się to podkreśla[49], jest to roszczenie majątkowe, które podlega dziesięcioletniemu terminowi przedawnienia.

Należy również zauważyć, że możliwość żądania przymusowego ustanowienia służebności przesyłu aktualizuje się już w fazie planowania przez przedsiębiorcę budowy urządzeń, o których mowa w art. 49 k.c. Zgodnie bowiem z przepisem art. 305^1 k.c. służebność może być ustanowiona na rzecz przedsiębiorcy, który dopiero zamierza wybudować urządzenia, o których mowa w art. 49 k.c. Uprawnionym jest więc stwierdzenie, że rozpoczęcie przez przedsiębiorcę starań o zagospodarowanie części nieruchomości uniemożliwia normalne korzystanie z tej części przez jej właściciela i uzasadnia powstanie roszczenia, o którym mowa w art. 305^2 § 2 k.c.

W toku prac legislacyjnych powstał problem ustalenia koniecznych przesłanek ustanowienia przymusowej służebności przesyłu (art. 305^2 § 1 k.c.). Podnoszono, że właściwe korzystanie z urządzeń określonych w art. 49 § 1 k.c. nie powinno być koniecznym warunkiem ustanowienia przymusowej służebności przesyłu na rzecz przedsiębiorcy. Słusznie jednak stwierdzono, że taki warunek jest potrzebny, gdyż w przeciwnym wypadku przedsiębiorstwa przesyłowe miałyby zbyt szerokie możliwości ustanawiania służebności przesyłu. Przy okazji Komisja Kodyfikacyjna Prawa Cywilnego wyjaśniła, że pod pojęciem „konieczne dla właściwego korzystania" należy rozumieć również brak możliwości zaprojektowania przebiegu urządzeń przesyłowych w inny sposób lub przesunięcia ich bez nadmiernych kosztów. Jeśli więc da się przeprowadzić przewody lub kable przez inną nieruchomość albo jeśli już posadowione urządzenia da się przesunąć bez nadmiernych kosztów, sąd nie będzie mógł orzec o ustanowieniu służebności[50]. Kwestię tę należy rozstrzygać osobno dla każdego przypadku.

W art. 305^3 k.c. uregulowano kilka kwestii, które są konsekwencjami tezy, że służebność przesyłu stanowi składnik przedsiębiorstwa w rozumieniu art. 55^1 k.c.[51] Paragraf 1 tego artykułu ustanawia zasadę, że służebność przesyłu przechodzi na nabywcę przedsiębiorstwa

[48] W tym miejscu należy odnotować, że art. 305^2 § 2 k.c. nie był przewidywany w projekcie nowelizacji Kodeksu cywilnego z dnia 26 stycznia 2007 roku.

[49] M. Olczyk, *Komentarz do art.305^2 k.c.* [w:] M. Olczyk, *Komentarz...*, LEX/el 2008; G. Bieniek, *Służebność przesyłu, czyli temat prawniczych dyskusji*, „Rzeczpospolita", 25 września 2008 r.

[50] Zob. R. Priviter, *Instalacje na cudzym gruncie – tylko wtedy, gdy są konieczne*, „Rzeczpospolita", 17 maja 2008 r.

[51] Zob. Uzasadnienie projektu..., druk nr 81, s. 8.

(art. 55^2 k.c.) lub nabywcę urządzeń, o których mowa w art. 49 k.c.[52] Końcowe zastrzeżenie tego przepisu ma zapobiec wygaśnięciu służebności przesyłu w przypadku przeniesienia przez przedsiębiorcę własności urządzeń, o których mowa w art. 49 k.c., które nie będą stanowiły przedsiębiorstwa ani jego zorganizowanej części. Przejście służebności przesyłu na nabywcę może nastąpić tylko w przypadku, gdy nabywcą przedsiębiorstwa lub urządzeń, o których mowa w art. 49 k.c., będzie przedsiębiorca[53]. Jest to konsekwencja przyjęcia zasady wyrażonej w art. 305^1 k.c., zgodnie z którą służebność przesyłu może być ustanowiona tylko na rzecz przedsiębiorcy.

W art. 305^3 § 2 k.c. wskazano, że wygaśnięcie służebności przesyłu następuje najpóźniej wraz z zakończeniem likwidacji przedsiębiorstwa.

Natomiast w art. 305^3 § 3 k.c. uregulowano wprost, ze względu na dużą doniosłość praktyczną, kwestię obowiązku przedsiębiorcy usunięcia urządzeń, o których mowa w art. 49 k.c. po wygaśnięciu służebności przesyłu, jeżeli utrudniają one korzystanie z nieruchomości. Jeżeli jednak powodowałoby to nadmierne trudności lub koszty, przedsiębiorca jest zobowiązany do naprawienia wynikłej stąd szkody[54]. Podczas analizy tego paragrafu wyłania się kwestia, czy przedmiotowy przepis zezwala na ustanowienie służebności przesyłu polegającej na prawie przechodu przez nieruchomości sąsiednie w celu konserwacji urządzeń przesyłowych. Wydaje się, że interpretacja prowadząca do stwierdzenia braku możliwości ustanowienia takiej służebności byłaby sprzeczna z zamysłem ustawodawcy. Należy zatem podzielić pogląd, zgodnie z którym ustanawianie służebności przesyłu jest dopuszczalne także na gruntach, na których nie są posadowione urządzenia przesyłowe, jeżeli korzystanie z tych gruntów jest konieczne do właściwego korzystania z urządzeń przesyłowych[55].

Art. 3054 k.c. stanowi, że do służebności przesyłu stosuje się odpowiednio przepisy o służebnościach gruntowych. Ten artykuł, obok redakcyjnego usytuowania przepisów o służebności przesyłu, stał się podstawą dyskusji dotyczących charakteru prawnego służebności przesyłu. W tej kwestii zarysowały się dwa główne stanowiska. Z jednej strony pojawiły się głosy, powołujące się na treść art. 305^4 k.c., twierdzące, że służebność przesyłu to rodzaj służebności gruntowej[56]. Zwolennicy tego stanowiska wskazywali również na podobieństwo do nieobowiązującego już art. 175 Prawa rzeczowego, który pozwalał na ustanowienie służebności na rzecz każdoczesnego właściciela oznaczonego przedsiębiorstwa. Był to rodzaj służebności gruntowej, o czym miało świadczyć umieszczenie tej regulacji w dziale dotyczącym służebności gruntowych i odpowiednie stosowanie przepisów o służebnościach gruntowych[57].

---

52 W projekcie ustawy z dnia 26 stycznia 2007 roku brak było możliwości przejścia służebności przesyłu na nabywcę urządzeń, o których mowa w art. 49 k.c.

53 Zob. Uzasadnienie projektu..., druk nr 81, s. 8.

54 W projekcie ustawy z dnia 26 stycznia 2007 roku przedsiębiorca był zobowiązany do naprawienia szkody w wypadku, gdyby usunięcie urządzeń, o których mowa w art. 49 k.c. było niemożliwe lub powodowało nadmierne koszty.

55 Podobnie K. Jankielewicz, *Prawo stało się przychylne dla przedsiębiorstw przesyłowych*, „Rzeczpospolita", 22 lipca 2008 r.

56 Zob. G. Bieniek, *Służebność...*, op. cit.

57 Tytuł VI Służebności, Dział I Służebności gruntowe.

Z drugiej strony argumentowano, że ustawodawca stworzył trzeci rodzaj służebności, różny od służebności gruntowych i osobistych[58], na co ma wskazywać uregulowanie służebności przesyłu w osobnym rozdziale. Jako argument przemawiający za tą tezą podaje się również główny cel służebności gruntowej wyrażony w art. 285 § 2 k.c., który mówi, że służebność gruntowa może mieć jedynie na celu zwiększenie użyteczności nieruchomości władnącej lub jej oznaczonej części. Przy służebności przesyłu nie mamy natomiast nieruchomości władnącej, ale uprawnionego z tytułu służebności przesyłu przedsiębiorcę i to właśnie zwiększenie użyteczności przedsiębiorstwa ma na celu ustanawianie służebności przesyłu. Zakładając, że prawodawca, nowelizując Kodeks cywilny, stworzył przepisy kompletne, należy stwierdzić, że ten tok rozumowania jest słuszny.

Oprócz powyższych interpretacji pojawiła się również teza, że służebność przesyłu to rodzaj służebności osobistej, która na podstawie art. 305^1 k.c. stanowi wyjątek od zasady ustanawiania służebności osobistych tylko na rzecz osób fizycznych (art. 296 k.c.) i może być ustanawiana na rzecz osób prawnych[59]. Stanowisko to nie zostało jednak poparte żadnymi rzeczowymi argumentami, wobec czego należy je odrzucić.

Jeśli chodzi o przepisy, które należy stosować odpowiednio do służebności przesyłu, na pewno wskazać można art. 288 k.c., który nakazuje wykonywanie służebności w taki sposób, żeby jak najmniej utrudniała korzystanie z nieruchomości obciążonej, a także art. 290 § 2 i 3 oraz art. 291-295 k.c. Przepisami, które mogą mieć największe znaczenie, będą z pewnością art. 292 k.c., pozwalający na zasiedzenie służebności przesyłu, art. 293 k.c., który przewiduje wygaśnięcie służebności wskutek niewykonywania jej przez dziesięć lat, czy art. 195 k.c., który daje możliwość domagania się zniesienia służebności bez wynagrodzenia, jeśli utraciła ona wszelkie znaczenie dla przedsiębiorcy, na rzecz którego została ustanowiona.

3.2. Relacja przepisów o służebności przesyłu do art. 124 ustawy o gospodarce nieruchomościami

Wprowadzenie do Kodeksu cywilnego przepisów dotyczących służebności przesyłu wzbudziło wątpliwości co do relacji tych przepisów, a zwłaszcza art. 305^2 k.c. do art. 124 u.g.n. Art. 124 ust. 1 u.g.n. stwierdza, że starosta wykonujący zadanie z zakresu administracji rządowej może ograniczyć w drodze decyzji sposób korzystania z nieruchomości przez udzielenie zezwolenia na zakładanie i przeprowadzenie na nieruchomości ciągów drenażowych, przewodów i urządzeń służących do przesyłania płynów, pary, gazów i energii elektrycznej oraz urządzeń łączności publicznej i sygnalizacji, a także innych podziemnych, naziemnych lub nadziemnych obiektów i urządzeń niezbędnych do korzystania z tych przewodów i urządzeń, jeżeli właściciel lub użytkownik wieczysty nieruchomości nie wyraża na to zgody. Ograniczenie to następuje zgodnie z planem miejscowym, a w przypadku braku planu, zgodnie z decyzją o ustaleniu lokalizacji inwestycji celu publicznego. Przed udzieleniem zezwolenia należy przeprowadzić rokowania

[58] Zob. M. Olczyk, *Komentarz do art.305(4) k.c.* [w:] M. Olczyk, *Komentarz...*, LEX/el 2008.

[59] Zob. P. Wojnarski, *Służebność przesyłu: niedopracowana instytucja*, „Rzeczpospolita", 16 września 2008 r.

z właścicielem lub użytkownikiem wieczystym nieruchomości, w wyniku których właściciel lub użytkownik wieczysty może udzielić zgody na ograniczenie sposobu korzystania z nieruchomości i wykonanie prac polegających na zakładaniu i przeprowadzaniu urządzeń, o których mowa w art. 49 k.c. W związku z tym powstaje pytanie, w jaki sposób owa zgoda ma być wyrażona i jaką ma posiadać treść. Należy stwierdzić, że jeżeli zgoda właściciela lub użytkownika wieczystego ma zastąpić zezwolenie starosty, to powinna mieć ona treść odpowiadającą temu zezwoleniu. Zgoda jest jednak wyrażana podmiotowi ubiegającemu się o dostęp do nieruchomości, zatem mamy tutaj do czynienia z dwiema stronami. Wyrażenie zgody oznacza więc faktycznie zawarcie umowy cywilnoprawnej o charakterze obligacyjnym ze skutkami w sferze prawa rzeczowego pomiędzy właścicielem nieruchomości, którego sposób korzystania z nieruchomości ma być ograniczony, a podmiotem ubiegającym się o dostęp do tej nieruchomości[60]. Z kolei niemożność uzyskania zgody właściciela oznacza stan, gdy nie odpowiedział on na zaproszenie do rokowań, sprzeciwił się wyrażaniu zgody albo też strony postawiły sobie wzajemnie takie warunki, że uznały je za niemożliwe do przyjęcia[61].

W przypadku niepowodzenia rokowań art. 124 u.g.n. uprawnia starostę do udzielenia zezwolenia na ograniczenie własności nieruchomości. Zezwolenie na zakładanie i przeprowadzanie na nieruchomości urządzeń przesyłowych może być udzielone przez starostę z urzędu lub na wniosek organu wykonawczego jednostki samorządu terytorialnego, osoby fizycznej, osoby prawnej niebędącej osobą samorządową lub jednostki organizacyjnej. Decyzja co do zakresu ograniczenia prawa własności lub użytkowania wieczystego musi być ściśle określona, co oznacza, że musi ona wskazywać jednoznacznie przebieg inwestycji przez nieruchomość, jak i zakres uszczuplenia władztwa właściciela (użytkownika wieczystego) i to tylko w zakresie niezbędnym do wykonania danej inwestycji oraz zgodnie z warunkami wynikającymi z planu zagospodarowania przestrzennego. Samo odwołanie się w decyzji do planu miejscowego jest niewystarczające[62].

W przypadku wydania decyzji przez starostę powstaje, według niektórych komentatorów[63], służebność publiczna lub ustawowa, czyli służebność wynikająca z ustawy i mająca postać ograniczenia publicznoprawnego, nakładana przez ustawodawcę w celu osiągnięcia zamierzonych celów publicznych. Do powstania takiej służebności konieczna jest jednak indywidualna decyzja administracyjna konkretyzująca obowiązki wynikające z ustawy. Zgodnie z innymi poglądami mamy tutaj do czynienia z powstaniem faktycznego ograniczonego prawa rzeczowego[64], precyzowanego czasami jako służebność gruntowa[65].

---

[60] Tak G. Bieniek, *Glosa do uchwały SN z dnia 17 stycznia 2003 r.*, III CZP 79/02, Rejent 2003 nr 3, s. 130; wyrok NSA z dnia 8 lutego 2000 r., I SA 361/99, LEX nr 57192; wyrok NSA z dnia 5 października 2006 r., I OSK 1307/05, LEX nr 281429.

[61] Zob. wyrok WSA w Gorzowie Wielkopolskim z dnia 31 grudnia 2007 r., II SA/Go 579/07.

[62] Zob. wyrok WSA w Gorzowie Wielkopolskim z dnia 31 grudnia 2007 r., II SA/Go 579/07.

[63] Zob. A. Gil, A. Nowak-Far, *Korzystanie przez przedsiębiorstwa ciepłownicze z sieci urządzeń przesyłu energii cieplnej usytuowanych na cudzych gruntach*, „Prawo Spółek" 1999, nr 7-8, s. 76.

[64] Tak np. G. Bieniek, *Glosa do uchwały Sądu Najwyższego z dnia 17 stycznia 2003 r.*, III CZP 79/02, Rejent 2003 nr 3, s. 130.

[65] Zob. G. Bieniek, *Z problematyki stosowania art. 49 Kodeksu cywilnego*, LEX nr 46275.

Jeszcze inni komentatorzy mówią w tym przypadku o administracyjnoprawnym ograniczeniu właściciela lub użytkownika wieczystego nieruchomości w zakresie prawa korzystania z nieruchomości, uznając za błędne stosowanie konstrukcji jakiejkolwiek służebności do niniejszego przepisu[66]. Zgodnie z tym poglądem przedsiębiorca uzyskuje osobiste prawo do korzystania z cudzej nieruchomości. Pewną wskazówką interpretacyjną jest tutaj również art. 124 ust. 7 u.g.n., który nakazuje dokonanie wpisu ograniczenia korzystania z nieruchomości do księgi wieczystej. Wpis zostaje dokonany w dziale III księgi wieczystej, który obejmuje ograniczone prawa rzeczowe (z wyjątkiem hipoteki), ograniczenie w rozporządzaniu nieruchomością lub użytkowaniem wieczystym oraz inne prawa i roszczenia (za wyjątkiem roszczeń dotyczących hipoteki). Co istotne, wpis do księgi wieczystej zostaje dokonany zarówno wówczas, gdy ograniczenie wynika z decyzji starosty, jak również w przypadku, gdy ograniczenie następuje w wyniku umowy zawartej pomiędzy zainteresowanymi stronami[67]. Niezależnie od tego, czy ograniczenie zostało dokonane na mocy decyzji starosty, czy na mocy umowy pomiędzy stronami, ma ono zastosowanie również do następców prawnych właściciela nieruchomości. Ograniczenie w korzystaniu z nieruchomości będzie się także rozciągało na osoby inne niż właściciel i osoby, które zostały wyszczególnione w przepisach art. 124 i 127 u.g.n., ale również na osoby, którym przysługuje np. służebność drogi koniecznej lub służebność osobista[68].

Jednym z problemów pojawiających się na gruncie stosowania art. 124 u.g.n. jest kwestia możliwości jego zastosowania w przypadku, gdy urządzenia przesyłowe zostały już na nieruchomości wybudowane, na przykład, gdy właścicielem nieruchomości była inna osoba. Naczelny Sąd Administracyjny w wyroku z dnia 18 marca 2005 r., OSK 1216/04[69] odmówił takiej możliwości, uznając, że z istoty tego przepisu wynika możliwość wydania zezwolenia na zakładanie i przeprowadzanie urządzeń przesyłowych przed rozpoczęciem na danej nieruchomości konkretnego procesu inwestycyjnego. Zatem wydanie zezwolenia po rozpoczęciu robót budowlanych, a tym bardziej po ich zakończeniu jest niedopuszczalne. Jest to różnica w porównaniu do art. 305^1 k.c., który można zastosować również w przypadku, gdy urządzenia przesyłowe zostały już na nieruchomości wybudowane.

Innym problemem jest kwestia relacji art. 124 u.g.n. do stosowanej przez sądy interpretacji umożliwiającej stosowanie analogii z art. 145 k.c. W wyroku z dnia 21 maja 2002 r., III CZP 27/02[70] Sąd Najwyższy orzekł, że przepis art. 124 ust. 1 u.g.n. w stanie faktycznym objętym jego hipotezą wyłącza stosowanie przez analogię art. 145 k.c., natomiast w uzasadnieniu do wyroku, odnosząc się już do innego problemu, stwierdził, że prezentowany w piśmiennictwie pogląd, że podmiotami uprawnionymi do uzyskania zezwolenia, o jakim mowa w art. 124 u.g.n., mogą być – oprócz jednostek samorządu terytorialnego – wyłącznie

[66] Zob. E. Gniewek, *Glosa do uchwały Sądu Najwyższego z dnia 17 stycznia 2003 r.*, III CZP 79/02, Rejent 2003, nr 5, s. 149.

[67] *Ibidem.*

[68] Zob. Ł. Gruszczyńska, *Ograniczenie prawa własności na podstawie art. 124 u.g.n.*, „Rejent" 2001, nr 6, poz. 66.

[69] LEX nr 176112.

[70] OSNC 2003, nr 5, poz. 67; Biul. SN 2002, nr 10; Prok. i Pr. 2002, nr 11; M. Prawn. 2003, nr 9.

zakłady i przedsiębiorstwa użyteczności publicznej, nie znajduje uzasadnienia. Przeciwko niemu przemawia nie tylko wyraźne brzmienie art. 124 ust. 2, w którym nie sposób doszukać się sugerowanych obostrzeń, ale także argumenty pragmatyczne i celowościowe.

W związku z obowiązywaniem przepisu art. 124 u.g.n. w doktrynie pojawiły się głosy twierdzące, że art. 305^2 k.c. jest zbędny. Uzasadniając tą tezę, wskazano, że urządzenia przesyłowe służą w istocie interesom publicznym. Zatem w przypadku odmówienia zawarcia umowy o ustanowienie służebności przesyłu, możliwość ograniczenia własności nieruchomości w drodze decyzji administracyjnej jest wystarczającym środkiem przymusu wobec właściciela nieruchomości odmawiającego zawarcia umowy o ustanowienie służebności przesyłu[71].

Jednak z drugiej strony należy zauważyć, że niezbędnym warunkiem wydania zezwolenia, o którym mowa w art. 124 ust. 1 u.g.n. jest to, aby założenie urządzeń następowało zgodnie z decyzją o warunkach zabudowy i zagospodarowaniem terenu, a ponadto ograniczenie własności lub innych praw na nieruchomości może odnosić się tylko do nieruchomości położonych na obszarach przeznaczonych w planach miejscowych na cele publiczne[72]. Ponadto nowe przepisy Kodeksu cywilnego o służebności przesyłu obejmują również przypadki tzw. zaszłości, czyli sytuacje, w których urządzenia przesyłowe zostały wybudowane w przeszłości i których stan prawny jest niejasny. Stanowią one nadal duży problem, który można rozwiązać tylko w drodze stosowania przepisów o służebności przesyłu, gdyż art. 124 u.g.n. nie daje takiej możliwości.

W piśmiennictwie pojawiły się również głosy próbujące zaadaptować do nowego problemu starą tezę Sądu Najwyższego, zgodnie z którą przepis art. 124 ust. 1 u.g.n., w stanie faktycznym objętym jego hipotezą, wyłącza stosowanie przez analogię przepisu art. 145 k.c.73 Argumentowano, że stosując to samo rozumowanie, można przyjąć, że w przypadku ewentualnej kolizji art. 124 u.g.n. z przepisami o służebności przesyłu należy stosować art. 124 u.g.n.[74] Jeszcze inny pogląd w tej sprawie przyznaje prymat konstrukcji cywilnoprawnych do uzyskiwania przez przedsiębiorcę przesyłowego tytułu prawnego do cudzej nieruchomości[75].

W czasie prac nad ustawą wprowadzającą służebność przesyłu, jak również w artykułach[76] komentujących uchwaloną już ustawę zwracano również uwagę na sytuację, w której właściciel nieruchomości odmówi przedsiębiorstwu przesyłowemu wstępu na swoją nieruchomość. W takim przypadku podmiot uprawniony z tytułu służebności przesyłu będzie mógł jedynie domagać się respektowania swych praw na drodze postępowania sądowego, co zdaniem komentatorów oznacza brak możliwości usunięcia awarii w krótkim czasie. Jednoczenie obowiązek wynikający z art. 124 ust. 6 u.g.n. podlega egzekucji administracyjnej, dzięki czemu w przypadku stosowania tych przepisów możliwe będzie względnie

[71] Zob. K. Zawada, *Roszczenia o przeniesienie własności urządzeń przesyłowych, służebność przesyłu oraz zadośćuczynienie pieniężne za krzywdę w świetle projektowanej nowelizacji Kodeksu cywilnego*, KPP Rok XVI: 2007 z. 3 s. 839.

[72] Zob. G. Bieniek, *Glosa do uchwały SN z dnia 17 stycznia 2003 r.*, III CZP 79/02, Rejent 2003 nr 3, s. 130.

[73] Zob. wyrok SN z dnia 21 maja 2002 roku, III CZP 27/02, OSNC 2003 nr 5, poz. 67, LEX nr 55489.

[74] Zob. M. Olczyk, *Komentarz do art.305^4 k.c.* [w:] M. Olczyk, *Komentarz...*, LEX/el 2008.

[75] Zob. G. Bieniek, *Jeszcze w sprawie statusu prawnego urządzeń przesyłowych*, M. Prawn. 2008, nr 20.

[76] Zob. P. Wojnarski, *Służebność przesyłu: niedopracowana instytucja*, „Rzeczpospolita", 16 września 2008 r.

szybkie przystąpienie do naprawy urządzeń. Jednak należy zauważyć, że przepis art. 124 ust. 6 u.g.n. nie stanowi samoistnej podstawy do wydania decyzji obciążającej właściciela nieruchomości udostępnienia jej przedsiębiorcy przesyłowemu w celu usunięcia awarii lub dokonania konserwacji[77]. Art. 124 ust. 6 u.g.n. określa jedynie obowiązki właściciela nieruchomości, w stosunku do którego wydano decyzję na podstawie art. 124 ust. 1 u.g.n. Przyjęcie bowiem odmiennego stanowiska prowadziłoby do wniosku, że podmiot, który uzyskał decyzję z art. 124 ust. 1 u.g.n., w przypadku awarii musiałby starać się o wydanie kolejnej decyzji z art. 124 ust. 6 u.g.n., natomiast w przypadku awarii zastosowanie będzie miał art. 142 k.c., który umożliwia natychmiastowe jej usunięcie.

Reasumując rozważania zawarte w tym rozdziale, nie sposób zgodzić się z twierdzeniem, że wprowadzenie przepisów o służebności przesyłu jest dublowaniem przepisów art. 124 u.g.n. regulujących tę samą materię[78]. Pomijając już kwestię odmiennego od przepisów o służebności przesyłu charakteru ograniczenia z art. 124 u.g.n., który ma charakter administracyjnoprawny, nie rozwiązuje on problemu tzw. zaszłości, co było jednym z celów nowej regulacji. Z chwilą wejścia w życie przepisu art. 3052 k.c. możliwe stało się uregulowanie stosunków prawnych pomiędzy przedsiębiorcami przesyłowymi, którzy korzystali bez podstawy prawnej z urządzeń przesyłowych posadowionych na cudzych nieruchomościach, a właścicielami tych urządzeń. Ponadto kodeksowa regulacja służebności przesyłu umożliwia wystąpienie z roszczeniem do sądu o ustanowienie służebności przesyłu i ustanowienie z tego tytułu odpowiedniego wynagrodzenia dla właściciela obciążonej nieruchomości, co ma zasadnicze znaczenie dla pewności obrotu gospodarczego.

4. Podsumowanie

Po dokonaniu analizy przepisów prawnych, orzecznictwa i poglądów doktryny należy stwierdzić, że wprowadzenie do Kodeksu cywilnego przepisów o służebności przesyłu będzie miało pozytywny skutek dla zabezpieczenia interesów zarówno przedsiębiorców prowadzących działalność gospodarczą w zakresie dostarczania i odprowadzania wszelkiego rodzaju dóbr przyrody, jak również dla właścicieli nieruchomości, na których są posadowione urządzenia przesyłowe. Nowe przepisy w sposób jasny definiują nową instytucję oraz regulują wzajemne prawa i obowiązki przy ustanawianiu służebności przesyłu.

Za celowe i słuszne należy uznać wprowadzenie nowego rodzaju służebności, z odpowiednim stosowaniem przepisów o służebnościach gruntowych, podobnie jak miało to miejsce w przepisach Prawa rzeczowego z 1946 r. Pozytywnie należy również ocenić dążenie ustawodawcy do regulowania stosunków prawnych dotyczących urządzeń przesyłowych na gruncie prawa cywilnego, z pominięciem rozwiązań administracyjnoprawnych, w szczególności art. 124 u.g.n., który był swego rodzaju przepisem zastępczym w sytuacji

[77] Podobnie G. Bieniek, *Służebność przesyłu, czyli temat prawniczych dyskusji*, „Rzeczpospolita", 25 września 2008 r.

[78] Inaczej P. Moryc, *Za zaniedbania w przepisach o służebności przesyłu zapłacą firmy*, „Rzeczpospolita", 19 września 2008 r.; P. Wojnarski, *Służebność przesyłu: niedopracowana instytucja*, „Rzeczpospolita", 16 września 2008 r.

braku wykształconych instytucji prawnych regulujących kwestie majątkowe dotyczące służebności przesyłu i dużych potrzeb w tym zakresie.

Dużym problemem praktycznym jest obecnie kwestia tzw. zaszłości, czyli sytuacji, gdy urządzenia przesyłowe zostały zbudowane i przejęte przez przedsiębiorców lub gminy bez uregulowania tytułu prawnego do urządzeń, często bez umowy lub na podstawie przepisów prawnych, które zostały uchylone i są niedopuszczalne w państwie prawa. Często sytuacje te są tak skomplikowane, że nie sposób dojść, kto jest aktualnym właścicielem urządzeń przesyłowych, kto je wybudował i komu należy się ewentualne wynagrodzenie. Wprowadzenie przepisów o służebności przesyłu wychodzi naprzeciw tym problemom i daje przedsiębiorcom narzędzie do ustalenia tytułu prawnego do urządzeń przesyłowych. Dotychczasowym sposobem na ustalenie własności urządzeń przesyłowych powstałych ponad 30 lat temu było stosowanie przepisów o zasiedzeniu służebności przesyłu. Obecnie na podstawie przepisów o służebności przesyłu można żądać zawarcia odpowiedniej umowy, która będzie regulowała kwestie tego typu.

Aneta Makowiec[1]

Dopuszczalność zastępczego macierzyństwa w prawie polskim – rozważania *de lege lata* i *de lege ferenda*

1. Wstęp

Problematyka zastępczego macierzyństwa związana jest z zagadnieniem prokreacji wspomaganej, nie stanowi ona bezpośrednich unormowań na płaszczyźnie polskiego prawa cywilnego, karnego czy gospodarczego, nie jest więc wprost zakazana.

Jak możemy przeczytać w artykule Anity Anders pt.: *Brzuch do wynajęcia*, w czerwcu 2009 r. po raz pierwszy doszło w Polsce do sytuacji, kiedy zastępcza matka, która wcześniej przyjęła kwotę 30 tys. zł za wynajęcie brzucha, nie chciała oddać urodzonego dziecka[2]. Sprawa wstrząsnęła opinią publiczną i bardzo mocno ją podzieliła. Pojawiły się stanowiska przemawiające za pozostawieniem dziecka przy matce zastępczej, jak i przeciwne. W związku z brakiem prawnej regulacji powyższych kwestii coraz częściej nasuwają się liczne pytania. Czy umowy o zastępcze macierzyństwo na tle obecnie obowiązujących przepisów są ważne? Kogo należy chronić? Jak prawo powinno regulować takie kwestie?

Instytucja matki zastępczej jest legalna i uregulowana w wielu krajach europejskich, takich jak Gracja, Belgia, Wielka Brytania. Jednak część krajów uznało zastępcze macierzyństwo za nieetyczne i prawnie zakazało korzystania z usług surogatek, np. we Francji na mocy przyjętej w 1994 roku ustawy bioetycznej.

Jak pisze Kazimierz Piasecki w Komentarzu do polskiego Kodeksu rodzinnego i opiekuńczego: „Brak bezpośredniej regulacji kwestii macierzyństwa wynika z istniejącej na ogół pewności tego stosunku prawnego opartego na fakcie urodzenia”[3]. Jednak tę pewność osłabiają

---

1 Studentka prawa na WPiA UJ.

2 A. Anders, *Brzuch do wynajęcia*, strona internetowa: http://www.mamazone.pl/artykuly/mamy-glos/czytelnia/2009/brzuch-do-wynajecia.aspx, [9.07.2010].

3 K. Piasecki, [w:] *Kodeks rodzinny i opiekuńczy. Komentarz*, red. K. Piasecki, Warszawa 2009, s. 626.

możliwości współczesnej medycyny polegające na zapłodnieniu poza organizmem kobiety gamet niepochodzących z jej organizmu, w wyniku czego rodzi ona genetycznie nie swoje dziecko. Na tym tle mogą pojawić się spory, która z kobiet jest matką urodzonego dziecka.

2. Wyjaśnienie znaczenia terminu *zastępcze macierzyństwo*

Pod pojęciem zastępczego macierzyństwa należy rozumieć sytuację, w której kobieta zachodzi w ciążę i rodzi dziecko nie mając zamiaru jego wychowania, opieki nad nim czy przejęcia za niego odpowiedzialności rodzicielskiej. Na mocy zawartej przed poczęciem dziecka umowy zobowiązuje się po porodzie lub w niedługim czasie po nim oddać nowo narodzone dziecko innej kobiecie lub małżeństwu[4], które zostanie nazwane w niniejszej pracy: „rodzicami socjologicznymi". Istotą macierzyństwa zastępczego jest to, iż kobieta wykorzystuje swoje możliwości prokreacyjne i wyraża zgodę na łączne spełnienie trzech warunków: implantacji do swojego łona embrionu powstałego wskutek pozaustrojowego zapłodnienia komórki jajowej pochodzącej od innej kobiety nasieniem męża tej drugiej kobiety (jest to jedna z możliwości), urodzenia dziecka oraz oddania dziecka rodzicom socjologicznym[5]. Celem umowy jest natomiast urodzenie dziecka dla innej osoby.

Reasumując, można stwierdzić, że zastępcze macierzyństwo polega na: „wynajęciu łona innej kobiety, która donosi ciążę i po urodzeniu odda dziecko innej kobiecie, najczęściej matce genetycznej, tj. tej, od której pochodzi jajo zapłodnione nasieniem męża. Dziecko pochodzi wtedy genetycznie od małżonków, ale biologiczną matką jest kobieta, która dziecko urodziła – matka zastępcza. Dziecko może być też poczęte z komórki jajowej matki zastępczej i z nasienia męża kobiety bezpłodnej"[6]. Należy podkreślić, że jest to złożony proces i może wchodzić w grę kombinacja różnych metod, np. zapłodnienie *in vivo,* czyli zabieg inseminacji (unasienienia) polegający na zewnętrznym wprowadzeniu nasienia mężczyzny do narządów rodnych kobiety[7], sztuczna inseminacja, zapłodnienie *in vitro* (pozaustrojowe)[8] czy transfer embrionalny polegający na tzw. przepłukaniu macicy[9]. Kobieta zwana matką zastępczą lub surogatką może zostać sztucznie zapłodniona cudzym nasieniem, będziemy wtedy mieli do czynienia z tzw. zapłodnieniem wewnątrzustrojowym. W takiej sytuacji matka zastępcza będzie równocześnie matką biologiczną i genetyczną, gdyż oddaje swoją komórkę jajową. Istnieje również możliwość, że dziecko nie będzie miało żadnego związku genetycznego z rodzicami socjologicznymi, np. wtedy gdy zostaną wykorzystane gamety pochodzące od matki zastępczej i od dawcy niebędącego jednym z rodziców socjologicznych. Możliwa jest także taka sytuacja, kiedy rola matki zastępczej ogranicza się jedynie do umożliwienia rozwoju embrionu, który powstał na

4 M. Nesterowicz, *Prokreacja medycznie wspomagana i inżynieria genetyczna – konieczność regulacji prawnych*, Prawo i Medycyna, strona internetowa: http://www.prawoimedycyna.pl/index.php?str=artykul&id=133, [9.07.2010].

5 M. Działyńska, *Problematyka prawna macierzyństwa zastępczego*, [w:] *Wspomagana prokreacja ludzka. Zagadnienia legislacyjne,* red. T. Smyczyński, Poznań 1996, s. 114.

6 T. Szymczyński, *System Prawa Prywatnego, Tom 12 – Prawo rodzinne i opiekuńcze*, red T. Smyczyński, Warszawa 2003, s. 213.

7 K. Szewczyk, *Bioetyka. Medycyna na granicach życia*, Warszawa 2009, s. 187.

8 H. Bartel, *Embriologia*, Warszawa 2007, s. 87.

9 M. Safjan, *Prawne problemy ludzkiej prokreacji*, [w:] *Prawne problemy ludzkiej prokreacji*, red. W. Lang, Toruń 2002, s. 292.

skutek zapłodnienia komórki jajowej innej kobiety niż matka zastępcza, np. w wyniku zapłodnienia pozaustrojowego i implantacji embrionu do ustroju matki zastępczej bądź na skutek tzw. transferu embrionalnego. Jeżeli chodzi o ojcostwo dziecka narodzonego z wykorzystaniem matki zastępczej, istnieją dwie możliwości: dawcą nasienia i zarazem ojcem biologicznym może być mężczyzna, który chce uzyskać prawa do narodzonego dziecka, tzw. ojciec socjologiczny, lub może to być osoba trzecia, anonimowy dawca[10].

Na tle powyższych rozważań można wyróżnić pełne macierzyństwo, które zachodzi wtedy, gdy para pragnąca mieć dziecko dostarcza matce zastępczej materiał genetyczny w postaci zapłodnionego *in vitro* embrionu lub embrionu przekazanego w drodze transferu. Natomiast z częściowym macierzyństwem mamy do czynienia wtedy, gdy matka zastępcza zostaje zapłodniona nasieniem mężczyzny, który chce być ojcem[11].

Wśród najczęstszych przyczyn prowadzących do zawierania umów o zastępcze macierzyństwo można wyróżnić sytuację, w których dawczyni poszukuje matki zastępczej, zwanej też surogatką, gdy sama z różnych względów nie może zajść w ciążę, donosić ciąży lub urodzić dziecka.

Termin „macierzyństwo zastępcze" nie pojawia się w ustawodawstwie polskim, natomiast w literaturze prawniczej jest używany w wyżej wymienionym znaczeniu.

3. Charakter prawny umowy o zastępcze macierzyństwo

Umowę o zastępcze macierzyństwo należy umiejscowić wśród umów nienazwanych (*contractus innominatus*), gdyż treść tej umowy nie jest przewidziana przez żadną z postaci umów nazwanych. W przypadku umów nienazwanych strony mogą w granicach wyznaczonych prawem wypełnić ich treść danymi postanowieniami. Umowy nazwane natomiast tym różnią się od umów nienazwanych, że ich *essentialia negoti* są objęte przepisami ustawy, choćby mającymi charakter dyspozytywny, tej cechy nie można jednak przypisać umowom, którym poświęcona jest niniejsza praca. Jak wskazuje się w literaturze przedmiotu, umowy takie powstają w celu zaspokojenia zindywidualizowanych i nowych potrzeb. Dopuszczalność stosowania umów nienazwanych w naszym porządku prawnym wynika z zasady swobody umów[12]. O dopuszczalności umów o zastępcze macierzyństwo mowa będzie w dalszej części pracy.

Zarówno w umowie o zastępcze macierzyństwo, jak i w każdym stosunku prawnym można wyróżnić trzy elementy:

a) podmioty, między którymi istnieje stosunek prawny,
b) przedmiot,
c) treść stosunku prawnego.

[10] M. Soniewicka, *Dylematy zastępczego macierzyństwa*, strona internetowa: http://www.ptb.org.pl/pdf/soniewicka_macierzynstwo_1.pdf, [28.06.2010].

[11] M. Safjan, *Prawne...*, *op. cit.*, s. 293.

[12] W. Czachórski, A. Brzozowski, M. Safjan, E. Skowrońska-Bocian, *Zobowiązania. Zarys wykładu*, Warszawa 2007, s. 147-148.

Ad. a)

Mając na uwadze to, że podmiotem uprawnionym w zobowiązaniu jest wierzyciel, należy wskazać, że będzie tutaj chodziło o osobę bądź osoby, które chcą uzyskać prawa do urodzonego dziecka, występujące jako strony zamawiające, natomiast jako podmiot zobowiązany (dłużnika) należy wskazać matkę zastępczą. Świadczenie ma miejsce między tymi dwoma stronami umowy[13].

Ad. b)

Istotną kwestią związaną z umową o zastępcze macierzyństwo jest ustalenie, co jest przedmiotem tej umowy: czy będzie to dziecko, urodzenie dziecka czy usługa polegająca na użyczeniu ciała surogatki zobowiązującej się nosić dziecko w swym łonie przez 9 miesięcy oraz urodzić je dla zamawiających.

Jeżeli przyjęlibyśmy, że przedmiotem umowy jest dziecko, należałoby z tego wysnuć wniosek, że zawierana umowa jest umową sprzedaży dziecka. W związku z nowelizacją Kodeksu karnego z dnia 20 maja 2010 r. uchylony został art. 253, który odnosił się do handlu ludźmi; w jego miejsce dodano art. 189a, który stanowi, że: „Kto dopuszcza się handlu ludźmi, podlega karze pozbawienia wolności na czas nie krótszy od lat 3". Penalizacji podlega również przygotowanie do popełnienia przestępstwa, które zagrożone jest karą od 3 miesięcy pozbawienia wolności do lat 5. Termin „dopuszcza się handlu ludźmi" odnosi się do „dokonywania transakcji handlowych, której przedmiotem jest człowiek traktowany jako towar (tzw. handel żywym towarem)"[14]. Przedmiotem ochrony jest w tym wypadku wolność i godność człowieka[15]. Penalizacji podlegają transakcje handlowe, których przedmiotem jest człowiek traktowany jak towar. Realizacja znamienia czasownikowego oznacza umyślne dokonanie czynności cywilnoprawnej polegającej np. na: kupnie, sprzedaży, zamianie, użyczeniu.[16] Podobne uregulowania zabraniające handlu dziećmi znajdują się w Konwencji o prawach dziecka podpisanej w Nowym Jorku dnia 20 listopada 1989 r. Art. 35 Konwencji stanowi, że: „Państwa-Strony będą podejmowały wszelkie kroki o zasięgu krajowym, dwustronnym oraz wielostronnym dla przeciwdziałania uprowadzeniom, sprzedaży bądź handlowi dziećmi, dokonywanych dla jakichkolwiek celów i w jakiejkolwiek formie"[17]. Przez wzgląd na powyżej przytoczone argumenty należy odrzucić tę koncepcję. Wątpliwości co do zbrodniczego charakteru umowy mogą powstać wówczas, gdy kobieta mająca urodzić dziecko zawiera umowę z zamawiającymi, zobowiązując się po urodzeniu dziecka wyrazić zgodę na jego adopcję przez zamawiających, zazwyczaj czy też prawie zawsze odpłatnie. Takie umowy niekoniecznie spełniać

---

[13] *Ibidem*, s. 49-51.

[14] A. Fronczak, *Odpowiedź podsekretarza stanu w Ministerstwie Zdrowia – z upoważnienia prezesa Rady Ministrów - na interpelację nr 3165 w sprawie macierzyństwa zastępczego, dnia 25.06.2008 r.*, strona internetowa: http://orka2.sejm.gov.pl/IZ6.nsf/main/3A6473C4 [9.07.2010].

[15] A. Krajewska, *Pojęcie godności w prawie europejskim i porządkach krajowych w kontekście rozwoju biomedycyny*, Problemy Współczesnego Prawa Międzynarodowego, Europejskiego i Porównawczego, vol. IV, A.D. MMVI, strona internetowa: http://www.europeistyka.uj.edu.pl/upload/109_ea4b_121-145_krajewska.pdf [9.07.2010].

[16] A. Zoll, *Kodeks karny, .część szczególna. Komentarz,* wyd. 2, Zakamycze 2006 r., s. 1352.

[17] Konwencja o Prawach Dziecka z dnia 20 listopada 1989 r., (Dz.U. z 1991, Nr 120, poz. 526).

będą znamiona przestępstwa określonego w art. 253 § 1 lub § 2 k.k. Innym problemem jest natomiast kwestia ważności takiej umowy z punktu widzenia prawa cywilnego (art. 58 § 2 k.c.). Można zastanowić się, czy umowy takie w każdym przypadku uznać należy za sprzeczne z zasadami współżycia społecznego, czy też zależy to od konkretnych okoliczności danego przypadku. Czy za sprzeczną z tymi zasadami uznać należałoby umowę, zgodnie z którą kobieta mająca urodzić niechciane dziecko, nie mając możliwości zapewnienia mu jakichkolwiek ludzkich warunków utrzymania i wychowania, umawia się na adopcję z małżonkami, którzy mają już swoje dzieci i są w stanie zapewnić rozwój dziecka w warunkach szczęśliwej rodziny?

Kolejno należy rozważyć, czy jako przedmiot umowy można uznać usługę związaną z udostępnieniem ciała przez surogatkę. W tej płaszczyźnie należy rozpatrzyć kwestię wypożyczenia ciała przez matkę zastępczą oraz użyczenia ciała[18]. Nie są to pojęcia tożsame. Trzeba jednoznacznie stwierdzić, że usługą oferowaną przez matkę zastępczą nie jest wypożyczenie jej ciała. Poprzez wypożyczenie należy rozumieć: „udostępnienie coś komuś na jakiś czas"[19], chodzi w tym wypadku o sytuację czerpania korzyści z dysponowania własnym ciałem, np. o prostytucję. Również nie będzie to użyczenie ciała, gdyż pod tym pojęciem kryje się sytuacja, kiedy użyczający zobowiązuje się oddać własne ciało w celu wyhodowania i transplantacji organów. Celem umowy o zastępcze macierzyństwo jest urodzenie dziecka, a nie wytworzenie jakiegoś dobra, np. organów czy chwilowe udostępnienie ciała. Jest to całkowite zaangażowanie organizmu kobiety przez 9 miesięcy[20]. Płynie stąd wniosek, że będzie to usługa polegająca na udostępnieniu na okres ciąży ciała przez surogatkę, będąca jednak czymś więcej, czymś niedefiniowalnym poprzez pojęcia wypożyczenia czy użyczenia. Z usługą świadczoną przez matkę zastępczą łączy się również zrzeczenie się przez nią praw rodzicielskich. Dziecko natomiast będzie jedynie pośrednio przedmiotem tej umowy. Argumentem przemawiającym za tym stanowiskiem jest zasada ochrony wolności wyrażona w art. 31 ust. 1 Konstytucji, z której można wywieść wolność dysponowania swoim ciałem oraz wolność dysponowania możliwościami prokreacyjnymi. Z zasady ochrony prywatności (art. 47 Konstytucji) wynika prawo do ochrony przed ingerencją w życie osobiste, w tym też w decyzje związane z prokreacją. Nie sposób wspomnieć także o zasadzie swobody umów polegającej na przyznaniu podmiotom prawnym ogólnej możliwości zawierania i kształtowania treści umów w granicach zakreślonych przez prawo. Na swobodę umów składają się cztery elementy:

1. swoboda w zawieraniu umowy,
2. swoboda w wyborze kontrahenta,
3. swoboda w kształtowaniu treści umowy,
4. swoboda w wyborze formy zawarcia umowy.

[18] J. Holocher, M. Soniewicka, *Analiza prawna umowy o zastępcze macierzyństwo*, Prawo i medycyna 2009, nr 3, s. 47.

[19] Wydawnictwo Naukowe PWN SA, strona internetowa: http://sjp.pwn.pl/haslo.php?id=2540270, [6.07.2010].

[20] J. Holocher, M. Soniewicka, *Analiza...*, *op. cit*, s. 47.

Swoboda umów jest wszakże zasadą prawa zobowiązań, nie zaś prawa cywilnego jako całości. Wskazuje na to nie tylko wielowiekowa tradycja, ale także wykładnia systemowa. Art. 353^1 k.c. jest bowiem przepisem części ogólnej *Zobowiązań*, a nie *Części ogólnej* Kodeksu cywilnego. W innych działach prawa cywilnego: w prawie rzeczowym, spadkowym, rodzinnym, na gruncie ustaw szczególnych, swoboda umów jest co najmniej poważnie ograniczona i zasada bywa odwrotna, tzn. strony mogą kształtować stosunki prawne w drodze umowy tylko wówczas i tylko o tyle, o ile ustawa wyraźnie na to zezwala. Powołanie się na zasadę swobody umów w odniesieniu do omawianej tutaj kategorii kontraktów wymaga najpierw zakwalifikowania tych umów do kategorii umów obligacyjnych – i takimi istotnie one są. Ich celem i skutkiem nie jest bowiem ukształtowanie ani zniesienie jakiegokolwiek istniejącego stosunku prawnego, nie prowadzą też do powstania jakichkolwiek bezpośrednich skutków w sferze stanu cywilnego dziecka i jego matki: ten bowiem określony jest jednoznacznie dyspozycją przepisu art. 61^9 k.r.o. Gdyby uznać je za ważne, to ich skutkiem byłoby powstanie wzajemnych zobowiązań pomiędzy zamawiającym/zamawiającymi a kobietą, która dziecko urodzi.

Należy jednak wyżej wymienione zasady zestawić z zasadą ochrony dobra dziecka oraz dobra rodziny. Dobro dziecka należy utożsamiać z ustabilizowanymi, jasnymi relacjami rodzinnymi od chwili narodzin[21]. Celem norm prawnych i regulacji ustawowych jest dążenie do zapewnienia stabilnych relacji rodzinnych, które z kolei może zaburzać w znaczący sposób świadczenie usług związanych z zastępczym macierzyństwem. Dochodzi bowiem wtedy do rozdzielenia macierzyństwa biologicznego z genetycznym. Pojawiającym się na tym tle problemem jest tożsamość genetyczna dziecka, gdyż w kwestiach dotyczących stanu cywilnego oraz więzów pokrewieństwa odnajdujemy regulacje ustawowe.

Żadna z koncepcji nie wydaje się być w stu procentach słuszna. Biorąc jednak pod uwagę powyższe rozważania, należałoby przyjąć, że w niektórych przypadkach, przy dogłębnym zbadaniu konkretnego przypadku determinowanego właściwymi dla niego okolicznościami towarzyszącymi, jedynie możliwym do zaakceptowania wydaje się być uznanie za przedmiot umowy o zastępcze macierzyństwo usług ciążowych. Przemawiają za tym powyżej wymienione zasady: ochrony wolności i prywatności. Nie sposób jednak nie zaznaczyć w tym miejscu, że w każdym przypadku należy ważyć interesy stron umowy oraz dobra dziecka.

Ad. c)

Ustalenie treści zobowiązania wymaga analizy konkretnego stosunku zobowiązaniowego. Powinno z niego wynikać, do czego zobowiązują się strony, aby wypełnić treść wiążącego je stosunku prawnego[22]. Treścią zobowiązania są uprawnienia wierzyciela i odpowiadające im obowiązki dłużnika[23]. Umowa o zastępcze macierzyństwo sprowadza się do zobowiązania jednej strony (surogatki) do zajścia w ciążę oraz przekazania po porodzie dziecka zamawiającym rodzicom socjologicznym oraz zrzeczenia się praw rodzicielskich.

[21] M. Soniewicka, *Dylematy...*, *op. cit.*

[22] W.Czachórski, A. Brzozowski, M.Safjan, E. Skowrońska-Bocian, *Zobowiązania...*, *op. cit.*, s. 53.

[23] T. Wiśniewski, *Komentarz do Kodeksu cywilnego*, Tom I, red. G. Bieniek, Warszawa 2006, s. 17.

Prawa rodzicielskie, przez które należy rozumieć władzę rodzicielską (art. 92, 95 i nast. k.r.o.) oraz uprawnienie do reprezentowania dziecka (art. 98 k.r.o.) przysługują z mocy prawa obojgu rodzicom (art. 93 k.r.o.) i nie można ich się po prostu zrzec tak jak prawa majątkowego. Prawa rodzicielskie można utracić jedynie w wyniku orzeczenia sądu lub braku zdolności do czynności prawnych (art. 94, 111, 112 k.r.o.). Pisząc zatem o zrzeczeniu się praw rodzicielskich, mamy na myśli zgodę na przysposobienie dziecka w przyszłości bez wskazania osoby przysposabiającej (art. 118, 119 k.r.o.) albo/i zobowiązanie matki dziecka (surogatki) do wszelkich innych form współdziałania z zamawiającymi w celu prawnego ustalenia ich praw rodzicielskich do dziecka.

Druga strona zobowiązuje się do zapłaty określonej sumy pieniężnej, rzeczy lub określonego świadczenia (zdarzają się też wypadki, kiedy umowa ma charakter nieodpłatny, na zasadach niekomercyjnych lub altruistycznych, np. siostra bliźniaczka zgadza się urodzić dziecko niemogącej mieć dzieci siostrze) oraz odbioru dziecka. Umowa ta może również zawierać dodatkowe postanowienia regulujące np. kwestie dotyczące okresu ciąży (odpowiedniego odżywania się, ćwiczeń, badań, wizyt lekarskich). Może również przewidywać dodatkowe świadczenia stron.

Stosunek prawny między rodzicami a matką zastępczą powstaje w wyniku zawarcia umowy poprzez złożenie zgodnych oświadczeń woli wolnych od wad. Obie strony umowy muszą działać swobodnie, świadomie, w sposób wolny od błędów, podstępu czy groźby. Należy również zaznaczyć, że więź prawna powstająca pomiędzy surogatką a rodzicami socjologicznymi ma charakter względy. Płynie stąd wniosek, że zobowiązanie jest skuteczne *inter partes* – jedynie pomiędzy stronami stosunku prawnego[24].

W zawarciu umowy mogą pośredniczyć osoby trzecie, np. powstałe w tym celu firmy pośrednictwa działające w charakterze odpłatnym lub nieodpłatnym z zastrzeżeniem, iż sposób ich działania nie spełnia znamion przestępstwa z art. 253 § 2 k.k.

Należy również zauważyć, że możliwe są 2 rodzaje umowy o zastępcze macierzyństwo. Pierwszy z nich przewiduje możliwość zawarcia w umowie o zastępcze macierzyństwo zobowiązania zastępczej matki do wyrażenia zgody na przysposobienie dziecka po jego narodzinach przy jednoczesnym zobowiązaniu rodziców socjologicznych do wystąpienia z wnioskiem o przysposobienie tego dziecka oraz do spełnienia na rzecz matki zastępczej określonych świadczeń. Inną formą umowy o zastępcze macierzyństwo może być umowa warunkowa pod warunkiem zawieszającym. Przyszłym i niepewnym zdarzeniem będzie w tym wypadku fakt urodzenia dziecka. Umowa zawierałaby wtedy przyrzeczenie świadczenia na rzecz zastępczej matki, o ile wyraziłaby ona zgodę na przysposobienie dziecka przez rodziców socjologicznych, z drugiej zaś strony przyrzeczenie ponoszenia kosztów utrzymania i wychowania dziecka przez rodziców socjologicznych, o ile przysposobienie dziecka nie doszłoby do skutku z powodu wycofania się małżonków albo z powodu negatywnej decyzji sądu rodzinnego w tej sprawie.

[24] W. Czachórski, A. Brzozowski, M. Safjan, E. Skowrońska-Bocian, *Zobowiązania…*, *op. cit.*, s. 57.

4. Macierzyństwo

Z kwestią umowy o zastępcze macierzyństwo związane jest zagadnienie powództwa o ustalenie i zaprzeczenie macierzyństwa. Macierzyństwo jest stosunkiem prawnym pomiędzy matką a dzieckiem. Macierzyństwo odnosi się do konkretnego dziecka, którego tożsamość powinna być ściśle określona. Przyjęta regulacja prawna jest w zasadzie oparta na podobnej koncepcji co rzymska zasada *Mater semper certa est* – matka jest zawsze pewna, macierzyństwa nie trzeba dowodzić[25]. Płynie stąd wniosek, że matką dziecka jest zawsze kobieta, która je urodziła. Nie ma znaczenia, czy ojcem dziecka jest jej mąż, czy inny mężczyzna. Nie odgrywają też roli takie czynniki jak to, czy zapłodnienie nastąpiło w wyniku sztucznego zapłodnienia, czy nasieniem pochodzącym z banku nasienia, czy pochodzącym od kilku mężczyzn[26].

Podstawę prawną określenia stosunków pomiędzy matką a dzieckiem stanowią dane zawarte w akcie urodzenia, który jest aktem stanu cywilnego, tworzonym i przechowywanym przez urząd stanu cywilnego właściwy ze względu na miejsce urodzenia dziecka. Fakt urodzenia dziecka trzeba zgłosić do 14 dni od momentu urodzenia. Należy z tego wnioskować, że o macierzyństwie decyduje urodzenie dziecka, co z kolei potwierdza informacja zamieszczona w akcie urodzenia[27]. Z tą kwestią wiąże się ustalenie pochodzenia dziecka, które z kolei wpływa na jego stan cywilny. Stan cywilny człowieka jest niepodzielny, co oznacza, że matką dziecka może być jedna kobieta, a ojcem jeden mężczyzna. Wskazuje on pochodzenie od określonych rodziców, ma również charakter bezwzględny, gdyż skutkuje *erga omnes*. W sytuacji, kiedy dochodzi do rozejścia się macierzyństwa biologicznego z genetycznym, kwestia ta przestaje być taka klarowna[28]. Należy zauważyć, że w obowiązującym stanie prawnym zmiany stanu cywilnego nie można dokonać na podstawie umowy, a jedynie w następstwie zaprzeczenia macierzyństwa przez kobietę wpisaną w akcie urodzenia jako matka dziecka. Wtedy to sąd decyduje o macierzyństwie innej kobiety[29]. W tym miejscu należy również wspomnieć o regulacjach zawartych w Europejskiej konwencji o statusie prawnym dziecka pozamałżeńskiego[30], sporządzonej w Strasburgu 15 października 1975 r. Art. 2 rzeczonej konwencji stanowi, że pochodzenie dziecka pozamałżeńskiego od matki ustala się wyłącznie na podstawie faktu urodzenia. W oficjalnym komentarzu do art. 2 konwencji ustalono, że zasadą jest to, że automatycznie na podstawie aktu urodzenia ustala się pochodzenie dziecka od matki. Tylko w wyjątkowych wypadkach, np. wtedy gdy matka jest nieznana,

[25] J. Strzebińczyk, *Prawo rodzinne*, Kraków 2003, s. 262.
[26] K. Piasecki, *Kodeks...*, *op. cit.*, s. 627.
[27] A. Czajkowska, E. Pachniewska [w:] A. Czajkowska, *Prawo o aktach stanu cywilnego. Komentarz. Orzecznictwo. Wzory dokumentów i pism*, Warszawa 2009, s. 89.
[28] M. Fras, D. Abłażewicz, *Reżim prawny macierzyństwa zastępczego na tle porównawczym*, Problemy Współczesnego Prawa Międzynarodowego, Europejskiego i Porównawczego, vol. VI, A.D. MMVIII, s. 32, strona internetowa: http://www.europeistyka.uj.edu.pl/upload/119_cc97_031-068_fras.pdf, [9.07.2010].
[29] K. Piasecki, *Kodeks...*, *op. cit.*, s. 633-635.
[30] Europejska Konwencja o statusie prawnym dziecka pozamałżeńskiego z dnia 15 października 1975 r., (Dz.U. z 1999, Nr 79, poz. 888).

macierzyństwo jest ustalone teoretycznie[31]. Płynie stąd wniosek, że umowy zawarte pomiędzy matką zastępczą a kobietą lub małżonkami, dla których ma zostać urodzone dziecko nie wpływają na ustalenie jego pochodzenia. Zawarta umowa nie może być podstawą roszczenia o ustalenie lub zaprzeczenie macierzyństwa. Stanowisko to potwierdza także brzmienie art. 61^9 k.r.o. stwierdzające jednoznacznie, że matką dziecka jest kobieta, która je urodziła. W ten sposób w powołanym przepisie została uregulowana kwestia powstania prawnego stosunku macierzyństwa, niezależna od kształtowania relacji pochodzenia zgodnie z pochodzeniem genetycznym[32].

5. Przysposobienie

Warto również przyjrzeć się regulacji instytucji przysposobienia w polskim prawie. Przepisy działu II Kodeksu rodzinnego i opiekuńczego regulują szczegółowo warunki i tryb przysposobienia. Jak wynika z brzmienia art. 119^2 k.r.o., nie jest możliwe wyrażenie zgody przez rodziców na przysposobienie dziecka wcześniej niż po upływie 6 tygodni od jego urodzenia[33]. Takie unormowanie wskazuje na niedopuszczalność wyrażenia zgody na adopcję dziecka przed jego urodzeniem, a nawet po jego narodzinach, jeżeli nie upłynął okres 6 tygodni od jego przyjścia na świat. Jak wcześniej wykazano, celem umowy o zastępcze macierzyństwo jest zrzeczenie się na przyszłość praw do wychowania i opieki nad dzieckiem, czyli wyrażenie zgody na adopcję. Taki zabieg w świetle powyższych uregulowań wydaje się być niedozwolony. Postawioną tezę potwierdza również fakt, że we współczesnych systemach prawnych nie występuje adopcja prenatalna, mimo że istnieją sytuacje, gdy prawo zezwala na zerwanie więzi pomiędzy matką biologiczną a dzieckiem. Dzieje się tak po urodzenia dziecka przy uwzględnieniu okoliczności danego przypadku i przede wszystkim dobra dziecka. Wśród przesłanek przysposobienia zawartych w art. 114 k.r.o. położono nacisk na dobro małoletniego[34]. Dobro dziecka jest decydującym kryterium, którym kieruje się sąd opiekuńczy. Potwierdza to również nadal aktualna teza orzeczenia SN z 15 września 1951 r., w którym wskazuje się, na jakie elementy powinien zwrócić uwagę sąd przy ocenie, czy przysposobienie jest zgodne z dobrem dziecka. Obok sytuacji materialnej przysposabiającego będzie to okoliczność, czy wychowanie dziecka przygotuje go lepiej do pracy dla dobra społeczeństwa, odpowiednio do jego uzdolnień oraz czy przeciwko przysposobieniu nie przemawiają więzy uczuciowe pomiędzy przysposabianym a jego dotychczasową rodziną[35]. Nie bez znaczenia pozostają wymagania stawiane przysposabiającemu wymienione w art. 114^1. Decyzje dotyczące prawa do dziecka, przez wzgląd na ich doniosłość, podejmowane są pod kontrolą władzy państwowej w ściśle określonej procedurze, po spełnieniu sprecyzowanych wymagań. Przysposobienie następuje przez orzeczenie sądu opiekuńczego,

[31] K. Piasecki, *Kodeks...*, *op. cit.*, s. 626.
[32] J. Holocher, M. Soniewicka, *Analiza...*, *op. cit.*, s. 49.
[33] *Kodeks rodzinny i opiekuńczy.*
[34] H. Ciepła, [w:] *Kodeks rodzinny i opiekuńczy. Komentarz*, red. K. Piasecki, Warszawa 2009, s. 841.
[35] SN (C 715/51, OSN 1953, nr II, poz. 37).

a wydane postanowienie stanowi podstawę do sporządzenia nowego aktu urodzenia dziecka przez Urząd Stanu Cywilnego.

O doniosłości i wadze norm regulujących adopcję w polskim porządku prawnym świadczy także regulacja zawarta w art. 253 § 2 k.k. stanowiąca o penalizacji adopcji dokonywanej w celu osiągnięcia korzyści majątkowej sprzecznej z przepisami Kodeksu rodzinnego i opiekuńczego. Wydaje się słuszna teza przemawiająca za tym, że osobą pociągniętą do odpowiedzialności karnej może być osoba zaangażowana w zastępcze macierzyństwo, jeżeli przy uwzględnieniu stanu faktycznego danej sprawy okazałoby się, że realizowała ona swoim zachowaniem znamiona czynu zabronionego opisanego w art. 253 § 2 k.k.[36]. Przez wzgląd na konieczność ścieśniającej interpretacji i zakazu stosowania analogii art. 253 § 2, że w obecnym stanie prawnym brak jest regulacji penalizujących w podobny sposób zawieranie umów o zastępcze macierzyństwo.

6. Dopuszczalność umów o zastępcze macierzyństwo *de lege lata*

Polskie prawo nie reguluje w żadnej ustawie umowy o zastępcze macierzyństwo, jak również nie zakazuje wprost zawierania takich umów. Pytanie o dopuszczalność takich umów zyskuje na aktualności zwłaszcza wtedy, gdy jedna ze stron odmawia jej wykonania, a strona poszkodowana występuje na drogę sądową w celu obrony swoich praw. Problematyka ta budzi zainteresowanie nie tylko w kręgu prawników, ale również wśród etyków i lekarzy.

6.1. Rozważania etyczne

Zdecydowanie negatywne stanowisko w omawianej kwestii prezentuje Kościół Katolicki. Kościół odrzuca wszelkie metody ingerencji człowieka w proces poczęcia dziecka odbiegający od naturalnego[37].

Dla omawianej problematyki istotne znaczenie ma etyczny wymiar pojęcia macierzyństwa i rodzicielstwa oraz refleksja nad wartościami, jakim ma służyć prokreacja. Bez wątpienia swoboda prokreacji służy powołaniu na świat dziecka, jednak nie można przyjąć, że jest to jej jedyny motyw. W głównej mierze chodzi o stworzenie relacji pomiędzy dzieckiem i rodzicami. Zarówno w okresie ciąży, jak i po porodzie wywiązuje się emocjonalno-uczuciowa więź o podłożu biologiczno-hormonalnym. Jednak jest to tylko etap prowadzący do stworzenia relacji miłości i odpowiedzialności. Uwidacznia to podstawowy cel prokreacji, jakim jest świadome urodzenie dziecka z zamiarem otoczenia go opieką i troską szczególnie ważną w pierwszych chwilach jego życia. Instytucja zastępczego macierzyństwa prowadzi do oddzielenia macierzyństwa genetycznego od biologicznego. Istotniejsze wydaje się jednak oddzielenie macierzyństwa biologicznego od etycznego aspektu odpowiedzialności

[36] Z. Wrona, *Odpowiedź podsekretarza stanu w Ministerstwie Sprawiedliwości – z upoważnienia ministra – na interpelację nr 6054 w sprawie tzw. zastępczych matek*, strona internetowa: http://orka2.sejm.gov.pl/IZ6.nsf/main/46ACAA48, [9.07.2010].

[37] M. Działyńska, *Problematyka...*, *op. cit.*, s.116.

za prokreację[38]. Strony celowo doprowadzają do sytuacji, w której matka zastępcza zrzeka się odpowiedzialności za dziecko i przekazuje ją rodzicom socjologicznym. Związane jest z tym powstawanie niejasnych sytuacji rodzinnych. Uwidacznia się to w przypadku, gdy matką dziecka jest jednocześnie jego babka – w sytuacji, gdy matka niemogącej mieć dzieci córki zgodziła się urodzić dla niej dziecko powstałe z połączenia materiału genetycznego jej i męża córki lub wtedy gdy dwie kobiety są równocześnie matkami – jedna z nich jest matką biologiczną, druga zaś socjologiczną. Z zastępczym macierzyństwem wiążą się również liczne zagrożenia, a wśród nich: zagrożenie uprzedmiotowienia dziecka, handlu dziećmi, komercjalizacji prokreacji, uprzedmiotowienia i wykorzystywania kobiet w celach reprodukcyjnych.

6.2. Rozważania prawne

W tym miejscu przyjrzyjmy się bliżej skutkom prawnym wynikającym z przyjęcia stanowiska przemawiającego zarówno za dopuszczalnością zawierania umów o zastępcze macierzyństwo, jak i niedopuszczalnością istnienia takich umów.

Niejednokrotnie w dyskusjach na temat zastępczego macierzyństwa zwolennicy i przeciwnicy dopuszczalności umów odwołują się do zasad funkcjonujących w polskim porządku prawnym, m.in.: ochrony prywatności życia, ochrony dobra dziecka, ochrony małżeństwa i rodziny, zasady wolności, zasady swobody umów, zasady pewności i stabilności stanu cywilnego, zasady sądowej kontroli nad adopcją. W literaturze zwraca się uwagę na konieczność ważenia zasad w każdorazowo rozpatrywanym przypadku.

Rozważania należy rozpocząć od zaprezentowania argumentów przemawiających za umową o zastępcze macierzyństwo. Bezdyskusyjny jest fakt, że odpłatne pośrednictwo instytucji nie zasługuje na aprobatę, natomiast za uznaniem nieodpłatnych umów o zastępcze macierzyństwo za legalne i prawnie skuteczne przemawia wiele czynników, często podnoszonych w licznych dyskusjach przez ich zwolenników. Wypowiedzi w tej materii zaprezentowane zostały w doktrynie zachodnioniemieckiej[39]. Należy wyjść od tego, że umowy regulujące kwestie prawnorodzinne nie są obce europejskiej tradycji prawnej, np. w prawie niemieckim od 1977 r. akceptowano umowy w sprawie przysposobienia dziecka.

Jak już była o tym mowa, stan cywilny nie może być regulowany czy zmieniany poprzez umowy, gdyż kształtują go mechanizmy ustawowe. Jednak umowa dotycząca zastępczego macierzyństwa odwołuje się do drogi sądowej w sprawie przysposobienia dziecka, czyli drogi legalnej. Wydanie dziecka nie stanowi jego opuszczenia czy porzucenia, co mogłoby być krzywdzące i naruszać jego dobro. Wydanie polega na zrzeczeniu się praw do dziecka z jednoczesną rezygnacją z opieki i ponoszenia odpowiedzialności za nie. Mechanizm ten nie narusza zasad porządku prawnego.

Należy stwierdzić, że świadczenie matki zastępczej nie powinno być szacowane w pieniądzu, gdyż jest realizacją funkcji rodzicielskiej. Wydaje się jednak, że nie ma przeciwwskazań, by zamieścić w umowie klauzule przyznające matce zastępczej zwrot wydatków

[38] M. Soniewicka, *Dylematy...*, *op. cit.*
[39] M. Safjan, *Prawne...*, *op. cit.*, s. 295.

związanych z ciążą i porodem (na wzór roszczenia matki od ojca dziecka kosztów związanych z ciążą i porodem)[40].

Przyjmując, że umowa jest ważna, należałoby się zastanowić, czy na jej podstawie rodzice socjologiczni mogą domagać się wydania dziecka. Zdaniem autorki tekstu nie można na podstawie umowy żądać wydania dziecka przez matkę zastępczą. Również decyzja sądu nie powinna zastępować zgody matki, gdyż jest to uprawnienie ściśle osobiste. W konsekwencji wydaje się słuszna teza przemawiająca za tym, że umowa nie może podlegać przymusowemu wykonaniu, czy to w wypadku odmowy wydania dziecka przez matkę, czy odmowy odebrania dziecka przez rodziców socjologicznych[41]. Będziemy wtedy mieli do czynienia z umową bez możliwości domagania się jej wykonania w naturze, ale nie wyklucza się przy tym sankcji odszkodowawczych. Roszczenia matki zastępczej byłyby podobne to roszczeń rodziców przeciwko lekarzowi, który dokonał nieudanej sterylizacji, czyli sprowadzałyby się do zapłaty alimentów obejmujących koszty wychowania i utrzymania dziecka. Lekarz nie może być wprawdzie zobowiązany do płacenia alimentów w rozumieniu art. 128 i nast. k.r.o., ale do wynagrodzenia szkody osobom zobowiązanym do alimentacji; można mieć jednak wątpliwości co do istnienia takiego roszczenia na gruncie prawa polskiego. Niewydanie dziecka przez matkę zastępczą nie wywoływałoby żadnej sankcji[42].

Z kolei należy przedstawić analizę argumentów przemawiających przeciwko zawieraniu umów o zastępcze macierzyństwo.

Przyjęcie tezy dopuszczającej umowy o zastępcze macierzyństwo prowadzi do zakwestionowania zasady pewności pochodzenia dziecka od kobiety, która je urodziła i jest wpisana w akcie urodzenia jako jego matka. Jednak, jak już zostało powiedziane, na gruncie prawa polskiego nie może zaistnieć taka sytuacja, gdyż kwestię tę jednoznacznie rozstrzyga art. 61^9 k.r.o.

Kolejno trzeba stwierdzić, że prawa rodzicielskie niemajątkowe, odrębnie uregulowane na gruncie prawa rodzinnego, są wyłączone z obrotu i nie można ich swobodnie kształtować w drodze umowy[43]. Przez wzgląd na wagę i doniosłość takie kwestie, jak pokrewieństwo czy prawo opieki nad dzieckiem mogą być ustalane tylko i wyłącznie na drodze sądowej. Przemawia za tym także to, że współczesne systemy nie uznają adopcji prenatalnej. Wynika z tego, że umowa dotycząca zrzeczenia się praw do dziecka jest nieważna ze względu na sprzeczność z prawem, gdyż zgodnie z art. 58 § 1 k.c. czynność prawna sprzeczna z ustawą albo mająca na celu obejście ustawy jest nieważna. Natomiast paragraf drugi wskazuje, że nieważna jest czynność prawna sprzeczna z zasadami współżycia społecznego. Pod pojęciem *zasad współżycia społecznego* kryją się wartości i zasady przyzwoitego zachowania, uznawane w społeczeństwo lub w danej grupie, to także element moralności publicznej[44]. Zakres dopuszczalnej czynności prawnej został w wymienionym artykule określony od strony negatywnej[45]. Sankcją naruszenia zakazów płynących z art. 58 jest bezwzględna

[40] *Ibidem*, s. 297.
[41] *Ibidem*.
[42] *Ibidem*.
[43] M. Soniewicka, *Dylematy...*, *op. cit.*
[44] M. Safjan, w: *Kodeks cywilny*, tom I, *Komentarz do artykułów 1–449*, red. K. Pietrzykowski, Warszawa 2008, s. 327.
[45] *Ibidem*, s. 250–251.

nieważność czynności prawnej. Nieważna umowa nie wywiera skutków prawnych, przez co stronom nie przysługuje roszczenie związane z realizacją jej postanowień – matka zastępcza nie ma roszczenia o odbiór dziecka. Również inne świadczenia związane z zawarciem umowy nie mogą być wyegzekwowane, w tym świadczenie pieniężne za usługę urodzenia dziecka. Matka dziecka mogłaby jedyne dochodzić świadczeń alimentacyjnych od ojca dziecka na podstawie art. 128 k.r.o. Jeżeli natomiast rodzice socjologiczni dokonali zapłaty, mogliby domagać się jej zwrotu na podstawie przepisów o bezpodstawnym wzbogaceniu, gdyż świadczenie to przy założeniu, że umowa była nieważna, jest nienależne[46]. Podobnie żadnej ze stron nie przysługiwałoby roszczenie odszkodowawcze z tytułu niewykonania czy nienależytego wykonania umowy.

Istotne dla przeciwników umowy jest to, że cel umowy już z założenia jest sprzeczny z dobrem dziecka i prowadzi do zerwania więzi z biologiczna matką. Konflikty mogące powstać między stronami nie stwarzają dobrej atmosfery do jego wzrostu. Nie bez znaczenia pozostają w tej kwestii argumenty natury moralnej, społecznej i etycznej.

7. Powództwo o wydanie dziecka po urodzeniu

W związku z zawieranymi umowami o zastępcze macierzyństwo pojawia się pytanie, czy rodzicom socjologicznym przysługuje roszczenie o wydanie dziecka w wypadku, kiedy matka zastępcza odmawia jego wydania. Biorąc pod uwagę obowiązujące regulacje ustawowe, można przypuszczać, że sąd oddali wniesione powództwo, gdyż zgodnie z literą prawa matką dziecka jest kobieta, która je urodziła, a zawarta wcześniej między stronami umowa nie ma wpływu na relacje pokrewieństwa[47]. Z powyższego wywodu wynika, że w obecnym stanie prawnym nie występuje materialnoprawna podstawa roszczenia o wydanie dziecka, ponieważ kobieta, która urodziła dziecko, ma skuteczny tytuł prawny do sprawowania nad dzieckiem władzy rodzicielskiej, której składnikiem jest także prawo i obowiązek sprawowania osobistej pieczy nad dzieckiem (art. 95 k.r.o.). Nowelizacja k.r.o. w wyraźny sposób rozstrzyga postawione na wstępie pytanie.

8. Powództwo o odebranie dziecka po porodzie

Przyglądając się bliżej problematyce powództwa o odebranie dziecka po porodzie, należy zauważyć, że podstawą roszczenia o odebranie dziecka przez matkę socjologiczną jest fakt urodzenia go przez matkę biologiczną oraz niewywiązanie się z umowy wspomnianej matki socjologicznej. Przyczyny takiej sytuacji mogą być różne, w szczególności może to być zmiana sytuacji finansowej matki socjologicznej, zmiana decyzji co do posiadania potomstwa lub trwała, nieuleczalna choroba urodzonego dziecka. Biorąc pod uwagę obecny stan prawny, wydaje się uzasadnione stanowisko przemawiające za tym, że matka biologiczna

[46] M. Soniewicka, *Dylematy...*, *op. cit.*
[47] J. Holocher, M. Soniewicka, *Analiza...*, *op. cit.*, s. 53.

nie może liczyć na ochronę prawną i uznanie jej roszczenia. Wynika to z faktu, że matką dziecka jest kobieta, która je urodziła, na co wskazuje art. 61^9 k.r.o. Celem biologicznej matki występującej z powództwem o odebranie dziecka po porodzie jest wyzbycie się go. Jedynym sposobem uzyskania takiego skutku na podstawie k.r.o. jest zrzeczenie się praw rodzicielskich i wyrażenie zgody na przysposobienie dziecka.

9. Powództwo o nienależyte wykonanie umowy

Z problematyką umów o zastępcze macierzyństwo łączy się nierozerwalnie zagadnienie roszczeń odszkodowawczych za niewykonanie i nienależyte wykonanie umowy.

Należy podkreślić, że rozstrzygnięcie tej kwestii zależy od poczynionego na wstępie założenia – czy przyjmiemy, że umowa była ważna czy nieważna.

Kiedy przyjęlibyśmy, że umowa jest nieważna, matka biologiczna nie mogłaby domagać się ochrony prawnej, która wynikałaby z postanowień zawartej wcześniej przez strony umowy. Uznanie umowy za nieważną powoduje to, że nie wywołuje żadnych skutków prawnych, jak również nie może być podstawą dochodzonych roszczeń. W takiej sytuacji ryzyko wykonania umowy ponosi wyłącznie matka zastępcza.

Nie sposób w tym miejscu, przyjmując, że umowa jest nieważna, nie wspomnieć o regulacji art. 410 § 1 i § 2 k.c., która stanowi, że szczególnym rodzajem bezpodstawnego wzbogacenia jest świadczenie nienależne[48]. Świadczenie jest natomiast uznawane za nienależne wtedy, gdy mieści się w konkretnych sytuacjach wymienionych w art. 410 § 2:

a) spełniający świadczenie w rzeczywistości nie był do tego zobowiązany w ogóle lub wobec tej osoby, której świadczył, albo
b) podstawa świadczenia odpadła lub zamierzony cel świadczenia nie został osiągnięty, albo
c) jeżeli czynność prawna zobowiązująca do świadczenia była nieważna i nie stała się ważna po spełnieniu świadczenia[49].

W przypadku umowy o zastępcze macierzyństwo mamy do czynienia z sytuacją wymienioną w punkcie a), gdyż świadczący (surogatka) ze względu na nieważność umowy nie był w ogóle zobowiązany do świadczenia. Regulacja ta upoważnia do zwrotu świadczenia. To rozwiązanie może stanowić względną ochronę prawną roszczeń strony zamawiającej – możliwość domagania się zwrotu poniesionych kosztów, bezpodstawnie wzbogacających pozwaną, w wypadku gdy strona zamawiająca nie miałaby skutecznego roszczenia o wydanie dziecka po urodzeniu[50].

Zakładając jednak, że umowa była ważna, należy stwierdzić, że zobowiązanie nie jest wykonane, jeżeli dłużnik nie spełnia świadczenia (zachowanie bezprawne), które zgodnie z treścią stosunku prawnego powinien był spełnić[51]. W takim przypadku uprawnienie wierzyciela polega na możliwości domagania się należnego mu świadczenia przy pomocy

[48] K. Kołakowski, [w:]*Komentarz do Kodeksu cywilnego, op. cit.*, s. 229.
[49] *Ibidem*, s. 229.
[50] J. Holocher, M. Soniewicka, *Analiza..., op. cit.*, s. 53.
[51] W.Czachórski, A. Brzozowski, M.Safjan, E. Skowrońska-Bocian, *Zobowiązania..., op. cit.*, s. 352.

przymusu państwowego, przy wykorzystaniu środków egzekucyjnych – tzw. realne wykonanie zobowiązania[52].

Zasadniczą kwestią są przesłanki odpowiedzialności odszkodowawczej, do których zaliczymy:

a) zdarzenie (niewykonanie lub nienależyte wykonanie umowy), z którym system prawny wiąże odpowiedzialność,
b) związek przyczynowo-skutkowy,
c) powstałą szkodę w znaczeniu uszczerbku majątkowego zarówno *damnum emergens*, jak i *lucrum cessans*[53].

Należy więc wskazać i oszacować szkodę oraz wykazać związek przyczynowo-skutkowy zachodzący pomiędzy występującą szkodą a ciążą i porodem. Szkoda może polegać między innymi na komplikacjach poporodowych.

10. Rozważania *de lege ferenda*

Na płaszczyźnie możliwych uregulowań pojawia się kilka rozwiązań, które w tym miejscu zostaną przedstawione.

Po pierwsze, gdybyśmy przyjęli regulację bezpośrednio zabraniającą zawierania umów o zastępcze macierzyństwo, rozwiązałoby to wszelkie istniejące obecnie wątpliwości powstające w związku z brakiem jednoznacznej regulacji tego typu umów. Rozwiązanie to pozbawiałoby strony ochrony prawnej i możliwości dochodzenia swych praw. Należy także przypuszczać, że spowodowałoby zmniejszenie ilości zawieranych umów o zastępcze macierzyństwo. Można by również było wprowadzić sankcje karne dla osób zawierających umowy. Jednak takie rozwiązanie wydaje się kontrowersyjne z uwagi na to, że państwo powinno uciekać się do penalizacji tylko wtedy, gdy jest to naprawdę konieczne. Sytuacja, w której małżonkowie, którzy nie mogą mieć potomstwa, zwracają się do kogoś, kto może im je dać, nie zasługuje na penalizację. Najbardziej słusznym rozwiązaniem jest zabronienie i karanie odpłatnej działalności pośredników. Ograniczenie czerpania korzyści majątkowych stanowi istotny mechanizm w walce przeciwko komercjalizacji usług o zastępcze macierzyństwo w wielu krajach, w których dopuszcza się takie umowy.

Innym możliwym rozwiązaniem jest przyjęcie, że umowy o zastępcze macierzyństwo są ważne. Wymagałoby to licznych zmian w Kodeksie rodzinnym i opiekuńczym. Takie rozwiązanie świadczyłoby o przyznaniu prymatu zasadzie swobody zawierania umów nad innymi zasadami. Autorka opowiada się za tym, by umowy o zastępcze macierzyństwo były ważne, ale wzruszalne, czyli nie podlegałyby przymusowemu wykonaniu w naturze, tzn. strony nie miałyby wzajemnych roszczeń o spełnienie świadczeń określonych w umowie. Jednakże uchylenie się którejkolwiek ze stron od spełnienia ciążącego na niej obowiązku dawałoby podstawę do wystąpienia z roszczeniem o wynagrodzenie szkody.

[52] Z. Radwański, A. Olejniczak, *Zobowiązania – część ogólna*, Warszawa 2006, s. 309.
[53] *Ibidem*, s. 309.

Taka konstrukcja jest znana prawu polskiemu; mamy z nią do czynienia w przypadku zawarcia umowy przedwstępnej o tzw. słabszym skutku (art. 390 § 1 k.c.). Argumentem przemawiającym za taką regulacją jest to, że przy przyjęciu umów za nieważne pozbawia się strony ochrony prawnej, całe ryzyko natomiast spada na matkę zastępczą. W konsekwencji jest to bardzo niekorzystne dla dziecka. Przy założeniu, że umowa będzie ważna, a stronom będzie przysługiwało odszkodowanie, zostaną rozwiązane problemy z dochodzeniem wzajemnych świadczeń. Matka zastępcza mogłaby odstąpić od zawartej umowy w danym okresie po porodzie, nie musiałaby także wykonywać dodatkowych świadczeń dotyczących okresu ciąży. Należałoby także brać pod uwagę sytuację i okoliczności, w jakich została zawarta umowa, aby minimalizować takie, w których zła sytuacja materialna kobiety ,ma wpływ na podjęcie przez nią decyzji o zastępczym macierzyństwie. Trzeba zaznaczyć, że zakazanie zawierania takich umów nie doprowadziłoby do zmniejszenia ich liczby do zera. Cały proceder przeniósłby się do podziemia, przez co ucierpiałoby nie tylko dobro dziecka, ale i stron, które byłyby pozbawione wszelkiej ochrony.

11. Podsumowanie

Kwestię zastępczego macierzyństwa można rozważać na płaszczyźnie czysto etycznej, która sprowadza się do sformułowania etycznego wymiaru pojęcia macierzyństwa i rodzicielstwa oraz dyskusji nad wartościami, jakim ma służyć prokreacja. W główniej mierze osadza się na dywagacjach o moralnie dopuszczalny charakter prokreacji. Można także kwestię macierzyństwa zastępczego rozpatrywać na płaszczyźnie prawnej pod kątem obowiązującego obecnie w Polsce prawa (*de lege lata*) oraz pod kątem tego, jakie rozwiązania prawne w tym zakresie powinny zostać przyjęte (*de lege ferenda*). Podkreślić należy, że obie płaszczyzny są ze sobą ściśle związane.

Podsumowując, jednak należy stwierdzić, że zastępcze macierzyństwo nie jest prostym sylogizmem, który w efekcie końcowym ma przesądzić o stanie cywilnym dziecka i zadecydować, kto jest jego rodzicem, a kto ma się zająć jego wychowaniem. Są to kwestie bardziej złożone, dotykające problemów naszego człowieczeństwa, egzystencji i wartości. W sytuacji, kiedy dochodzi do podziału procesu kiedyś uznawanego za niepodzielny, człowiek stawiany jest w nienaturalnej dla niego sytuacji.

Nie sposób rozważać tych kwestii, nie mając na względzie konkluzji płynących z kantowskiego imperatywu kategorycznego, czyli tzw. formuły człowieczeństwa, która głosi: „Postępuj tak, byś człowieczeństwa tak w twej osobie, jako też w osobie każdego innego używał zawsze zarazem jako celu, nigdy tylko jako środka”[54].

[54] I. Kant, *Uzasadnienie metafizyki moralności*, Warszawa 1953, s. 62.

Łukasz Winkowski[1]

Fiskus w sieci – opodatkowanie handlu elektronicznego

1. Wstęp

Już pod koniec XX wieku nastąpił gwałtowny rozwój nowych technologii, zwłaszcza niespotykanych wcześniej narzędzi komunikacji, w tym sieci komputerowej, jaką jest Internet. Pojawiły się nieznane dotąd dziedziny działalności, takie jak np. sprzedaż internetowa oraz nowe rodzaje dóbr niematerialnych – pliki rożnych formatów, programy komputerowe itp. Dobra te stały się przedmiotem obrotu, a nowe formy komunikacji zmieniły na zawsze oblicze handlu, zwłaszcza tego międzynarodowego. Rosnącą skalę zagadnienia może potwierdzić fakt, że w 2008 roku ponad 1/3 mieszkańców Unii Europejskiej dokonywała zakupów przez Internet[2].

Gdy poruszana jest prawna problematyka handlu elektronicznego, pierwsze na myśl nasuwają się zagadnienia cywilnoprawne – teoria zawierania umów, tryb ofertowy, ustalanie miejsca zawarcia umowy, szczegółowej treści świadczenia czy odpowiedzialności w wypadku niewykonania lub nieprawidłowego wykonania zobowiązania. Dopiero w dalszej kolejności do rozważenia zostaje poddana tematyka publicznoprawna – w szczególności opodatkowanie. Być może wynika to z faktu, iż handel elektroniczny jest stosunkowo młodą dziedziną i nie ma zbyt wielu publikacji w tym zakresie. Dodatkowo wskazać trzeba, że organy podatkowe często same mają problemy z poradzeniem sobie z nowym stanem faktycznym, co potwierdza skomplikowanie tej materii.

---

[1] Absolwent prawa na WPiA UG.

[2] Dane, które ukazały się ostatnio na stronie internetowej www.europa.eu, pokazują, że 32% mieszkańców UE w wieku 16-74 lata przynajmniej raz w 2008 roku dokonało zakupów przez Internet. Tendencja jest rosnąca, gdyż odsetek osób kupujących poprzez sieć wynosił w 2004 – 20%, w 2006 – 26%, a w 2007 – 30%. Do najpopularniejszych towarów nabywanych przy pomocy Internetu należały podróże i ubrania. Pełna statystyka: http://europa.eu/rapid/pressReleasesAction.doreference=STAT/09/43&type=HTML&aged=0&language=EN&guiLanguage=en [ostatnia wizyta: 8.04.2009].

Żeby przyjrzeć się bliżej zagadnieniom podatkowym handlu elektronicznego trzeba najpierw ustalić zakres przedmiotowy tego pojęcia. Obejmuje ono sporo dziedzin i działalności, z którymi mamy do czynienia na co dzień. W literaturze przedmiotu wyróżnia się obecnie w ramach *e- commerce* trzy modele biznesowe (rodzaje zdarzeń gospodarczych)[3]. Pierwszy z nich to zdarzenia inicjowane za pomocą komunikacji elektronicznej, ale wykonywane metodą tradycyjną. Przykładem są tutaj zakupy sprzętu RTV/AGD w sklepach internetowych. Na kolejny model składają się zdarzenia inicjowane bez pomocy komunikacji elektronicznej, ale wykonywane za pośrednictwem takich mediów. Trzeci natomiast obejmuje zdarzenia zarówno inicjowane, jak i wykonywane za pośrednictwem środków komunikacji elektronicznej, np. zakup i ściągnięcie oprogramowania bezpośrednio ze strony producenta, bez użycia nośnika w postaci CD czy DVD – nazywany czasem „czystym handlem elektronicznym" *(pure e-commerce)*[4] lub *on-line supplies*.

Z powyższym podziałem koresponduje drugi, dokonany ze względu na dwie podstawowe formy działalności[5], wyróżniający pośredni handel elektroniczny – tylko zamawianie dobra odbywa się za pomocą środków elektronicznych, jego dostawa następuje drogą tradycyjną oraz bezpośredni handel elektroniczny – zarówno zamawianie, jak i dostawa oraz zapłata następują *on-line* (czyli odpowiednik *pure e-commerce*).

Samo zdefiniowanie handlu elektronicznego jest o tyle trudne, że definicji jest sporo, a niektóre z nich są tak szerokie, że obejmują „cały zbiór działań umożliwiających zawieranie transakcji w sieci"[6].

Niezależnie od tego, jak szeroko zakreślona zostanie definicja handlu elektronicznego, daje się wyróżnić kilka jego cech charakterystycznych[7]. Pierwszą z nich jest zdematerializowany charakter – *e-commerce* odbywa się poprzez wymianę danych elektronicznych, czy to samo zamawianie, czy też realizację zlecenia (zakup tzw. dóbr zdigitalizowanych). Najczęściej ma on też charakter międzynarodowy, gdyż uczestniczą w nim podmioty z różnych państw (w takiej sytuacji pojawia się też najwięcej problemów z dziedziny podatków). Oczywiście transakcja odbywa się na odległość, a więc bez fizycznej obecności stron zawieranej umowy, co wiąże się z pewną anonimowością, gdyż nie zawsze łatwo można określić, kto w rzeczywistości jest kontrahentem. Warto również zauważyć, że ceny przy zakupach przez sieć są zazwyczaj niższe, mniejsza jest możliwość zapoznania się z nabywanym produktem, ale za to większy zakres ochrony prawnej – będący zapewne skutkiem większości poprzednich cech[8].

---

3 M. Barta, *Handel elektroniczny – współczesne wyzwanie dla fiskusa*, [w:] *Handel elektroniczny. Problemy prawne*, red. J. Barta, R. Markiewicz, Kraków 2005, s. 746.

4 R. Warner, *E-commerce and the WTO: begin laissez faire or a knotty conundrum?*, [w:] M. Barczewski, M. Miłosz, R. Warner, *When Worlds Collide: Intellectual Property, High Technology and the Law*, Warszawa 2008, s. 224.

5 T. Lipowski, *Opodatkowanie handlu elektronicznego – stanowisko Unii Europejskiej*, Glosa 3/2002, s. 9.

6 K. Kowalik-Bańczyk, *Sposoby regulacji handlu elektronicznego w prawie wspólnotowym i międzynarodowym*, Kraków 2006, s. 39. Tak szeroką definicję autorka przyjęła na potrzeby swojego opracowania. Stwierdziła, iż chociaż do zawarcia stosunków prawnych określanych jako handel elektroniczny dochodzi między dostarczycielami treści a końcowymi użytkownikami Internetu, to jednak trzeba objąć zakresem omawianego pojęcia również zagadnienia dostępu do infrastruktury komunikacyjnej oraz jej kompatybilności.

7 *Ibidem*, s. 41. Patrz także: T. Lipowski, *op. cit.*, s. 9.

8 Za przykład można tu podać prawo odstąpienia od umowy w ciągu 10 dni przy zakupach na odległość – Art. 7 ustawy z dnia 2 marca 2000 r. o ochronie niektórych praw konsumentów oraz o odpowiedzialności

Powyższe podziały oraz cechy charakterystyczne dają wyobrażenie o zakresie działalności, jaka jest objęta pojęciem „handel elektroniczny".

W czasach coraz to szybszego rozwoju handlu elektronicznego zaczęto zwracać uwagę na to, że klasyczne konstrukcje prawa podatkowego, zwłaszcza tego bezpośredniego ze względu na jego cechy, nie zawsze znajdą do niego zastosowanie, powodując z jednej strony nieuzasadnione pozostawanie zjawisk gospodarczych poza zakresem opodatkowania, a z drugiej równie nieuzasadnione nadmierne opodatkowanie[9]. Kontrowersje pojawiły się zarówno przy podatkach bezpośrednich, jak i pośrednich, czego przykłady znajdują się w dalszej części artykułu.

2. Trzy podstawowe koncepcje

Na początku przedstawić należy trzy zasadnicze koncepcje dotyczące opodatkowania działalności, jaką jest *e-commerce*[10].

Pierwsza z nich traktuje Internet jako sferę wolną od podatków[11]. To stanowisko argumentowano potrzebą rozwoju handlu elektronicznego i jednocześnie obawą przed zahamowaniem jego upowszechniania się w gospodarce. Przykładem realizacji tej koncepcji w praktyce jest ustawa przyjęta w 1998 roku przez Kongres Stanów Zjednoczonych – *Internet Tax Freedom Act*, która wprowadziła 3-letnie, później przedłużone przez *Internet Nondiscrimination Act*, moratorium na ustanawianie nowych podatków stanowych mających na celu opodatkowanie transakcji internetowych oraz usług dostępu do Internetu. To podejście zostało skrytykowane głównie ze względu na złamanie zasady równości – jego stosowanie doprowadzało do sytuacji, w której w przypadku zakupu niektórych produktów drogą tradycyjną na kupującego został przerzucony ciężar podatkowy np. w postaci VAT-u, czego można było uniknąć, kupując ten sam towar wyłącznie przy użyciu środków komunikacji elektronicznej. Najlepszy przykład to zakup pliku muzycznego na płycie CD lub poprzez ściągnięcie go z sieci – w pierwszym przypadku w jego cenę wliczany był podatek pośredni, w drugim zaś nie. Niektórzy uważają, że uprzywilejowanie *e-commerce* w zakresie podatków może mieć miejsce jedynie wtedy, gdy zyski społeczne przerosną prywatne[12].

Kolejna koncepcja to BIT TAX – czyli opodatkowanie *sui generis*. Jest ona o tyle ciekawa, że zakłada stworzenie oddzielnego systemu podatkowego stosowanego wyłącznie przy transakcjach realizowanych przy użyciu Internetu. Sformułowano w niej

za szkodę wyrządzoną przez produkt niebezpieczny (Dz. U. z 2000, Nr 22, poz. 271).

9 M. Barta, *op. cit.*, s. 742.

10 *Ibidem*, s. 742–745.

11 W sieci znaleźć można sporo raportów oraz informacji związanych z tą koncepcją. Patrz: CRS Report for Congress http://ncseonline.org/NLE/CRSreports/Economics/econ-84.cfm?&CFID=7661948&CFTOKEN=7572910 [ostatnia wizyta: 14.04.2009]. Zbiór linków do sporej liczby dokumentów można znaleźć także pod adresem: http://www.cob.sjsu.edu/nellen_a/e-links.html [ostatnia wizyta: 14.04.2009].

12 P.B. Tigre, D. O' Connor, *Policies and Institutions for e-commerce readiness: What can developing countries learn from OECD experience?*, http://ideas.repec.org/p/oec/devaaa/189-en.html [ostatnia wizyta: 8.04.2009]

teoretyczne założenia nowego podatku, gdzie przedmiotem opodatkowania byłaby komercyjna transmisja danych, a jego podstawę stanowiłaby ilość przesyłanych danych. Pomysł ten spotkał się ze zdecydowaną krytyką. Zarzucano mu m.in. brak zależności między rozmiarem danych a ich ekonomiczną wartością oraz złamanie zasady neutralności opodatkowania[13].

Ostatnim pomysłem w tej dziedzinie było dostosowanie istniejących klasycznych regulacji do specyfiki handlu elektronicznego. To podejście okazało się najwłaściwsze i jest obecnie najpowszechniejsze. Wiele z dotychczasowych rozwiązań prawnopodatkowych daje się zastosować do *e-commerce* wprost. Szczególnie przy pośrednim handlu elektronicznym nie ma z tym większego problemu, gdyż tam tylko nawiązywanie transakcji odbywa się przy użyciu Internetu, samo zaś wykonanie zobowiązania następuje w tradycyjnej formie, np. wysyłka pocztą, kurierem, dzięki czemu nie ma potrzeby dokonywania zbyt wielu modyfikacji przepisów prawa podatkowego.

3. Poszukiwanie jednolitych rozwiązań

Kiedy znamy już podejście większości krajów współczesnego świata do kwestii podatkowych związanych z handlem elektronicznym, nadchodzi moment zastanowienia się nad jednolitymi rozwiązaniami czy też współpracą międzynarodową w tym zakresie. Internet nie jest tworem, który można podzielić pomiędzy poszczególne kraje czy wyznaczyć mu granice odpowiadające granicom państwowym i w ten sposób określić jurysdykcję danego państwa nad którymś z obszarów Internetu. W zakresie regulacji komunikacji elektronicznej potrzebne są przepisy nie tylko krajowe, ale również międzynarodowe, co podkreśla się w literaturze[14].

Wśród organizacji międzynarodowych, które podjęły omawianą tematykę są m.in. Organizacja Współpracy Gospodarczej i Rozwoju (Organization for Economic Cooperation and Development, dalej: OECD) oraz Światowa Organizacja Handlu (World Trade Organization, dalej: WTO). Pomimo tego, że obie wydają dokumenty prawne, które nie wiążą państw, czyli tzw. *soft law*, to ich pomysły i zalecenia niejednokrotnie są wprowadzane w życie, czy to przez państwa członkowskie tych organizacji, czy to państwa nienależące do nich, które uznały zawarte w nich rozwiązania za odpowiednie dla swojego porządku prawnego.

[13] Zgodnie z tą zasadą system podatkowy powinien traktować podobne ekonomicznie przychody w ten sam lub analogiczny sposób, niezależnie od tego, czy zostały uzyskane przy pomocy środków elektronicznych, czy przy użyciu tradycyjnych form handlu. Patrz: E. Juchnevic, *Legal issues of e-commerce taxation – taxation principles and jurisdiction*, [w:] *When Worlds...*, *op. cit.*, Warszawa 2008, s. 224.

[14] K. Kowalik-Bańczyk, *op. cit.*, s. 21.

4. OECD

W dniach 17-21 listopada 1997 roku w Turku w Finlandii odbyła się międzynarodowa konferencja pod nazwą „Zniesienie barier globalnego handlu elektronicznego" zorganizowana przez OECD oraz rząd Finlandii we współpracy z Komisją Europejską oraz rządem Japonii[15]. Był to pierwszy poważny krok zmierzający do ujednolicenia stanowiska w sprawie polityki dotyczącej handlu elektronicznego. Jakkolwiek nie dokonano tam żadnych wiążących ustaleń, to konferencja osiągnęła swój cel – była szansą na rozpoczęcie dialogu oraz zwiększenie wśród jej uczestników, przedstawicieli rządów, organizacji międzynarodowych oraz osób prywatnych, świadomości w zakresie omawianej tematyki i problemów z nią związanych. Jej głównym celem było przygotowanie się do konferencji w Ottawie, podczas której miały zostać podjęte konkretne kroki zmierzające do ustalenia wspólnej polityki w sprawie *e-commerce* oraz sposobów jej realizacji.

Kontynuacją działań podjętych w Turku była wspomniana konferencja w Ottawie, która odbyła się 8 października 1998 roku. Zostali na nią zaproszeni ministrowie 30 najbardziej uprzemysłowionych krajów świata. Tytuł jaki jej nadano to „Świat bez granic – uświadomienie potencjału handlu elektronicznego". Efektem prac podczas tego spotkania było stworzenie dokumentu zatytułowanego „Handel elektroniczny – ramowe warunki opodatkowania"[16]. Przedstawione zostały w nim m.in. zasady podatkowe, które powinny mieć zastosowanie do opodatkowania handlu elektronicznego. OECD do zasad tych zalicza neutralność, zgodnie z którą opodatkowanie powinno być niezależnie od tego, czy forma transakcji jest elektroniczna czy tradycyjna. Decyzje biznesowe powinny być podejmowane w oparciu o ekonomię, a nie o rozwiązania systemu podatkowego. Podatnicy w podobnej sytuacji powinni podlegać podatkom w podobnej wysokości. Kolejną zasadą wskazaną przez OECD jest efektywność – koszty, jakie ponoszą podatnicy w związku z istnieniem systemu podatkowego, powinny być jak najniższe. Ważne są również pewność i prostota, ponieważ reguły podatkowe powinny być jasne i proste do zrozumienia, żeby podatnik mógł przewidywać konsekwencje podatkowe transakcji z góry. Nie można zapomnieć o zasadzie sprawiedliwości, zgodnie z którą opodatkowanie powinno wytwarzać właściwą wysokość podatku we właściwym czasie. System ten powinna charakteryzować także elastyczność – powinien być on na tyle dynamiczny, by dotrzymać kroku technologicznemu i handlowemu rozwojowi.

W związku z powyższymi założeniami przedstawiono również wyzwania, jakie stoją przed władzami podatkowymi chcącymi realizować powyższe zasady. Najważniejsze z nich to wykorzystanie nowych technologii do obsługi podatników i administrowania systemem podatkowym, utrzymywanie zdolności do zabezpieczenia dostępu do wiarygodnych i weryfikowalnych informacji, by zidentyfikować podatnika oraz uzyskiwanie informacji niezbędnych do administrowania systemem podatkowym, zapewnienie przez poszczególne kraje stworzenia właściwych systemów do kontroli i pobierania podatków. Wskazano

[15] Raport z konferencji oraz pełną listę uczestników można znaleźć pod adresem: http://www.oecd.org/dataoecd/37/55/2751237.pdf [ostatnia wizyta: 8.04.2009]

[16] *Electronic commerce: Taxation framework conditions,* http://www.oecd.org/dataoecd/46/3/1923256.pdf. [ostatnia wizyta: 8.04.2009].

również na potrzebę stosowania szeregu założeń dotyczących podatków konsumpcyjnych, m.in. opodatkowanie podatkiem pośrednim tam, gdzie miała miejsce konsumpcja, traktowanie dostawy produktów cyfrowych jako dostawy usług, zapewnienie przez kraje odpowiednich systemów we współpracy ze Światową Organizacją Zwyczajów[17] oraz konsultowanie się z przewoźnikami i innymi zainteresowanymi stronami, by zebrać podatek od importu dóbr fizycznych. Za ważne zalecenie uznano również tworzenie porozumień międzynarodowych i nawiązywanie współpracy.

Odnosząc się do dziedziny administracji podatkowej, uczestnicy konferencji podkreślili, że niezbędne jest wprowadzenie łatwiejszych, szybszych i bezpieczniejszych sposobów płacenia podatków oraz uzyskiwania zwrotu podatku.

Prace w OECD kontynuowano z podziałem na techniczne grupy doradcze (Technical Advisory Groups – TAGs). Jedna z nich zajmowała się wprowadzaniem w życie ustalonych wcześniej wytycznych dotyczących podatków pośrednich. Już w 2001 roku pojawił się pierwszy raport tej grupy, który zawierał między innymi wskazówki i analizy pozwalające na prawidłowe ustalenie miejsca konsumpcji oraz usprawnienie mechanizmów poboru podatków[18]. W kolejnych pracach podkreślano również potrzebę zdefiniowania pojęcia zakładu (*place of permanent establishment*).

Prócz wspomnianego wyżej raportu z 2001 roku dwa lata później został przygotowany kolejny[19]. Wskazano w nim, że udało się dokonać zmiany w Konwencji Modelowej OEDC, na której wzorują się treści wszystkich umów o unikaniu podwójnego opodatkowania, skutkującej wyjaśnieniem, w jakich okolicznościach sprzęt komputerowy – serwer – znajdujący się w określonej lokalizacji, może stanowić miejsce stałego zarządu. To właśnie w tej Konwencji najbardziej widoczne są efekty prac Komisji. Przedstawione zostaną przy omawianiu wybranych rozwiązań przyjętych w poszczególnych podatkach.

5. WTO

Rozmowy na forum WTO doprowadziły do przyjęcia przez tę organizację 20 maja 1998 roku na Drugiej Ministerialnej Konferencji w Genewie deklaracji w sprawie handlu elektronicznego[20], w której ministrowie państw członkowskich WTO stwierdzili, że Rada Generalna tej organizacji w ciągu następnych spotkań na specjalnych sesjach przygotuje całościowy program, by zbadać wszystkie powiązane z handlem elektronicznym zagadnienia, między innymi nakładanie ceł na usługi elektroniczne. Jednocześnie kraje członkowskie zobowiązały się nie nakładać na transakcje elektroniczne ceł, tzw. moratorium. Program pracy przygotowany w ramach WTO zakładał między innymi, że kontrolę nad procesem analizy zagadnień handlu elektronicznego sprawować będzie Rada Generalna, która zajmować się będzie jednocześnie raportowaniem postępów. Dla celów tych działań

[17] http://www.wcoomd.org [ostatnia wizyta: 8.04.2009]

[18] http://www.oecd.org/dataoecd/37/19/2673667.pdf [ostatnia wizyta: 8.04.2009]

[19] *mplementation of The Ottawa Taxation Framework Conditions*, http://www.oecd.org/dataoecd/45/19/20499630.pdf [ostatnia wizyta: 8.04.2009]

[20] http://www.wto.org/english/tratop_e/ecom_e/ecom_briefnote_e.htm [ostatnia wizyta: 8.04.2009]

stworzono nawet definicję handlu elektronicznego[21]. W programie przypisano również zadania poszczególnym radom (Radzie ds. Handlu Usługami, Radzie ds. Handlu Towarami, Radzie TRIPS – zagadnienia własności intelektualnej) i Komitetowi ds. Handlu i Rozwoju. Prace te były kontynuowane na Trzeciej Konferencji Ministerialnej w Seattle (1999) oraz podczas Czwartej Konferencji Ministerialnej w Doha (2001) – zdecydowano wtedy o przedłużeniu moratorium w paragrafie 34. Deklaracji Doha[22]. Kolejnym spotkaniem, które wywarło wpływ na postęp prac WTO, była Piąta Konferencja Ministerialna w Cancun w 2003 roku, a kolejnym dokumentem podpisanym przez ministrów była deklaracja z Hong Kongu z 2005 roku. Jej paragraf 44. odnosi się do handlu elektronicznego[23]. Dostrzeżono, że prace jeszcze się nie zakończyły, a dodatkowo po raz kolejny przedłużono moratorium.

Jeśli chodzi o konkretne rozwiązania, to należy pamiętać, że WTO zaczęło traktować dostarczenie dóbr elektronicznych jako usługę, a nie dostarczenie dobra, w związku z czym mają zastosowanie do niego zobowiązania wynikające z GATS (General Agreement on Trade in Services), a nie GATT (General Agreement on Tariffs and Trade). Taki stan powoduje zróżnicowanie w traktowaniu transakcji, których ekonomiczny efekt jest taki sam, a jedynie wykonanie zamówienia jest dokonane za pomocą różnych środków: raz elektronicznego, raz tradycyjnego, o czym już wspomniano. W swoich rozważaniach na temat opodatkowania handlu elektronicznego WTO opiera się na dorobku OECD, wskazując na te same problemy, podkreślając jednocześnie duże znaczenie administracji podatkowej korzystającej z dorobku technologii przy poborze podatku[24].

6. Unia Europejska

W przypadku Unii Europejskiej zagadnienia handlu elektronicznego są o tyle trudne, że niewiele jest orzecznictwa ETS odnoszącego się do tej dziedziny. Widoczny jest jednak znaczny wpływ rozwiązań amerykańskich na regulacje UE w tej materii, choć o ile USA za cel ma nieingerencję, to UE nastawiona jest na regulację tych zagadnień[25]. W literaturze podkreśla się pomysłowość i skuteczność Wspólnoty w działaniu w tym zakresie[26]. UE dokonuje daleko idącej harmonizacji, zwłaszcza w dziedzinie podatków pośrednich. Jednym z ważniejszych dokumentów, jaki w tym zakresie wydała Unia, jest Dyrektywa 2002/38/WE dotycząca zastosowania podatku VAT przy usługach radiowych i telewizyjnych oraz niektórych wspieranych elektronicznie usług oraz kolejne dyrektywy, które wydłużały zakres stosowania rozwiązań w niej przyjętych. Szczegółowy opis tych regulacji znajduje się poniżej.

[21] Zgodnie z programem pracy jako *e-commerce* należy rozumieć produkcję, dystrybucję, reklamę, sprzedaż i dostawę dóbr i usług za pomocą środków elektronicznych.

[22] http://www.wto.org/english/thewto_e/minist_e/min01_e/mindecl_e.htm#electronic [ostatnia wizyta: 8.04.2009]

[23] http://www.wto.org/english/thewto_e/minist_e/min05_e/final_text_e.htm#ecom [ostatnia wizyta: 8.04.2009]

[24] *Electronic commerce and the role of WTO. Special Studiem*, http://www.wto.org/english/res_e/booksp_e/special_study_2_e.pdf [ostatnia wizyta: 8.04.2009]

[25] K. Kowalik-Bańczyk, *op. cit.*, s. 25.

[26] *Ibidem*, s. 51.

7. Zagadnienia szczególne

7.1. Podatki pośrednie

Do roku 2002 w Unii Europejskiej transakcje *on-line* traktowane jako usługi opodatkowane były w miejscu świadczenia, którym zgodnie z art. 9 ust. 1 Dyrektywy 1977/388/ECC (dalej: VI Dyrektywa)[27] było wtedy miejsce siedziby usługodawcy. Od tej zasady istniały wyjątki wymienione w ustępach 2 i 3, ale nie zawierały one dostawy usług za pomocą Internetu. Skutkiem takiej regulacji było obciążenie tej działalności podatkiem VAT w miejscu, gdzie wytwórca dobra niematerialnego miał siedzibę, czyli w jednym z krajów UE. Ten stan prawny implikował dwa zasadnicze problemy[28]. Pierwszy z nich to oderwanie miejsca opodatkowania od miejsca świadczenie usługi, co zaprzecza istocie podatku VAT jako podatku konsumpcyjnego, a więc takiego, który powinien być ponoszony w kraju, w którym dochodzi do ostatecznej konsumpcji świadczenia – tzw. reguła terytorialności. Po drugie ówczesny stan powodował zakłócenie konkurencji między dostawcami dóbr elektronicznych z UE a tymi spoza Wspólnoty. Unijni przedsiębiorcy zobowiązani byli do zwiększenia ceny usługi o podatek VAT obowiązujący w kraju ich siedziby, niezależnie od tego, czy sprzedawali je konsumentom wewnątrz Unii czy poza nią. Natomiast przedsiębiorcy spoza Unii zazwyczaj nie musieli tego robić, przez co ich usługi były tańsze.

Rozwiązanie tego problemu przyniosła Dyrektywa 2002/38/WE, którą dodano do VI Dyrektywy jako załącznik L zawierający przykładowy katalog usług świadczonych drogą elektroniczną, a w samym art. 9 ust. 2 tejże dyrektywy traktującym o usługach, które uważa się za świadczone w miejscu siedziby usługobiorcy, a nie jak, zgodnie z regułą ogólną, usługodawcy, dodano kolejne tiret do punktu e), mianowicie: „usługi dostarczane drogą elektroniczną, między innymi te określone w załączniku L". Dzięki temu przedsiębiorcy z UE dostarczający swoje usługi konsumentom mieszkającym poza jej terytorium nie muszą już obciążać ich podatkiem VAT, a tym samym cena usługi jest konkurencyjna w stosunku do cen stosowanych przez przedsiębiorców spoza UE, sprzedających te same usługi w swoim kraju.

Druga zmiana to wprowadzenie do art. 9 VI Dyrektywy punktu f), zgodnie z którym przedsiębiorcy spoza UE, którzy chcieliby na jej terenie dostarczać osobom fizycznym produkty elektroniczne, zobowiązani są do zarejestrowania się w jednym wybranym przez siebie kraju członkowskim oraz do odprowadzania podatków zgodnie z deklaracją, w której wskazaliby sprzedaż z podziałem na poszczególne kraje, w których jej dokonywali oraz do stosowania stawek obowiązujących w tych krajach. Dzięki tej regulacji udało się zapobiec wcześniejszemu pomysłowi, który zakładał obowiązek rejestracji w każdym państwie członkowskim, co wiązało się z nadmierną biurokracją. Artykułem 26c VI Dyrektywy wprowadzono specjalne zasady opodatkowania dla podatników mających siedzibę poza UE świadczących usługi dla podmiotów niebędących podatnikami.

[27] Szósta Dyrektywa Rady z 17 maja 1977 roku.
[28] K. Sachs, *Opodatkowanie handlu elektronicznego podatkiem VAT*, Przegląd Podatkowy 6/2002, s. 25.

Największym z problemów, jakie pojawiły się po wprowadzeniu tych przepisów, była wątpliwość, czy usługodawcy spoza Unii Europejskiej będą tych przepisów przestrzegać oraz czy można stosować domniemanie znajomości prawa europejskiego np. przez amerykańskiego producenta oprogramowania? Pomimo niewątpliwego postępu w omawianej dziedzinie, w literaturze dostrzega się problemy, na które ciągle brak jest rozwiązania[29].

Przyjęte powyżej rozwiązania zostały prolongowane poprzez kolejne Dyrektywy: 2006/58/WE (przedłużenie do 31 grudnia 2006 roku), 2006/138/WE – odnosząca się już do Dyrektywy 2006/112/WE (do 31 grudnia 2008 roku) oraz 2008/8/WE z 12 lutego 2008 roku, która przedłużyła zakres stosowania wcześniejszych przepisów do końca grudnia 2009 roku. Dodatkowo prolongowane zostało do końca roku 2014 obowiązywanie przepisów rozdziału 6 Tytułu XII VI Dyrektywy konstytuującego procedurę szczególną dotyczącą podatników niemających siedziby, którzy świadczą usługi drogą elektroniczną na rzecz osób niebędących podatnikami[30]. Zmianie ulegnie również od 2010 roku część przepisów tejże Dyrektywy dotyczących określenia miejsca świadczenia usług – rozdział 3 Tytułu V. Nowelizacja ta jest dość obszerna i wymaga oddzielnego omówienia.

7.2. Podatki bezpośrednie

W przypadku podatków bezpośrednich zwrócić warto uwagę na kilka praktycznych zagadnień, które rodzą problemy w praktyce. Pierwszym z nich jest ustalenie jurysdykcji podatkowej dla transakcji elektronicznych. Istotne znaczenie dla podatków dochodowych ma uznanie przedsiębiorcy zajmującego się handlem elektronicznym za rezydenta lub nierezydenta danego kraju. Jeśli przyjmiemy, że przysługuje mu pierwszy z wymienionych statusów, to podlega on nieograniczonemu obowiązkowi podatkowemu – od całości swoich dochodów. Jeśli natomiast okaże się, że jednak rezydentem danego kraju nie jest, podlega jedynie obowiązkowi podatkowemu ograniczonemu – od dochodów uzyskanych w tym kraju. Spółka może zostać uznana za rezydenta tego kraju, w którym położone jest miejsce jej efektywnego zarządzania (*place of effective management*). Jednakże może też dokonywać swej działalności w kraju, którego nie jest rezydentem, poprzez zakład (*permanent establishment)*. Jego definicję podaje Konwencja Modelowa OEDC w art. 5, zgodnie z którym zakładem jest stałe miejsce, w którym działalność gospodarcza przedsiębiorcy jest w całości lub częściowo wykonywana. W Komentarzu do tego artykułu znaleźć można podrozdział zatytułowany „Handel elektroniczny"[31]. Kwestią sporną pozostawało, czy umieszczony w jakimś państwie sprzęt komputerowy – serwer – może zostać potraktowany jako zakład[32]. Komentarz wyjaśnia, że nie jest zakładem strona internetowa, natomiast serwer tak, jeżeli ma charakter trwały, niezależnie od tego, czy obsługują go jacyś ludzie – pracownicy przedsiębiorcy,. Wskazuje się również, że korzystanie z pomocy dostawcy

29 *Ibidem*, s. 27.
30 Patrz: art. 357 i nast. VI Dyrektywy.
31 Patrz punkty 42.1–42.10 Modelowej Konwencji OECD.
32 M. Zdyb, *Opodatkowanie obrotu elektronicznego w Modelowej Konwencji OECD*, Przegląd Podatkowy, 8/2006, s. 12.

usług internetowych nie powoduje powstania u niego zakładu, bo nie posiada on pełnomocnictwa do zawierania umów z klientami w imieniu przedsiębiorstwa. Jeśli jednak przedsiębiorca jest właścicielem serwera lub go dzierżawi, to powoduje to powstanie zakładu w rozumieniu przepisów Konwencji. Nie powstaje zakład, jeżeli serwer wykorzystywany jest do działalności przygotowawczej i pomocniczej, np. reklamy.

W literaturze podkreśla się potrzebę modyfikacji definicji zakładu zawartej w art. 5 Konwencji Modelowej OECD, w celu dalszego dostosowania jej do potrzeb handlu elektronicznego, a nawet wprowadzenia definicji „wirtualnego zakładu" i stworzenia nowej regulacji prawnej dla *e-commerce*[33].

Ciekawym zagadnieniem jest opodatkowanie korzystania z nieodpłatnego oprogramowania typu *open source*[34]. Początkowo uważano je za nieodpłatne świadczenie w podatku dochodowym, ale od 7 marca 2001 roku, dzięki odpowiedzi Ministra Finansów na zapytanie poselskie, przyjęto, że nie powstaje przychód po stronie podatnika, zwłaszcza że ciężko jest ustalić wartość tego świadczenia. Minister Finansów podkreślił jednak, że każdy przypadek należy rozpatrywać indywidualnie ze względu na różnorodność form wykorzystywania tego typu programów. Licencja dla takiego programu nie może zostać uznana za wartość materialną i prawną, nie podlega bowiem amortyzacji – nie można ustalić jej wartości początkowej. By objąć tę dostawę podatkiem VAT, czynność musiałaby być odpłatna.

Kolejnym przykładem praktycznych problemów związanych z *e-commerce* jest opodatkowanie korzyści nabytych w wyniku korzystania z oprogramowania komputerowego wykorzystywanego do prowadzenia działalności gospodarczej, a nie do dalszej odsprzedaży, dostarczonego przez przedsiębiorcę zagranicznego na podstawie nieprzenoszalnej i niewyłącznej licencji[35]. W zasadzie nie stosuje się tu zasad dla należności licencyjnych, przewidzianych w art. 12 Konwencji Modelowej OECD. W związku z tym nie stosuje się tzw. podatku u źródła, tj. polski przedsiębiorca otrzymujący program komputerowy nie musi pobrać podatku od zapłaty za ten program. Zasady przewidziane dla opodatkowania należności licencyjnych stosujemy tylko wówczas, jeśli takie traktowanie przewiduje wyraźnie umowa o unikaniu podwójnego opodatkowania. Organy podatkowe nie zawsze prezentują jednolite stanowisko w tej kwestii. Od typu programu i jego licencji zależeć często będzie, czy korzystanie z niego będzie opodatkowane jako zyski przedsiębiorstw (art. 7 Konwencji) czy jako należności licencyjne (art. 12 Konwencji)[36].

Niejednolite interpretacje są również wydawane przez organy podatkowe, jeśli chodzi o kwestię kwalifikacji przychodów uzyskanych z reklamy za pomocą programu Google AdSense[37]. Zdaniem Naczelnika Urzędu Skarbowego w Mińsku Mazowieckim podatnik umieszczający na swojej stronie internetowej reklamy za określoną kwotę pieniędzy

---

33 *Ibidem*, s. 18.

34 M. Pogoński, *Konsekwencje wykorzystania nieodpłatnego oprogramowania typu open source*, Przegląd Podatkowy, 7/2008, s. 50.

35 K.G. Szymański, M. Krajewski, J. Ogorzałek, *Podatek u źródła z tytułu płatności za korzystanie z oprogramowania komputerowego*, Przegląd Podatkowy, 1/2007, s. 13.

36 R. Kubacki, A Bartosiewicz, *Przychody z handlu elektronicznego a Konwencja Modelowa OECD*, cz. I, Monitor Podatkowy, 5/2002, s. 6.

37 www.vagla.pl [ostatnia wizyta: 8.04.2009]

zawiera umowę najmu, przez co dochody uzyskane z tej działalności może opodatkować na zasadach ogólnych lub w postaci zryczałtowanej[38]. Innego zdania był Naczelnik Urzędu Skarbowego w Wadowicach, uznając opisaną wyżej działalność za pozarolniczą działalność gospodarczą, a nie najem[39]. Jak widać, brak jest niekiedy jednolitego stanowiska przy opodatkowaniu niektórych działalności zaliczanych do handlu elektronicznego.

8. Podsumowanie

Opodatkowanie handlu elektronicznego rodzić będzie nadal problemy, zwłaszcza ze względu na rozwój technologiczny, jaki ma miejsce dookoła nas. Widoczne jest również rosnące zainteresowanie organów podatkowych przedsiębiorcami sprzedającymi swoje produkty przez Internet. Pozytywnie należy jednak ocenić ciągłe prace nad tą tematyką i próby stworzenia regulacji, które pozwolą na zachowanie możliwości stosowania klasycznych zasad podatkowych również do szybko rozwijającej się dziedziny, jaką jest *e-commerce*.

[38] Postanowienie z 11 stycznia 2007 roku o sygnaturze 1412/PD/415-38/06, http://sip.mf.gov.pl [ostatnia wizyta: 14.04.2009].

[39] Postanowienie z dnia 18 grudnia 2006 roku o sygnaturze PD1A/415-39/06, http://sip.mf.gov.pl [ostatnia wizyta: 14.04.2009].