TOWARZYSTWO
BIBLIOTEKI
SŁUCHACZÓW
PRAWA UJ

Internetowy Przegląd Prawniczy TBSP UJ

Numer 2/2011 (7)
www.tbsp.pl
ISSN-1689-9601

Publikacja wydawana przez
Towarzystwo Biblioteki Słuchaczów Prawa UJ

Autorzy
Maciej I. Andrzejewski
Marzena Cios
Andrzej Fiołek
Mikołaj Grzesik
Aleksandra Puczko
Mariusz Purgał
Mikołaj Rogowski
Olga Sachanbińska
Krzysztof Topolski

Projekt graficzny i łamanie
Marta Woszczak

Adjustacja i korekta
Agnieszka Kukieła

Kolegium Redakcyjne
Zeszytów Prawniczych oraz
Internetowego Przeglądu
Prawniczego TBSP UJ
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

Maciej I. Andrzejewski, Marzena Cios 4
Nowa jakość w postępowaniu karnym – referendarz sądowy

Andrzej Fiołek 15
Odpowiedzialność za wytworzenie przedmiotu kontraktacji w gospodarstwie prowadzonym przez kilka osób wspólnie

Mikołaj Grzesik 32
Setting issuing price for Initial Public Offering

Kamil Januszek 48
Czynności poza zakresem przedmiotowym podatku od towarów i usług

Aleksandra Puczko 58
Wybrane mechanizmy ochrony konsumenta na gruncie Dyrektywy Parlamentu Europejskiego i Rady 2008/48/WE1 z dnia 23 kwietnia 2008 roku w sprawie umów o kredyt konsumencki

Mariusz Purgał 76
Długość okresu odpowiedzialności sprzedawcy za towar niezgodny z umową

Mikołaj Rogowski 106
E-commerce w znakach chińskich, czyli wpływ prawa własności intelektualnej na terenie Chińskiej Republiki Ludowej na światowy handel elektroniczny

Olga Sachanbińska 115
Interes spółki akcyjnej

Krzysztof Topolski 140
Odpowiedzialność za wady świadczenia substytucyjnego w ramach datio in solutum

Maciej I. Andrzejewski[1]
Marzena Cios[2]

Nowa jakość w postępowaniu karnym – referendarz sądowy

1. Wstęp

Przyczynkiem do poniższych rozważań jest dojrzewająca od kilku lat propozycja usprawnienia procesu karnego, do tej pory rozpatrywana w kręgu doktryny i częściowo judykatury, a obecnie prezentowana także przez szersze gremium, na czele z Komisją Kodyfikacyjną Prawa Karnego. Rozważania dotyczyć będą pomysłu odciążenia sędziów od wykonywania zadań pozaorzeczniczych za pomocą instytucji referendarza sądowego. Pełnym wyrazem tych wizji jest przygotowany projekt[3] ustawy o zmianie ustawy – Kodeks postępowania karnego i niektórych innych ustaw oraz uzasadnienie do tego projektu[4]. Wydaje się, że obecnie znajdujemy się w dobie permanentnej reformy wymiaru sprawiedliwości[5], czasami wręcz graniczącej ze stanem inflacji prawa, stąd uzasadnionym będzie przeanalizowanie, czy projektowane zmiany są konieczne, wystarczające i jaką jakość przyniosą procesowi karnemu. Pochodną dla tych

[1] Student WPiA UJ.
[2] Studentka WZNPiE KUL.
[3] Projekt ustawy o zmianie ustawy – Kodeks postępowania karnego i niektórych innych ustaw, dostępny na stronie: http://bip.ms.gov.pl/pl/dzialalnosc/komisje-kodyfikacyjne/komisja-kodyfikacyjna-prawa-karnego/projekty-aktow-prawnych/download,1137,0.html, [4.04.2011], s. 5.
[4] Uzasadnienie projektu ustawy o zmianie ustawy – Kodeks postępowania karnego i niektórych innych ustaw, dostępne na stronie: http://bip.ms.gov.pl/pl/dzialalnosc/komisje-kodyfikacyjne/komisja-kodyfikacyjna-prawa-karnego/projekty-aktow-prawnych/download,1137,1.html, [04.04. 2011], s. 12–15.
[5] W doktrynie niemieckiej zjawisko to zwane jest „ciągłą reformą" lub „postępującą nowelizacją". Zob. szerzej C. Kulesza, K.T. Boratyńska, *Usprawnienie postępowania karnego w Niemczech i w Polsce*, Prok. i Pr. 4/2004, s. 9.

rozważań będzie zestawienie obaw i niepokojów w stosunku do instytucji referendarza występującej w procedurze cywilnej od przeszło dwunastu lat. W celu przyjrzenia się problemowi z szerszej perspektywy i nieograniczania dyskusji na ten temat tylko do jurysdykcji sądów polskich, zostaną poczynione odwołania do innych, zagranicznych procedur, w których podobne zmiany rozważano znacznie wcześniej.

Za cenną refleksją prof. S. Waltosia należy powtórzyć, że „historia procedury karnej nieustannie poucza, że w wielkich jej reformach zawsze pojawiały się zapożyczenia z przeszłości"[6]. Rzecz ta powtarza się również przy doszukiwaniu się rodowodu referendarza sądowego, gdyż pierwociny tej instytucji miały już miejsce na ziemiach polskich w czasach pierwszej Rzeczypospolitej. Jednakże, przyglądając się tej kwestii bliżej, można dostrzec, że wyszukane w historii prototypy bardziej zbliżały zakres swych uprawnień do kwestii cywilistycznych niż karnoprocesowych. W związku z tym można byłoby się spierać, czy jest to nowa, czy tylko reaktywowana jakość dla polskiego karnoprocesowego dorobku[7].

2. *Ratio legis* nowej instytucji

Bez względu na to, z jaką formą i z jaką przestrzenią czasową lub przestrzenną mamy do czynienia, referendarz jest zawsze odzewem na rozwiązywanie problemu zaległości sądowych. Nic nie zmieniło się od wieków, nadal wymiar sprawiedliwości stara się uporać z przewlekłością postępowań. Obecnie dyskusja jest coraz bardziej żarliwa, gdyż problem intensyfikuje rosnąca przestępczość i piętrzące się w związku z tym wymagania standardów międzynarodowych, których Polska zobowiązana jest przestrzegać[8]. Z pewnością niewydolność systemu jest wypadkową wielu czynników, a wśród nich podnosi się stale problem braków organizacyjnych i personalnych w dobie znacznego przeciążenia kadry sędziowskiej[9]. Zarzuca się m.in. administratywizację sądownictwa powszechnego poprzez obciążenie go kwestiami rejestracyjnymi oraz sprawami z zakresu szeroko rozumianej ochrony prawnej i pomocy społecznej[10]. Gwoli ścisłości należy dodać, że zgodnie

[6] S. Waltoś, *Wizja procesu karnego XXI wieku*, Prok. i Pr. 1/2002, s. 13.

[7] Pierwowzorem dzisiejszych referendarzy były stanowiska pisarzy ziemskich, powiatowych (zwanych także podpiskami bądź pisarkami). Samo zaś określenie referendarz pojawiło się w XVI wieku, a zadomowiło w sądownictwie od XVII wieku, na krótki okres, bo tylko do momentu rozbiorów Polski. Próby wskrzeszenia tej instytucji w II Rzeczypospolitej przybrały postać zakamuflowaną – sędziego pokoju, jednakże nie zostały one ostatecznie sfinalizowane. Zob. szerzej o historii tego zawodu: W. Maciejko, M. Rojewski, P. Zaborniak, *Zarys metodyki pracy referendarza sądowego*, Warszawa 2009, s. 15–17; A. Maziarz-Charuza, *Skarga na orzeczenie referendarza sądowego w postępowaniu wieczystoksięgowym*, Kraków 2006, s. 50–52; J. Bardach, B. Leśnodorski, M. Pietrzak, *Historia ustroju i prawa polskiego*, Warszawa 1993, s. 120.

[8] Według Trybunału Praw Człowieka w Strasburgu mamy do czynienia z problemem o charakterze strukturalnym, stąd tym bardziej wydaje się, że zmiany muszą być wielopłaszczyznowe, systemowe, a nie tylko fragmentaryczne i, co za tym idzie, jedynie doraźne.

[9] M. Jędrzejewska, *Możliwości i zakres ograniczania obowiązków sędziego*, PS 1/1995, s. 28.

[10] J. Ignaczewski, *Gruntowną reformę sądownictwa czas zacząć!*, MoP 4/2007, s. 1366.

z unormowaniami konstytucyjnymi[11] mamy do czynienia z monopolem sędziowskim przy wykonywaniu zadań z zakresu wymiaru sprawiedliwości. W żadnej mierze projektodawcy oraz zwolennicy instytucji referendarza sądowego nie chcą czynić w związku z tym konkurencji dla sędziów, ale kreują bardziej instrument *quasi*-usługowy w stosunku do kadry sędziowskiej, wyręczający ją w najbardziej żmudnych, a zarazem stosunkowo prostych zadaniach z zakresu ochrony prawnej.

3. Polemika z projektem Komisji Kodyfikacyjnej Prawa Karnego i postulatami środowiska referendarzy

Według wspomnianego już uzasadnienia do projektu Komisji Kodyfikacyjnej wykonywane w osobie referendarza czynności miałyby charakter administracyjno-organizacyjny. Z kolei legitymacją ustawową w tej mierze byłby dodany odpowiednio art. 93a[12] Kodeksu postępowania karnego[13] (dalej k.p.k.) o następującym brzmieniu:

> Polecenia, a w wypadkach wskazanych w ustawie także postanowienia i zarządzenia może wydawać referendarz sądowy. Może on również wykonywać inne zadania z zakresu ochrony prawnej, wskazane w ustawie.

Warto przy tym zauważyć dalekowzroczność i celowość umieszczenia w odrębnej jednostce redakcyjnej powyższego przepisu ustawy, co wyraźnie podkreśla uzasadnienie projektu. Umożliwi to zastosowanie projektowanego art. 93a również w postępowaniu wykonawczym i to już bez zbędnych zmian w Kodeksie karnym wykonawczym[14] (dalej k.k.w.), na zasadzie odesłania do art. 1 § 2 tegoż kodeksu[15].

Referendarze pomagaliby w obszarach pracy jurysdykcyjnej obejmującej zarówno postępowanie główne, jak i wykonawcze, z czego ten pierwszy kierunek aktywności jest poddawany w wątpliwość przez Ogólnopolskie Stowarzyszenie Referendarzy Sądowych[16]. Niemniej ich

---

[11] Art. 175 ust. 1 i art. 178 ust. 1 Konstytucji RP (Dz. U. z 1997 r. Nr 78, poz. 483 z późn. zm.); art. 1 § 2 Ustawy prawo o ustroju sądów powszechnych (Dz. U. z 2001 r. Nr 98, poz. 1070 z późn. zm.). Por. także uchw. Sądu Najwyższego (dalej SN) z 18 stycznia 2001 r., III ZP 28/00, OSNAPiUS 2001, Nr 7, poz. 210.

[12] Por. art. 47^1 Kodeksu postępowania cywilnego, dodany ustawą z 2 lipca 2004 r. (Dz. U. Nr 172, poz. 1804). Zob. także: K. Piasecki (red.), *Kodeks postępowania cywilnego. Komentarz do artykułów 1–505^{14}*, Tom I, Warszawa 2006, s. 218–219.

[13] Ustawa z 6 czerwca 1997 r. Kodeks postępowania karnego (Dz. U. Nr 112, poz. 766 z późn. zm.).

[14] Ustawa z 6 czerwca 1997 r. Kodeks karny wykonawczy (Dz. U. Nr 90, poz. 557 z późn. zm.).

[15] S. Lelental, *Kodeks karny wykonawczy. Komentarz*, Warszawa 2010, s. 40–41, 150–152.

[16] Zob. M. Pałka (red.), *Ogólnopolskie Stowarzyszenie Referendarzy Sądowych. Zakres kompetencji referendarza sądowego. Doświadczenia, wnioski, rekomendacje. Marzec 2011,* dostępne na stronie: http://lex.pl/rozne/Zakres_kompetencji_referendarza_sadowego.pdf, 02.04.2011 r., s. 10. Zob. także uzasadnienie rządowego projektu ustawy o zmianie ustawy – Kodeks postępowania cywilnego oraz niektórych innych ustaw (druk sejmowy Nr 484), które ocenia celowość rozciągnięcia aktywności referendarskiej na etap jurysdykcyjny.

rola w procesie karnym dotyczyłaby przede wszystkim wydawania postanowień o charakterze obligatoryjnym (postanowienie zawiadamiające prokuratora o odstąpieniu od oskarżenia przez oskarżyciela posiłkowego, w której oskarżyciel publiczny nie bierze udziału, postanowienie umarzające postępowanie w razie odstąpienia prokuratora od oskarżenia, umorzenie postępowania w razie śmierci oskarżyciela prywatnego i niewstąpienia w prawa zmarłego osób najbliższych, przekazanie powództwa sądowi właściwemu do rozpoznania spraw cywilnych), jednak środowisko referendarskie uważa, że jest to regulacja zbyteczna, odnosząca się do prostych czynności wpadkowych, które w żadnym razie nie są największą bolączką obecnych obowiązków sędziowskich[17]. W optyce ich zadań przewiduje się po drugie wydawanie postanowień i zarządzeń w kwestiach dotyczących udziału obrońcy i pełnomocnika w postępowaniu karnym, niezastrzeżonych do wyłącznej kompetencji sądu. Uznać za nie należy wycofanie wyznaczenia obrońcy z urzędu w razie ustania uprawniających do tego okoliczności, wyznaczanie obrońcy z urzędu, w tym także wtedy, gdy następuje to na skutek wypowiedzenia dotychczasowego stosunku obrończego z wyboru lub odmowy zarządzenia sprowadzenia oskarżonego pozbawionego wolności, który nie ma obrońcy z wyboru. Ponadto zaliczyć do nich można wydawanie postanowień w przedmiocie kosztów procesu, które nie rozstrzygają ostatecznie, kto ma je ponosić, np. zwolnienie od wyłożenia kosztów podlegających uiszczeniu przy wnoszeniu pisma procesowego, zasądzenie o kosztach procesu poza orzeczeniem kończącym postępowanie w sprawie lub gdy wymaga to dodatkowych ustaleń ich wysokości lub rozstrzygnięć postępowania wykonawczego. Ostatnia grupa czynności znów krytykowana jest przez najbardziej zainteresowanych – przyszłych referendarzy, za zbytnią tym razem powściągliwość i niekonsekwencje pomimo braku krępujących, w tym też konstytucyjnych, ograniczeń[18]. Referendarzy planuje się obarczyć możliwością nadawania klauzuli wykonalności (przy orzekaniu co do roszczeń majątkowych, podlegających wykonaniu w drodze egzekucji na żądanie uprawnionego – wynikających także z ugody zawartej przed sądem oraz wobec ugody zawartej na posiedzeniu pojednawczym). Wśród ich obowiązków znajdzie się również wydawanie zarządzeń dotyczących biegu sprawy, a jednocześnie nieingerujących w jej końcowe rozstrzygnięcie (wzywanie osób do usunięcia braków pisma procesowego nieodpowiadającego wymaganiom formalnym oraz w razie niedopełnienia tego obowiązku w terminie, informowanie wnoszącego o bezskuteczności pisma, zarządzenie doręczenia odpisu aktu oskarżenia oskarżonego wraz z wezwaniem go do składania wniosków dowodowych, zarządzenie doręczenia wniosku o skazanie bez rozprawy pokrzywdzonemu, zarządzenie odmawiające przyjęcia wniosku złożonego przez osobę nieuprawnioną lub po terminie).

Na uwagę zasługuje podnoszony po raz kolejny przez środowisko referendarskie zarzut protekcjonalizmu, fragmentaryczności kreowania uprawnień omawianej instytucji, przed

[17] M. Pałka (red.), *op. cit., s.* 8.
[18] *Loc. cit.*

czym najbardziej przestrzegano w kontekście doświadczeń w procedurze cywilnej. Innymi słowy, dostrzega się niesłuszne pominięcie dopuszczalności orzekania przez referendarzy w przedmiocie postanowień o niewłaściwości sądu oraz zwrocie aktu oskarżenia w celu uzupełnienia istotnych braków śledztwa lub dochodzenia. Argumentowane jest to zwłaszcza brakiem konsekwencji kodyfikatora wobec ogólnej tendencji, a wręcz postulowanego zamiaru uczynienia postępowania karnego bardziej kontradyktoryjnym[19]. Następnym z kolei atrybutem władzy referendarskiej stałoby się wykonywanie czynności i podejmowanie decyzji procesowych w sprawach z oskarżenia prywatnego (prowadzenie posiedzenia pojednawczego, umorzenie postępowania w razie pojednania się stron, zwrot uiszczonych przez oskarżyciela prywatnego zryczałtowanych wydatków w całości lub w części, w sytuacji ziszczenia się okoliczności wymienionych w art. 622 k.p.k.) i jest tu duże pole manewru dla wykazania się umiejętnościami rozwiązywania zaognionego między stronami konfliktu, co może być doświadczeniem przydatnym zwłaszcza dla przyszłych sędziów rekrutujących się ze środowiska referendarzy. *Prima vista*, wydaje się, że pozostałe zadania opisane w projekcie mają już mniejsze znaczenie, stąd zakwalifikowane zostały do wspólnej kategorii „innych zadań". Jednak teza ta może być za daleko posunięta, a już z całą pewnością nie można umniejszać roli pozostałych zadań w kontekście całościowego, systemowego przemodelowania procesu osobą referendarza. Nie ulega wątpliwości, że są to czynności o bardziej technicznym, porządkowym charakterze. Zaliczamy do nich: wydawanie poleceń policji i innym organom w zakresie postępowania karnego, kierowanie spraw do postępowania mediacyjnego, zarządzanie wydawania kserokopii i uwierzytelnionych odpisów z akt sprawy, sprawdzanie okoliczności faktycznych niewymagających przeprowadzenia dowodu, a w końcu wydawanie zarządzeń w przedmiocie nadania biegu sprawom o odtworzenie akt.

Jest jednak sprawą dyskusyjną, czy wspomniany zestaw uprawnień jest wystarczającym i zupełnym rozwiązaniem. Nic więc dziwnego, iż reakcją środowiska referendarzy jest chęć znacznego jeszcze poszerzenia i wzmocnienia roli komentowanej instytucji. Są to aspiracje, pogłębione badaniami empirycznymi w przestrzeni postępowania cywilnego, gdzie można już mówić o efektach pracy referendarzy. Propozycje Ogólnopolskiego Stowarzyszenia Referendarzy Sądowych skupiają się na trzech dodatkowych panelach aktywności w postaci: wydawania wyroku nakazowego, orzekania w przedmiocie konsensualnych form rozstrzygnięcia sprawy oraz poszerzenia form pomocy o przyznawanie pełnomocnika i zwrot kosztów dla strony. O ile ostatni z postulatów wydaje się bardziej porządkujący i uzupełniający, o tyle dwa pierwsze zapatrywania budzą znaczne wątpliwości. Mianowicie, należy odpowiedzieć sobie na pytanie, czym jest zdaniem wspomnianego Stowarzyszenia Referendarzy „wyko-

[19] *Loc. cit.* Podobnie uważa: G. Kiełbasa, T. Heymann, *Organizacja orzekania a czas trwania postępowania w sprawach karnych. Dwugłos sędziów – polskiego i niemieckiego*, (w:) S. Waltoś i J. Czapska (red.), *Zagubiona szybkość procesu karnego. Światło w tunelu*, Kraków 2007, s. 242.

nywanie zadań z zakresu wymiaru sprawiedliwości". Jeśli powszechnie najczęściej pojmuje się rozstrzyganie sporów o prawo jako desygnat sprawowania wymiaru sprawiedliwości[20], to czymże innym jest właśnie orzekanie wyrokiem (przejaw władzy sądowej, czynność orzecznicza – judykacyjna) o odpowiedzialności oskarżonego. Nie wytrzymuje krytyki argumentacja, że postępowanie nakazowe jest rozstrzyganiem na podstawie akt, a więc stosunkowo prostym, uruchamianym w przypadku niebudzących wątpliwości okoliczności czynu i winy oskarżonego i stąd nie jest wymiarem sprawiedliwości *sensu stricto*. Jest to pokrętna droga myślowa, prowadząca w przyszłości do licznych komplikacji. Stwierdzając z jednej strony wprost, że referendarz ma nie trudnić się czynnościami merytorycznymi, a być tylko pomocnikiem i oszczędzać czas sędziów na dokładniejsze, sprawniejsze, a więc i rzetelniejsze wykonywanie ich funkcji, a zarazem czyniąc od takiej zasady odstępstwa, mamy *de facto* do czynienia z paradoksem. Pomimo że Konstytucja nie definiuje pojęcia „wymiaru sprawiedliwości", nie można na tej podstawie konstruować rozmytych terminów i uzależniać przebiegu granicy pomiędzy wymiarem sprawiedliwości a ochroną prawną od niewymiernie rozumianego czynnika skomplikowania sprawy. Byłaby to wyraźna ingerencja w unormowania konstytucyjne, które kreują zasadę monopolu sędziów, a ci z kolei stosownie do swych obowiązków są wyposażeni w znaczne przywileje, immunitety, zabezpieczające ich niezawisłość i bezstronność. Co więcej, powyższe niejasności prowadziłyby do coraz szerzej zakrojonego limitowania atrybutu władzy sędziowskiej, skoro można byłoby ograniczać ją czynnikiem prostoty merytorycznej sprawy i orzekania na podstawie akt. Powstaje pytanie, czy nie poszlibyśmy za daleko, czy chęć oswobodzenia sędziów od nadmiaru pracy i uczynienia wymiaru sprawiedliwości jakościowo lepszym, nie obróciłaby się przeciwko projektodawcom. Należy rozważnie rozdzielać kompetencjami, a przede wszystkim nie stawiać na równi sprawności postępowania i jego jakości pod względem formalnym i materialnym, bo chyba nie trzeba przekonywać, że nie są to wartości tożsame i równoważne. Z takimi samymi kontrargumentami powinien się spotkać również drugi postulat pochodzący z kręgu środowiska referendarzy o możliwości orzekania przy zastosowaniu konsensualnych form rozstrzygania spraw. Nie można wykluczyć, że wcielenie takich projektów zachwiałoby fundamentalnie ważnym, pieczołowicie odbudowywanym zaufaniem społeczeństwa do wymiaru sprawiedliwości i zniechęciło strony do korzystania z takich form rozstrzygania sporów prawnych. Również oczekiwania oszczędności finansowych i czasowych przy takim obrocie spraw należałoby definitywnie pogrzebać. Oznacza to, że mechanizm wnoszenia sprzeciwu od rozstrzygnięć referendarza, który to proceder w takich sytuacjach urósłby na znaczeniu, spotęgowałby jeszcze zaległości sądowe.

[20] Wyrok Trybunału Konstytucyjnego z 10 maja 2000 r., K 21/99, OTK 2000, z. 4, poz. 109.

Nie wdając się już w szczegółowe rozważania, należy dodać, że uzupełniające poprawki środowisk referendarskich nie ominęły również projektu Komisji w odniesieniu do postępowania wykonawczego. Notabene, kręgi te opowiadają się za prymatem referendarza w postępowaniu wykonawczym znacznie bardziej aniżeli w postępowaniu karnym. W tym sensie należy wziąć pod rozwagę, czy wszystkie postulowane kierunki dysponowania i rozporządzania prawami, obowiązkami, a nadto jedną z najwyższych wartości dla człowieka – wolnością – poprzez osobę o znacznie uboższych kompetencjach, a szczególnie o ubogim doświadczeniu – referendarza sądowego – w procedurze wykonywania kary są w granicach prawa i nie trącą arbitralnością[21].

Odrębnego odnotowania wymaga inny postulat, również wysuwany przez praktyka – referendarza sądowego, ażeby uczynić przed fazą *in iure* coś na kształt „przedsądu referendarskiego". Upraszczając, jest to konstrukcja *quasi*-mediacji, która według autora służyłaby nabyciu praktyki przez referendarzy, prowokowaniu do nieustannego podnoszenia przez nich kwalifikacji, a z innej perspektywy efektywniej prowadziłaby do zamierzonych przez strony celów, przybliżała władzę sądowniczą i tryb postępowania, w jakim się ona przejawia przeciętnemu, uwikłanemu w proces obywatelowi, stając się tym samym modelem bardziej transparentnym i czytelnym dla społecznego odbioru. Niemniej cieniem na tym projekcie kładzie się niezauważone przez pomysłodawcę wydłużenie dla stron drogi do sądu w razie skorzystania przez stronę z anulatywnego środka w postaci skargi. Z pewnością nie można jednak zbagatelizować tegoż głosu w dyskusji[22].

Nie może ujść uwadze kwestia, że swego rodzaju wentylem bezpieczeństwa dla wadliwych, arbitralnych rozstrzygnięć referendarza i wyraźnym przejawem kontroli społecznej jest propozycja uruchomienia możliwości wnoszenia przez strony sprzeciwu – środka ewidentnie kasatoryjnego, który kładzie definitywnie kres zaskarżonej decyzji. Przy czym widzi się tylko dwojaką możliwość odmowy przyjęcia przez prezesa sądu tegoż środka zaskarżenia, a więc gdy został wniesiony po terminie bądź przez osobę nieuprawnioną. Nie da się również zaprzeczyć, że przy tak szeroko zarysowanych uprawnieniach rodzi się potrzeba zastosowania do osoby referendarza przepisów o wyłączeniu sędziego. Zdaje się, że nie wymaga to szerszego komentarza, gdyż byłoby to czystą konsekwencją poszanowania podstawowych zasad procesu. Podobnie charakter gwarancyjny dla uczestników procesu, a nadto dla wymiaru sprawiedliwości *sensu largo* będą miały przepisy o odpowiedzialności

[21] G. Karcz, *„Przedsądy referendarskie" jako głos w dyskusji nad unormowaniem systemu powoływania osób sprawujących władzę sądowniczą*, MoP 11/2008, s. 582–583.

[22] *Ibidem*, s. 583-584.

dyscyplinarnej referendarza, jego niezależności (będącej jednak tylko substytutem sędziowskiej niezawisłości)[23] oraz wysokie wymagania na to stanowisko[24].

Powracając do powyższego katalogu uprawnień przyszłych referendarzy karnoprocesowych, zaproponowanych przez Komisję Kodyfikacyjną Prawa Karnego, można zauważyć rysy podobieństw do procedury cywilnej w kontekście przysposobienia tej instytucji do obszaru następujących spraw: udziału pełnomocnika w postępowaniu (art. 123 § 2 k.p.c.)[25], ustalenia wysokości kosztów procesu (art. 108 § 1 k.p.c.), nadawania klauzuli wykonalności (art. 781 § 1^1 k.p.c.) oraz nadawania biegu pismom procesowym (art. 130 § 1 w zw. z art. 130^5 k.p.c.)[26]. Inną zasadniczą klamrą spinającą obie procedury jest brak wyposażenia referendarza w czynności merytoryczne z zakresu wymiaru sprawiedliwości[27]. Wprawdzie należy podkreślić, że obecny kształt uprawnień tych urzędników w procedurze cywilnej nie jest efektem pierwotnie rozumianej przez ustawodawcę roli referendarza obok osoby sędziego. Dzisiejszy, niewątpliwie obszerny katalog, był determinowany kilkoma nowelizacjami, a więc był to proces ewolucyjny[28]. Inaczej rzecz ta wygląda w postępowaniu karnym, które bogatsze o różnorakie doświadczenia fragmentarycznych reform cywilnych procesualistów, proponuje pełniejszy, wydaje się, że bardziej spójny, katalog uprawnień już *ab initio*. Jest to z jednej strony podejście bardziej konstruktywne, a z drugiej strony podkreślające pożądaną w polskiej legislacji powściągliwość przed niestabilnością prawa i zalewającą falą jego inflacji[29].

---

[23] Szerzej: J. Gudowski (red.), *Prawo o ustroju sądów powszechnych. Ustawa o Krajowej Radzie Sądownictwa. Komentarz,* Warszawa 2009, s. 603-605, 614-617. Zob. także: Uchwałę Krajowej Rady Sądownictwa nr 50/2006 z 10 maja 2006 r. w sprawie zmiany uchwały nr 45/2002 Krajowej Rady Sądownictwa z 17 lipca 2002 r., dostępne na stronie: www.krs.pl/admin/files/100192.doc, [4.04.2011 r.].

[24] J. Bodio, G. Borkowski, T. Demendecki, *Ustrój organów ochrony prawnej. Część szczegółowa,* Warszawa 2007, s. 74–75.

[25] Ustawa z 17 listopada 1964 r. Kodeks postępowania cywilnego (Dz. U. Nr 43, poz. 296 ze zm.).

[26] Uzasadnienie projektu ustawy o zmianie ustawy Kodeks postępowania karnego..., s. 15.

[27] D. Więckowski, *Rola referendarza w postępowaniu karnym – uwagi de lege ferenda,* dostępne na stronie: *http://www.adwokackiekancelarie.pl/download/D_Wieckowski Rola_referendarza_sadowego_w_postepowaniu_karnym.pdf.*, [2.04.2011], s. 3.

[28] Zob. ustawa z 22 grudnia 2004 r. o zmianie ustawy – Kodeks postępowania cywilnego oraz ustawy – Prawo o ustroju sądów powszechnych (Dz. U. z 2005 r. Nr 13, poz. 98); ustawa z 28 lipca 2005 r. o kosztach sądowych w sprawach cywilnych (Dz. U. z 2005 r. Nr 167, poz. 1398 z późn. zm.); ustawa z 24 sierpnia 2007 r. o zmianie ustawy – Prawo o notariacie oraz niektórych innych ustaw (Dz. U. Nr 181, poz. 1287), ustawa z 8 grudnia 2008 r. o zmianie ustawy – Kodeks postępowania cywilnego oraz niektórych innych ustaw (Dz. U. z 2008 r. Nr 234, poz. 1571); ustawa z 9 stycznia 2009 r. o zmianie ustawy – Kodeks postępowania cywilnego oraz niektórych innych ustaw (Dz. U. z 2009 r. Nr 26, poz. 156).

[29] Zob. cenny komentarz co do potrzeb i przyczyn nowelizacji z właściwą refleksją na przyszłość: P. Hofmański, *Kodeks postępowania karnego po dziesięciu latach. Garść refleksji*, (w:) M. Mozgawa, K. Dudka (red.), *Kodeks karny i kodeks postępowania karnego po dziesięciu latach obowiązywania. Ocena i perspektywy zmian*, Warszawa 2009, s. 147–155; K. Dudka, O *konieczności zmian w przepisach kodeksu postępowania karnego i kodeksu karnego*, (w:) M. Mozgawa, K. Dudka (red.), *op. cit.*, s. 255.

4. Referendarz sądowy na tle prawnoporównawczym

Nie można jednak tracić z pola widzenia, że jak mantra powraca pytanie, czy referendarz jest wystarczającym antidotum dla zagubionej szybkości procesu karnego[30], czy można uznać go za poszukiwane światło w tunelu? O ile nie możemy poprzestawać na tej jednej formie usprawniania i funkcjonalizacji procesu, bo problem jest wypadkową wielu czynników, o tyle można zaryzykować, że obecność referendarza jest jednym z kroków naprzód. Należy skierować się w kierunku wykorzystanych szans, jakie dał referendarz w procedurze cywilnej. Ponadto, warto zauważyć, że omawiany problem nie jest odosobniony, co więcej inne ustawodawstwa i kręgi doktryny borykają się z podobnym efektem przeciążenia w sądownictwie, szukając na to zbliżonych środków zaradczych. Takie problemy ma chociażby Austria, której doktryna zauważa negatywne braki organizacyjne oraz personalne i poszukuje rozwiązania w mnożeniu dodatkowych stanowisk, w tym również sędziowskich[31]. Identyczne panaceum w postaci zwiększonej etatyzacji sędziowskiej widzi także hiszpańska jurysprudencja[32]. Duży problem niedoboru prawników w stosunku do liczby ludności ma także bogate, rozwinięte i wykształcone społeczeństwo japońskie. W innych z kolei państwach borykających się z tym problemem szuka się klucza do sukcesu w powoływaniu tzw. sędziego pokoju (Włochy, Rosja). Na rozważenie zasługują doświadczenia niemieckie, gdzie funkcjonujący referendarz sądowy (Rechtspfleger) jest na gruncie posiadanych kompetencji odpowiednikiem polskiego *quasi*-asystenta sędziego. Skutkuje to w niemieckim procesie karnym tym, że nie podejmują oni samodzielnie żadnych decyzji procesowych, a ich udział w postępowaniu nie przynosi zamierzonych efektów. Ich działalność najbardziej przejawia się w reprezentowaniu prokuratury na posiedzeniach sądów rejonowych[33]. W takiej sytuacji trzeba zauważyć, że osoba referendarza sądowego w niemieckiej procedurze karnej nie odgrywa takiej roli, jakiej należy się spodziewać po projektowanych propozycjach Komisji Kodyfikacyjnej, gdyż polski projekt jest bardziej ekspansywny i wyręczający się osobą referendarza. Z polskiego punktu widzenia należy dostrzec, że sprawnej organizacji orzekania nie zapewni wyłącznie tworzenie nowych miejsc pracy dla sędziowskiej kadry, gdyż na takie posunięcie z pewnością Polska nie jest finansowo przygotowana. Realia społeczno-ekonomiczne zmuszają nas do przewartościowania sposobu zarządzania zasobami ludzkimi, na organizację pracy pomyślaną tak, ażeby docenić wysiłek wymierzania sprawiedliwości i w tym

[30] Znacznie szerzej na ten temat: S. Waltoś i J. Czapska (red.), *Zagubiona szybkość procesu karnego. Jak ją przywrócić?* Warszawa 2005; S. Waltoś i J. Czapska (red.), *Zagubiona szybkość procesu karnego. Światło w tunelu, op. cit.*

[31] M. A. Eder-Riedel, (w:) S. Waltoś i J. Czapska (red.), *Zagubiona szybkość procesu karnego. Jak ją ..., s.* 90-91.

[32] J. L. Gómez Colomer, A. Planchadell Gargallo, M. A. Pérez Cebadera, (w:) S. Waltoś i J. Czapska (red.), *Zagubiona szybkość procesu karnego. Jak ją...,* s. 94.

[33] G. Kiełbasa, T. Heymann, *op. cit.*, s. 249.

celu zapewnić czasowo-przestrzenno-techniczne warunki do jej wykonywania przez sądy niż przez pomnażanie istniejącej pokaźnej kadry sędziów[34]. Zasadna jest w tym miejscu konstatacja, że kadra referendarska jest znacznie tańsza (zarówno na etapie kształcenia, jak i wynagradzania), co jest także w duchu rekomendacji nr R/86/12 Komitetu Ministrów Rady Europy z 16 września 1986 r. w sprawie niektórych środków przeciwdziałania nadmiernemu obciążeniu sądów. W dokumencie tym podkreśla się, że to nie zwiększona etatyzacja pozwoli wyjść z impasu wymiarowi sprawiedliwości, ale inne reformy.

5. Nowy system kształcenia kadry sędziowskiej przyczynkiem do zmian

Mając na uwadze, że ustrój sądów powszechnych dawał warunki prawne do implementowania referendarza w postępowanie karne już od 1997 r.[35], w realiach procesu znacznie bardziej przewlekłego, to powstaje pytanie, co stało się dzisiaj, że proces karny w końcu dojrzał do zmian w tym przedmiocie. Można pokusić się o stwierdzenie, że częściowo zmiany te wymusiły dokonane przeobrażenia w procesie kształcenia kadry sędziowskiej[36]. Nie wygasa nadal dyskusja, czy poczyniona rewolucja polepszy jakość naszego sądownictwa. Jednak na pewno z roku na rok funkcjonowania nowego systemu zwiększać się będzie liczba referendarzy, którzy w toku kształcenia i na drodze do korony zawodów – sędziego – zostać mogą pozbawieni niebywale ważnej praktyki w wydziałach karnych sądów powszechnych. Na efekty takiej luki nie trzeba będzie długo czekać. Można więc skonstatować, że wprowadzenie instytucji referendarza do procesu karnego będzie pokłosiem i refleksem dotąd czynionych w wymiarze sprawiedliwości przeobrażeń[37].

6. Podsumowanie

Mając na uwadze wszystko, co powyższe, można się spierać co do zakresu uprawnień i roli referendarza w procesie. Poza dyskusją jednak wydaje się kwestia, że polskie postępowanie karne i wymiar sprawiedliwości wymagają zmian. Pamiętać trzeba, że niewydolny system wymiaru sprawiedliwości nie odbuduje ciągle spadających notowań zaufania wśród społe-

[34] *Ibidem*, s. 237-242. Zob. także: S. Rudnicki, *Nowy urząd referendarza sądowego*, „Monitor Prawniczy" 1996, Nr 1, s. 395. Por. Ł. Korózs, M. Sztorc, *Referendarz sądowy. Przepisy i objaśnienia,* Warszawa-Zielona Góra 1998, s. 11.

[35] Ustawa z 21 sierpnia 1997 r. o zmianie ustaw – Prawo o ustroju sądów powszechnych, Kodeks postępowania cywilnego, ustawy o księgach wieczystych i hipotece oraz ustawy o prokuraturze (Dz. U. Nr 117, poz. 752).

[36] Ustawa z 23 stycznia 2009 r. o Krajowej Szkole Sądownictwa i Prokuratury (Dz. U. Nr 26, poz. 157 ze zm.).

[37] Z. Ćwiąkalski, *Kierunki zmian w działalności sądownictwa*, PiP 2/2009, s. 24–25. Zob. także A. Zieliński, *Wokół reformy polskiego sądownictwa*, PiP 2/2009, s. 18–19.

czeństwa do trzeciej władzy w Polsce[38]. Remedium na opisane problemy może być postać referendarza, który mógłby na kształt procedury cywilnej przyspieszyć postępowanie wraz z zachowaniem gwarancji dla jego uczestników, w tym zagwarantowanego w art. 45 Konstytucji RP prawa do sprawiedliwego i rzetelnego procesu. Wyposażenie referendarza w kompetencje z zakresu ochrony prawnej, kwestie formalne, które nie są rozstrzyganiem sporów prawnych, umożliwiłoby sędziom skupienie się na sprawach najważniejszych – merytorycznych, które przekładają się na jakość i kształt naszego orzecznictwa. Można wyrazić pogląd, że nie byłaby to instytucja konkurująca z wymiarem sprawiedliwości, wręcz przeciwnie, stałaby się instrumentem wspierającym i porządkującym. Zapewnienie właściwych warunków do orzekania poprzez znaczne udrożnienie wymiaru pracy, podniosłoby niewątpliwie rangę zawodu sędziego. Podobny efekt przyniosą zmiany w rekrutacji nowych sędziów spośród aplikantów po odbytej praktyce referendarskiej, która umożliwi im poznanie specyfiki pracy i ciężaru odpowiedzialności ponoszonego za podejmowane przez nich decyzje. Urozmaicenie naszego systemu o referendarskie usługi jest również wkalkulowane w racje ekonomiczne i oczekiwania międzynarodowe pod adresem naszego wymiaru sprawiedliwości. Jeśli nie kosztowna etatyzacja sędziowska jako odpowiedź na opieszałość i przewlekłość systemową, to analizowane powyżej antidotum – referendarz sądowy, *tertium non datur*.

[38] Wizerunek sądownictwa pod koniec marca 2009 r. był negatywnie oceniany przez 44% badanych, w ramach raportu przeprowadzonego przez Ministerstwo Sprawiedliwości, cyt. za: I. Bujak, E. Sawko, K. Zawiślak, *Sędziów uwag kilka w związku z projektem zmian ustawy – Prawo o ustroju sądów powszechnych*, 15/MoP 2009, s. 833–837 wraz z szerokim komentarzem autorów.

Andrzej Fiołek[1]

Odpowiedzialność za wytworzenie przedmiotu kontraktacji w gospodarstwie prowadzonym przez kilka osób wspólnie

1. Wstęp

Procesy produkcji rolnej w Polsce ulegają w ostatnim czasie silnym przemianom. Ważnym czynnikiem tych zmian pozostają niezmiennie starania uczestników procesu produkcji o zapewnienie ciągłości dostaw i skupu produktów rolnych przy zagwarantowaniu ich odpowiedniej jakości i ceny. Poza tym zauważalny jest wpływ, jaki wywierany jest na wielkość określonych typów produkcji rolnej przez Wspólną Politykę Rolną (WPR) Unii Europejskiej. Powyższe dążenia znajdują swój wyraz w postępującej reglamentacji produkcji rolnej oraz w coraz szerszym prowadzeniu jej w oparciu o umowę kontraktacji, której to umowy dotyczy niniejsze opracowanie.

Rozwojowi produkcji rolnej służy organizowanie się producentów rolnych w spółdzielnie, grupy producentów rolnych czy też ich związki. Niezmiennie jednak preferowaną przez WPR jednostką produkcyjną w rolnictwie pozostaje gospodarstwo rodzinne. Dlatego też nie należy unikać rozpatrywania odżywających wraz z coraz większą powszechnością kontraktacji problemów prawnych dotyczących tego stosunku, które są specyficzne dla kontraktacji produkcji rolnej w gospodarstwie typu rodzinnego.

Naprzeciw temu postulatowi wychodzi niniejszy artykuł, którego przedmiotem jest odpowiedzialność za wytworzenie przedmiotu kontraktacji w gospodarstwie prowadzonym przez kilka osób wspólnie uregulowana w art. 614 Kodeksu cywilnego (k.c.). Regulacja tego przepisu najczęściej dotyczy właśnie gospodarstwa rodzinnego. Poza tym znajduje on zastosowanie do

[1] Absolwent WPiA UJ.

wszelkich innych sytuacji, w których powiedzieć można, że przedmiot kontraktacji wytwarzany jest w gospodarstwie prowadzonym przez kilka osób wspólnie.

Umowa kontraktacji została w obowiązującym k.c. ujęta jako dwustronna, konsensualna, wzajemna i odpłatna czynność prawna pomiędzy producentem rolnym oraz kontraktującym[2]. Cechą umowy kontraktacji jest jej podmiotowo kwalifikowany charakter. Biorąc pod uwagę, zgodnie z przedmiotem niniejszego opracowania, tylko jedną ze stron umowy kontraktacji – producenta rolnego, oznacza to, że tylko taki podmiot, który posiada ustawowo określone cechy składające się na pojęcie „producenta rolnego", może być stroną umowy kontraktacji. Zgodnie z treścią art. 613 § 1 k.c. „przez umowę kontraktacji producent rolny zobowiązuje się wytworzyć i dostarczyć kontraktującemu oznaczoną ilość produktów rolnych określonego rodzaju (...)". Art. 614 k.c. stanowi, iż jeżeli przedmiot kontraktacji ma być wytworzony w gospodarstwie prowadzonym przez kilka osób wspólnie, odpowiedzialność tych osób względem kontraktującego jest solidarna. Wydaje się, że w literaturze i orzecznictwie wykształciła się jednolita wykładnia art. 614 w zakresie sposobu ukształtowania przez ten przepis odpowiedzialności osób wspólnie prowadzących gospodarstwo. Według tej przeważającej interpretacji art. 614 k.c., odpowiedzialnymi solidarnie względem kontraktującego są wszystkie osoby wspólnie prowadzące gospodarstwo, w którym wytworzony ma być przedmiot kontraktacji, także wtedy, gdy nie wszystkie one zawarły umowę kontraktacji. I tak, G. Bieniek twierdzi, że:

> producent rolny może wykonywać obowiązki wynikające z umowy kontraktacji wspólnie z innymi osobami, np. członkami rodziny. W takim wypadku obciąża ich odpowiedzialność solidarna na podstawie ustawy[3].

Podobnego zdania jest J. Nadler, który pisze m.in., że

> o solidarnej odpowiedzialności na gruncie tego przepisu decyduje powinność wytworzenia przedmiotu kontraktacji w gospodarstwie prowadzonym przez kilka osób wspólnie. Odpowiedzialność ta nie jest uzależniona od wspólnego zawarcia umowy przez osoby mające wytwarzać produkt rolny[4].

Tak samo interpretuje przepis art. 614 k.c. J. Szachułowicz, twierdząc, że:

> przepis ten jest samodzielną normą, która dotyczy nie jakichkolwiek dłużników, ale dłużników o szczególnych przymiotach faktycznych, kiedy dług ma swoje źródło wynikające z niewykonania

[2] J. Szachułowicz [w:] *Prawo rolne*, red. A. Stelmachowski, Warszawa 2009, s. 413.
[3] G. Bieniek [w:] *Komentarz do Kodeksu cywilnego. Księga trzecia. Zobowiązania*, tom 2, praca zbiorowa, Warszawa 2009, s. 179.
[4] J. Nadler [w:] *Kodeks cywilny. Komentarz*, red. E. Gniewek, Warszawa 2008, s. 1075.

umowy kontraktacji. (...) Odpowiedzialność solidarna powstaje tu przez fakt wspólnego prowadzenia działalności produkcyjnej, zmierzającej do wykonania umowy kontraktacyjnej[5].

Celem niniejszego artykułu jest weryfikacja przedstawionej wykładni art. 614 k.c. z punktu widzenia jej spójności oraz praktycznych skutków posługiwanie się nią. Zważywszy na przytoczony wyżej pogląd, uznanie osoby za prowadzącą dane gospodarstwo lub też biorącą udział w jego prowadzeniu, gdy gospodarstwo prowadzone jest przez kilka osób wspólnie, ma niebagatelne znaczenie wobec konsekwencji, jakie ustawodawca wiąże z odpowiedzialnością cywilnoprawną.

Aby zrealizować założony cel, konieczne najpierw będzie dokonanie wykładni pojęcia „gospodarstwo" oraz „prowadzenie gospodarstwa", a później pojęcia „wspólnego prowadzenia gospodarstwa". Definicje tych pojęć posłużą następnie do opisu treści stosunku kontraktacji w interesującym autora zakresie. Za ich pomocą możliwa także będzie prezentacja określonych rozwiązań na gruncie tego stosunku powodujących konsekwencje w zakresie odpowiedzialności cywilnoprawnej.

2. Pojęcie „gospodarstwa" oraz jego „prowadzenia"

Pojęcie „gospodarstwa rolnego" pojawia się w ustawodawstwie rolnym wielokrotnie, nie mając przy tym jednolitego znaczenia. Najbardziej doniosłą jest definicja gospodarstwa rolnego występująca w art. 55^3 k.c. Poza tym osobne definicje występują w ustawach: o kształtowaniu ustroju rolnego z 11.04.2003 r.[6], o ubezpieczeniu społecznym rolników z dnia 20 grudnia 1990 r.[7], o podatku rolnym z dnia 15 listopada 1984 r.[8], o rentach strukturalnych w rolnictwie z dnia 26 kwietnia 2001 r.[9], o krajowym systemie ewidencji producentów, o ewidencji gospodarstw rolnych oraz ewidencji wniosków o przyznanie płatności z dnia 18 grudnia 2003 r.[10] (ustawa ta odwołuje się także do definicji gospodarstwa rolnego z Rozporządzenia Rady (WE) nr 73/2009 z dnia 19 stycznia 2009 r.)[11]. W polskim porządku prawnym funkcjonuje ponadto pojęcie gospodarstwa rodzinnego (art. 23 Konstytucji RP).

Istniejąca odmienność znaczenia terminu „gospodarstwo rolne" w poszczególnych aktach prawnych obowiązujących jednak przecież w ramach tego samego systemu prawnego

5 J. Szachułowicz [w:] *Kodeks cywilny. Komentarz*, red. K. Pietrzykowski, Warszawa 2009, komentarz do art. 614, Nb 3.
6 Dz.U. z 2003 r. Nr 64, poz. 592 z późn. zm.
7 Dz.U. z 1991 r. Nr 7, poz. 24 z późn. zm.
8 Dz.U. z 1984 r. Nr 52, poz. 268 z późn. zm.
9 Dz.U. z 2001 r. Nr 52, poz. 539 z późn. zm.
10 Dz.U. z 2004 r. Nr 10, poz. 76 z późn. zm.
11 Dz. Urz. UE L 30 z 31.01.2009, s. 16.

uniemożliwia automatyczne przypisanie znaczenia terminowi „gospodarstwo" występującemu w art. 614 k.c. według reguły, iż jednakowo brzmiące pojęcia mają w danym systemie prawnym to samo znaczenie. Brak jest bowiem tego jednolitego znaczenia. Co więcej, w całym tytule k.c. poświęconym kontraktacji termin „gospodarstwo" występuje bez przymiotnika „rolne" (tak w art. 614, 625 i 626). Oczywiście nie pozwala to wątpić w jego „rolny" pod względem produkcji charakter. Pozwala to jednak zastanawiać się nad tym, czy przypadkiem nie została przez to wyłączona reguła tożsamości znaczenia pojęć brzmiących tak samo w obrębie jednego aktu prawnego i tym samym pojęcie „gospodarstwo" występujące w art. 614 ma znaczenie inne niż ustalone według definicji „gospodarstwa rolnego" z art. 55^3. Definitywne rozstrzygnięcie kwestii, czy definicja z art. 55^3 obejmuje też „gospodarstwo" z art. 614, zależeć jednak będzie od wyników funkcjonalnej interpretacji tego pojęcia.

W literaturze i orzecznictwie nie podejmowano dotychczas prób zdefiniowania pojęcia „gospodarstwa" dla potrzeb art. 614. Stosunkowo liczne są natomiast próby określenia, na czym miałoby polegać „prowadzenie" takiego gospodarstwa oraz kim jest osoba je „prowadząca".

Jak słusznie zauważa J. Szachułowicz „producent prowadzący gospodarstwo rolne jest pojęciem sformułowanym wyłącznie dla stosunku kontraktacji"[12]. Według autora „przez pojęcie to należy rozumieć osobę, która dysponuje zespołem środków produkcji pozwalającym na wykonanie umowy"[13]. Wystarczy, że producent „dysponuje warunkami niezbędnymi do podjęcia działalności wytwórczej w rolnictwie"[14]. Stroną umowy kontraktacji nie musi być właściciel ani posiadacz samoistny, ale producent rolny, który dysponuje środkami produkcji zabezpieczającymi podjęcie działalności gospodarczej, o jakiej stanowi treść umowy kontraktacyjnej[15]. Producentem rolnym może być tak osoba fizyczna, jak i osoba prawna, czy też jednostka organizacyjna nieposiadająca osobowości prawnej[16].

J. Nadler za G. Bieńkiem ujmuje producenta rolnego jako podmiot prowadzący działalność wytwórczą dotyczącą produkcji roślinnej, zwierzęcej, ogrodnictwa i sadownictwa[17].

Sąd Najwyższy stwierdził zaś, że

> pojęcie prowadzenia gospodarstwa rolnego mieści w sobie cały zespół czynności. Słowo „prowadzenie" w języku polskim oznacza bowiem sprawowanie nad czymś nadzoru, zarządzanie, kierowa

[12] J. Szachułowicz, *op. cit.*, s. 414.
[13] *Ibidem.*
[14] *Ibidem.*
[15] *Ibidem.*
[16] *Ibidem.*
[17] J. Nadler, *op. cit.*, s. 1073 [za:] G. Bieniek [w:] *Komentarz do Kodeksu cywilnego. Księga trzecia*, t. II, Warszawa 2005, s. 150.

nie czymś, zajmowanie się czymś, trudnienie się czymś, realizowanie jakiegoś celu. Prowadzenie gospodarstwa rolnego zatem może przykładowo polegać tylko na zarządzaniu nim[18].

Biorąc pod uwagę powyższe wypowiedzi, należy uznać, że niemożliwie jest sformułowanie definicji „gospodarstwa" z art. 614 w oderwaniu od wypowiedzi określających, na czym polegać ma „prowadzenie" takiego „gospodarstwa". Korzystając z dorobku doktryny i orzecznictwa w powyższym zakresie, należy opisać „gospodarstwo" z art. 614 właśnie przez pryzmat jego „prowadzenia". Po stwierdzeniu, na czym polega samo „prowadzenie" gospodarstwa, możliwe będzie wskazanie tego, czego „prowadzenie" to dotyczy, czyli „gospodarstwa". Na gruncie art. 614 nie można więc z substratu gospodarstwa wywodzić czynności lub stanów składających się na jego „prowadzenie". Jest dokładnie odwrotnie, gdyż dopiero z czynności lub stanów wchodzących w zakres owego „prowadzenia" będzie można wnioskować o zakresie pojęcia „gospodarstwa".

Na potrzeby poniższych rozważań rozróżnić należy także pojęcia „producenta rolnego" i „prowadzącego gospodarstwo". Pierwsze z nich oznaczać powinno stronę umowy kontraktacji, drugie zaś określać więź osoby z gospodarstwem i procesem produkcji rolnej. Mimo kwalifikowanego charakteru umowy kontraktacji zakresy tych pojęć nie będą się pokrywać, jeżeli przyjąć, że odpowiedzialnymi względem kontraktującego są też te osoby, które nie są stronami umowy kontraktacji, jeżeli także i one prowadzą gospodarstwo, w którym wytworzony ma być przedmiot umowy kontraktacji. Wynikałoby z tego, że zawierający umowę kontraktacji nie jest jedyną osobą, która może być uznana za prowadzącego dane gospodarstwo, oraz że dla skuteczności umowy nie jest wymagane jej zawarcie przez wszystkie osoby, które prowadzą dane gospodarstwo. Konsekwentnie, rezerwując status „producenta rolnego" dla strony umowy kontraktacji, należałoby stwierdzić, iż ze względu na kwalifikowany podmiotowo charakter tej umowy, każdy producent rolny musi być prowadzącym gospodarstwo, ale nie każdy je prowadzący musi być producentem rolnym. Kwestia tożsamości tych dwóch pojęć jest jednym z przedmiotów niniejszego opracowania, dlatego dopóki nie zostanie ona rozstrzygnięta, poczynione rozróżnienie należy uznać za zasadne.

Zdefiniowanie producenta rolnego prowadzącego gospodarstwo jako „osoby, która dysponuje zespołem środków produkcji" każe uznać ów „zespół środków produkcji rolnej" za gospodarstwo w rozumieniu kodeksowych przepisów o kontraktacji. Substrat takiego „gospodarstwa" ujmowany jest zatem wyłącznie od strony ekonomicznej i funkcjonalnej. Takie rozumienie bliskie jest pojęciom: „każdego gospodarstwa służącego prowadzeniu działalności rolniczej" czy też „jednostki produkcyjnej" występującym w powoływanych wcześniej: Ustawie o ubezpieczeniu społecznym rolników oraz Rozporządzeniu Rady (WE) nr 73/2009.

[18] Wyrok SN z dnia 29.09.2005 r. I UK 16/05, OSNP 2006, Nr 17-18, poz. 278. Wprawdzie orzeczenie SN dotyczy Ustawy z dnia 20 grudnia 1990 r. o ubezpieczeniu społecznym rolników, jednakże cytowany fragment jest czysto językową wykładnią pojęcia prowadzenia gospodarstwa rolnego dokonaną bez względu na akt prawy, w którym się ono znajduje.

Tym, co powoduje, iż grupę środków produkcji potraktować można jako zespół składników gospodarstwa, jest zatem możliwość wykorzystania ich w procesie określonej produkcji rolnej. Składnikami gospodarstwa mogą więc być te dobra, które mogą pełnić funkcję gospodarczą, czyli te, które można potraktować jako środki produkcji.

Ekonomiczne ujęcie „gospodarstwa" powoduje, iż żadnego ze środków produkcji nie będzie można abstrakcyjnie określić jako obligatoryjnego składnika każdego tak rozumianego gospodarstwa. Inaczej zatem niż w art. 55^3 k.c. jego koniecznym składnikiem nie będzie nieruchomość rolna, będąca kategorią nieruchomości gruntowej w rozumieniu k.c. ani też obszar gruntów sklasyfikowanych w ewidencji gruntów i budynków jako użytki rolne. Można sobie bowiem wyobrazić zakontraktowaną produkcję rolną np. w budynku stanowiącym odrębny od gruntu przedmiot własności[19]. Wyjątkiem będzie tu sytuacja, w której prowadzącym gospodarstwo jest grupa producentów rolnych lub ich związek. Jedynie bowiem osoby fizyczne prowadzące gospodarstwo rolne w rozumieniu ustawy o podatku rolnym[20] i osoby fizyczne prowadzące działalność rolniczą w zakresie działów specjalnych produkcji rolnej mogą organizować się w grupy producentów[21]. Sytuacja taka znajduje się jednak poza zakresem rozważań będących przedmiotem niniejszego opracowania.

Potraktowanie gospodarstwa jako zespołu środków produkcji nie pozwala jeszcze jednak w konkretnej sytuacji stwierdzić, które ze środków produkcji rolnej wchodzą w skład danego gospodarstwa. Nie można więc tym bardziej określić kręgu osób je prowadzących, a tym samym odpowiedzialnych względem kontraktującego za produkt, który w tym gospodarstwie ma być wytworzony. By stało się to możliwe, trzeba doprecyzować zaproponowaną definicję, określając, czym jest ów zespół środków produkcji stanowiący gospodarstwo, które producent rolny mógłby „prowadzić".

Z przedstawionych wyżej wypowiedzi[22] można wnioskować, że istotą prowadzenia gospodarstwa, o którym mowa w art. 614 k.c. nie jest ani tytuł prawny do niego[23], ani też wykonywanie w nim osobistej pracy[24].

---

[19] *Ibidem*: „Fermy drobiu, pieczarkarnie, tucz świń, bydła wymagają jedynie dysponowania odpowiednimi budynkami".

[20] Zob. Ustawa o podatku rolnym z dnia 15 listopada 1984 r. (Dz.U. 1984 Nr 52 poz. 268 z późn. zm.).

[21] Zob. art. 2 Ustawy o grupach producentów rolnych i ich związkach oraz o zmianie innych ustaw z dnia 15.09.2000 r. (Dz. U. z 20.10.2000 r., Nr 88 poz. 983).

[22] Zob. s. 4.

[23] J. Szachułowicz, [w:] A. Stelmachowski, *op. cit.*, s. 414.

[24] Skoro „prowadzenie gospodarstwa (...) może (...) polegać tylko na zarządzaniu nim". Zob. cytowany wyrok SN z 29.09.2005 r. Poza tym, wymóg osobistej pracy nie mógłby zostać nigdy spełniony przez producenta rolnego niebędącego osobą fizyczną.

Prowadzenie gospodarstwa jest jednocześnie określane jako „dysponowanie środkami produkcji"[25], „dysponowanie warunkami niezbędnymi do podjęcia działalności wytwórczej w rolnictwie"[26] oraz „sprawowanie (...) nadzoru, zarządzanie, kierowanie"[27].

W rezultacie, przez prowadzenie gospodarstwa w znaczeniu art. 614 k.c. rozumieć należy faktyczną możliwość podejmowania decyzji o wykorzystaniu określonego zespołu środków produkcji.

W takim ujęciu prowadzeniem gospodarstwa nie będzie pewien zespół czynności, ale faktyczna możliwość ich dokonania. Jednakże to konkretne działania określają to, czego ta sfera ma dotyczyć. Aby zatem opisać faktyczną sytuację prowadzenia gospodarstwa, należy określić, jakich czynności podejmowanie jest przejawem dysponowania warunkami niezbędnymi do podjęcia działalności wytwórczej w rolnictwie.

Za decyzję o wykorzystaniu danego środka produkcji uznać należy faktyczne użycie tego środka będące przejawem woli jego dysponenta. Decyzja ta składa się z elementu realnego (spowodowanie faktycznego użycia środków produkcji) oraz wolicjonalnego (wola użycia środków produkcji). Dysponowanie środkiem produkcji to możliwość podejmowania powyższych decyzji. Dysponentem w takim rozumieniu nie będzie więc osoba, która z jakichkolwiek powodów nie może świadomie czy też swobodnie wyrazić swojej woli. Nie będzie dysponentem także osoba, która według racjonalnej oceny nie może – nawet gdyby chciała – ze względów faktycznych użyć danych środków produkcji (bo np. znajdują się we władaniu innej osoby). Za prowadzącego dane gospodarstwo uznać można tylko dysponenta wszystkich środków produkcji rolnej pozwalających na wyprodukowanie przedmiotu kontraktacji. Nie będzie miała takiego statusu osoba dysponująca jednym niezbędnym środkiem produkcji. W przeciwnym razie należałoby uznać, że dana osoba bierze udział w prowadzeniu danego gospodarstwa tylko przez to, że wykonuje w nim zlecone niezbędne prace przy użyciu swoich maszyn rolniczych.

Chcąc ustalić, że dana osoba prowadzi dane gospodarstwo, można m.in. powołać się na fakt, że osoba ta brała wcześniej udział w podejmowaniu wszelkich decyzji dotyczących danego gospodarstwa. Jak już jednak była o tym mowa, powołanie się na powyższą okoliczność nie przesądzałoby jednak przypisania danej osobie statusu producenta rolnego. Fakt ten ma znaczenie tylko dowodowe, ale niewykluczone jest, że powołanie się na niego może okazać się wystarczające do wykazania, że osoba ta jest dysponentem określonych środków produkcji.

Środki produkcji rolnej podzielić można na materialne, np. ziemia, budynki, budowle, maszyny i narzędzia i niematerialne, np. praca[28]. Faktyczne dysponowanie materialnymi środkami

[25] J. Szachułowicz, *supra*.
[26] *Supra*.
[27] Wyrok SN z 29.09.2005 r., *supra*.
[28] Zob. Z. Kowalak, *Ekonomika i organizacja rolnictwa, część I*, Warszawa 1997.

produkcji może polegać na władaniu nimi w swoim imieniu. W kategoriach cywilnoprawnych może ono mieć miejsce tak w ramach wykonywania własności, jak i w ramach posiadania samoistnego, zależnego lub władztwa prekaryjnego. Władanie materialnymi środkami produkcji rolnej nie zawsze jednak świadczy o dysponowaniu nimi. Władanie środkiem produkcji nie przesądza o możliwości świadomego i swobodnego wyrażenia woli użycia tego środka przez władającego. Prowadzenie gospodarstwa z użyciem materialnych środków produkcji może przybrać postać inną od faktycznego władania nimi. Za przykład może tu posłużyć sytuacja, w której upoważniona osoba trzecia włada środkiem produkcji w imieniu dysponenta. Wykorzystanie środka produkcji polegać więc będzie raczej na spowodowaniu jego użycia, niekoniecznie zaś na osobistym użyciu". „Dysponowanie" w powyższym rozumieniu nie musi polegać na wykonywaniu osobistej pracy czy też zamieszkaniu w miejscu odpowiadającym charakterowi tej pracy. Wymóg ten byłby niemożliwy do spełnienia przez producenta rolnego, który nie jest osobą fizyczną.

Skoro określone dobro może być uznane za środek produkcji także wtedy, gdy producentowi nie przysługuje tytuł prawny do niego, to uznać należy, że dysponowanie tym środkiem produkcji nie musi mieć charakteru wykonywania prawa podmiotowego.

Jak już zostało wspomniane, samo dokonanie czynności prawnej dotyczącej określonych środków nie powoduje jeszcze ich faktycznego użycia, zatem możliwość dokonania takiej czynności prawnej nie jest dysponowaniem tymi środkami produkcji.

Z racji tego, że umowa kontraktacji ma charakter podmiotowo kwalifikowany, należy uznać, że stroną jej może być tylko producent rolny, tzn. dysponent środków produkcji rolnej. Można więc powiedzieć, że wszystkie osoby, które mają możliwość zawarcia ważnej umowy kontraktacji, są dysponentami środków produkcji, których umowa ta mogłaby dotyczyć.

Zaproponowana definicja „prowadzenia" gospodarstwa umożliwia wskazanie możliwych składników gospodarstwa w rozumieniu przepisów o kontraktacji. W jego skład może zatem wejść tylko to, czym można faktycznie dysponować. Tworzyć je więc będą elementy ze sfery stosunków faktycznych, a więc materialne środki produkcji, takie jak grunty rolne, budynki, budowle, maszyny i narzędzia oraz stany (władanie) czy też procesy faktyczne (praca)[29].

Posługując się przyjętą definicją „prowadzenia" gospodarstwa, można także wskazać składniki konkretnego gospodarstwa w rozumieniu przepisów o kontraktacji. Gospodarstwo nie będzie obejmowało wszystkich środków jakiejkolwiek produkcji rolnej. Po pierwsze, gospodarstwo tworzyć będą tylko te środki produkcji rolnej, którymi dysponuje producent rolny – strona umowy kontraktacji. Po drugie, za prowadzącego dane gospodarstwo uznana może być tylko ta osoba, która dysponuje wystarczającymi, a zarazem koniecznymi do wyprodukowania przedmiotu kontraktacji środkami produkcji rolnej. Zgodnie z analizowanym poglądem

[29] Nie dotyczy to sytuacji, w której prowadzącym gospodarstwo jest grupa producentów rolnych.

nie zawsze byłby to producent rolny – zawierający umowę kontraktacji. W skład konkretnego gospodarstwa rolnego wejdą tylko takie środki, które można określić jako „pozwalające" na wykonanie danej umowy kontraktacji. Po trzecie, w skład gospodarstwa wejdą tylko te składniki, które obiektywnie pozwalają wyprodukować przedmiot kontraktacji, a nie składniki, które producent rolny faktycznie wykorzystuje do wykonania umowy. Będą to jednocześnie składniki, które abstrakcyjnie skategoryzować można jako mogące służyć wykonaniu konkretnej umowy.

Zakres konkretnego gospodarstwa wyznaczany jest zatem osobno na potrzeby i na podstawie konkretnej umowy kontraktacji przez określenie przedmiotu kontraktacji oraz strony tej umowy – producenta rolnego. Przykładowo, przy kontraktacji z danego gruntu określonego gatunku zboża, w skład gospodarstwa wejdą, o ile są w dyspozycji producenta rolnego: odpowiedni materiał siewny, kombajn zbożowy i określony w umowie grunt rolny. Nie będą tworzyć tego gospodarstwa, choćby producent nimi dysponował: inne grunty rolne, a także np. maszyny niemogące służyć produkcji zbożowej.

Pewna kategoria dóbr może służyć produkcji wszelkiego rodzaju. Będzie to np. pieniądz gotówkowy lub też maszyny rolnicze ogólnego przeznaczenia, np. pług. Jeżeli przyjmiemy, że środkiem produkcji może być także to, co wymienialne jest na środek produkcji rolnej, to charakter taki będą miały także wszelkie prawa zbywalne przysługujące danej osobie. Należy uznać, że powyższe elementy nie wejdą w skład gospodarstwa, o jakim mowa w art. 614 k.c. W przeciwnym razie gospodarstwo obejmowałoby wszelkie tego typu dobra, którymi dysponuje producent rolny. Trudny do określenia byłby więc krąg dysponentów tych dóbr, którzy nie są stronami umowy (producentami rolnymi). Za biorącego udział w prowadzeniu danego gospodarstwa należałoby wtedy uznać osobę niemającą żadnego związku z nim, poza tym, że ma np. wspólny z producentem rolnym rachunek bankowy. Zaliczenie praw jako możliwych składników gospodarstwa w rozumieniu art. 614 k.c. jest niemożliwe także dlatego, że uprawnienie nie jest warunkiem ani koniecznym, ani wystarczającym dla prowadzenia tego gospodarstwa. Przedmiot kontraktacji ma naturę faktyczną i powstaje on ze środków produkcji o takiej samej naturze, podczas gdy prawa jako takie są pojęciem ze sfery powinności.

Posługując się zaprezentowanym „potencjalnym" rozumieniem „prowadzenia" gospodarstwa, można pokusić się o definicję gospodarstwa w rozumieniu przepisów o kontraktacji[30]. Jest nim pozwalający na wyprodukowanie przedmiotu umowy kontraktacji zespół środków określonej produkcji rolnej, którymi faktycznie dysponuje producent rolny – strona umowy kontraktacji.

[30] Z zastrzeżeniem sytuacji, w której gospodarstwo prowadzone jest przez grupę producentów rolnych.

3. Wspólne prowadzenie gospodarstwa

Operując przedstawioną wyżej definicją gospodarstwa, można spróbować opisać sytuację prowadzenia takiego gospodarstwa także przez inne obok producenta rolnego osoby. Byłoby to zawsze „wspólne prowadzenie gospodarstwa", gdyż już sama metoda jego wcześniejszego wyodrębnienia opiera się na założeniu, że jest ono zespołem środków, którymi dysponuje przynajmniej producent rolny. Jeżeli zatem stwierdzimy, że istnieje chociażby tylko jeszcze jeden dysponent tych środków, to zawsze mamy do czynienia z sytuacją „wspólnego prowadzenia gospodarstwa". Należy przyjąć, że każdą z osób wspólnie prowadzących dane gospodarstwo można określić jako „biorącą udział w jego prowadzeniu", a „bierze udział w prowadzeniu" gospodarstwa tylko ten, kto prowadzi je wspólnie z innymi.

Art. 614 statuując solidarną odpowiedzialność względem kontraktującego osób wspólnie prowadzących gospodarstwo, w którym wytworzony ma być przedmiot kontraktacji, nie różnicuje sytuacji tych osób ze względu na poziom zaangażowania każdej z nich w prowadzenie tego gospodarstwa. Rozważyć należy więc, komu przysługiwać może status osoby biorącej udział w prowadzeniu danego gospodarstwa. W tym celu zastanowić się trzeba, czym różni się prowadzenie gospodarstwa od udziału w jego prowadzeniu.

Prowadzenie gospodarstwa to dysponowanie określonym zespołem środków produkcji. Jest nim możliwość podjęcia decyzji o wykorzystaniu zespołu środków produkcji. Wspólne prowadzenie gospodarstwa można rozpatrywać w sytuacji, gdy jedną częścią niezbędnych środków produkcji samodzielnie dysponuje jeden z prowadzących gospodarstwo, a pozostałą częścią – drugi, albo w sytuacji, gdy żaden z niezbędnych środków produkcji nie znajduje się w samodzielnej dyspozycji któregoś z prowadzących gospodarstwo i do użycia któregokolwiek z nich zawsze potrzebna jest decyzja wszystkich dysponentów. Zarówno w pierwszej, jak i drugiej sytuacji decyzja każdego z dysponentów jest warunkiem koniecznym użycia ogółu niezbędnych środków produkcji, a więc i wykonania umowy kontraktacji. Każdą z tych osób należałoby więc uznać za dysponenta bądź określonych tylko środków produkcji, bądź też ich ogółu, jak będzie to miało miejsce w drugiej z przedstawionych sytuacji. Dysponentem w przyjętym powyżej znaczeniu byłby zatem także dysponent „niesamodzielny". Przedstawione sytuacje różnią się jednak w ten sposób, że w pierwszej z nich każda z osób dysponuje tylko określoną częścią niezbędnych środków produkcji i w konsekwencji żadna z nich nie dysponuje wszystkimi niezbędnymi środkami produkcji rolnej. W drugiej sytuacji każdy z dysponentów dysponuje, choć niesamodzielnie, wszystkimi niezbędnymi środkami produkcji rolnej, a więc całym gospodarstwem. Tylko dysponent wszystkich niezbędnych środków danej produkcji rolnej może być uznany za prowadzącego dane gospodarstwo. Tylko więc dysponenci w drugiej sytuacji biorą udział w prowadzeniu gospodarstwa, czyli prowadzą je wspólnie. Jeżeli więc osoba częścią niezbędnych środków dysponuje sama, a pozostałą częścią wespół z innymi osobami, należy uznać, że w odróżnieniu od tych osób, tylko ona prowadzi gospodarstwo składające się z tych środków. Ze wspólnym

prowadzeniem gospodarstwa będziemy mieć więc do czynienia tylko wtedy, gdy każda osoba biorąca udział w jego prowadzeniu jest jednocześnie dysponentem wszystkich składających się na to gospodarstwo niezbędnych środków produkcji. Należy także uznać, że osoba dysponująca wszystkimi niezbędnymi środkami określonej produkcji rolnej składającymi się na dane gospodarstwo jest prowadzącą to gospodarstwo i w konsekwencji może być ona stroną ważnej umowy kontraktacji (producentem rolnym), mimo że nie jest „samodzielnym" dysponentem.

4. Skutki uzależnienia odpowiedzialności prawnej od faktu wspólnego prowadzenia gospodarstwa

Przy założeniu, że dysponowanie środkiem produkcji rolnej polega na możliwości podjęcia decyzji o jego wykorzystaniu, w pierwszej kolejności wątpliwości budzi wybór momentu miarodajnego dla rozstrzygnięcia, czy dana osoba jest dysponentem środków produkcji wystarczających do wykonania umowy kontraktacji czy też nie. Osoba przecież może zobowiązać się do wytworzenia i dostarczenia określonego produktu rolnego, mimo iż racjonalnie oceniając, w momencie zawierania umowy nie dysponuje ona środkami produkcji rolnej, które umożliwiałyby jej wykonanie umowy kontraktacji. Skoro tak, to nie powinien przysługiwać jej także przymiot producenta rolnego i kierując się kwalifikowanym charakterem umowy, należałoby uznać ją za nieważną[31]. Jeżeli jednak w jakiś sposób osoba ta spowoduje, że umowa kontraktacji zostanie wykonana, to okaże się, że osoba ta miała jednak możliwość faktycznego dysponowania środkami produkcji umożliwiającymi wyprodukowanie przedmiotu kontraktacji. Należałyby zatem uznać ją za producenta rolnego i tym samym umowa taka byłaby ważna. Jeżeli według racjonalnej oceny okoliczności, danym środkiem produkcji faktycznie dysponuje określona tylko osoba (np. maszyna znajduje się w jej samoistnym posiadaniu) i bez zgody tej osoby lub wbrew jej woli środek ten zostanie użyty, to okaże się, że osoba ta nie była jednak dysponentem tego środka, skoro możliwość powzięcia przez nią decyzji o (nie)użyciu tego środka okazała się nierealna. Podobnie, jeżeli według racjonalnej oceny okoliczności danym środkiem produkcji faktycznie dysponują dwie osoby w ten sposób, że do jego użycia konieczna jest zgoda obydwu dysponentów, a mimo to jeden z nich bez zgody lub wbrew woli drugiego wykorzysta ten środek, to okaże się, że drugi z dysponentów nie miał faktycznej możliwość powzięcia decyzji o (nie)użyciu tego środka, a faktyczna konieczność powzięcia takiej decyzji przez drugiego nie istniała. Odjęty mu zatem zostanie status dysponenta tego środka. Przyjmując, że producent rolny dysponuje środkami produkcji rolnej pozwalającymi mu na wykonanie umowy kontraktacji, ocena jej ważności pod kątem kwalifikowanego charakteru odbywałaby się często dopiero wraz z oceną jej wykonania. Może się bowiem okazać, że przyczyną niewykonania umowy nie będzie niewykorzystanie lub błędne

[31] Zob. J. Szachułowicz, [w:] A. Stelmachowski, *op. cit.*, s. 414.

wykorzystanie środków, którymi producent dysponował już w chwili zawarcia umowy, ale brak tych środków w dyspozycji producenta w chwili zawarcia umowy. Niewyprodukowanie zakontraktowanych artykułów będzie można wtedy zakwalifikować jako okoliczność wskazującą, że zobowiązany nie był jednak dysponentem niezbędnych środków produkcji, a więc nie był też producentem rolnym, co w konsekwencji nakazywałoby uznać umowę kontraktacji za nieważną. Nieważność umowy mogłaby być stwierdzona dopiero w braku wątpliwości, że jej strona nie dysponuje środkami wystarczającymi do jej wykonania. Sytuacje, w których niezdolność strony do wyprodukowania przedmiotu kontraktacji byłaby bezsporna już przy zawarciu umowy, pokrywałyby się z sytuacjami, w których nieważność byłaby konsekwencją uprzedniej niemożliwości świadczenia lub np. sprzeczności takiej umowy z zasadami współżycia społecznego. Posługując się przyjętym rozumieniem pojęcia „dysponowanie środkami produkcji rolnej", najczęściej niemożliwe byłoby w chwili zawierania umowy dokonanie oceny, czy dana osoba może być uznana za prowadzącą dane gospodarstwo. Kontraktujący zawierając umowę, nie miałby tym samym możliwości poznania kręgu osób, które mogą względem niego ponosić odpowiedzialność.

Poza tym, zgodnie z panującą interpretacją art. 614 k.c., odpowiedzialność z tytułu umowy kontraktacji jest niezależna od faktu bycia stroną tej umowy. Jednakże to chwila zawarcia umowy kontraktacji jest miarodajna dla oceny, czy dana osoba prowadzi gospodarstwo (jak o tym była mowa powyżej, oceny takiej często nie można dokonać w chwili dla niej miarodajnej). Dlatego też, wyzbycie się przez osobę możliwości dysponowania środkami produkcji już po zawarciu umowy kontraktacji nie powoduje, że przestaje ona ponosić odpowiedzialność z tytułu tej umowy[32]. Podobnie, nie będą odpowiadać względem kontraktującego osoby, które zaczęły prowadzić dane gospodarstwo już po zakontraktowaniu z niego określonych produktów. Naturalnie, także osoby, które przestały brać udział w prowadzeniu danego gospodarstwa jeszcze przed zawarciem umowy kontraktacji, nie będą odpowiadać z jej tytułu. Uniezależnienie kręgu osób odpowiedzialnych od kręgu osób będących stronami umowy powoduje, że potencjalni dłużnicy kontraktującego zawsze mogą twierdzić, iż przestali być dysponentami środków produkcji jeszcze przed zawarciem umowy kontraktacji, o czym może np. świadczyć to, że nie są stronami umowy dotyczącej gospodarstwa, które mieliby prowadzić. Tym samym fakt niezawarcia przez daną osobę umowy kontraktacji, mimo iż nie przesądzałby o tym, że nie prowadzi ona gospodarstwa, którego umowa ta dotyczy, mógłby jednak być uznany za dowód tej okoliczności.

Warto także zwrócić uwagę na to, że przy założeniu, że odpowiedzialnymi względem kontraktującego są wszyscy wspólnie prowadzący danego gospodarstwo, dla tych z nich, którzy nie są stronami umowy kontraktacji, podstawę odpowiedzialności względem kontraktującego stanowi nie umowa kontraktacji, ale art. 614 k.c. Okoliczność udziału w prowadzeniu gospodarstwa, w którym wytworzony ma być przedmiot kontraktacji, powinna być udowodniona przez

[32] J. Szachułowicz [w:] K. Pietrzykowski, *op. cit.*, Nb 3-4.

kontraktującego. Z uwagi na niezależność prowadzenia gospodarstwa od posiadania do niego tytułu prawnego będzie to niezmiernie trudne, tym bardziej, gdy uznamy, że fakt niezawarcia umowy kontraktacji przez daną osobę świadczy raczej o tym, iż nie prowadzi ona gospodarstwa, którego ta umowa dotyczy. Z powyższych względów nie można uznać za satysfakcjonującą interpretacji pojęcia prowadzenia gospodarstwa jako „dysponowania warunkami niezbędnymi do podjęcia działalności wytwórczej w rolnictwie", jeżeli tylko od tego faktu miałoby zależeć przypisanie odpowiedzialności cywilnoprawnej względem kontraktującego.

Zaprezentowana na wstępie interpretacja art. 614 k.c. jako stanowiącego o odpowiedzialności solidarnej wszystkich osób wspólnie prowadzących dane gospodarstwo, także wtedy, gdy nie wszystkie te osoby były stronami umowy kontraktacji, budzi również wątpliwości innego rodzaju. Prowadzi ona bowiem do sytuacji, w której jedynym źródłem odpowiedzialności osoby biorącej udział w prowadzeniu danego gospodarstwa jest to, iż prowadzi ona to gospodarstwo wspólnie ze stroną takiej umowy. Zważywszy na to, że aby zostać uznanym za prowadzącego gospodarstwo, nie trzeba mieć żadnego prawnego tytułu do jego składników, oraz że „prowadzenie gospodarstwa" ma naturę faktyczną, taka interpretacja art. 614 k.c. usprawiedliwia dopuszczalność ingerencji jednego podmiotu w sferę prawną drugiego podmiotu tylko ze względu na łączącą je nietrwałą więź faktyczną. Zawarcie umowy kontraktacji przez jednego ze wspólnie prowadzących dane gospodarstwo bez wiedzy lub zgody pozostałych prowadzących skutkowałoby obciążeniem odpowiedzialności wszystkich osób biorących udział w prowadzeniu tego gospodarstwa. Co więcej, osoby te nie mogłyby się skutecznie sprzeciwić zawarciu takiej umowy.

Po raz kolejny mankamenty uzależnienia odpowiedzialności cywilnoprawnej od udziału w prowadzeniu gospodarstwa rolnego ujawniają się przy analizie konsekwencji braku konieczność tytułu prawnego dla prowadzenie gospodarstwa. Zgodnie z tym słusznym założeniem, gospodarstwo prowadzone wspólnie przez kilka osób nie musi być ich wspólnym mieniem. W sytuacji, w której dane gospodarstwo nie stanowi mienia wspólnego osób, które je prowadzą, należy uznać, że art. 614 k.c. – jako przepis szczególny – wyłącza stosowanie art. 370 k.c.[33] Jeżeli wspólnie prowadzone gospodarstwo jest także wspólnym mieniem prowadzących, zastosowanie znajdzie ogólny przepis art. 370 k.c.

Pojęcie mienia wspólnego obejmuje wszelką postać wspólności własności lub innych praw majątkowych. Przepis wyraźnie wymaga, iż aby można było mówić o odpowiedzialności solidarnej za zobowiązanie dotyczące wspólnego mienia, musi być ono zaciągnięte przez kilka osób, a zatem nie wystarcza tu działanie jednej osoby, nawet wtedy gdy z treści czynności jasno wynika, iż zobowiązuje się ona w interesie pozostałych[34]. Jeżeli zatem uznać, że art. 614 k.c. stanowi o solidarnej odpowiedzialności wszystkich osób wspólnie prowadzących

[33] Tak: J. Nadler, *op. cit.*, s. 1076 [za:] A. Rembieliński [w:] *Kodeks cywilny z komentarzem*, praca zbiorowa, red. J. Winiarz, Warszawa 1989, t. II, s. 601.

[34] Tak: W. Dubis [w:] E. Gniewek, *op. cit.*, s. 600.

gospodarstwo, w którym wytworzony ma być przedmiot kontraktacji, to w sytuacji, gdy np. umowę zawiera dwóch z pięciu współprowadzących, odpowiedzialni byliby także pozostali tylko ze względu na swój udział w prowadzeniu tego gospodarstwa. Gdyby natomiast gospodarstwo to stanowiło wspólne mienie prowadzących je, to odpowiedzialnymi byliby tylko ci, którzy zawarli umowę kontraktacji, mimo że więź łącząca wszystkich współprowadzących jest tu silniejsza i ma charakter prawny. Przyjęcie takiego rozwiązania oznaczałoby, że ingerencja jednych współprowadzących w sferę prawną drugich byłaby tym bardziej możliwa, im słabsza jest więź pomiędzy nimi. Także z tego powodu należy uznać za niesatysfakcjonujące uzależnienie kręgu osób odpowiedzialnych od faktu wspólnego prowadzenia gospodarstwa.

5. Propozycja wykładni art. 614 k.c.

Biorąc pod uwagę całość dotychczasowych rozważań, należy uznać, że art. 614 k.c. nie stanowi o solidarnej odpowiedzialności wszystkich osób wspólnie prowadzących dane gospodarstwo, a jedynie o solidarnej odpowiedzialności osób, które zawarły umowę kontraktacji i które wspólnie prowadzą gospodarstwo, w którym wytworzony ma być przedmiot kontraktacji.

Wydaje się, że taką funkcję przypisuje artykułowi 614 k.c. W. Czachórski, pisząc, że solidarność *ex lege* zachodzi w omawianym przypadku wtedy, „gdy kilka osób podjęło się w umowie kontraktacji wytworzenia produktów rolnych lub hodowlanych we wspólnym gospodarstwie (art. 614 k.c.)”[35]. Powołany przepis nie odgrywa więc roli w wyznaczaniu kręgu dłużników i nie stanowi on samodzielnej podstawy odpowiedzialności. Ustawodawca w art. 614 k.c. ustala jedynie sposób odpowiedzialności dłużników istniejących już na mocy samej umowy kontraktacji. Rozwiązanie takie istnieje na wzór odpowiedzialności osób, które wspólnie dały lub przyjęły zlecenie (art. 754 k.c.) lub też osób, które wspólnie dały lub przyjęły rzecz na przechowanie (art. 843 k.c.). Co do tego ostatniego przepisu Sąd Najwyższy stwierdził, że ustanowienie solidarnej odpowiedzialności osób, które wspólnie wzięły rzecz do używania, dotyczy tylko osób, które zawarły umowę użyczenia, a nie faktycznie tylko rzecz od użyczającego odebrały[36].

W takim ujęciu należy uznać, że zarówno art. 370 k.c., jak i art. 614 k.c., wprowadzają solidarną odpowiedzialność między osobami odpowiedzialnymi na mocy samej czynności prawnej. Pozwala to uniknąć niekonsekwencji, o której była mowa w sytuacji, gdy gospodarstwo wspólnie prowadzone nie jest wspólnym mieniem prowadzących.

---

[35] W. Czachórski, *Prawo zobowiązań w zarysie*, Warszawa 1968, s. 162.

[36] Zob. wyrok SN z dnia 17.1.1948 r., sygn. C III 184/47, PiP 1948, Nr 8, s. 126. Zob. także: J. Gołaczyński [w:] E. Gniewek, *op. cit.*, str. 1184.

Zaproponowane rozumienie funkcji art. 614 k.c. pozwala także w nowy sposób ująć konstrukcję tzw. producenta wieloosobowego. Umowa kontraktacji w k.c. została uregulowana jako umowa dwustronna – między producentem i kontraktującym. Nie wyklucza tego okoliczność, że po stronie producenta wystąpi kilka osób[37]. Należy uznać, że takiej sytuacji dotyczy występujące w literaturze pojęcie wieloosobowego producenta rolnego[38]. Tzw. „wieloosobowym producentem rolnym" są zatem osoby będące stroną umowy kontraktacji, które wspólnie prowadzą gospodarstwo, w którym wytworzony ma być przedmiot kontraktacji i solidarnie z tego powodu odpowiedzialne względem kontraktującego. Mimo wielości podmiotów w dalszym ciągu będziemy mieli do czynienia z jednym dwustronnym stosunkiem zobowiązaniowym. Solidarność występująca po stronie takiego producenta powoduje jedynie, że zobowiązanie wynikające z umowy kontraktacji nie ulegnie ewentualnemu podziałowi na części.

Przykład 1: A, B i C wspólnie prowadzą gospodarstwo. A i B w umowie kontraktacji zobowiązali się wobec kontraktującego D do wyprodukowania i dostarczenia tony tytoniu.

W takiej sytuacji A i B są dłużnikami solidarnymi D. C nie jest natomiast w ogóle odpowiedzialny względem D.

Przykład 2: A, B i C wspólnie prowadzą gospodarstwo. A w umowie kontraktacji zobowiązał się wobec kontraktującego D do wyprodukowania i dostarczenia tony tytoniu.

W przedstawionym przykładzie norma art. 614 k.c. nie znajdzie zastosowania, gdyż z solidarnością bierną możemy mieć do czynienia tylko w razie wielopodmiotowości strony zobowiązanej. Niemożliwe jest zatem uniezależnienie kręgu osób odpowiedzialnych względem kontraktującego od kręgu osób, które zawarły umowę kontraktacji. Sam fakt zawarcia umowy przez kilka osób nie przesądza jednak jeszcze tego, że prowadzą one dane gospodarstwo wspólnie. Dane gospodarstwo prowadzą wspólnie te osoby, które faktycznie dysponują środkami pozwalającymi na wyprodukowanie danego przedmiotu kontraktacji, czyli na wykonanie umowy w tej części. Tyle więc gospodarstw, ile przedmiotów kontraktacji, a nie umów kontraktacji. Udział w prowadzeniu gospodarstwa ocenia się wedle możliwości wytworzenia produktu, a nie wykonania umowy jako całości. Jedna umowa kontraktacji może uzasadniać istnienie wielu gospodarstw w znaczeniu art. 614 k.c.

Dane gospodarstwo jest wspólnie prowadzone, gdy wspólnie wytworzony ma być dany przedmiot kontraktacji, tzn. po stronie producenta wystąpić musi w umowie więcej niż jeden podmiot.

Przykład 3: Umowę kontraktacji tytoniu zawarło dwóch producentów rolnych – A i B. Umowa dotyczyła produkcji X ton tytoniu z gruntu nr 1 i Y ton z gruntu nr 2. Gruntem nr 1 A dysponuje samodzielnie, zaś gruntem nr 2 razem z B. W świetle art. 614 k.c. możemy tu

[37] Tak: A. Klein, *op. cit.*, str. 167.
[38] Zob. J. Szachułowicz, [w:] K. Pietrzykowski, *op. cit.*, Nb 1.

mówić o dwóch gospodarstwach: pierwsze obejmujące grunt nr 1 prowadzi samodzielnie A, drugie zaś obejmujące grunt nr 2 prowadzą wspólnie A wraz z B. Za produkcję X ton tytoniu w pierwszym gospodarstwie odpowiada tylko A, zgodnie zaś z art. 614 k.c. za wyprodukowanie w drugim gospodarstwie Y ton tytoniu odpowiadają solidarnie A i B.

Równie dobrze można powiedzieć, że mamy tu do czynienie z dwoma różnymi przedmiotami kontraktacji i z racji tego zawarte zostały *de facto* dwie umowy kontraktacji. Jeżeli przyjąć, że każdy przedmiot kontraktacji objęty jest osobną umową, to prawdziwym byłoby twierdzenie, że każda umowa kontraktacji statuuje osobne gospodarstwo. Także w takim rozumieniu jednak liczba umów kontraktacji zależałaby od liczby przedmiotów kontraktacji. Ze względu więc na tę „pierwotną" rolę przedmiotu kontraktacji właściwsze jest stwierdzenie, że liczba gospodarstw zależy od liczby przedmiotów kontraktacji.

Przykład 4: Umowę kontraktacji tytoniu zawarło dwóch producentów rolnych – A i B. Umowa dotyczyła produkcji X ton tytoniu z gruntu nr 1. Od początku było wiadomo, że każdy z producentów samodzielnie dysponuje połówką tego gruntu. Można mówić zatem o dwóch odrębnych gospodarstwach. Skoro przedmiotem kontraktacji jest świadczenie podzielne, to zobowiązanie dzieli się na dwie równe części. Za produkcję 1/2 X ton tytoniu w pierwszym gospodarstwie odpowiada tylko A, za wyprodukowanie 1/2 X ton tytoniu w drugim gospodarstwie odpowie B.

Gdyby A i B wspólnie dysponowali całością gruntu nr 1 mielibyśmy do czynienia ze wspólnym prowadzeniem gospodarstwa i w konsekwencji zobowiązanie nie uległoby podziałowi, a zastosowanie znalazłby art. 614 k.c.

6. Podsumowanie

Podsumowując, można stwierdzić, że za pomocą zdefiniowanego pojęcia „wspólnego prowadzenia gospodarstwa" oceniać należy, czy między stronami umowy kontraktacji zachodzi relacja wspólnego prowadzenia gospodarstwa, która nadałaby ich odpowiedzialności względem kontraktującego charakter solidarny. Samo prowadzenie gospodarstwa należy przy tym rozumieć jako dysponowanie warunkami niezbędnymi do podjęcia działalności wytwórczej w rolnictwie, co tożsame jest z możliwością podejmowania decyzji o wykorzystaniu określonego zespołu środków produkcji.

Art. 614 k.c. w zakresie, w jakim nie dotyczy grup producentów rolnych, posługuje się swoistym i tylko dla siebie właściwym pojęciem gospodarstwa, którego składniki oraz osoby je prowadzące wyznaczane są osobno na potrzeby konkretnej umowy kontraktacji przez wskazanie przedmiotu kontraktacji oraz osoby producenta rolnego.

Oczywiście przy stosowaniu pojęcia „wspólnego prowadzenia gospodarstwa" w dalszym ciągu ujawniać się będą jego przywołane mankamenty. Jeżeli jednak uznamy, że odpowie-

dzialnymi względem kontraktującego są tylko strony umowy kontraktacji, kwestia ustalenia, czy prowadzą one gospodarstwo wspólnie będzie miała dużo mniejszy ciężar gatunkowy, gdyż nie będzie decydowała o ich odpowiedzialności w ogóle, lecz tylko ewentualnie o solidarnym charakterze tej odpowiedzialności.

Kierując się pewnością obrotu gospodarczego, można *de lege ferenda* zaproponować wprowadzenie solidarnej odpowiedzialności *ex lege* pomiędzy osobami, które zawarły umowę kontraktacji po stronie producenta rolnego bez względu na to, czy prowadzą one wspólnie gospodarstwo. Można by wtedy zrezygnować z konstrukcji „gospodarstwa prowadzonego przez kilka osób wspólnie", a wprowadzić zapis, zgodnie z którym, jeżeli kilka osób zobowiązuje się wytworzyć i dostarczyć kontraktującemu oznaczoną ilość produktów rolnych oznaczonego rodzaju, osoby te odpowiadają względem kontraktującego solidarnie. W interesie kontraktującego byłoby zadbanie o to, by umowę kontraktacji zawarły wszystkie osoby mogące mieć wpływ na wyprodukowanie przedmiotu kontraktacji w określonym gospodarstwie. W zamian za to kontraktujący miałby pewność co do kręgu osób odpowiedzialnych oraz charakteru tej odpowiedzialności, której to pewności nie daje póki co posługiwanie się pojęciem „gospodarstwa prowadzonego przez kilka osób wspólnie".

Autor pragnie serdecznie podziękować Doktorowi Pawłowi Blajerowi, adiunktowi w Katedrze Prawa Rolnego UJ, za pomoc okazaną w opracowaniu niniejszego tekstu.

Mikołaj Grzesik[1]

Setting issuing price for Initial Public Offering

1. Introduction

Price fixing is an essential part of Initial Public Offering Process[2], whereby company establishes a a price regarding shares which are to be issued publicly via stock market. It is also the most controversial part of the Process, due to the fact that the interests of issuers and investors are contradictory. The underwriter is also in a a very difficult position as he has to reconcile the interests of both sides. On one end there are shareholders, usually with their overestimated expectations, based on traditional valuation methods, on the opposite there are demands of aggressive investors, who expect above average returns and are willing to underrate actual possibilities of an issuing company to generate profits.

Investors

position in this fight is significantly stronger, since most often the issuer is more determined to collect capital because of scarce resources available, while investors have broad latitude in choosing kinds of investment. Such a a situation exists particularly with regard to companies of the same sort, already available on the market. Because of aforementioned investors'

power, the "market voice" plays a a decisive role in practically all public offerings.

Issuing price cannot be too high as this might cause Public Offerings to fail. Conversely, lowering issuing price may lead to low income from the whole process and it may not always

[1] Author is a fifth year law student at the Jagiellonian University in Cracow.

[2] All phases of this process are described in S.J. Choi, A.C. Pritchard, *Securities Regulation: Cases and Analysis*, Foundation Press 2008, Second Edition, p. 421.

be compensated by benefits from growing value of shares on a a secondary market. It is advisable for a a company to hire a a professional entity to conduct the whole process on its behalf. This role is usually performed by underwriters or other advisory bodies. Intermediaries actively participate in all phases of the process assisting the issuer by performing three critical tasks[3]. Firstly, they provide advice on the structure of the company and the offered securities (quantity and price). Secondly, they help companies in the registration process by preparing all the necessary documents (disclosure documents etc.). Thirdly, they play a a marketing role by assisting in selling securities to the public through soliciting investors, utilizing their contacts with institutional investors etc. This is recommended also because a a correct price is essential and the pricing process is sophisticated and complex. The risk of failure of the whole issuance exists and if it takes place, the costs incurred are huge. Instead of additional capital, company might sustain losses. Therefore, if a a company wants to conduct a a successful issuance i.e. sell the whole offering and maximize its profits, it has to determine the price of securities on an appropriate level which is beneficial for all interested parties. To achieve this, a a well-structured pricing process is necessary.

Generally, three main pricing methods are known, i.e. fixed price, book building and auction system. In practice, clear-cut methods never occur, as hybrid approaches combining the three are the rule. A A thorough review of literature concerning this topic is beyond the scope of this article. The purpose of this essay is, firstly, to take a a closer look at Polish legislation concerning issuing price to present the requirements set by law in respect of determining the issuing price. Subsequently, the article aims to present and describe the most popular pricing methods including innovations and hybrid forms, concentrating on their advantages and disadvantages. The analysis of available solutions will be followed by conclusions and suggestions regarding evaluation and choosing the best alternative for an issuer.

2. Issuing price in Polish law

Regulations regarding issuing price are not very extensive in Polish law and they are located in two acts: "Commercial Companies Code 2000" (hereinafter CCC), which regulates the formation, structure, operation and dissolution of main legal forms for conducting business, and "Act on Public offer and the conditions for introducing financial instruments to the organized trading system and on Public Companies"(hereinafter POA – my own translation), which regulates together, with two other Acts[4], a a significant part of Polish capital market.

[3] *Ibidem*, p. 418.

[4] "Act on Trading Financial Instruments" and "Act on Capital Market Supervision" both dated July 29th 2005. These three acts where introduced to amend already obsolete acts regulating this area of the law.

Issuing price, according to article 432 § 1 point 4 of CCC, is established by General Meeting of Shareholders. However, this solution is usually impractical due to the fact that the issuing price has to be adjusted to the market price. Therefore, aforementioned article stipulates that the resolution concerning rising share capital may delegate the power to management board or supervisory board[5]. Whether it is possible to delegate this power to both bodies is disputable and the view rejecting such a a possibility seems to prevail in literature[6]. That approach is more persuasive because of the conjunction used in the act: "or" (albo in Polish version), which from the logical standpoint means that the solutions are mutually exclusive and because of practical implications. The aim of this delegation is to, *inter alia,* avoid conflicts within a a company and to accelerate and simplify the whole process. Because establishing the issuing price is arguably a a management act, it is recommended to delegate this power to management board. This decision would also follow international tendency observed in many jurisdictions which is to extend powers of the management board[7]. It is not possible for the authorized body to delegate this power further, to another entity.

As article 308 § 2 in connection with article 431 § 7 CCC sets forth, the issuing price must not be lower than the nominal price, however, it might be higher. The surplus, being the difference between issuing price and nominal price (*agio*), is required by law to be transferred to reserve capital. *Agio* has to be paid in whole prior to registration of raised capital. The price might be set by indicating the formula to count it. However the formula has to be precise and the data on which it relies has to be easily accessible.

The most controversial aspect of the whole process of price fixing is the question whether it is lawful to differentiate the price within the offering. The problem is disputable as pursuant to article 20 CCC shareholders have to be treated equally in the same circumstances. Furthermore, this differentiation might be also questioned because of the article 15 section 1 point 3 "Unfair Competition Act" where it is prohibited to introduce "difficulties for other entrepreneurs to access the market through: materially unjustified differences in the treatment of some consumers" (my own translation). This conflict of laws has been analyzed in literature[8]. Relevant conclusions are that generally it is admissible to differentiate the price especially in Public offerings. Nevertheless, it is agreed that it is prohibited in a a closed offer (rights offerings)[9] i.e. one with right issue – addressed exclusively to an issuer's pre-existing

5 In Poland only two-tier structure of Board of Directors is allowed.

6 E.g. W. Popiołek, [in:] J.A. Strzępka et al. *Kodeks Spółek Handlowych – Komentarz*, 2003, Second Edition, p. 1253–1254 or J. Frąckowiak, [in:] K. Kruczalak et al. *Komentarz KSH*, Warszawa 2001, p. 706.

7 Reforms in this direction were conducted in Switzerland and Germany. In US this power is vested in board of directors, unless statutory provisions state otherwise – J. Cox, *Sum and Substance of Corporations*, Chicago, 1984, p. 279.

8 See e.g. S. Sołtysiński et al.,,*Kodeks Spółek Handlowych. Suplement do Tomów I-IV*, C.H. Beck 2010 and complex analysis [in:] M. Romanowski, *Zróżnicowanie ceny emisyjnej akcji w świetle Kodeksu Spółek Handlowych*, Przegląd Prawa Handlowego, October 2003.

9 S.J. Choi, A.C. Pritchard, *Securities...*, p. 10.

shareholders respecting their pre-emptive rights. There are many examples when differentiation is justified and used in practice. For example this is the case when:

1. a a special tranche of shares is prepared for clients to bind them with the company,
2. it is used to achieve aims of social policy such as having dispersed ownership particularly when State is an offeror,
3. preferences are given for investors who subscribe in short notice or take part in book building, or acquire significant amount of shares[10].

The most interesting case when differentiation is permissible is when it is considered as a payment for the underwriter. The substance of underwriting agreement in Poland is slightly different than in US, despite the fact that the institution as such stems from US[11]. In Poland this agreement is still considered as *contractus innominati*[12]. Its aim is to prevent an issuance from failure[13]. In "Act on Trading Financial Instruments", dated July 29, 2005, two kinds of underwriting are typified: *subemisja inwestycyjna (investment underwritng)* and *subemisja usługowa (service underwriting)*. In the former, an underwriter agrees to purchase all unsubscribed shares. In the latter underwriter agrees to act as intermediary and as a a dealer in the process of selling shares. To do that he purchases all shares and is afterwards responsible for selling them to the public. Agreements described above deviate from two common types of underwriting agreements distinguished in US i.e. firm commitment and best effort. Nevertheless, parties are free to exercise the liberty to formulate contracts according to their preferences, including verified American best practices. An underwriting agreement ultimately leads to costs connected with commission for the underwriter to compensate him for bearing the risk of an offering failing. Salary dependents upon the type of underwriting agreement used, since the risk is not the same in the two methods. Discount is a a widely used form of salary, whereby underwriter purchases shares for a a price lower from the one they are offered for the public. The difference between prices constitutes underwriter's profit (underwriting spread). Due to the fact that the underwriter's role in the process is significant[14] and the fact that he takes the risk by obliging himself to buy a a specific amount of shares before any information is disclosed and before subscription even starts, the differentiation of the issuing price is widely accepted[15] and practical. Otherwise artificial constructions have to be tailored

[10] M. Romanowski, *Zróżnicowanie...*, p. 5.

[11] E. Frankowski, *Gwarantowanie emisji w prawie amerykańskim i polskim*, Przegląd Prawa Handlowego, February 2003, p. 35

[12] It means the contract which is not explicitly designed by law but rather is construed by practice of law – compare – M. Romanowski, *Prawo o publicznym obrocie papierami wartościowymi – komentarz*, C.H. Beck, Warszawa 1999; M. Pawełczyk, *Treść umowy subemisyjnej*, Przegląd Prawa Handlowego, August 2003; E. Frankowski, *Gwarantowanie...*

[13] G. Domański, *Umowa o submisję inwestycyjną w publicznym obrocie papierami wartościowymi*, Przegląd Ustawodawstwa Gospodarczego, 1999, No. 1.

[14] See footnote No. 2.

[15] E.g. M. Romanowski, *Zróżnicowanie....*

such as a a salary for an underwriter described as monetary consideration calculated as an agreed percent of the value of shares. In view of the arguments discussed above, the standpoint that differentiation of the issuing price is allowed should be approved with the reservation that at least some motives stemming from particular circumstances ought to tip in favor of this divergence as baseless differentiation might be successfully questioned.

In principle, the issuing price should match the market price or, in absence thereof, be as high as possible, as this lies with the interest of a a company[16]. If price is fixed on a a lower rate, the responsible authority might be subject to civil or even criminal liability. CCC allows setting the issuing price lower than the market price, or in the absence thereof, lower than fair price. However, arguably it is allowed only if shareholders are exercising their preemptive rights[17]. Such a a decision may cause conflicts between the shareholders' and the company's interests[18].

The POA, which is only applicable to Public offerings[19], in article 54 stipulates that issuing price does not have to be included in a a Prospectus if:

a) maximum price is at least indicated or the rules of establishing the price are indicated in a Prospectus or
b) if it is indicated in a a Prospectus that the person who had subscribed for shares before the issuing price was announced has a a right to withdraw. Nevertheless, if the final price is not included in the Prospectus the offeror is obliged to immediately inform the Commission (Polish Financial Supervision Authority) and public about it, in the same way the Prospectus was released and according to other provisions specified in this act.

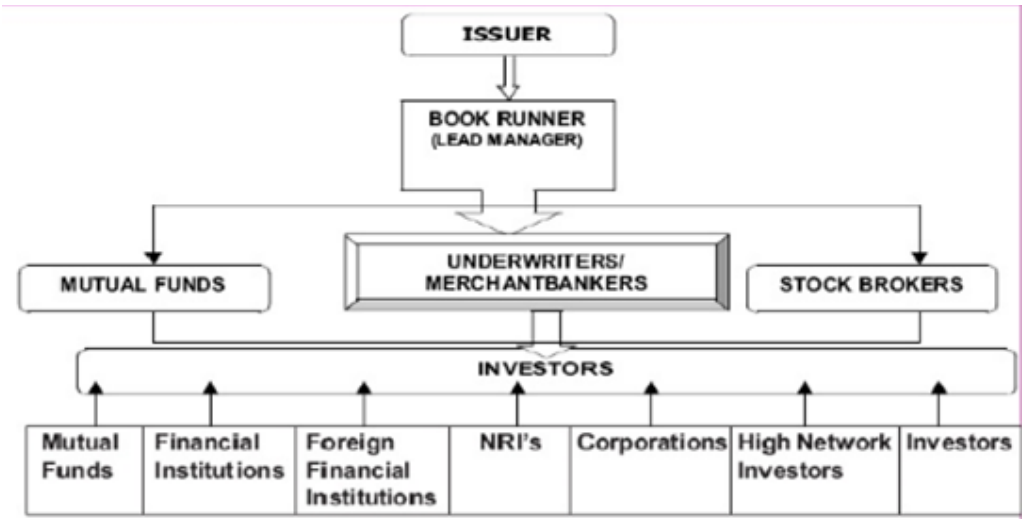
In the context of legislation described above, in most instances it will be the management that will decide on the issuing price, at least formally. As very often management lacks the required knowledge and resources, it resorts to professionals specializing in supplying these particular services. However, hiring a a professional entity does not deprive the management of power and influence over major decisions concerning issuing price. Consequently, one of the main choices that the management would have to make is the pricing method which will be used in the process of setting the issuing price. In the further paragraphs the alternatives available for management will be described.

[16] J. MacNeil, *Shareholders' Preemptive Rights*, Journal of Business Law, 2002, No. 1, p. 79, 93-95.
[17] S. Sołtysiński et al., *Kodeks....*
[18] *Ibidem.*
[19] Public offering is defined in article 3 of PAO as an offer to at least 100 investors or to the public as a whole.

3. Book building

The first method is book building. Book building is the process whereby investment banks try to collect information about the demand and valuations with regard to issuance of shares. Simultaneously they are marketing a a public offer of equity shares of a a company. For this purpose they take various steps e.g. conduct road shows, one-to–one meetings with potential investors, undertaken prior to setting the price. Through other methods (see post), underwriters also have a a leeway to ask for indication of interest. However, it is emphasized in literature that: "without the ability to make allocations dependent on the information reported, there is no way for underwriters to give investors the incentive to report their information accurately"[20]. This is the most popular and widely-used pricing method although auctions, fixed price systems and hybrids forms are also available (e.g. competitive IPO[21]). As the main purpose of a a pricing process is to overcome information asymmetries, all pricing methods are devices designed to address this problem. In IPO, evaluation process of issuers is challenging because there are no prior reports or analysis. Therefore, very often the "free rider" problem arises, whereby a a person who sacrificed time and money to evaluate the firm may be squeezed out by numerous free riders[22] who take advantage of the other''s effort without making any contribution themselves. Obviously, book building also suffers from these drawbacks.

Book Building Process[23]



[20] A.E. Sharman, *IPOs and Long Term Relationship: An advantage of Book Building*, The Review of Financial Studies, Fall 2000, Vol. 13, No. 3, p. 697–714.

[21] S. Bonini, O. Voloshyna, *A, B or C? Experimental tests of IPO mechanisms*, European Financial Management, Forthcoming, available at. http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=972208 (3.03.2011), p. 3; also T. Jenkinson, and H. Jones, *Bids and Allocations in European Bookbuilding*, Journal of Finance, Vol. 59, No. 5, 2004, 2309–2338.

[22] A. Sherman, S. Titman, *Building the IPO order book: underpricing and participation limits with costly information*, Journal of Financial Economics 65/2002, p. 3–29.

[23] Agarwal Sanjip, *Bharat's Manual of Indian Capital Market*, Bharat's Law House, New Delhi 1997, p. 577.

Book building discloses more information than any other method as during the meetings with prospective investors the issuer is willing to share inside information in exchange for indication of demand and the price the potential buyers are willing to pay. Therefore some say that only questionable-quality sellers use auctions. However, it is not entirely true as it is rather easy-to-evaluate firms who use auction format, due to the fact that information is already available on the market[24]. The quality of the information disclosed in book building is also deemed more trustworthy[25] as it is provided by the issuer himself or his agents who have strong incentives to disclose information as accurately and completely as it is possible. It is worth emphasizing that in book building underwriters can control the information about the issuer and coordinate participation of investors. This is considered as the main advantage of the system due to the fact that it reduces the risk for both issuers and investors[26]. Furthermore, it allows shares to be preferentially allocated. However, this fact is regarded by some as controversial[27] because, arguably, allocations could be abused to generate kickbacks for underwriters. Opponents of this view advocate contrary position, which is that allocation power could improve pre-market price discovery[28]. Due to this, it is indicated in literature that unlike in auction, in book building some investors are kept out of the allocation process and, in consequence, access to shares is not equal. The aforementioned issuers'' tool may also be used to coerce investors to participate in subscription by implying that they will be withdrawn from future offerings.

It should be emphasized that, unlike in fixed price method which involves pre-issue costs and risks of failure, in book building this burden can be overcome by withdrawal from the market, if demand for securities is unsatisfactory.

Another issue worth noting is that the book building method is widely recommended by underwriters and analysts. It provides the issuer with analyst coverage, which is very advantageous for them. "Analysts hype", proposed in literature as an explanation for popularity of analyzed method, suggests that: "the book building procedure entails a a tacit agreement between issuers and banks. Issuers are willing to pay the higher direct and indirect costs of book building in exchange for increased and more favorable analyst coverage"[29]. This view, in my opinion, successfully mirrors the truth as most often issuers are more concerned with the positive outcome of the offering rather than the costs incurred. Underwriters act as gatekeep-

[24] T. Jenkinson, A. Ljungqvist, *Going Public The Theory and Evidence on How Companies Raise Equity Finance*, 2nd Ed. Oxford University Press, 2001.

[25] A.E. Sherman, *Global Trends in IPO Method: Bookbuilding vs. Auctions*, available at: www.nd.edu/~finance/020601/news/Sherman%20Paper.doc (3.03.2011).

[26] A.E. Sherman, *Global Trends in IPO: Book building versus auctions with endogenous entry*, Journal of Financial Economics, 2005, No. 78, p 615–649, available at www.sciencedirect.com.

[27] A. Bubna, N.R. Prabhala, *When bookbilding meets IPOs*, available at: http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=972757 (3.03.2011).

[28] *Ibidem.*

[29] F. Degeorge, F. Derrien, K. Womack, *Analyst Hype in IPOs: Explaining the Popularity of Bookbuilding*, Review of Financial Studies, 2007, Vol. 20, No. 4, p. 1021–1058.

ers, and supply the issuers with a a "certification mechanism"[30] which by virtue of their reputation is supposed to attract more investors. It is also submitted by scholars in the field that book building, in comparison to fixed price, generates more proceeds[31].

The main reason why book building is criticized is that it encourages underpricing, hence the issuer leaves more money on the table. Yet, regardless of the method used, almost every IPO is underpriced[32] and, as described below, auction system also does not prevent that. Moreover, offerings with higher expected underpricing will have lower expected aftermarket volatility[33]. In addition, underpricing is usually considered as a a reward for investors, since process of collecting information is very costly and time-consuming. According to Wilhelm[34] some money has to be left on the table as a a compensation for participation in price discovery, thus in creating market for a a new security[35]. Another drawback of book building method is the agency problem between issuer and underwriter, as it is profitable for the latter to underprice the shares in order to obtain higher profit. Furthermore, as previously explained, underwriters enjoy discretion over allocation of shares, which may lead to abuses such as spinning and laddering[36]. In laddering prospective investors promote inflated pre-IPO prices to obtain greater allotment from the offering. In spinning, which is a a kind of *quid pro quo* arrangement, the shares are allocated to major executives of a a company unrelated to the issuer. In return the executives would recommend to their clients to do business with the issuer. This highly unethical process is mutually beneficial for both sides of the transaction.

---

[30] B. Jovanovic, B. Szentes, *IPO Underpricing: Auctions vs. Book Building*, 2007, p. 3 – available at www.nyu.edu/econ/user/jovanovi/ipou.pdf (13.08.2010).

[31] Among others see – L.M. Benveniste and W.Y. Busaba, *Bookbuilding vs. Fixed Price: An Analysis of Competing Strategies for Markeing IPO*, Journal of Financial and Quantitative Analsis, Vol. 32, No. 4/1997, p. 383–403.

[32] *Ibidem*, p. 1.

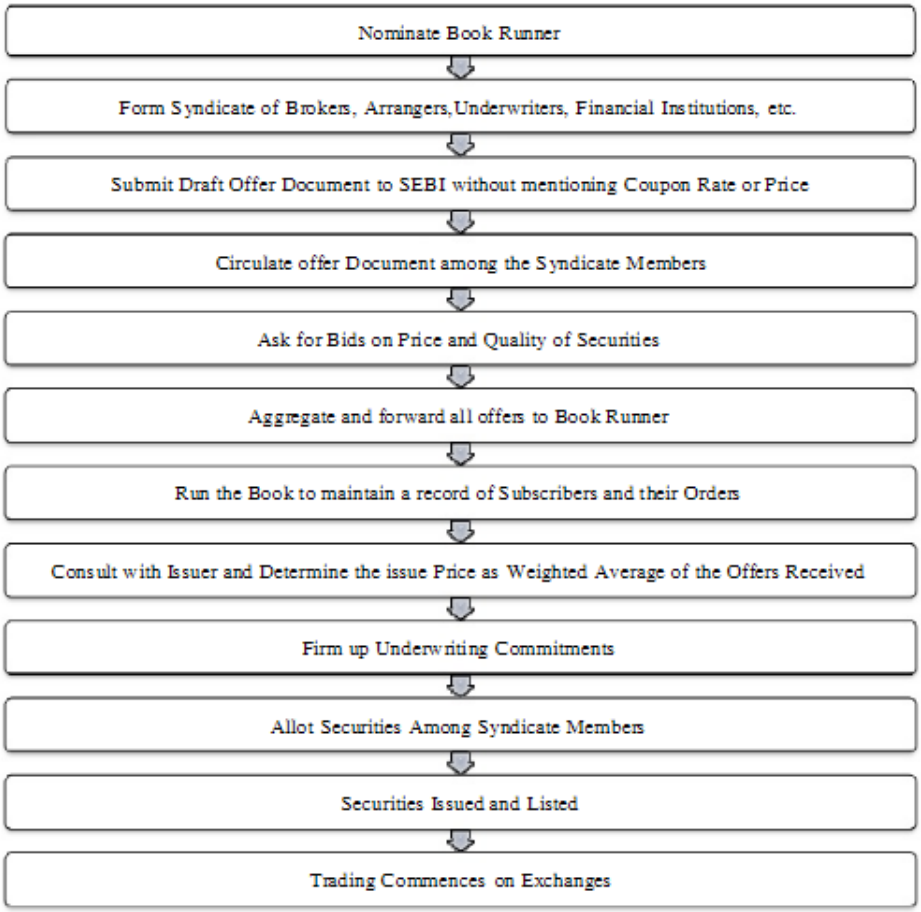
[33] A. Sherman, *Global Trends in IPO Methods: Book...*, p. 2.

[34] William J. Wilhem Jr., *Bookbuilding, auctions, and the future of the IPO process*, Journal of Applied Corporate Finance, Vol. 17, No. 1, Winter 2005.

[35] "And as Wilhelm also points out, the dominant practice for taking companies public, known as "bookbuilding," is well designed to accomplish price discovery in a cost-effective way. By eliciting expressions of interest mainly from large institutional investors, the book manager (or, increasingly, managers) is able to build the demand curve for a market that did not previously exist. Those investors who make the greatest contribution to the price discovery process by providing valuable information and making the issue a success must be compensated. The compensation is provided by setting the offering price below the best estimate of fair value and allocating more shares to those who provide more valuable information on a consistent basis". – R. Jagannathan, A.E. Sharman, *Reforming the bookbuilding Process for IPO's*, Journal of Applied Corporate Finance, Winter 2005, Vol. 17, p. 67–72.

[36] T. Jenkinson, H. Jones, *Competitve IPOs*, p. 4 – available at http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1331371 (3.03.2011).

Steps of Book Building Process[37]



4. Fixed Price (open offer)

This method has been particularly popular in the UK and its former colonies, several European markets as well as in US best-efforts[38] IPO's[39]. It is the simplest pricing method and, as such, is particularly admired in small markets and for smaller, short-existing issuers. The most characteristic attribute of that method is that price is determined prior to setting the offer price and it is done without first soliciting the investors' demand. Thus the price at which securities are offered and would be allotted is known in advance to the investors. The price is determined by discretionary decision of the issuer or the underwriter, made after taking into account all relevant facts and opinions, including business evaluation. Price is identical for all

[37] Mukesh Kr. Singh, *Book Building Process*, available at. www.scribd.com/doc/5544374/Book-Building-Process (12.08.2010).

[38] The best effort method is described in S.J. Choi, A.C. Prichard, *Securities* ..., p. 419.

[39] W.Y. Busaba, C. Chang, *Bookbuilding vs. Fixed Price Revisited: The effect of Aftermarket Trading*, Journal of Corporate Finance, Forthcoming, available at http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1536847 (3.03.2011).

investors. Notably, unlike book building method, issuer or underwriter has no power over the allotment of shares. Scholars indicate that fixed price: "allows issuers to control price, but not allocations, book building allows issuers to control both, and standard auctions do not allow issuers to control either"[40]. According to Chemmanur and Liu[41]: "fixed price offers allow the issuer to induce a a higher level of information acquisition but do not allow the offering price to reflect the information acquired". Also there is lesser flexibility in pricing as compared to book building. There is no Qualified Investment Buyers'' allocation, therefore issuance mostly relies on retail investors. There is a a trend for small investors to be favored in fixed – price public offers[42]. Underpricing exists for the same reasons as in book building process, described above. The size of the discount might be either bigger or lower than that in book building method[43] as there is no empirical data proving otherwise. As it is showed by scholars: "fixed price offers are consistently chosen over IPO auctions in almost all countries that allow and have had experience with both methods"[44]. This method can lead to an under-evaluation of the issuing company as the price of the offered shares is usually lower than market value. On the contrary, if the price is established too high the amount of investors might be too low and consequently the issuance may fail.

Furthermore, despite being active and useful in book building process, institutional investors are usually not interested in participating in fixed price public issues because there is no guarantee of allotment and no opportunity costs are involved[45]. This method may only be profitable for issuers who are confident about their value and high level of demand for securities they are offering, otherwise it is extremely risky. Without credible valuations and market analysis, discovery of the issuing price, frankly, amounts to guessing.

5. Auction

Auction, on the other hand, is a a much less popular pricing device. Although, it has been tried in more than 20 countries, only 4 still use it – France, Israel, Taiwan and the U.S. However

[40] T. Chemmanur, H.M Liu, *How should a firm go public? A dynamic model of the choice between fixed price offerings and auctions in IPO's and privatizations*, available at http://gatton.uky.edu/faculty/lium/ipoauction.pdf (3.03.2011).

[41] *Ibidem.*

[42] "In a fixed-price offering, information collected during the subscription period arrives too late to be used in pricing the offering, so it is optimal to favor small orders to reduce the risk that the offering will fail. For book building, information that is revealed during the marketing stage can later be used to set the price" B. Chowdhry, A. Sherman, *The winner's course and international methods of allocating initial public offerings*, Pasific Basin Finance Journal, 4/1996, p. 15–30.

[43] It is subject to contrary views – look – *ibidem*, p. 5.

[44] Jagannathan R. and A.E Sherman, *Why Do IPO Auctions Fail ?,* available at http://www.mccombs.utexas.edu/dept/finance/wk_papers/Ravi.pdf (3.03.2011).

[45] Mukesh Kr. Singh, *Book Building...*

even there, it is an exception rather than the rule[46]. In other countries, even if auction was used, it has been abandoned before even book building was introduced[47]. Auction system exists in diverse forms amidst which Dutch auction, also called standard or uniform price auction[48], is the most admired[49]. It enables the issuer to set the price at a a clearing price (the lowest successful bid). The other variations of auctions include for example, discriminatory or pay what-you-bid auctions, or the recently proposed Ausubel auction[50].

It is said that issuers who employ auction system incur less costs as direct fees and underpricing costs are lower. Nevertheless empirical data indicates that underpricing exists – the Google case (described later in the text) is the best example. Auction is also a a more egalitarian and fair process. Not only do all investors have the same access to shares, but also the price is equal. Auction system is highly recommended and widely used for state bonds'[51] issuance where information about the issuer is well-known and identity and quantity of investors are accessible[52].

Standard auctions are definitely more transparent due to the fact that managers are not furnished with discretion over allocation of shares the way they are in book building. It is emphasized that it should act as a a good measure to prevent the financial scandals and public concerns which were triggered in the past especially in US[53].

---

46 Jagannathan, R. and A.E. Sherman, *Why Do IPO Auctions Fail?* manuscript, 2004. "Auctions continue to be used on the unregulated over-the-counter market in France but seem to have dried up on the major exchanges since unrestricted bookbuilding was first allowed in 1999. In Taiwan, the use of IPO auctions has fallen over time, with issuers returning to the traditional fixed price public offers. The book building method is allowed but restricted and has not been popular in Taiwan. In Israel, IPO issuers were required to use auctions for a decade, ending in Dec. 2003. The first IPO following the expiration of the law, Tesco, used an auction but the two succeeding IPOs returned to the fixed price method. Legislation is pending in Israel to allow book building. Last, the U.S. has had 11 auctions since the method was introduced in 1999, a rate of about 2 per year. A 12th IPO auction was announced in December, 2004".

47 IPO auctions were also used in Italy, Portugal, Sweden, Switzerland, and the U.K. in the 1980s, and in Singapore and Turkey in the 1990s.

48 "A Dutch auction, according to the original use of the term, is an open, descending-price auction. The closest sealed-bid equivalent of the Dutch auction would be a discriminatory, or pay-what-you-bid, auction. The uniform price auction in a setting such as for IPOs would be closer to (although not quite identical to) a Vickrey auction, a multi-unit extension of the single-unit second price auction proposed by Nobel Prize winning economist William Vickrey". – R. Jagannathan, A.E. Sharman, *Reforming the bookbuilding Process for IPO's*, Journal of Applied Corporate Finance 2005, Vol. 7, No. 1: 67-72, p. 5.

49 Other types of auctions described in L.M. Ausubel, *Implications of Auction Theory for New Issues Markets*, Brooking-Wharton papers on Financial Services, 2002, p. 313-343.

50 S. Bonini, O. Voloshyna, *A, B or C?...*, p. 3 also Ausubel, L., *An Efficient Ascending-Bid Auction of Multiple Objects*, American Economic Review, 2004, Vol. 94, No. 5, p. 1452-1475.

51 "For the weekly auctions of 13-week U.S. Treasury bills, the cost of evaluation is negligible because so many close substitutes already are trading, including the off-the-run bills and the new bills trading in the when issued market", A.E. Sherman, *Global trends...*, p. 4.

52 R. Jogannathan, A. Sherman, *Why Do IPO Auctions Fail?,* October 2006, p. 4.

53 See – V. Pons-Sanz, *Who benefits from IPO underpricing? Evidence from hybrid bookbuilding offerings*, Working Paper Series European Central Bank, No. 428, January 2005, p. 8.

Despite numerous advantages, issuers are reluctant to apply auction format[54]. They are not fond of experimental methods[55] and underwriters'' pressure usually encourages them to use other equivalents[56]. However, there are also other reasons. Firstly, large number of potential bidders makes the price inaccurate, since the price might be "noisy" i.e. based only on demand. Secondly, fluctuations in amount of bidders are also cumbersome as they can lead to undersubscription and consequently failure of whole offering. Unlike book building, in auction entry is random[57] because, as was stated above, underwriters are armed with no tools to coordinate the number of investors[58]. What is more, shares priced by auction do not exhibit better long-term performance. There are also problems concerning manipulations during the auction such as: bidding rings, manipulative biddings[59] and, as it is stated by some: "surrender of rents for the IPO-ing firm acts to keep the worst firms out of BB (book building), and this adverse selection can destroy the auction market altogether"[60].

Another argument against auction system (uniform price variation) corresponds with the aforementioned advantage of book building method. It is highlighted that auction does not provide those who gather information with proper reward, which aggravates free-rider problem. As a a result, the price established in auction is likely to be "noisy", and very inaccurate which may cause instability on the market[61]. However, the free rider problem is eliminated in discriminatory auctions as the bidder must pay the price he bid.

Allegedly, the most well known case where the auction system was exploited was Google. As factual background indicates, in 2003 it employed modified Dutch auction format in its IPO. It turned out that the system failed to meet associated expectations, therefore the question arose whether it would have been better for Google to use traditional, well-known book building

---

54 Jenkinson and Ljungqvist, *Going Public: The theory and Evidence on how Companies Raise Equity Finance*, Clarendon Press, Oxford 1996 comment: "Auction-like mechanisms such as tenders in the United Kingdom, the Netherlands, and Belgium, or offres publiques de vente in France, are generally associated with low levels of underpricing; most Chilean IPOs have also used auctions, and have been modestly underpriced, at least by emerging-markets standards. This is not surprising, given that, unlike fixed-price offers, tenders allow market demand to at least partially infuence the issue price. What is curious, though, is that we do not observe a shift towards greater use of auctions". Darrien and Womack, *Auctions vs. Bookbuilding and the control of Underpricing in Hot IPO Markets*, Review of Financial Studies, November 2001 – make similar comments.

55 Even though action system is used for a very long time for different purposes, it is still quite new, not widely used and results are unpredictable, thus employment thereof is considered experimental.

56 However look – R. Jagannathan, A.E. Sharman, *Reforming ...*, where authors convincingly are contradicting this argument.

57 *Ibidem*, p. 7.

58 "A study of U.K. privatization tenders between 1982 and 1987 reported that three of the six were undersubscribed, while one was 500% oversubscribed. In 1994, the auction tranche of Sunright, the last IPO auction in Singapore, was 82% undersubscribed, even though the public offer tranche a few days earlier had been oversubscribed"., R. Jagannathan, A.E. Sharman, *Reforming...*, p. 5.
Ibidem, p. 7 and other examples in R. Jogannathan, A. Sherman, *Why Do IPO...*

59 P. B. Oh, The Dutch auction Myth, 2007, Wake Forest Law Review, Vol. 42, p. 853, 2007, p. 44–57 available at http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=890127 (3.03.2011).

60 B. Jovanovic, *IPO underpricing: Auctions ...*, p. 3.

61 R. Jagannathan, A.E. Sharman, *Reforming...*, p. 6.

process. This case might be successfully used for evaluation and analysis of two methods of pricing process i.e. book building and auction.

In the Google case[62] the issuer used modified Dutch auction system (dirty auction). This fact should be stressed because it implies many consequences. Google employed 28 underwriters, which is a a lot especially in clear Dutch auction where there should be no underwriters at all. The issuer also quietly allocated 15% of shares to them outside the auction process[63]. Notably, Google did not use clearing price as it lowered it significantly[64] just before the offer.

In light of the facts outlined above, undoubtedly, the Google IPO was a a "controlled experiment". As it turned out it did not produce hoped-for results. The variation of auction used in this offer deviated materially from the original solution of Dutch auction proposed by scholars and consequently, the offer was underpriced and 300$ million was left on the table. This example demonstrates that Google could not decide until the end what pricing method it wanted to employ. This hesitation resulted in many errors which in consequence lead to underpricing and lost money.

6. Hybrids

After discussing typical pricing methods at this point it is appropriate to take a a closer look on its derivatives because as was mentioned in the introduction, clear-cut pricing methods are rarely used. Despite their rareness in practice, it was crucial to present those classic methods in this article as they are basis for constructing various combinations. Issuers try to construct hybrids to avoid problems each method might cause. In this paragraph, a a selection of the most interesting, innovative and promising will be discussed.

The first of these methods is called "Competitive IPO". The name stems from the competition created among investment banks in course of price discovery. In ordinary book building competition between underwriters exists, yet only in the phase when the issuer is supposed to choose the lead underwriter. In the hybrid method discussed in this paragraph, issuers separate the preparation and the distribution role of investment banks, thereby intensifying competition between them throughout the whole process. Not only does this method provide issuers with greater control, but also make the fee structure more advantageous. The novelty also lies in the fact that banks are informed about their role approximately two weeks before

[62] For more information look – C. Hurt, *What Google can't tell us about Internet auctions (and what it can),* University of Toledo forthcoming, available at http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=753625 (3.03.2011).

[63] So called Green shoe option – see S.J. Choi, A.C. Pritchard, *Securities...*, p. 422.

[64] Google retained the option of setting final offering price, thus investors were not sure whether clearing price would be the final offering price.

the IPO and a a no-fee clause[65] binds during whole process. This method is stuck between traditional book building and auction. It is a a response to agency problems occurring in book building, whilst it retains the benefits rooted in the involvement of investment banks[66]. The mechanism was introduced by Dresdner Kleinwort Wasserstein (investment bank) for public offering of Pages Jaunes in France in July 2004. Although it turned out to be successful, almost no studies exist testing its trustworthiness. More recent offerings utilizing this system have taken place mostly in UK. The few commentators who address this issue indicate that this method increases competition not only between banks but also between investors thus disclosing more information and suffers from less underpricing than traditional book building[67]. Despite many advantages, this method has been subject to criticism, particularly from investment banks[68] which claim that the method in question is merely "a waste of time" and amplifies potential conflicts. Moreover, there is no empirical data supporting the conclusion that this method reaches better results, therefore issuers are advised to apply caution regarding this proposition.

Ausubel auction system or Ascending-Bid auction for Multiple Objects, as it is also called, is the next system to be addressed. As the name indicates it is a a modification of clear auction system and it is desirable as it combines two properties: simplicity and optimal information revelation. Its inventor, Lawrance M. Ausubel, describes the process: "The auctioneer announces a a price and bidders respond with quantities. Items are awarded at the current price whenever they are "clinched,"

> and the price is incremented until the market clears. With private values, this (dynamic) auction yields the same outcome as the (sealed-bid) Vickrey auction, but has advantages of simplicity and privacy preservation[69].

Scholars prove that this method is very effective in price discovery and mitigating underpricing[70]. Nevertheless, this method has never been tried on equity market (only on Treasury Market), thus the result of this mechanism adopted in an IPO is unpredictable. This method suffers from the same uncertainty as Competitive IPO, therefore issuers may be reluctant to exploit it. The main feature of this system is well defined by Bonini and Voloshyna who state that:

---

65 If the final price is below the price range, the underwriters' fees are not paid.

66 T. Jenkinson, H. Jones, *Competitve IPO's*, CEPR Discussion Paper, no. 7178, February 2009, available at www.cepr.org. (3.03.2011)

67 S. Bonini, O. Voloshyna, *A, B or C?...*

68 See for investment banks' critique of this method – H. Wilson, *Competitve IPOs Run into New Storm*, Financial News US, 24 October 2005, www.financialnews-us.com (3.03.2011).

69 L.M. Ausubel, *An efficient Ascending-Bid ...*, p. 1452–1475.

70 S. Bonini, O. Voloshyna, *A, B or C?...*

> The essential feature of the Ausubel model is that the price paid for marginal units is not connected with the price paid for infra-marginal units, hence bidders do not have incentives to bid less than their valuations for marginal unit in an attempt to decrease the price of infra-marginal units[71].

Other modifications are also proposed in literature[72] or used in practice[73], but are not discussed within the scope of this work.

7. Conclusion

In view of the arguments and factors mentioned in this work it is difficult to draw conclusive remarks. Although every method possesses significant advantages, inherent drawbacks are also present in all of them. In endeavor to elect the best alternative for a a potential issuer it has to be remembered that only one of the methods is thoroughly verified by practice and deeply studied in literature and this method is book building. For these reasons, this pricing model is currently the most popular and the most widely-employed by issuers during pricing process. In spite of numerous advantages of other methods and the fact that they were tried in many countries[74], issuers prefer book building as a a safe and trustworthy mechanism, even at the cost of higher fees and more money left on the table. Even Securities and Exchange Commission's report[75], which proposed auction as an advisable alternative for book building, did not change this. Empirical data indicates that results of using Dutch auction are much more unpredictable than book building method. Google IPO acts as an example that theoretical considerations are not always mirrored in reality and sheds new light on the discussion about auction model. It also provides auction's opponents with additional arguments against it.

Therefore, book building with its persuasive force based on marketing technique is the best alternative for a a seller. If performed accurately it leads to successful offerings in a a situation where all parties are satisfied. Most issuers are risk-averse and this method offers many tools to mitigate risk. I I am inclined to believe that many weaknesses thereof might also be avoided. As means of an example, underpricing might be at least circumvented by close cooperation with qualified investors who help in determining the perfect issuing price in course

---

71 *Ibidem*, p. 6.

72 R. Jagannathan, A.E. Sherman, *Reforming the...*

73 E.g. dirty auction or combination of book building and fixed price method when shares are divided into tranches e.g. for institutional and retail investors. Shares are then priced using book building or fixed price method respectively.

74 R. Jogannathan, *Why do IPO ...*, p. 37.

75 *See* nyse/nasd ipo advisory comm., report and recommendations of a committee convened by the new york stock exchange, inc. and nasd at the request of the u.s. securities and exchange commission available at, http://www.finra.org/web/groups/rules_regs/documents/rules_regs/p010373.pdf (3.03.2011).

of book building process. In exchange for trustworthy indication of demand the issuer may guarantee fixed allocation of shares, which serves as a a incentive for the investors to satisfy him. It should also be emphasized that the issuer is not helpless as he has his own evaluations of the enterprise, most often prepared by independent auditors which might be used to detect inaccurate indications. The costs which are considered as onerous are worth spending as in exchange the issuer is supplied with necessary support from intermediaries and a a relatively accurate issuing price. Finally, underpricing, which is so often deemed the main flaw of the method, should be rather treated, from either investors'' and issuer's standpoint, as inherent costs paid for cooperation of all players on capital market. It should also be noted that issuers should be extremely cautious about lowering the issuing price underneath the level determined during book building process. This stems from the fact that despite incentives provided for qualified investors, most likely the hope for huge discount would induce investors to indicate the price as low as possible. Thus in the last phase of deciding on the final issuing price issuer has to select one of two scenarios:

1. lowering the price determined in book building to diminish the risk of failure of the offering while most likely leaving more money on the table or
2. using the price determined in book building or even raising it slightly to leave no money on the table but increase the risk of failure.

Both of these issues have to be addressed and reconciled while reaching final decision. The chosen outcome will depend on various factors and information available for insiders exclusively thus no general advice might be proposed.

In choosing the best pricing method every issuer faces trade-offs and has to opt for the one alternative he finds most advantageous for him. This article may only serve as a a recommendation and basis for that decision, not as a a clear-cut solution.

Kamil Januszek[1]

Czynności poza zakresem przedmiotowym podatku od towarów i usług

1. Wstęp

Intencją przyświecającą normodawcy unijnemu przy kreowaniu przepisów dyrektywy w sprawie wspólnego systemu podatku od wartości dodanej[2] (dalej: dyrektywa) było zagwarantowanie powszechności opodatkowania, czyli obciążenie całej konsumpcji oraz profesjonalnego obrotu każdym dobrem. Istnieją jednak takie kategorie czynności, które nie mieszczą się w zakresie przedmiotowym podatku od towarów i usług (dalej: p.t.u.). Ich precyzyjne określenie może budzić pewne wątpliwości interpretacyjne. W niniejszej pracy zostaną przedstawione bliżej dwa, szczególnie interesujące aspekty związane z wyłączeniem transakcji spod zakresu przedmiotowego p.t.u., a mianowicie kwestia istnienia stosunku prawnego między kontrahentami oraz tzw. czynności nielegalne.

2. Istnienie stosunku prawnego jako podstawowy warunek uznania czynności za transakcję podlegającą opodatkowaniu podatkiem od towarów i usług

Konstruując zakres czynności podlegających opodatkowaniu, prawodawca w art. 2 dyrektywy posługuje się terminem „transakcja", nie podając jego definicji. Interpretacja oma-

[1] Student V roku prawa na WPiA UJ.

[2] Dyrektywa 2006/112/WE Rady z dnia 28 listopada 2006 r., w sprawie wspólnego systemu podatku od wartości dodanej; podatkiem od wartości dodanej na gruncie polskiego prawa jest podatek od towarów i usług. Dz. U. L 347 z 11.12.2006

wianego pojęcia ma znaczenie dla tematu niniejszej pracy, bowiem czynności, które nie spełniają przesłanek uznania za transakcję podlegającą opodatkowaniu, pozostają poza zakresem p.t.u. Przesłanki, o których mowa, zostały ukształtowane przez orzecznictwo Trybunału Sprawiedliwości Unii Europejskiej (dalej: TSUE, Trybunał). Jak zaznaczono we wstępie, w dalszych rozważaniach omówiona zostanie jedynie kwestia stosunku prawnego i ekwiwalentność świadczeń wzajemnych.

Przede wszystkim należy zwrócić uwagę na fakt, iż nie są objęte zakresem przedmiotowym p.t.u. transakcje polegające na wymianie dóbr czy świadczeniu usług, które nie wynikają z istniejącego między stronami stosunku prawnego. Więź między kontrahentami musi przesądzać o fakcie, że jedna ze stron jest zobligowana do określonego świadczenia, zaś druga ma, co do zasady[3], możliwość domagania się jego wykonania. Świadczeniem jest pewne zachowanie dłużnika na rzecz wierzyciela, płynące z łączących ich zobowiązań. Może przybierać formy znane z prawa cywilnego (dare, facere, non facere, pati), jednakże sama ocena istnienia stosunku prawnego jest oderwana od konstrukcji ważności i skuteczności czynności na gruncie rozwiązań prywatnoprawnych[4]. Koncepcja ta jest podyktowana koniecznością harmonizacji przepisów podatkowych państw członkowskich, której realizacja byłaby zagrożona, a wręcz niemożliwa w wypadku stosowania przez każdy kraj rodzimych reguł prawa zobowiązań, na co zwrócił uwagę TSUE w sprawie *Town & County*[5]. Art. 5 ust. 2 Ustawy z dnia 11 marca 2004 r. o podatku od towarów i usług[6] (dalej: u.p.t.u.) stwierdza zatem, iż możliwe jest opodatkowanie transakcji niezależnie od faktu, czy została ona zawarta zgodnie z warunkami określonymi w przepisach prawa. Nieskuteczność czynności na gruncie prawa cywilnego np. z uwagi na niezachowanie określonej formy umowy nie jest zatem przesłanką wykluczającą powstanie obowiązku podatkowego.

Zagadnienie istnienia stosunku prawnego jako podstawy transakcji pojawiało się wielokrotnie w orzecznictwie sądów zarówno europejskich, jak i polskich. Przede wszystkim należy jednak zwrócić uwagę na orzeczenie TSUE w sprawie *Tolsma*[7], które szeroko przywoływane jest zarówno w innych wyrokach, jak i tezach piśmiennictwa. Rozważając kwestię dopuszczalności opodatkowania muzyka umilającego na ulicy czas przechodniom w zamian za dobrowolne datki, TSUE zauważył, iż świadczenie usług występuje w sytuacji, gdy między stronami

---

3 TSUE uznał, że dopuszczalne jest opodatkowanie transakcji opartej na zobowiązaniu naturalnym (dług honorowy), nieobwarowane prawem żądania wykonania świadczenia przed sądem. Orzeczenie TSUE z dnia 17 września 2002 r., (sygn.: C-498/99), *Town & County Factors Ltd przeciwko Commissioners of Customs & Excise*; wyrok dostępny na stronie: http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:61999J0498:EN:HTML

4 P. Karwat, [w:] *Dyrektywa 112/2006/WE. Komentarz 2009*, red. J. Martini, A. Cmoch, Wrocław 2009, s. 48.

5 K. Żagun, *Przegląd Orzecznictwa ETS – wyrok ETS z dnia 17 września 2002 r. w sprawie Town & County Factors Ltd (C-498/99)*, „Przegląd Podatkowy", nr 2/2005, s. 62-63.

6 Dz. U. z 2004 r., Nr 54, poz. 535 ze zm.

7 Orzeczenie TSUE z dnia 3 marca 1994 r., (sygn.: C-16/93) *R. J. Tolsma przeciwko Inspecteur der Omzetbelasting Leeuwarden*; wyrok dostępny na stronie: http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:61993J0016:EN:HTML

istnieje stosunek prawny, w ramach którego dochodzi do wzajemnej wymiany świadczeń. Zachowanie jednego z uczestników stosunku prawnego musi być bezpośrednio związane ze świadczeniem kontrahenta i wypełniać wymóg ekwiwalentności. Warunek ten nie oznacza bynajmniej, że cena wydawanego towaru musi być równoważna jego cenie rynkowej. Otrzymane wynagrodzenie powinno stanowić rzeczywistą bonifikatę za dostarczony towar lub wykonaną usługę. W komentowanej sprawie nie można było przyjąć, że muzyka oraz przechodniów łączył jakikolwiek stosunek prawny. Nie istniała bowiem podstawa, na bazie której byliby oni zobowiązani do wykonywania dokonanych czynności[8]. Nie można także uznać ofiarowanych datków za rodzaj świadczenia wzajemnego. W szczególności nie wynikały one z uzgodnionego wcześniej porozumienia, a odbiorcy samodzielnie ustalali ich wysokość, kierując się pobudkami moralnymi, nie bacząc z pewnością na czas wykonywania świadczenia czy jego jakość i rodzaj.

Z interesującym problemem zmierzył się także NSA, rozważając kwestię tzw. bonusów za osiągnięcie określonego pułapu sprzedaży we wzajemnych stosunkach handlowych między przedsiębiorcami[9]. W praktyce niejednokrotnie zdarza się, że firmy zajmujące się dystrybucją towarów organizują pewne akcje marketingowe polegające na przyznaniu premii pieniężnej kontrahentowi, który spełni warunki określone w ramach promocji. Organy podatkowe stanęły na stanowisku, iż zachowanie beneficjenta nagrody, polegające m.in. na dokonaniu zakupów na określoną kwotę, jest świadczeniem usług, a otrzymana w zamian premia stanowi obiektywną korzyść, będącą ekwiwalentem świadczenia. Na tej podstawie opowiedziały się za opodatkowaniem opisanego zdarzenia.

Analizując zarysowany problem, sąd I instancji dokonał trafnej wykładni prawa, przywołując tezy znane z wyroku TSUE w sprawie *Tolsma*. Nie przełożyło się to jednak na zasadność samego rozstrzygnięcia.

Rozpatrując skargę kasacyjną, NSA przychylił się do zarzutów podniesionych przez pełnomocnika przedsiębiorstwa. Sąd podkreślił, iż aby transakcja podlegała opodatkowaniu, musi wynikać to z łączącego strony stosunku prawnego, na podstawie którego dokonywana jest wymiana świadczeń wzajemnych. W przedmiotowej sprawie warunek ten nie został spełniony, gdyż wielkość dokonywanych zakupów była dobrowolnie ustalana przez nabywcę i nieobwarowana żadną sankcją odszkodowawczą przysługującą kontrahentowi. Spółka nie była zobowiązana do osiągnięcia określonego pułapu obrotów, a przyznana premia nie mogła mieć tym samym charakteru świadczenia wzajemnego.

NSA przychylił się także do ciekawego spostrzeżenia pełnomocnika strony skarżącej, który zarzucał, iż opodatkowanie przedmiotowej nagrody prowadziłoby w istocie do sytuacji, gdzie ta sama transakcja, czyli sprzedaż towarów, byłaby dla jednej ze stron świadczeniem

[8] P. Karwat, *op. cit.*, s. 49.

[9] Wyrok NSA z dnia 6 lutego 2007 r., (sygn.: I FSK 94/06); wyrok dostępny na stronie: http://orzeczenia.nsa.gov.pl/doc/4D764AA7BF

usług (spółka skarżąca), zaś dla drugiej dostawą towarów (kontrahent spółki). Opisana kwalifikacja jest oczywiście niedopuszczalna, gdyż to samo zdarzenie może być traktowane albo jako dostawa towarów, albo świadczenie usług, o czym każdorazowo decydują okoliczności zawarcia i wykonania umowy. Przeciwny pogląd prowadziłby do zaistnienia podwójnego opodatkowania, które stoi w sprzeczności zarówno z przepisami Konstytucji RP, jak i prawem wspólnotowym.

Kolejny problem praktyczny dotyczy możliwości opodatkowania kar za nielegalny pobór energii elektrycznej. Zagadnienie podatkowych skutków kradzieży towarów było rozważane w polskim i europejskim orzecznictwie[10]. Trafne uwagi sformułował w tym zakresie WSA w Białymstoku[11]. Przede wszystkim, rozważając kwestię opodatkowania opłat za nielegalny pobór energii elektrycznej, należy się zastanowić, czy można mówić w tym przypadku o dostawie towarów w rozumieniu art. 7 ust. 1 u.p.t.u. Zgodnie z definicją zawartą w przywołanym przepisie, „przez dostawę towarów (...) rozumie się przeniesienie prawa do rozporządzania towarami jak właściciel". Należy zauważyć, iż po stronie zakładu energetycznego nie występuje zachowanie spełniające znamiona jakiejkolwiek aktywności. Transfer energii elektrycznej nastąpił wręcz wbrew woli i bez zatwierdzenia ze strony podmiotu uprawnionego do dysponowania towarem. W tym kontekście istotna jest poczyniona przez sąd uwaga, że przeniesienie prawa do rozporządzania towarami jak właściciel występuje wyłącznie wtedy, gdy wiąże się z wyrażeniem oświadczenia woli przynajmniej ze strony podmiotu dokonującego czynności. W omawianej sprawie brak było oświadczenia woli ze strony zakładu energetycznego, co wyklucza wystąpienie dostawy towarów. Irrelewantne pozostaje zachowanie osoby dopuszczającej się kradzieży, bowiem to nie ona jest w tej sytuacji podatnikiem, i nie jej aktywność może być rozpatrywana z punktu pozostawania w zakresie przedmiotowym podatku[12].

Jak zauważył sąd, kara za nielegalny pobór energii ma z pewnością charakter odszkodowawczy i może być traktowana jako przysporzenie majątkowe dla zakładu. Jednak samo wystąpienie płatności w obrocie gospodarczym nie zawsze oznacza, że nastąpiło zdarzenie należącego do zakresu przedmiotowego podatku. Zapłata musi bowiem pozostawać z dokonanymi czynnościami w bezpośrednim związku, który jest na tyle ścisły, że w istocie wynagrodzenie następuje w zamian za wykonanie świadczenia. W rozpatrywanej sprawie związek taki nie zachodzi, można nawet zauważyć, iż niejednokrotnie kary są nakładane także w sytuacji, gdy nielegalny pobór energii nie nastąpił, np. w razie uszkodzenia urządzenia pomiarowego.

---

[10] Wyrok WSA w Krakowie z dnia 28 września 2005 r., (sygn.: I SA/Kr 850/05); wyrok dostępny na stronie: http://orzeczenia.nsa.gov.pl/doc/D31B6D284C, orzeczenie TSUE z dnia 14 lipca 2005 r., (sygn.: C-435/03); *British American Tobacco International Ltd i Newman Shipping & Agency Company NV przeciwko Belgische Staat*; wyrok dostępny na stronie: http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:62003J0435:EN:HTML

[11] Wyrok WSA w Białymstoku z dnia 23 sierpnia 2006 r. sygn.: (I SA/Bk 193/06); wyrok dostępny na stronie: http://orzeczenia.nsa.gov.pl/doc/B0166908 1A

[12] M. Pogoński, *Glosa do wyroku WSA w Krakowie z dnia 28 września 2005 r., I* SA/Kr 850/05, LEX.

Reasumując, podstawowym warunkiem uznania danej czynności za transakcję jest istnienie łączącego strony stosunku prawnego, w świetle którego są one względem siebie zobowiązane do wykonania określonych świadczeń. Nie każda czynność wynika bowiem z łączącego strony stosunku prawnego. Nie można w szczególności zasadnie twierdzić, iż jeśli występuje płatność w obrocie, to istnieje także czynność podlegająca opodatkowaniu. Należy także zwrócić uwagę, iż ocena istnienia łączącego strony stosunku nie może być dokonywana w oparciu o przepisy prawa prywatnego poszczególnych państw członkowskich.

3. Zakres opodatkowania czynności nielegalnych – poglądy doktryny a orzecznictwo TSUE

W obrocie występują niejednokrotnie takie zdarzenia, które są transakcją w rozumieniu art. 2 dyrektywy, jednak mimo to nie podlegają opodatkowaniu. W art. 6 pkt 2 u.p.t.u. ustawodawca stanowi, iż opodatkowaniu podatkiem od towarów i usług nie podlegają „czynności niemogące być przedmiotem prawnie skutecznej umowy". Dalsze rozważania odnoszą się do sposobu interpretacji tego sformułowania.

Warto nadmienić, iż analizowane wyrażenie nie zostało bynajmniej implementowane do polskiego porządku prawnego za sprawą regulacji wspólnotowych. Już akt wykonawczy[13] do dekretu o podatku obrotowym[14] w art. 7 ust. 2 stanowił:

> Nie podlegają jednak podatkowi czynności pozbawione charakteru świadczeń cywilno-prawnych z tego względu, iż w ogóle nie mogą być przedmiotem prawnie skutecznej umowy (np. paserstwo, nierząd).

To enigmatyczne i charakterystyczne dla prawa podatkowego sformułowanie było na przestrzeni dziesięcioleci rozmaicie interpretowane[15].

W przeszłości w doktrynie pojawiały się poglądy, że pod omawianym wyrażeniem kryją się po prostu działania wypełniające znamiona czynów zabronionych[16]. *Ratio legis* takiej wykładni wydaje się być oczywiste: państwo nie powinno pobierać korzyści z działań, które zostały zabronione. W przeciwnym wypadku mogłoby powstać wrażenie sankcjonowania czy legalizacji tychże społecznie niepożądanych zachowań.

---

[13] Rozporządzenie Ministra Finansów z dnia 6 czerwca 1951 r. w sprawie wykonania dekretu z dnia 26 października 1950 r. o podatku obrotowym, Dz. U. z 1951 r., Nr 35, poz. 273.

[14] Dekret z dnia 26 października 1950 r. o podatku obrotowym, Dz. U. z 1950 r., Nr 49, poz. 449.

[15] K. Radzikowski, *Prawo podatkowe a czynności niemogące być przedmiotem prawnie skutecznej umowy*, PiP, nr 1/2008, s. 108-116.

[16] J. Martini, *Ustawa VAT. Komentarz*, Warszawa 2003, s. 33.

Ograniczenie rozumienia omawianego sformułowania wyłącznie do czynów zabronionych jest nieuzasadnione. Brakuje bowiem rozsądnych argumentów przemawiających za przyjęciem tezy, iż racjonalny ustawodawca posłużył się sformułowaniem „czynności niemogące być przedmiotem prawnie skutecznej umowy" w celu opisu czynów zabronionych. Gdyby zakres omawianego pojęcia miał zostać ograniczony do czynów zabronionych, należy założyć, iż ustawodawca wprost użyłby tego zwrotu.

Większość przedstawicieli doktryny podejmowała próby interpretacji omawianego sformułowania w oparciu o przepisy prawa cywilnego. Zdaniem niektórych, do czynności, które nie mogą być przedmiotem prawnie skutecznej umowy zaliczyć należy wszystkie czynności nieważne bezwzględnie[17]. Poza zakresem przedmiotowym p.t.u. pozostawałyby w szczególności czynności sprzeczne z prawem lub zasadami współżycia społecznego, mające na celu obejście prawa, umowy o świadczenie niemożliwe, a także umowy zawarte bez dokonania formy prawnej zastrzeżonej pod warunkiem *ad solemnitatem*. Ten kierunek interpretacyjny zdaje się również potwierdzać wyrok NSA z dnia 10 września 2003 roku[18], w którym sąd zwrócił uwagę, iż opodatkowanie p.t.u. nie może następować w oderwaniu od przepisów cywilnych.

Wyżej zaprezentowanej interpretacji nie sposób uznać za prawidłową. Wynika to z wykładni literalnej sformułowania z art. 6 pkt 2 u.p.t.u. Nie podlegają bowiem opodatkowaniu takie czynności, które jeśli będą przedmiotem umowy, to spowodują jej prawną nieskuteczność. Istotne jest w tym zakresie dokonanie spostrzeżenia, że przedmiot umowy odróżniany jest od jej formy. Przedmiotem umowy jest zatem treść porozumienia kształtowanego przez strony, ich ustalenia i zobowiązania. Forma umowy jest zaś tylko zewnętrznym jej wyrazem, nie stanowi bowiem konstytutywnej części porozumienia. Tym samym czynność nie kształtuje jej treści i nie może być utożsamiana z jej przedmiotem.

Ponadto, przeciwko krytykowanemu poglądowi przemawia art. 5 ust. 2 u.p.t.u., który stanowi, iż czynności podlegają opodatkowaniu niezależnie od tego, czy zostały dokonane z zachowaniem form i warunków określonych przepisami prawa. Z brzmienia tego przepisu wynika zatem jednoznacznie, iż również czynność nieważna może być przedmiotem opodatkowania. W tym kontekście należy zwrócić uwagę, iż w literaturze prawniczej zakres zastosowania analizowanego przepisu bywał ograniczany wyłącznie do warunków o charakterze administracyjnym, jak posiadanie odpowiedniego zezwolenia, koncesji[19]. Taka zawężająca wykładnia nie znajduje jednak uzasadnionych podstaw prawnych.

W konsekwencji większość przedstawicieli literatury prawniczej przyjmuje pogląd, iż czynności niemogące być przedmiotem prawnie skutecznej umowy stanowią jedynie podkategorię

[17] W. Modzelewski, *Komentarz do ustawy o podatku od towarów i usług,* Warszawa 2006, s. 56.

[18] Wyrok NSA z dnia 10 września 2003 roku, sygn.: III SA 3197/01; wyrok dostępny na stronie: http://orzeczenia.nsa.gov.pl/doc/FAA0F22A8E

[19] A. Bartosiewicz, R. Kubacki, *VAT. Komentarz*, Warszawa 2009, s. 109.

czynności dotkniętych sankcją nieważności bezwzględnej. Zakres zastosowania art. 6 pkt 2 u.p.t.u. ograniczają przykładowo do następujących przypadków: sprzeczności porozumienia z normami *iuris cogentis*, zasadami współżycia społecznego, zawarcia umowy w celu obejścia prawa, umów o świadczenie niemożliwe[20]. Dana transakcja nie podlega zatem opodatkowaniu p.t.u., jeżeli ze względu na swój przedmiot i istotę nie może być w żadnym stosunku prawnym i w żadnych okolicznościach przedmiotem prawnie skutecznej umowy. Sama niezgodność danego czynu z prawem nie wyklucza jednak opodatkowania, jeżeli w innych okolicznościach taka sama czynność byłaby zgodna z prawem.

Na sposób interpretacji w doktrynie zakresu opodatkowania tzw. czynności nielegalnych wpłynęło w dużym stopniu orzecznictwo TSUE. Wprawdzie przepisy dyrektywy bezpośrednio nie regulują tej kwestii, jednakże ich opodatkowanie nie może, zdaniem TSUE, być pozostawione swobodnemu uznaniu państw członkowskich. Stoją temu na przeszkodzie cele, do jakich dąży Unia Europejska, w szczególności zapewnienie jednolitego rynku wewnętrznego oraz zagwarantowanie swobody konkurencji[21].

TSUE rozpatrywał konsekwencje podatkowe czynności nielegalnych zawsze w kontekście dwóch podstawowych zasad wyrażonych w dyrektywie: neutralności fiskalnej oraz opodatkowania konsumpcji. W tym zakresie zostały wyróżnione niejako dwie kategorie działań.

Pierwszą z nich można przedstawić, analizując sprawę *Vereinigung Happy Family*[22] dotyczącą wprowadzania do obrotu niewielkich ilości narkotyków przez związek prowadzący młodzieżowe centrum kultury. Warto podkreślić, iż prawo karne nie sankcjonowało tego czynu, jednak był on bezprawny na gruncie ówczesnych przepisów obowiązujących w Holandii, a jedyna legalna droga dostępu do takich substancji podlegała ścisłej reglamentacji. Udzielając odpowiedzi na zadane pytanie prejudycjalne, Trybunał odwołał się do celów Wspólnoty w zakresie ustanowienia wspólnego rynku oraz harmonizacji systemów podatkowych państw członkowskich. W tym kontekście podkreślił, iż co do zasady jakiekolwiek różnicowanie czynności mających za przedmiot takie same towary lub usługi w zależności od ich zgodności bądź sprzeczności z prawem łamie regułę neutralności. Uwaga ta nie odnosi się jednak do pewnych kategorii wyrobów, takich jak np. środki odurzające, które z uwagi na swoje cechy nie mogą być generalnie przedmiotem legalnego obrotu. Nie jest zatem możliwa sytuacja, aby takie towary stanowiły nieuczciwą konkurencję dla wyrobów oferowanych zgodnie z warunkami określonymi przez prawo, a zatem zasada neutralności nie zostaje nawet potencjalnie zagrożona. Z związku z tym należy uznać, że czynności polegające na dostawie narkotyków są wyłączone z zakresu przedmiotowego p.t.u. i nie podle-

[20] K. Radzikowski, *Prawo..., op. cit.*, s. 113.

[21] K. Radzikowski, *Granice opodatkowania podatkiem od towarów i usług w świetle orzecznictwa Europejskiego Trybunału Sprawiedliwości (ETS)*, Mon.Pod., nr 8/2007, s. 18.

[22] Orzeczenie TSUE z dnia 5 lipca 1988 r., (sygn.: C-289/86) *Vereniging Happy Family Rustenburgerstraat przeciwko Inspecteur der Omzetbelasting*; wyrok dostępny na stronie: http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:61986J0289:EN:HTML

gają opodatkowaniu. Analogiczne ustalenia zostały poczynione przez TSUE w odniesieniu do wprowadzania do obrotu podrobionych banknotów[23] czy morfiny[24].

Druga kategoria działań została wyróżniona w oparciu o, wydawałoby się, analogiczną sytuację do wyżej nakreślonej. Podstawą do wydania orzeczenia był import na teren Wspólnoty podrobionych perfum (sprawa *Goodwin & Unstead*)[25]. TSUE zauważył, że podobnie jak narkotyki, przedmiotowe towary nie mogą zostać legalnie wprowadzone do obrotu, jednak zakaz ten nie wynika z ich esencjalnych cech czy natury, tylko z faktu ingerencji w prawa własności intelektualnej. W przeciwieństwie jednak do środków odurzających, istnieje legalny segment rynku zajmujący się dystrybucją i sprzedażą perfum. Z pewnością podrobione wyroby znalazłyby się w orbicie zainteresowania pewnego kręgu klientów i zostałyby nabyte. Ich nieopodatkowanie prowadziłoby do uprzywilejowania pozycji osoby dokonującej nielegalnego zbycia i tym samym naruszałoby zasady swobodnej konkurencji. Podmioty oferujące towary legalnie muszą bowiem uiścić podatek, co przekłada się na atrakcyjność cenową ich produktów. Analogiczne rozstrzygnięcia zostały podjęte przez Trybunał w odniesieniu do importu alkoholu pochodzącego z przemytu, wynajmu powierzchni lokalu w celu konsumpcji środków odurzających czy też eksportu systemów komputerowych do kraju objętego embargiem[26].

Przepis art. 6 pkt. 2 u.p.t.u. należy interpretować w świetle wykładni sformułowanej przez TSUE. Tym samym, możliwość opodatkowania danej czynności uzależniona jest od faktu, czy istnieje pewien segment rynku, na płaszczyźnie którego może dojść do konkurencji między towarami bądź usługami legalnymi i nielegalnymi[27]. Jeżeli wystąpienie takiej konkurencji jest realne, aktualna jest zasada jednakowego traktowania czynności mających za przedmiot te same towary lub usługi niezależnie od warunków, okoliczności, celu czy rezultatu, dla jakiego są wykonywane. Kryterium wykluczenia z opodatkowania danej transakcji można zatem ująć jako „obiektywny brak możliwości uczynienia z takiej czynności przedmiotu świadczenia w jakimkolwiek stosunku prawnym"[28]. Sama niezgodność z prawem, nieważność bądź też nieskuteczność transakcji, zawarcie jej bez dopełnie-

[23] Orzeczenie TSUE z dnia 6 grudnia 1990 r., (sygn.: C-343/89) *Max Witzemann przeciwko Hauptzollamt München Mitte*; wyrok dostępny na stronie: http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:61989J0343:EN:HTML

[24] Orzeczenie TSUE z dnia 26 października 1982 r., (sygn.; C-240/81) *Senta Einberger przeciwko Hauptzollamt Freiburg;* wyrok dostępny na stronie: http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:61981J0240:EN:HTML

[25] Orzeczenie TSUE dnia 28 maja 1998 r., (sygn.: C-3/97) *Postępowanie karne przeciwko John Charles Goodwin i Edward Thomas Unstead*; wyrok dostępny na stronie: http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:61997J0003:EN:HTML

[26] Orzeczenie TSUE z dnia 2 sierpnia 2008 r., (sygn.: C-111/92) *Wilfried Lange przeciwko Finanzamt Fürstenfeldbruck*; wyrok dostępny na stronie: http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:61992J0111:EN:HTML

[27] K. Radzikowski, *Granice...*, *op. cit.*, s. 19.

[28] P. Karwat, *op. cit.*, s. 56.

nia koniecznych wymogów o charakterze administracyjnym nie przesądza zatem o braku opodatkowania.

W tym kontekście warto podkreślić, że wykładnia sformułowana przez TSUE powinna wpłynąć także na zmianę poglądów doktryny w analizowanym zakresie[29].

4. Podsumowanie

Na podstawie wyżej przedstawionych uwag można jednoznacznie stwierdzić, iż tematyka czynności poza zakresem przedmiotowym p.t.u. jest bardzo złożona. Wynika to z braku definicji pojęcia „transakcja" na gruncie przepisów dyrektywy oraz różnorodności poglądów na temat opodatkowania tzw. czynności nielegalnych. Jednoznaczne rozstrzygnięcie analizowanych kwestii jest bardzo istotne w kontekście określenia zakresu przedmiotowego p.t.u., co przekłada się z kolei na zachowanie podstawowych zasad opodatkowania.

Pojawiające się wątpliwości zostały jednak klarownie wyjaśnione przez TSUE. Trybunał ograniczył zakres transakcji podlegających opodatkowaniu do czynności, które wynikają z łączącego strony stosunku prawnego, precyzując postanowienia dyrektywy w tym względzie. Przesłanką pozwalającą stwierdzić, iż dana czynność stanowi transakcję podlegającą opodatkowaniu p.t.u., jest zatem istnienie porozumienia między stronami, będącego podstawą żądania spełnienia świadczenia. Istotne jest również, aby te świadczenia miały charakter wzajemny. Opierając się o powyższe wytyczne, w orzecznictwie odrzucono możliwość opodatkowania bonusów za osiągnięcie ustalonego pułapu obrotów oraz kar z tytułu nielegalnego poboru energii elektrycznej.

Trybunał wyjaśnił także budzące wątpliwości sformułowanie „czynności niemogące być przedmiotem prawnie skutecznej umowy". Możliwość opodatkowania danej czynności uzależniona jest od występowania segmentu rynku, na którym nawet potencjalnie mogłoby dojść do konkurencji między legalnymi oraz nielegalnymi towarami bądź usługami. Kryterium zaproponowane przez Trybunał pozwoliło rozstrzygnąć pojawiające się w praktyce wątpliwości, dotyczące opodatkowania podrobionych produktów czy też przemycanych towarów.

Mając na względzie powyższe uwagi, nie sposób przecenić roli wykładni sformułowanej przez TSUE. Odnotować także należy pozytywny wpływ orzeczeń sądów administracyjnych na prawidłową interpretację przepisów u.p.t.u. w analizowanym zakresie. W swoich rozstrzygnięciach sądy odwołują się do zasad wynikających z wyroków Trybunału, co pozwala na ukształtowanie się wykładni zgodnej z prawem unijnym.

Można zatem powiedzieć, że orzecznictwo doprecyzowało niejasną definicję „transakcji" występującą na gruncie dyrektywy oraz budzące wątpliwości sformułowanie „czynności

[29] A. Bartosiewicz, R. Kubacki, *op. cit.*, s. 110.

niemogące być przedmiotem prawnie skutecznej umowy". Należy zwrócić uwagę na fakt, iż od wykładni analizowanych terminów uzależniony jest zakres przedmiotowy p.t.u. Ustawodawca, kierując się postulatem powszechności opodatkowania, celowo nie sprecyzował wspomnianych sformułowań. Bez odpowiedniej linii orzeczniczej, działanie takie mogłoby prowadzić do absurdalnych konsekwencji, jak np. opodatkowanie datków na rzecz muzyka czy opłat za nielegalny pobór energii elektrycznej. Z uwagi jednak na ugruntowaną linię orzeczniczą w zakresie dotyczącym wykładni analizowanych terminów, postulowanie zmian legislacyjnych w tym zakresie nie jest konieczne.

Aleksandra Puczko[1*]

Wybrane mechanizmy ochrony konsumenta na gruncie Dyrektywy Parlamentu Europejskiego i Rady 2008/48/WE[1*]z dnia 23 kwietnia 2008 roku w sprawie umów o kredyt konsumencki

1. Wprowadzenie

Celem niniejszego artykułu jest ukazanie problemu, który tyczy się każdego z nas. Czasy, w których żyje współczesny człowiek, określane są często erą konsumpcji. W jej realizacji pomaga wiele instrumentów pozwalających w szybkim czasie i bez większego wysiłku zdobyć środki potrzebne do uzyskania produktu będącego obiektem pragnień określonej społeczności. Takim właśnie instrumentem jest kredyt konsumencki pozwalający osobie fizycznej zaspokoić potrzeby niezwiązane z prowadzoną przez nią działalnością profesjonalną, a zatem związane z jej życiem codziennym, prywatnym.

W związku z ogromną liczbą zawierania takich umów kredytowych oraz ich łatwą dostępnością, prowadzącą w konsekwencji do powszechności zjawiska życia na kredyt, konieczne stało się wykształcenie systemu ochrony konsumenta. Taka ochrona ma chronić konsumenta przed o wiele silniejszymi podmiotami, jakimi są instytucje trudniące się działalnością kredytową, ale również przed nim samym, w szczególności przed podejmowanymi przez niego nierozważnymi decyzjami kredytowymi.

---

[1] Studentka WPiA UJ.

[2] Dyrektywa Parlamentu Europejskiego i Rady 2008/48/WE z dnia 23.04.2008 r. w sprawie umów o kredyt konsumencki oraz uchylająca Dyrektywę Rady 87/102/EWG (Dz.U. UE z 2008 r. L133/66).

Celem opracowania jest przede wszystkim ukazanie mechanizmów strzegących konsumenta, wykształconych w prawie unijnym, a dokładniej poświęconej temu problemowi dyrektywie 2008/48/WE z dnia 23 kwietnia 2008 roku. Jej głównym przedmiotem jest obowiązek informacyjny i obowiązek badania zdolności kredytowej przez kredytodawcę. Są to rozwiązania nowe i budzące wiele wartych wyjaśnienia kontrowersji. Przede wszystkim jednak istotna jest analiza, czy stworzone tym aktem regulacje rzeczywiście prowadzą do ochrony obywatela zjednoczonej Europy oraz czy przyjęte rozwiązania są skuteczne, a zatem czy były celowe. Aby jednak zrozumieć skalę problemu, wypada odnieść się najpierw do najbardziej podstawowego dla konsumenta kredytobiorcy zagadnienia, jakim jest ogólna ochrona konsumenta ukształtowana w prawie Unii Europejskiej.

1.1. Krótki rys rozwoju ochrony konsumenta w związku z zawarciem umowy o kredyt konsumencki w prawie Unii Europejskiej

Ochrona konsumenta stanowi niewątpliwie jeden z najistotniejszych elementów składających się na prawo Unii Europejskiej oraz jeden z celów działania jej organów. Jej początków upatrywać można już w początkach lat 70. XX wieku, kiedy to w 1972 roku na szczycie w Paryżu szefowie rządów i państw członkowskich wezwali do podjęcia działań prowadzących do polepszenia sytuacji konsumentów w transakcjach zawieranych z podmiotem profesjonalnym. Realizując ten postulat, Komisja Wspólnot Europejskich przedstawiła pierwszy w historii jeszcze wówczas Wspólnoty, a obecnie Unii Europejskiej „Program na rzecz ochrony i informacji konsumentów", który został przyjęty przez Radę w 1975 roku. W akcie tym zostało wyrażonych pięć głównych kierunków działań na rzecz konsumentów, koniecznych dla ich ochrony, które pokrywają się z pięcioma podstawowymi prawami konsumenta, za które uznano: prawo do bezpieczeństwa i ochrony zdrowia, prawo do ochrony interesów ekonomicznych, prawo do edukacji i informacji, a także prawo do odszkodowań i do reprezentacji. Szybko jednak okazało się, że „Program" jest nieskuteczny i dopiero w latach 80. w prawie unijnym (wówczas wspólnotowym) można zaobserwować zakrojoną na szerszą skalę działalność prawodawczą w celu ochrony konsumenta, na co zwraca uwagę B. Gnela w swojej publikacji *Ochrona konsumenta usług finansowych. Wybrane zagadnienia prawne*[3].

Od roku 1992, a zatem od podpisania Traktatu z Maastricht[4] polityka ochrony konsumentów uzyskała status polityki niezależnej od polityki na rzecz rynku wewnętrznego, czego wyrazem było przede wszystkim wprowadzenie przez Traktat kolejnego rozdziału do Traktatu

[3] Por. B. Gnela, *Ochrona konsumenta usług finansowych. Wybrane zagadnienia prawne.*, Warszawa 2007, serwis: LEX OMEGA,[15.04.2011 r.].

[4] Traktat o Unii Europejskiej, Maastricht, 7.02.1992, (Dz.Urz. WE 1992 C 191, s. 1), Akty podstawowe prawa Unii Europejskiej, (Dz.U., Zał. nr 2 do nr 90, 30.04.2004, poz. 864, T. II, s. 492).

Ustanawiającego Wspólnotę Europejską zatytułowanego *Ochrona konsumentów*. Śmiało można stwierdzić, że dopiero to wydarzenie przyczyniło się do zainteresowania się przez Unię Europejską w większym niż dotychczas stopniu problemem praw konsumenckich. Zainteresowanie to w szczególności wiąże się z problemem niezwykle dla konsumenta ważnym, bo oddziałującym na jego sferę ekonomiczną, a tym samym stopę życiową – usługami finansowymi i tym samym z kredytem konsumenckim.

Problematyka kredytu konsumenckiego w ramach Unii Europejskiej jest realizowana zarówno przez podejmowanie działań bezpośrednich, jak i przede wszystkim przez ujmowanie jej w prawodawstwie. Dyrektywa Rady 87/102/EWG w sprawie zbliżenia przepisów ustawowych, wykonawczych i administracyjnych państw członkowskich dotyczących kredytu konsumenckiego[5], będąca podstawą dla obowiązującej w Polsce Ustawy o kredycie konsumenckim z dnia 20 lipca 2001 roku[6], uregulowała po raz pierwszy w sposób kompleksowy tę problematykę. Ze względu jednak na niebywałą ewolucję, jaka dokonała się na rynku finansowym, Dyrektywa Rady przestała w pełni przystawać do obecnych czasów, jak i też, co zostało zawarte w uzasadnieniu do Dyrektywy 2008/48/WE, przyczyniła się do powstania w państwach członkowskich regulacji, które w różnym stopniu wychodziły poza zakres w niej unormowany. W związku z tym słuszną jest ocena, iż Dyrektywa Rady 87/102/EWG miała niewątpliwie negatywny wpływ na kształtowanie się wspólnego rynku, co m.in. podkreślono w punkcie 4 preambuły nowej dyrektywy, gdzie stwierdzono, iż różnice w krajowych uregulowaniach (w szczególności wprowadzenie przepisów bardziej rygorystycznych niż wprowadzone w dyrektywie z 1986 roku) doprowadzają w pewnych sytuacjach do zakłócenia konkurencji na rynku kredytowym, a tym samym do spowolnienia realizacji wspólnego rynku i ograniczenia konsumentom dostępności do kredytu transgranicznego. Nie ulega przecież wątpliwości, że stworzenie bardziej przejrzystego i efektywnego rynku kredytowego w obszarze bez granic wewnętrznych ma zasadnicze znaczenie dla rozwijania działalności gospodarczej na szczeblu międzynarodowym w ramach granic rynku wspólnego. Na skutek tych negatywnych ocen wyrażonych między innymi w sporządzonych sprawozdaniach Komisji, Dyrektywa Rady została uchylona przez przedmiotową dla tego artykułu Dyrektywę 2008/48/WE z dnia 23 kwietnia 2008 roku, której implementacja we wszystkich państwach członkowskich ma się zakończyć do 12 maja 2010 roku.

Dyrektywa 2008/48/WE nie została jeszcze w Polsce implementowana. Zarówno ten fakt ten, jak i treść dyrektywy wzbudzają uzasadnione kontrowersje. W związku z odmiennym niż dotychczasowe uregulowaniem wielu istotnych dla konsumentów kwestii, jej ocena przez specjalistów jest bardzo zróżnicowana, przez co trudno dzisiaj o jednoznaczny pogląd na jej temat.

---

[5] Dyrektywa Rady 87/102/EWG z dnia 22 grudnia 1986 r. w sprawie zbliżenia przepisów ustawowych, wykonawczych i administracyjnych państw członkowskich dotyczących kredytu konsumenckiego (3) określa na szczeblu Wspólnoty zasady dotyczące umów o kredyt konsumencki. (Dz.Urz. L 166, 11/06/1998 P. 0051–0055).

[6] Ustawa z dnia 20 lipca 2001 r. o kredycie konsumenckim (Dz.U. Nr 100, poz. 1081 ze zm.).

Niewątpliwie jednak stanowi ona kolejny krok w harmonizacji prawa ochrony konsumentów na obszarze UE. Wartym podkreślenia w tym momencie jest również fakt, iż stanowi ona jednocześnie kolejny przejaw popularnej ostatnio tendencji w legislacji w Unii Europejskiej, której prawodawstwo coraz częściej kieruje się w stronę tzw. pełnej harmonizacji. Państwo członkowskie nie będzie miało bowiem żadnego albo będzie miało jedynie ograniczony wpływ na treść postanowień regulacji, która w sposób całościowy będzie normowała problematykę kredytu konsumenckiego.

Dyrektywy 2008/48/WE jest uregulowaniem kredytu konsumenckiego w drodze maksymalnej harmonizacji kierunkowej. Polega ona na tym, że dane zagadnienie prawne uregulowane jest w pewnej części w taki sam sposób przez wszystkich członków UE, co do pozostałych zaś wymóg taki nie istnieje i pozostawiona zostaje państwom członkowskim względna swoboda prawodawcza. Jako przyczynę takiego sposobu uregulowania tej materii prawodawca unijny wymienia w punkcie 9. preambuły Dyrektywy potrzebę „(...) zapewnienia wszystkim konsumentom we Wspólnocie wysokiego i równoważnego poziomu ochrony ich interesów i stworzenia prawdziwego rynku wewnętrznego"[76]. Jest to przede wszystkim zwerbalizowanie określonej w dotyczącej praw konsumenta Zielonej Księdze Komisji Europejskiej z dnia 8 lutego 2007 roku[87], jednej z metod prawodawczych wpływających na poprawę ochrony słabszej strony stosunku kredytu. Zielona Księga wymienia harmonizację maksymalną jako mającą spowodować przede wszystkim uproszczenie i ujednolicenie prawa we wszystkich państwach członkowskich.

Prowadzi to do wniosku, że dyrektywa 2008/48/WE stanowi jeden z elementów unijnej ochrony konsumenta, która to, wbrew poprzednio wysnutym twierdzeniom, przez zastosowanie harmonizacji zupełnej stanowi jednocześnie dążenie do wspólnego rynku wewnętrznego. Dotychczasowe jego ograniczenie barierami różniącego się od siebie prawa stanowionego przez organy państw członkowskich uniemożliwia jednocześnie zaistnienie jednolitego rynku kredytów konsumenckich. Należy zatem zgodzić się, że u podstaw zawartego w dyrektywie uregulowania leżą zarówno względy prawno-polityczne, jak i ekonomiczne. Harmonizacja maksymalna zapewni bowiem ujednolicenie prawa w zakresie kredytów konsumenckich we wszystkich państwach członkowskich i wyeliminowanie sprzeczności w jego łonie. W konsekwencji spowodowuje to niewątpliwie rozwój unijnego rynku kredytów konsumenckich, który przez brak różnic w porządkach prawnych państw członkowskich i przyjęciu jednolitych reguł ochrony konsumenta, stanie się bardziej zrozumiały. Sposób takiej regulacji zapobiega również powstawaniu regulacji mających służyć ochronie konsumenta, ale sprzecznych z duchem dyrektywy i przez to niedostatecznych[98]. Pojawia

---

7 *Ibidem.*

8 Zielona Księga w sprawie przeglądu dorobku wspólnotowego w dziedzinie praw konsumenta, przedstawiona przez Komisję Europejską dnia 8 lutego 2007 r., CO M (2006) 744.

9 M. Mazurek, *Wpływ maksymalnych dyrektyw konsumenckich na funkcjonowanie skodyfikowanych sy-*

się jednak problem, co należy uczynić w sytuacji, gdy to uregulowanie w dyrektywie prowadzącej do harmonizacji maksymalnej jest niewystarczające bądź zawiera w sobie luki, które uniemożliwiają zapewnienie efektywnej ochrony konsumenta? Najbardziej logiczne w takiej sytuacji wydaje się umożliwienie państwom członkowskim uregulowania takich kwestii we własnym zakresie. Jednakże w takim przypadku trudno już mówić o harmonizacji maksymalnej, która ma przecież na celu kompletne i wyczerpujące uregulowanie danej regulacji na obszarze całej Unii Europejskiej. Stąd też głównym zadaniem prawodawcy unijnego jest zapewnienie, by tworzone przez niego prawo pozbawione było tych rodzących szereg negatywnych konsekwencji wad, które mają doniosły wpływ na ochronę konsumenta.

2. Problemy ze zdefiniowaniem pojęcia „konsument" na tle dotychczasowych europejskich uregulowań legislacyjnych oraz orzecznictwa ETS oraz wpływ tego stanu na uregulowania w Dyrektywie 2008/48/WE

Definicja konsumenta nie istnienieje na gruncie unijnego prawa pierwotnego[10], a podejmowane próby jego stworzenia w aktach niższej rangi- głównie w dyrektywach prowadzą do wielu efektów, przez co w konsekwencji definicja konsumenta cechuje się wysoką niespójnością[11]. Niemożliwe jest jednoznaczne wskazanie, kim właściwie jest on w unijnym prawie konsumenckim, a zatem też i w Dyrektywie 2008/48/WE. Jest to sytuacja bardzo problematyczna, ponieważ dopiero dzięki określeniu zakresu desygnatów pojęcia konsument, możliwe jest określenie podmiotowych granic ochrony konsumenckiej. Niewątpliwie jednak jest to ściśle związane z rozwiązaniem systemu prawa unijnego, który nie dąży przede wszystkim do zamknięcia się, jednakże rzutuje to niekoniecznie pozytywnie na cele tworzonych aktów prawnych.

Biorąc pod uwagę obowiązujące dyrektywy unijne, z całą stanowczością można stwierdzić, iż są one zgodne co do tego, iż pod pojęciem konsumenta rozumieć należy osobę fizyczną[12]. Nie rozwiązuje to jednak dalszych problemów terminologicznych. W związku z brakiem jednej obowiązującej wszystkich i wyrażonej w akcie prawnym definicji konsumenta, kryterium pomocnym w określeniu, czy w danym przypadku mamy z nim do czynienia jest utrwalone w orzecznictwie ETS kryterium podmiotowe, charakteryzujące konsumenta jako osobę fizyczną[13] i kryterium funkcjonalne związane z charakterem transakcji, w której konsument

stemów prawa cywilnego, Transformacje Prawa Prywatnego 2/2008, http://www.transformacje.pl/wp-content/uploads/2009/02/mazurek.pdf, [6.05.2011 r.].

[10] F. Wejman, F. Zoll, *Prawo ochrony konsumenta w okresie zmian*, Kraków 1998, s. 19–20.

[11] Por. B. Gnela, *Ochrona konsumenta usług finansowych. Wybrane zagadnienia prawne*, Warszawa 2007, s. 4.

[12] Por. np. Dyrektywa 85/577/EWG w art. 2; Dyrektywa 2002/65/WE w art. 2 lit. (d); Dyrektywa 98/6/WE w art. 1 lit. (e).

[13] Por. m. in. orzeczenie ETS z dnia 14 marca 1991 r. w sprawie Patrice di Pinto.

uczestniczy. Badać w tej kwestii należy zatem, czy transakcja ma charakter niekomercyjny, niezwiązany z prowadzeniem działań gospodarczych i zawodowych, co często prowadzi do bardzo restrykcyjnego rozumienia tego kryterium. Tę niepokojącą tendencję można zauważyć w orzecznictwie ETS, który dał jej wyraz między innymi w sprawie *Benincasa*, gdzie za transakcję konsumencką uznano jedynie działania podjęte na rzecz „zaspokojenia własnych potrzeb" w ramach „prywatnej konsumpcji"[14].

W świetle braku jednolitej regulacji węzłowego dla prawa konsumenckiego pojęcia, przyjmuje się, że optymalnym rozwiązaniem tego problemu interpretacyjnego jest przyjęcie na użytek prawa unijnego definicji konsumenta przyjętej w Dyrektywie o nieuczciwych praktykach handlowych[15], gdzie pod tym terminem rozumiana jest przede wszystkim osoba fizyczna, dokonująca transakcji niezwiązanych z prowadzoną przez nią działalnością gospodarczą. Nie oznacza to jednak, że powyższe rozwiązanie uznać można za złoty środek. Brak bowiem jednolitej definicji prowadzi do niepokojących zjawisk w sferze prawa.

Zróżnicowane pojęcie konsumenta w legislacji Unii Europejskiej przedkłada się przede wszystkim na proces i jakość jego implementacji przez państwa członkowskie. W oparciu o przeprowadzone przeze mnie badania aktów prawnych można stwierdzić, że dotychczasową praktyką i tym samym zasadą rządzącą implementacją prawa konsumenckiego była jego minimalna harmonizacja. Przykładem posłużyć takiego rozwiązania są: Dyrektywa Rady z dnia 20 grudnia 1985 r. w sprawie ochrony konsumentów w odniesieniu do umów zawartych poza lokalem przedsiębiorstwa (85/577/EWG), Dyrektywa Rady z dnia 13 czerwca 1990 r. w sprawie zorganizowanych podróży, wakacji i wycieczek (90/314/EWG), Dyrektywa Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 26 października 1994 r. w sprawie ochrony nabywców w odniesieniu do niektórych aspektów umów odnoszących się do nabywania praw do korzystania z nieruchomości w oznaczonym czasie (94/47/WE) oraz Dyrektywa Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 20 maja 1997 r. w sprawie ochrony konsumentów w przypadku umów zawieranych na odległość (97/7/WE). W aktach tych kompetencję do szerszego uregulowania ochrony konsumenta pozostawiono prawodawcy krajowemu. Nastąpiło to w drodze zamieszczenie w ich treści klauzuli minimalnej, która przykładowo w art. 8 Dyrektywy o zawieraniu umów poza lokalem handlowym brzmi:

> (...) niniejsza dyrektywa nie stanowi przeszkody dla wprowadzenia lub utrzymania w mocy przez państwa członkowskie bardziej korzystnych przepisów ochrony konsumentów w dziedzinie objętej niniejszą dyrektywą,

[14] Por. m. in. orzeczenia ETS z dnia 20 stycznia 2005 r. w sprawie Johann Gruber vs. Bay Wa. AG, z dnia 3 lipca 1997 roku w sprawie Benincasa.

[15] *Commission Staff Working Paper. Report on the Outcome of the Public Consultation of the Greek Paper on the Review of the Consumer Acquis*, s. 5.

a w art. 14 Dyrektywy o zawieraniu umów na odległość wprost stwierdzono, że

> (...) aby zapewnić wyższy poziom ochrony konsumentów, państwa członkowskie mogą wprowadzić lub utrzymać w dziedzinie objętej niniejszą dyrektywą bardziej surowe przepisy zgodne z traktatem.

Państwom członkowskim pozostawiono również kompetencję do samodzielnego określenia pojęcia „konsumenta" w drodze ich suwerennej decyzji, którego zdefiniowanie w języku potocznym nie sprawia wielu trudności, jednakże na gruncie prawnym staje się kwestią skomplikowaną[16]. Spowodowało to istotne różnice w regulacjach prawa konsumenckiego obowiązującego w poszczególnych państwach członkowskich. W konsekwencji przez zastosowanie tej procedury istnieją w prawie członków Unii Europejskiej unormowania wąskie, jak np. w prawie polskim, gdzie pod pojęciem tym rozumiemy jedynie osobę fizyczną czy szerokie jak w prawie francuskim, gdzie definicja ta ulega rozszerzeniom w zależności od okoliczności i transakcji w jakich konsument uczestniczy.

Nie bez znaczenia pozostaje tym samym problem zdefiniowania pojęcia „konsumenta" na tle kwietniowej Dyrektywy o kredycie konsumenckim. Z powodu braku w pełni zharmonizowanego unormowania tego zagadnienia w Dyrektywie 2008/48/WE zostało ono ponownie zdefiniowanie w art. 3 poświęconym właśnie definicjom. W literze (a)[17] tegoż artykułu uznano za konsumenta „osobę fizyczną, która w transakcjach objętych niniejszą dyrektywą działa w celach niezwiązanych ze swoją działalnością handlową, gospodarczą lub zawodową". Wykorzystano zatem dotychczasowe uregulowania i powtórzono istniejącą już w aktach prawnych oraz wypracowaną w orzecznictwie definicję. W związku z faktem, iż pokrywa się ona z istniejącym w polskim prawie unormowaniem tego zagadnienia, nie wydaje się, aby pod tym względem implementacja tego aktu do porządku prawa krajowego budziła jakieś szczególne komplikacje. Unormowanie to spełnia bowiem zarówno kryteria podmiotowe, jak i funkcjonalne relewantne dla interpretacji pojęcia „konsumenta", jak i też zawiera potrzebne specyfikacje umożliwiające zastosowanie tego pojęcia do uregulowanych Dyrektywą stosunków prawnych. Jak jednak się okazuje, obecnie mija już niemal rok, od kiedy przewidziane Dyrektywą rozwiązania miały być wprowadzone do porządku prawa polskiego. Nie trzeba przypominać, że implementacja Dyrektywy miała nastąpić w państwach członkowskich do dnia 12 maja 2010 r. (dla przypomnienia: ostatnia nowelizacja ustawy o kredycie konsumenckim miała miejsce w 2006 r.). Nowa ustawa o kredycie konsumenckim odpowiadająca wymogom stawianym przez Dyrektywę 2008/48/WE ma zostać uchwalona w lipcu 2011 r. Założenia nowej ustawy odpowiadającej wymogom Dyrektywy złożył do

[16] B. Lewaszkiewicz-Petrykowska, *Prawo konsumenta do informacji*, [w:] G. Rokicka, *Model prawnej ochrony konsumenta*, Warszawa 1996, s. 22.

[17] Por. art. 3 lit. (a) Dyrektywa Parlamentu Europejskiego i Rady 2008/48/WE z dnia 23.04.2008 r. w sprawie umów o kredyt konsumencki oraz uchylająca Dyrektywę Rady 87/102/EWG (Dz.U. UE z 2008 r. L133/66).

Sejmu Urząd Ochrony Konkurencji i Konsumenta. Obecnie projekt ustawy znajduje się Senacie, po jego uchwaleniu w dniu 1 kwietnia 2011 r. przez Sejm. Akt ten zgodnie z koncepcją maksymalnej harmonizacji będzie w pełni odpowiadał Dyrektywie 2008/48/WE, co w wielu kręgach budzi szereg kontrowersji, których część zostanie omówiona w dalszych częściach tego opracowania.

3. Mechanizmy ochrony konsumenta na gruncie Dyrektywy 2008/48/WE

Dyrektywa 2008/48/WE w sposób zasadniczo odmienny od dotychczas obowiązujących unormowań reguluje szereg kwestii dotyczących bezpośrednio ochrony konsumenta w warunkach umowy kredytu konsumenckiego.

Jak sama nazwa wskazuje, celem tego uregulowania jest poprawa sytuacji konsumenta w momencie zawierania przez niego umowy kredytu konsumenckiego i jej wykonywania. Regulacja ta zapewniać ma bowiem ochronę w każdej fazie transakcji. Przewiduje ona szereg instrumentów mających na celu wyrównanie dysproporcji pomiędzy podmiotem profesjonalnym a konsumentem. Najistotniejszymi wydają się: obowiązek informacyjny wobec konsumenta i związany z nim obowiązek kredytodawcy do świadczenia konsumentowi wyjaśnień, danie konsumentowi możliwości odstąpienia od zawartej umowy oraz nałożenie na podmiot kredytujący bezwzględnego obowiązku badania zdolności kredytowej podmiotu konsumenckiego. Im też zostanie poświęcona dalsza część tego artykułu, wprowadziły one bowiem bardzo istotne zmiany w sferze ochrony konsumenta.

Nakładając na kredytodawcę powinność poinformowania kredytobiorcy o wszelkich istotnych okolicznościach decydujących o zawarciu takiej umowy, wydłużając termin odstąpienia od umowy kredytu czy wprowadzając obowiązek badania zdolności kredytowej dla wszystkich instytucji udzielających i pośredniczących w udzieleniu kredytu, Dyrektywa pozwala konsumentowi bardziej dokładnie zapoznać się z warunkami umowy oraz zakresem jego uprawnień. Z drugiej jednak strony wprowadzone zostały ograniczenia i obowiązki po stronie kredytobiorcy, które pozwalają uznać określoną w Dyrektywie ochronę jako nie w pełni realizującą postulat wzmacniania pozycji konsumenta, będącego przecież słabszą stroną kontraktu. Przykładami potwierdzającymi tę tezę są m.in.: wprowadzenie prowizji za szybszą spłatę raty kredytu, wyłączenie z zakresu przedmiotowego Dyrektywy transakcji dokonywanych za pomocą kart debetowych z odroczonym terminem płatności czy kredytów dotyczących nieruchomości. Aby jednak wiarygodnie ocenić i określić przedmiotową regulację, trzeba bliżej przyjrzeć się instytucjom ochrony kredytobiorcy konsumenta.

3.1. Poszerzony obowiązek informacyjny[18]

Jak już zostało wspomniane, Dyrektywa 2008/48 znacznie rozbudowuje obowiązki informacyjne kredytodawców wobec kredytobiorców. Ma na celu przede wszystkim zapewnić transparentność umów kredytowych i jednocześnie też wprowadzić tym większą pewność w obrocie usługami kredytowymi. W związku z tym, iż pojęcie„ „kredytodawca" jest w Dyrektywie rozumiane bardzo szeroko, gdyż obejmuje zarówno osoby fizyczne, jak i prawne[19], należy oczekiwać, iż obowiązek ten stanowić będzie jedną z najsilniejszych gwarancji ochrony konsumenta w warunkach zawierania i wykonywania umowy kredytowej, a zatem w warunkach obejmujących cały proces związany z zaciąganiem kredytu.

Obowiązek informacyjny dotyczy zarówno fazy przedkontraktowej, gdy przekaz zawarty jest np. w reklamie produktu, na etapie poprzedzającym zawarcie umowy o kredyt, jak i fazy kontraktowej – czyli w momencie zawierania kredytu i w czasie trwania kontraktu.

Zgodnie z postanowieniami Dyrektywy kredytodawca będzie musiał przekazać informacje dotyczące oferowanego kredytu jeszcze przed zawarciem umowy. Stanowi to doniosłe *novum* na tle dotychczasowych regulacji, w których kredytodawca był zobowiązany do przekazania informacji w samej już umowie o kredyt konsumencki.

Na etapie reklamy produktu chodzić tu będzie o uchronienie konsumenta przed nieuczciwymi praktykami w zakresie produktów kredytowych (por. motyw 18 Dyrektywy). Bardzo dużym zagrożeniem jest tu reklama posługująca się danymi liczbowymi, których używanie wprowadzać może łatwo w błąd. Dlatego też ustanowiony został wymóg standaryzacji takiej reklamy, która powinna informować zawsze o: rodzaju kredytu, jego całkowitej kwocie, rzeczywistej stopie oprocentowania, warunkach dokonywania wpłat oraz ilości i warunkach spłaty rat przez konsumenta, a także jaki jest czas trwania takiego kredytu. Są to wiadomości, które mają w założeniu umożliwić kredytobiorcy zapoznanie się z ofertami w sposób umożliwiający mu w dalszym etapie procesu decyzyjnego ich porównanie i ostatecznie wybranie tej najkorzystniejszej dla niego. Informacje zawarcie w reklamie powinny być przekazywane w sposób zwięzły i precyzyjny uniemożliwiający ich nadinterpretację. Jasność przekazu zapewniać ma posługiwanie się przez nie reprezentatywnym przykładem, uśrednioną symulacją produktu w realiach panujących w danym państwie. Istotne jest jednak to, że w zakresie reklamy kredytu konsumenckiego nieposługującej się danymi liczbowymi swobodę kreowania wymogów pozostawiono krajowemu ustawodawcy.

---

[18] Por. Dyrektywy Parlamentu Europejskiego i Rady 2008/48/WE z dnia 23.04.2008 r. w sprawie umów o kredyt konsumencki oraz uchylająca Dyrektywę Rady 87/102/EWG (Dz.U. UE z 2008 r. L133/66), art. 5.

[19] Por. Dyrektywa Parlamentu Europejskiego i Rady 2008/48/WE z dnia 23.04.2008 r. w sprawie umów o kredyt konsumencki oraz uchylająca Dyrektywę Rady 87/102/EWG (Dz.U. UE z 2008 r. L133/66), punkt 15 preambuły.

Minusem tego rozwiązania jest jednakże brak wprowadzenia obowiązującego uregulowania stałego porządku przedstawiania opisanego powyżej standardu informacyjnego. Niewątpliwie bowiem przyjęcie podstawowego modelu określającego stałą kolejność prezentowania cech produktu umożliwiałoby konsumentowi poznanie i dokonanie porównania ofert kredytowych[20].

Obowiązek udzielania przedumownej informacji o kredycie dotyczy też udzielania jej w „stosownym czasie" („*in good time*"). W art. 1-3 Dyrektywy określono, jakie informacje i w jaki sposób powinny być przekazane przez kredytodawcę. Nie wyjaśniono jednak, co oznacza nieostre pojęcie „w stosownym czasie". Brak jednoznacznego określenia tego terminu może prowadzić do nierespektowania w ogóle tego zakresu czasowego. Przykładowo w motywie 25 Dyrektywy umożliwiono państwom członkowskim regulowanie okresu, przez jaki informacje udzielone konsumentowi są wiążące. Podobnie powinno się stać z omawianym zagadnienia. Dyrektywa nie zawiera wyraźnego postanowienia określającego, w jakim czasie i do kiedy taka informacja ma być udzielona. *Ratio legis* tego aktu pozwala jednak stwierdzić, że ma to być czas wystarczający dla konsumenta na poznanie przedstawionej oferty i porównanie jej z innymi istniejącymi na rynku, jak i na dokonanie rozważnej decyzji, gdy jest on wolny od nacisków i presji czasu (motyw 19 Dyrektywy). Nie można jednak traktować tego obowiązku jako wymogu obligatoryjnego odstępu czasowego pomiędzy dniem przedstawienia oferty produktu a zawarciem umowy. Takie rozumienie stwierdzenia prowadziłoby bowiem do ograniczenia autonomii woli stron i tym swobody zawierania umów.

Transgraniczności zawierania kredytów służyć ma przede wszystkim ustalony w Dyrektywie stały zestaw informacji dla konsumenta. W związku z potrzebą równego traktowania wszystkich konsumentów i umożliwienia funkcjonowania tego systemu w wielu krajach Unii, informacje są przekazywane potencjalnemu kredytobiorcy w formie ustandaryzowanego arkusza informacyjnego dotyczącego kredytu konsumenckiego, jakim jest Europejski Ujednolicony Formularz Kredytowy (*Standard European Consumer Credit Information)*. Informacje w nim umieszczone m.in. dotyczą danych kredytodawcy (pośrednika kredytowego), opisują najważniejsze cechy produktu, jego koszty, aspekty prawne. Jego celem jest zatem skupienie uwagi konsumenta na merytorycznych aspektach objętego ofertą produktu. Przekaz ten ułatwiony został przez zobrazowanie informacji w formularzu za pomocą reprezentatywnego przykładu opartego o stały wzór matematyczny, który podaje wszystkie założenia przyjęte do obliczenia stopy oprocentowania i całkowitej kwoty kredytu.

Formularz w formie papierowej bądź na nośniku w sposób bardzo precyzyjny opisuje, które z danych mają charakter obligatoryjny, a które fakultatywny. Wraz z umową o kredyt klien-

[20] Wymóg ten jest przewidziany we wspólnym stanowisku Rady z 20 września 2007 r., Dz.Urz. UE C 270, E z. 13 listopada 2007 r., s. 1. W tym zakresie warty jest również uwagi projekt ustawy o kredycie konsumenckim wniesiony przez Urząd Ochrony Konkurencji i Konsumenta, który w pełni uwzględnia postanowienie Dyrektywy.

towi na jego żądanie może być bezpłatnie wydany arkusz umowy. Wprowadzenie takiego rozwiązania niewątpliwie można ocenić jako pozytywny przejaw zainteresowania sferą prawa konsumenckiego. Zapewnia ono między innymi transparentność ochrony przedkontraktowej. Dzięki zapoznaniu się z formularzem konsument już w fazie poprzedzającej zawarcie umowy ma świadomość, w jakiej dokładnie transakcji uczestniczy, co wyklucza w znacznym stopniu możliwe dalsze komplikacje związane zarówno z zawarciem, jak i wykonywaniem umowy. Właściwie udostępniona informacja obok świadomości wyboru gwarantuje również wolność podjęcia decyzji. W związku ze standaryzowaniem, wprowadzonej Dyrektywą formuły będzie musiał używać każdy kredytodawca reklamujący kredyt w każdym kraju członkowskim. Umożliwi, ale głównie też ułatwi to konsumentowi zaciąganie kredytów transgranicznych, także tych w formie transakcji elektronicznych, np. przez internet[21]. W następstwie też możliwe stanie się w większej skali korzystanie przez konsumenta z produktów bankowych niedostępnych w kraju jego pochodzenia.

Zastosowanie ujednoliconego formularza niesie ze sobą również pewne niedogodności. Dotyczą one przede wszystkim jego formy, która podobnie jak większość aktów Unii Europejskiej charakteryzuje się rozbudowaną treścią, dodatkowo podaną w bardzo niełatwej dla konsumenta formie. Około stu stron zapisanych gęsto drobnym drukiem nie sprzyja dokładnemu zapoznaniu się z tematyką. Możliwe jest zatarcie w ten sposób sensu całego tego rozwiązania, które zamiast pomagać, komplikuje przekaz. Niewątpliwie jednak, taki ustandaryzowany arkusz umożliwia porównywanie ofert przez konsumenta i tym samym podejmowanie przez niego rozważnych decyzji.

Na szczególną uwagę w zakresie obowiązku informacyjnego zasługuje również związanie nim pośrednika kredytowego. Na mocy Dyrektywy osoby zajmujące się tym zawodowo ponad to, co stanowi treść standardowego obowiązku informacyjnego, zobowiązane są do udzielania konsumentom informacji na temat źródeł i wysokości swojego wynagrodzenia. Przedmiotem informacji jest również zakres przysługujących im uprawnień, a w szczególności dla ilu kredytodawców działają.

Na mocy Dyrektywy kredytodawca zobowiązany jest również do objaśniania konsumentom m.in. głównych cech oferowanych produktów, a także ich poszczególnych skutków dla konsumenta. Takie rozwiązanie ma przede wszystkim umożliwić konsumentowi samodzielną ocenę, czy dana oferta odpowiada jego warunkom życiowym i możliwościom. Obowiązek ten obejmuje również inne alternatywne dla kredytu produkty (np. pożyczki tzw. chwilówki), które mogą być świadczone konsumentowi przez kredytodawcę (art. 5 ust. 6 Dyrektywy). Skuteczność działania tego mechanizmu ma zapewnić przede wszystkim dostosowanie go do warunków lokalnych, na co pozwala przekazanie regulacji w tym zakresie państwom człon-

[21] M. Kryszkiewicz, *Klient banku zapłaci za wcześniejszą spłatę kredytu*, gazetaprawna.pl 8 maja 2008 r. http://prawo.gazetaprawna.pl/artykuly/16698,klient_banku_zaplaci_za_wczesniejsza_splate_kredytu.html, [17.12.2009 r.].

kowskim. We własnym zakresie mają one obowiązek ustalić, w jaki sposób pomoc ta ma być konsumentowi udzielana, jakie mają być podmioty jej udzielające oraz mają określić krąg osób, jakim taka pomoc ma być oferowana.

Opisany powyżej system objaśniania tworzy wraz z opisanym obowiązkiem udzielania informacji w fazie przedkontraktowej pewną całość. Konsument otrzymuje bowiem informację, która może budzić często pewne wątpliwości związane z jego niewiedzą. Pomocą w podjęciu decyzji ma mu służyć możliwość uzyskania wyjaśnienia elementów produktu przez profesjonalistę, który go świadczy, a zatem pomoc podmiotu, co do którego istnieje domniemanie, że zna się na produkcie w stopniu wyższym aniżeli przeciętna jednostka. W ramach wyjaśnień kredytodawca nie tyle ma bowiem objaśnić działanie mechanizmu kredytu, co również ostrzec przed jego następstwami. Rodzi się jednak pytanie, czy udzielane przez kredytodawcę informacje mają charakter wiążący dla konsumenta, czy można je traktować jako rekomendacje? Na postawione pytanie należy udzielić odpowiedzi przeczącej. Związanie konsumenta radą profesjonalisty ograniczałoby jego autonomiczną wolę, swobodę dokonywania wyboru i stałoby w sprzeczności z celem Dyrektywy, jakim jest przede wszystkim wzmocniony status konsumenta. Co więcej, pamiętać należy, że w prawie unijnym konsument widziany jest przez pryzmat wolnego rynku, podmiot-konsument podejmuje autonomiczne decyzje, za które ponosi odpowiedzialność. Udzielana przez kredytodawcę informacja ma urealnić kształt oferty, przez co uświadomić konsumentowi wiążące się z zawarciem umowy kredytu konsekwencje. Można jednak uznać, że takie uregulowanie stanowić może dla konsumenta sposób uwolnienia się od zaciągniętego zobowiązania. Problematyka oceny, czy kredytodawca w sposób właściwy udzielił wyjaśnienia w oparciu o postanowienia dyrektywy, nie jest jednoznaczna (art. 5 ust. 6), dlatego też będzie mogła stać się przedmiotem sporów sądowych pomiędzy podmiotem profesjonalnym a kredytobiorcą. Konieczne wydaje się zatem wprowadzenie środków mających ograniczać tego typu postępowania przez uniemożliwianie wytaczania nieuzasadnionych roszczeń.

Obowiązek informacji na temat kredytu zarówno w fazie zawierania umowy, jak i przed zawarciem umowy obejmuje katalog informacji, które mają być obligatoryjnie udzielone w sposób „jasny i zwięzły" (art. 10 ust. 2 Dyrektywy 2008/48/WE). Zespół tych wiadomości pokrywa się w znacznej części z tymi, które są udzielane w fazie przedkontraktowej, dodatkowo jednak powinien zawierać informacje m.in. o regułach odstępowania od umowy kredytu, a także pozasądowych sposobach reklamacji. Zróżnicowanie obowiązków informacyjnych w fazie przedkontraktowej i w trakcie zawierania umowy nie wydaje się mieć jednak większego sensu. Wprowadzenie jednolitej regulacji tego obowiązku uprościłoby tę procedurę i zapewne byłoby równie skutecznym sposobem ochrony konsumenta. Warto bowiem podkreślić, że nieujęcie pełnego zakresu informacji o produkcie, tzn. również procedur związanych z odstępowaniem od umowy i jego reklamacją w stadium, w którym następuje proces decyzyjny konsumenta, ogranicza jego podstawy do podjęcia rozważnego wyboru. Nie można jednak zaprzeczyć, że

informacja o skutkach zawarcia umowy obejmuje również następstwa, o jakich mówi art. 10 ust. 2 Dyrektywy.

Wyrażony i zapewniony w powyższy sposób w Dyrektywie obowiązek informacyjny kredytodawcy zapewnia z jednej strony ochronę konsumenta, a z drugiej wpływa stymulująco na rozwój gospodarczy. Wyposażony zarówno w instrumenty prawne gwarantujące mu bezpieczeństwo, jak i w umiejętności pozwalające mu świadomie uczestniczyć w obrocie, również w kontekście transgranicznym, konsument chętniej staje się stroną w transakcjach gospodarczych i jednocześnie czynnie bierze udział we wspólnym rynku. Prowadzi to zarówno do dynamizacji gospodarczej rynku wewnętrznego, jak i wzrostu jego innowacyjności[22]. Uregulowanie w Dyrektywie 2008/48/WE obowiązku informacyjnego ma na celu przede wszystkim zniwelowanie tzw. asymetrii informacyjnej pomiędzy konsumentem a profesjonalistą przez umożliwienie konsumentom kształtowania ich decyzji na podstawie relewantnych informacji o produkcie. Przyjęty w prawie konsumenckim paradygmat ochrony słabszej strony kontraktu, czyli konsumenta oraz nałożenie na stronę profesjonalną obowiązku informacyjnego, pozwala uznać, iż tego typu zobowiązanie kredytodawcy nie prowadzi do rażącej nierówności uprawnień stron, a tym samym nie narusza jednej z podstawowych zasad kontraktowania. Wręcz przeciwnie, mechanizm taki prowadzi do wyrównania na gruncie tego stosunku nierównorzędności poprzez eliminowanie niewiedzy po stronie słabszej – konsumenta. Potencjalny kredytobiorca poinformowany o warunkach umowy i jej konsekwencjach nie tylko świadomie korzysta ze swoich praw, lecz przede wszystkim spełnia wymogi przyjętej w prawie koncepcji tzw. konsumenta wyedukowanego[23][22] będącego modelem idealnym tego podmiotu. Podkreślić po raz wtóry należy, że wszystko to jednak może zaistnieć przy założeniu, że przekazywana przez kredytodawcę informacja będzie przez kredytobiorcę otrzymana i zrozumiana.

3.2. Obowiązkowa ocena zdolności kredytowej konsumenta[24]

Obowiązkowa ocena zdolności kredytowej konsumenta realizuje w pewnym stopniu zasadę„ „odpowiedzialnego udzielania kredytu" i bardzo ściśle wiąże się z opisanym powyżej obowiązkiem informacyjnym kredytodawcy. W tym jednak przypadku to kredytodawca jest zobowiązany do uzyskania od konsumenta bądź z innych źródeł informacji o zdolności kredytowej przyszłego kontrahenta.

[22] B. Dauner-Lieb, A *Special Private Law for B2C. Silver Bullet or Blind Alley?*, R. Schulze., New Features In Contract Law, Münster 2007, s. 114–15.

[23] E. Łętowska, *Europejskie prawo umów konsumenckich*, Warszawa 2004, s. 65.

[24] Por. art. 8 Dyrektywa Parlamentu Europejskiego i Rady 2008/48/WE z dnia 23.04.2008 r. w sprawie umów o kredyt konsumencki oraz uchylająca Dyrektywę Rady 87/102/EWG (Dz.U. UE z 2008 r. L133/66).

Instytucja ta pomaga w ochronie konsumenta, ale też i wzmacnia pozycję podmiotu profesjonalnego. Jest to instrument zezwalający i wymagający tego, by kredytodawca korzystał z dostępu do odpowiednich baz danych w celu osiągnięcia informacji na temat zdolności kredytowej konsumenta. W związku ze stworzeniem możliwości zawierania transgranicznych umów kredytowych takie prawo przysługiwać będzie także kredytodawcy z innego państwa członkowskiego, a nie jedynie kredytodawcy krajowemu.

Ponadto, w związku z szerokim rozumieniem w Dyrektywie pojęcia„ „kredytodawca", obowiązek ten należy rozciągnąć również na parabanki, co do których tego rodzaju obowiązek na gruncie dotychczasowej regulacji nie istniał (takimi parabankami są np. popularne w Polsce wśród konsumentów SKOK-i). Podmioty te są obowiązane badać, podobnie jak obecnie banki, zdolność kredytową konsumenta przed zawarciem umowy o kredyt. Takie unormowanie niewątpliwie wyeliminuje przede wszystkim nadużycia po stronie zarówno konsumentów, jak i ich kontrahentów, którzy oferując swój produkt, bardzo często nie biorą dzisiaj pod uwagę sytuacji finansowej kredytobiorcy. W następstwie z jednej strony narażają się na straty w wyniku niespłacania zaciągniętego u nich zobowiązania, z drugiej natomiast bardzo często pogarszają już i tak trudną sytuację wypłacalności kredytobiorcy. Powszechną bowiem praktyką parabanków jest pobieranie bardzo wysokiej opłaty przygotowawczej, a następnie odmawianie konsumentowi kredytu, o jaki się ubiegał bez jednoczesnego zwrotu wpłaconej przez niego kwoty. Ponadto sytuacja, w której parabank nie musi badać zdolności kredytowej kredytobiorcy, prowadzi również do zjawiska tzw. przekredytowania. Jest to sytuacja, w której na skutek udzielenia konsumentowi pożyczki bez uwzględnienia jego sytuacji finansowej, a zatem w wysokości i na warunkach przekraczających jego możliwości finansowe, uniemożliwia się mu terminową spłatę zobowiązania. W konsekwencji rodzi to tzw. spiralę nadmiernego kredytowania, czyli zaciąganie przez konsumenta kolejnych kredytów na rzecz spłaty poprzednich. Banki natomiast zamiast pomagać konsumentowi w wyjściu z tej ciężkiej dla niego sytuacji skupiają się na odzyskaniu środków. Nierzadką praktyką jest kierowanie przez nie spraw o spłatę kredytu do sądu i wyręczanie się przez banki prawem karnym przez uznanie postawy konsumenta jako wyłudzenia od nich środków.

Na ocenę opisanego wyżej mechanizmu ujemnie wpływa fakt, że do oceny zdolności kredytowej konsumenta nie są zobowiązani pośrednicy kredytowi. Dlatego też należy dopuścić w celu ochrony będącego konsumentem kredytobiorcy poszerzenie przez ustawodawstwo krajowe tego obowiązku na pośredników. Stanowiłoby to oczywiście odstępstwo od przyjętej we wstępie tego artykułu tezy o maksymalnej harmonizacji, jednakże w kontekście głównego celu tej regulacji takie odstępstwo wydaje się uzasadnione. Niestety, na chwilę obecną nie jest ono możliwe ze względu na brak przepisów w Dyrektywie umożliwiających jego zastosowanie, a tym samym rozwinięcie mechanizmów ochrony przez państwo członkowskie ponad te przewidziane w akcie unijnym.

Odpowiedzialne udzielanie kredytu tworzy stan współodpowiedzialności kredytodawcy za udzielenie kredytu. Zobowiązuje go do dogłębnej analizy sytuacji majątkowej kredytobiorcy i tym samym zaoferowanie mu produktu jak najbardziej odpowiadającego jego możliwościom. Mechanizm ten opiera się też zatem na doradztwie w zakresie, jaki kredyt i jakie jego warunki są najbardziej odpowiednie dla konsumenta w związku z jego stanem majątkowym przy uwzględnieniu możliwości kredytodawcy[25]. Należy jednak uznać, iż na gruncie obecnej regulacji zasada ta istnieje we wręcz minimalnym wymiarze i sprowadza się jedynie do obowiązku zbadania zdolności kredytowej konsumenta.

Problematyczne może być jednak udostępnianie danych o wypłacalności klienta z baz informacji każdemu podmiotowi, z którym konsument planuje zawrzeć kontrakt. Przykładowo informacji takich udziela istniejące już w Polsce Biuro Informacji Kredytowej[26], które przede wszystkim ma na celu służyć wiarygodności kredytobiorcy spłacającemu sumiennie swoje zobowiązania. Mogą jednak zrodzić się w tej kwestii wątpliwości co do przekazywania informacji objętych dotąd tajemnicą bankową. Dane takie mogą być bowiem wymieniane co do zasady jedynie między bankami, a tylko Biuro Informacji Kredytowej jest również upoważnione do przekazywania ich SKOK-om[27]. W związku z tym, że na gruncie przedmiotowej Dyrektywy umożliwiony miałby być dostęp kredytodawców z innych państw członkowskich do systemów informacyjnych istniejących w państwie pochodzenia konsumenta[28], to w przypadku przyjęcia w Polsce postanowień Dyrektywy takim systemem byłoby właśnie Biuro Informacji Kredytowej. Obecne zatem sposoby rozwiązania tego typu problemów pozostaną najprawdopodobniej bez zmian. Dodatkowo Dyrektywa zapewnia również, że dostęp do takich informacji będzie miał charakter niedyskryminujący, a zatem każdy kredytodawca z innego państwa członkowskiego będzie mógł korzystać z tego systemu, a tym samym poszerzona i zagwarantowana zostanie w ten sposób możliwość zawierania przez konsumentów transgranicznych umów o kredyt. Ochrona danych osobowych uregulowana w odrębnej Dyrektywie[29] ma również zastosowanie do sytuacji określonych w Dyrektywie 2008/48/WE. Kontrowersja zatem tego uregulowania sprowadza się przede wszystkim do realizacji zasady niedyskryminacji, idei wolnego wspólnego rynku i, co najistotniejsze, ochrony konsumenta. Umożliwienia bowiem wielu podmiotom badania zdolności kredytowej kredytobiorcy nie należy rozumieć jako zorganizowania zamachu na tajemnicę bankową i prywatność danych osobowych. Celem

[25] W. Szpringer, *Kredyt...*, s. 49 i n.

[26] Biuro Informacji Kredytowej (BIK) to instytucja powołana w 1997 r. przez banki i Związek Banków Polskich na mocy art. 105 ust. 4 Ustawy z dnia 29 sierpnia 1997 r. Prawo Bankowe (Dz.U. Nr 140 poz.939 z późn. zmianami).

[27] Informacja o Biurze Informacji Kredytowej na stronie: http://azfinanse.pl/index.php?dzid=275&did=2786, [20.04.2011 r.].

[28] Por. Dyrektywa Parlamentu Europejskiego i Rady 2008/48/WE z dnia 23.04.2008 r. w sprawie umów o kredyt konsumencki oraz uchylająca Dyrektywę Rady 87/102/EWG (Dz.U. UE z 2008 r. L133/66), art. 9 pkt. 1.

[29] Dyrektywa 95/46/WE Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 24 października 1995 r. w sprawie ochrony osób fizycznych w zakresie przetwarzania danych osobowych i swobodnego przepływu tych danych.

tej regulacji jest przede wszystkim zapewnienie bezpieczeństwa konsumentowi, który jako słabsza ekonomicznie strona kontraktu, mógłby zostać pokrzywdzony przez niedokonującego dogłębnej oceny jego sytuacji ekonomicznej kontrahenta. Pomimo że rozwiązanie to uznać należy za trafne, budzi ono w Polsce sprzeciw, który dotyczy przede wszystkim nierówności uprawnień banków i instytucji upoważnionych do udzielania kredytów uprawnionych do korzystania z takich baz danych i uprawnień innych kredytodawców, niebędących podmiotami powyższymi, którym takiego prawa odmówiono. Zdaniem mec. A. Marzec z Biura Informacji Kredytowej, dostęp do takich baz powinien być możliwy dla wszystkich instytucji działających na rynku kredytowym w ramach prowadzonej przez nie działalności gospodarczej. Odmienne rozwiązanie jest według niej sprzeczne z celem Dyrektywy i jej postanowieniami[30].

Poglądowi temu przyznać należy słuszność. Ograniczenie bowiem kręgu podmiotów uprawnionych do zasięgania informacji o sytuacji finansowej kontrahenta w związku z tym, że dane w BIK objęte są tajemnicą bankową, nie wpływa pozytywnie na ochronę konsumenta kredytu i Pozostawia bez regulacji strefę działania niezgodnego z duchem tego aktu i uniemożliwiającą osiągnięcie jego szczytnych celów. W przypadku takiej regulacji nadal bowiem istnieje ryzyko działania podmiotów na niekorzyść konsumenta i dalszego istnienia niepożądanych zjawisk, które Dyrektywa miała wyeliminować.

Podobnie również można ocenić zastosowanie w nowej ustawie pojęcia„ „oceny ryzyka kredytowego" zamiast przewidzianego w Dyrektywie terminu„ „oceny zdolności kredytowej" jako określenia celu dostępu do baz danych. Badając relację tych dwóch pojęć, należy stwierdzić, iż ryzyko kredytowe jest o wiele szersze i wykracza poza indywidualną sytuację konsumenta i jego ocenę, która powinna się sprowadzać do zbadania, czy konsument będzie w stanie spłacić kredyt i odsetki z nim związane w terminie wskazanym w umowie.

Próbując dokonać oceny analizy tego mechanizmu, należy zauważyć, że wbrew bardzo wielu zaletom regulacja ochrony konsumenta przyjęta w Dyrektywie obarczona jest wadami, które uniemożliwiają jej skuteczne zadziałanie. Przede wszystkim Dyrektywa nie określa wprost informacji relewantnych dla dokonania oceny zdolności kredytowej konsumenta, do których uzyskania zobowiązany jest kredytodawca, a także kryteriów, według których mają być oceniane. Akt ten milczy również w istotnej kwestii, jaką jest odpowiedź na pytanie, czy jest możliwe odmówienie udzielenia kredytu w przypadku stwierdzenia braku zdolności kredytowej konsumenta. Instytucja kredytowa nie ma jasno sprecyzowanego obowiązku odmówienia w tej sytuacji udzielenia kredytu. Zgodnie motywem 29 Dyrektywy, w przypadku, gdy instytucja zdecyduje o odmowie na podstawie informacji uzyskanych z bazy danych, wówczas jest zobowiązana podać konsumentowi motywy decyzji, a także źródło, z jakiego uzyskała dane. Obowiązek ten jest wyłączony, gdy za odstąpieniem przemawiają względy porządku

[30] *Co zmieni ustawa o kredycie konsumenckim,* http://www.finanse.egospodarka.pl/64340,Co-zmieni-ustawa-o-kredycie-konsumenckim,1,48,1.html, [23.04.2011 r.].

publicznego lub prawa. Stwierdzenie braku zdolności kredytowej u konsumenta nie może jednak wyłączać obowiązku profesjonalisty udzielenia informacji o skutkach niewykonywania zobowiązania spłaty kredytu. Nie wydaje się jednak, by ratowało to tę instytucję. Dopiero bowiem jasne zakazanie udzielania kredytu osobie niezdolnej do poniesienia tego zobowiązania w sposób skuteczny ochroniłoby konsumenta. Autonomia woli, swoboda podejmowania decyzji nie mogą być bowiem wykorzystywane przeciwko potencjalnemu kredytobiorcy.

4. Podsumowanie

Dyrektywa 2008/48/WE ma na celu dalszą harmonizację prawa unijnego i państw członkowskich. Jej cel, jakim jest jednolity rynek kredytów konsumenckich, będzie przestrzenią, w której łatwo będzie zawrzeć umowę takiego kredytu z podmiotem z innego państwa członkowskiego i zapewniony zostanie swobodny przepływ ofert kredytów, przez co wzrośnie konkurencyjność w tym sektorze. Cel ten osiągnięty być może jedynie przy efektywnym wykorzystaniu mechanizmów ochrony konsumenta ustanowionych w Dyrektywie.

W swoich rozwiązaniach Dyrektywa 2008/48/WE umożliwia ochronę podmiotowi słabszemu w stosunkach ekonomicznych, co nie zmienia faktu, że niekoniecznie niesłusznie zarzucana jest jej mniejsza „prokonsumeckość"[31]w stosunku do poprzednich rozwiązań. Zważywszy na to, że jak to zostało stwierdzone w literaturze:„Rynek kredytów konsumenckich jest jednym z najszybciej rosnących i najbardziej dochodowych segmentów europejskiego rynku usług finansowych"[32], skuteczna i szeroka ochrona konsumenta w tym segmencie wspólnej gospodarki zapewnia również jej efektywny rozwój.

Wprowadzenie Dyrektywy do porządków prawnych wszystkich państw członkowskich wiązać się będzie z wieloma kwestiami niedotyczącymi tylko konsumentów. Zobowiązanie do informacji przez instytucje kredytowe wiąże się z ponoszeniem kosztów po ich stronie. Kredyty konsumenckie są dla nich bowiem o wiele mniej wartościowe niż kredyty hipoteczne, lecz koszty związane z ponoszeniem informacji nie są zróżnicowane, przez co takie uregulowanie nie jest opłacalne. Informację taką instytucje są zobowiązane świadczyć nieodpłatnie, przez co bardzo prawdopodobne, że poniesione z tego tytułu koszty zostaną przez nie przesunięte na koszt kredytu, co w konsekwencji uderzy w konsumenta.

Zobowiązanie zarówno kredytodawców, jak i pośredników kredytowych do spersonalizowanego doradztwa konsumentowi pozwoli na podjęcie przez konsumenta właściwej decyzji uwzględniającej przede wszystkim jego potrzeby. Zapewni to dobranie odpowiedniego produktu, a tym samym zawarcie umowy odpowiadającej sytuacji finansowej kredytobiorcy.

[31] M. Cieloch, w: M. Kryszkiewicz, *Klient banku zapłaci za wcześniejszą spłatę kredytu*, gazetaprawna.pl [8.05.2008 r.].

[32] ECRI – Raport Mercer Oliver Wyman: *Riding the Wave* (2005).

Powyższy obowiązek doradztwa, poszerzone obowiązki informacyjne oraz konieczność dogłębnej oceny zdolności kredytowej konsumenta wpłyną również pozytywnie na jakoś świadczonych usług. Prowadzą one bowiem do tego, że zarówno instytucje finansowe, jak i instytucje i przedsiębiorstwa pośredniczące w zawieraniu umów o kredyt będą musiały korzystać z wykwalifikowanego personelu. W następstwie zapewniona zostanie kompleksowa i profesjonalna obsługa kredytobiorcy, której osiągnięciu służyć również będą ustandaryzowane szkolenia w tym zakresie.

Pomimo określenia szerokiej ochrony konsumenta Dyrektywa nie uciekła jednak od pewnych zbyt ogólnych uregulowań w tym zakresie. Nakładając bowiem na państwa członkowskie obowiązek ustanowienia odpowiednich sankcji grożących kredytodawcom za naruszenie przepisów chroniących konsumentów, akt ten nie wskazuje, jakie konkretne mechanizmy powinny być zastosowane w celu spowodowania takiego efektu. Obecne uregulowania umożliwiają konsumentowi zwrot uzyskanego kredytu bez oprocentowania i innych kosztów przewidzianych umową. Pozwala to stwierdzić, iż unormowanie to znajdzie również zastosowanie do nowego stanu prawnego. W konsekwencji jest to również przykład tego, że sami kredytodawcy będą zainteresowani wypełnianiem przez nich obowiązków informacyjnych.

Na tle powyższych rozważań Dyrektywa 2008/48/WE stanowi kolejny, istotny krok w zmniejszaniu asymetrii w stosunkach konsumenckich. Opierając się głównie na kształtowaniu świadomości kredytobiorcy w okolicznościach zawierania umowy przez budowanie szeregu instrumentów zapewniających szeroką ochronę przedkontraktową, pozwoli wyeliminować z obrotu umowy nieuwzględniające potrzeb konsumenta i grożące dalszym interesom kredytodawców. Ochrona konsumenta na jej podstawie stanowi odpowiedni dla obecnych czasów mechanizm zapewniający jego udział w obrocie transgranicznym umożliwiający przede wszystkim dalszą integrację i rozwój państw w ramach Unii Europejskiej.

Pomimo licznych niedoskonałości Dyrektywy. nie zasługuje na aprobatę stan braku jej implementacji w drodze uchwalenia nowelizacji bądź zupełnie nowej ustawy o kredycie konsumenckim w Polsce. Oczywiście zgodzić się należy z R. Stefanickim, że transpozycja Dyrektywy do systemu prawa krajowego otwiera długotrwały i trudny proces budowania standardów ochrony konsumenta i uczciwych praktyk rynkowych[33]. Nie ma jednak podstaw do tego, by nie podjąć takiego trudu w przypadku kredytu konsumenckiego, niewątpliwie bowiem rozwiązania Dyrektywy uzupełnione normami ustalonymi przez ustawodawcę krajowego pozwolą stworzyć system umożliwiający zrównoważony rozwój rynku kredytowego i praw konsumenta.

[33] R. Stefanicki, *Ustawa o przeciwdziałaniu nieuczciwym praktykom rynkowym. Komentarz.*, Warszawa 2009, s. 608.

Mariusz Purgał[1]

Długość okresu odpowiedzialności sprzedawcy za towar niezgodny z umową

1. Uwagi wprowadzające

W polskim systemie prawa cywilnego można wyróżnić kilka reżimów odpowiedzialności sprzedawcy za„ „wady rzeczy"[2]. Rozgraniczenie ich odbywa się na podstawie przesłanek zawartych w poszczególnych aktach prawnych. W ten sposób odpowiedzialność tę można oprzeć, w zależności od konkretnej sytuacji, na przepisach Kodeksu cywilnego, ustawy o szczególnych warunkach sprzedaży konsumenckiej[3] (dalej jako SprzedKonsumU) lub Konwencji Narodów Zjednoczonych o umowach międzynarodowej sprzedaży towarów[4] (ta ostatnia stanowiła wzór dla prawodawcy europejskiego przy opracowywaniu tekstu Dyrektywy 99/44)[5].

Postanowienia SprzedKonsumU znajdą zastosowanie do

> umowy sprzedaży rzeczy ruchomej (towaru konsumpcyjnego), nabywanej za zapłatą ceny przez osobę fizyczną w celu niezwiązanym z działalnością zawodową lub gospodarczą, która zawierana jest w zakresie działalności przedsiębiorstwa sprzedawcy[6].

---

1 Student V roku WPiA UJ.

2 Celowo użyto w tym miejscu cudzysłowu, ponieważ nie wszystkie wymienione akty prawne posługują się dokładnie takim sformułowaniem.

3 Ustawa z dnia 27 lipca 2002 r. o szczególnych warunkach sprzedaży konsumenckiej oraz o zmianie Kodeksu cywilnego (Dz. U. 141 poz. 1176).

4 Dalej zwana konwencją wiedeńską.

5 Sporządzona w Wiedniu dnia 11 kwietnia 1980 r. – dalej zwana konwencją wiedeńską.

6 J. Jezioro, *Ustawa o szczególnych warunkach sprzedaży konsumenckiej. Komentarz*, Warszawa 2010, art. 1, nb 3.

Konwencja wiedeńska natomiast obejmuje swoim zakresem umowy sprzedaży między stronami mającymi siedziby handlowe w różnych państwach konwencyjnych[7]. Wynika z tego, iż przepisy konwencji wiedeńskiej znajdą zastosowanie do stosunków obustronnie profesjonalnych o charakterze międzynarodowym[8].

Niniejsze opracowanie ma na celu omówienie problemu rzeczywistej długości okresu odpowiedzialności sprzedawcy za towar niezgodny z umową w świetle obowiązujących przepisów prawych, w porównaniu z odpowiednimi przepisami k.c. oraz konwencji wiedeńskiej. Nie da się bowiem oceniać i komentować rozwiązań przyjętych w SprzedKonsumU, nie odnosząc ich do bardzo podobnej regulacji kodeksowej odpowiedzialności na podstawie instytucji rękojmi, a także przepisów międzynarodowych aktów prawnych[9]. Poniżej przedstawione zostały również warunki, które kupujący musi spełnić w celu skorzystania z przedmiotowych praw oraz ich wpływ na okres odpowiedzialności sprzedawcy. W opracowaniu tym uwzględniono także planowane zmiany w dziedzinie europejskiego prawa umów konsumenckich oraz ich porównanie z obecną regulacją i reakcje środowisk biznesowych oraz naukowych na zaprezentowany projekt Dyrektywy w sprawie praw konsumentów. Artykuł ten zawiera także definicje najważniejszych pojęć odnoszących się do omawianego zagadnienia oraz ogólne wprowadzenie do zasady odpowiedzialności sprzedawcy względem kupującego w przypadku ujawnienia się wad towaru[10].

2. Definicje

W literaturze przedmiotu przyjęło się nazywanie uprawnień wynikających ze SprzedKonsumU gwarancją ustawową, która przysługuje konsumentowi w przypadku każdej umowy sprzedaży[11] i jest oparta na przesłance niezgodności towaru konsumpcyjnego z umową.

Ponadto, sprzedawca lub producent mogą dobrowolnie udzielić kupującemu dodatkowej gwarancji zwanej komercjalną – odnosi się do niej art. 13 SprzedKonsumU.

W polskim języku prawniczym można spotkać się także z pojęciem gwarancji handlowej, które jednak było używane w stosunku do gwarancji udzielanej przez sprzedawcę, gdy podmiot zobowiązany do jej udzielenia *ex lege* (producent) nie mógł jej udzielić. Było tak m.in.

---

7 M. Pazdan, *Konwencja Narodów Zjednoczonych o umowach międzynarodowej sprzedaży towarów*, Kraków 1998, s.1.3

8 J. Pisuliński, *System Prawa Prywatnego. Prawo zobowiązań – część szczegółowa*, red. J. Rajski, Warszawa 2004, nb 101.

9 J. Jezioro, *op. cit.*, art. 4, nb 25.

10 Celowo użyto w tym miejscu ogólnego określenia wada towaru, aby objąć zakresem pojęcia z k.c., SprzedKonsumU oraz konwencji wiedeńskiej.

11 Oczywiście tylko takiej, która spełnia przesłanki zawarte w art. 1 SprzedKonsumU.

przy imporcie towarów[12]. Natomiast na bazie przepisów k.c. i w przypadku sprzedaży objętej zakresem tej regulacji, należy używać pojęcia ustawowego rękojmia za wady rzeczy.

3. Rodzaje odpowiedzialności sprzedawcy

Zarówno rękojmia, jak i gwarancja ustawowa traktują odpowiedzialność sprzedawcy względem kupującego bardziej rygorystycznie niż ogólna odpowiedzialność za niewykonanie lub nienależyte wykonanie zobowiązania, która zgodnie z art. 471 k.c. opiera się na zasadzie winy[13]. W literaturze ten rodzaj odpowiedzialności, pośrednio wzorowany na postanowieniach konwencji wiedeńskiej, jest nazywany odpowiedzialnością na zasadzie ryzyka[14]. Przepisy k.c. stanowią, iż powstaje ona w momencie ujawnienia się wady przedmiotu. Ten rodzaj odpowiedzialności określa się w literaturze mianem absolutnej, a więc takiej, od której sprzedawca nie może się zwolnić. Odpowiedzialność ta jest całkowicie niezależna od winy sprzedawcy za powstanie wadliwości rzeczy, a nawet od jego wiedzy na ten temat. Jedyną przesłanką, która musi zostać spełniona, jest ujawnienie się wad fizycznych bądź prawnych rzeczy i już samo to skutkuje powstaniem pewnych uprawnień po stronie kupującego. Taki rodzaj odpowiedzialności jest nazywany także odpowiedzialnością *ex lege* lub odpowiedzialnością bezwzględną czy też obiektywną[15].

W taki sam sposób określa odpowiedzialność sprzedawcy Dyrektywa 99/44, odchodząc jednocześnie od powszechnych w europejskich systemach prawnych pojęć wady fizycznej oraz wady prawnej na rzecz pojęcia niezgodności towaru z umową. Dyrektywa 99/44, oraz stanowiąca jej implementację Ustawa o sprzedaży konsumenckiej, także przewiduje odpowiedzialność sprzedawcy niezależną od jego winy i powstającą z mocy samego prawa[16]. Sprzedawca odpowiada z tytułu gwarancji ustawowej także w przypadku, gdy nie można wykazać związku między jego działaniami (zaniechaniami) ze skutkiem w postaci wadliwości przedmiotu sprzedaży[17]. W konsekwencji, sprzedawca odpowiada więc również za działania bądź zaniechania osób trzecich, które skutkują niezgodnością towaru z umową[18]. Tak samo reguluje tę kwestię konwencja wiedeńska. Uchylenie się sprzedawcy od odpowiedzialności może nastąpić tylko w przypadkach wyraźnie przewidzianych w ustawie, np. w wyniku upływu dwuletniego terminu od wydania towaru kupującemu, niedopełnienie przez kupującego aktu staranności czy też w przypadku spełnienia przesłanek z art. 7 SprzedKonsumU[19].

---

[12] E. Łętowska, *Europejskie Prawo Umów Konsumenckich*, Warszawa 2004, s. XX.
[13] B. Gawlik, *Kodeks cywilny. Komentarz*, Warszawa 2010, art. 471 pkt 11.
[14] J. Jezioro, *op. cit.*, art. 4, nb 30.
[15] B. Gawlik, *op. cit.*, art. 556, nb 2.
[16] J. Pisuliński, *op. cit.*, nb 445.
[17] E. Łętowska, *Europejskie...*, s. 288.
[18] R. Stefanicki, *op. cit.*, s. 314.
[19] M. Pecyna, *Ustawa o sprzedaży konsumenckiej: komentarz*, Warszawa 2003, art. 4 ust. 1, nb 11.

Warto także zwrócić uwagę na charakter sankcji w razie wystąpienia wad nabytego towaru. Podstawowym jej rodzajem w odniesieniu do niezgodności towaru z umową (SprzedKonsumU) bądź wad fizycznych rzeczy (k.c.) jest doprowadzenie do ekwiwalentności świadczeń poprzez utrzymanie świadczenia w naturze (w przypadku wymiany towaru na nowy lub naprawy) lub odstąpienie od umowy. Nie mają natomiast one charakteru odszkodowawczego, jak w przypadku ogólnej zasady odpowiedzialności za niewykonanie lub nienależyte wykonanie zobowiązania. Jest to spowodowane głównie charakterem sprzedaży, której jedną ze stron jest najczęściej konsument, który nie jest zainteresowany obrotem towarów tylko jego rzeczywistą konsumpcją. Z tego powodu najistotniejsze dla niego jest faktyczne posiadanie pełnowartościowego towaru[20].

4. Zakres zastosowania ustawy

Pojęciem spajającym wszystkie aspekty zakresu zastosowania SprzedKonsumU jest towar konsumpcyjny. To właśnie wokół niego zbudowany jest system elementów, które razem przesądzają o obowiązywaniu w danym przypadku konsumenckiego reżimu odpowiedzialności sprzedawcy. Z definicji zawartej w art. 1 SprzedKonsumU można wyprowadzić zakres przedmiotowy oraz podmiotowy ustawy. Obowiązuje ona zatem w przypadku sprzedaży rzeczy ruchomej (zakres przedmiotowy) dokonanej przez przedsiębiorstwo w zakresie jego działalności osobie fizycznej, nabywającej tę rzecz w celu niezwiązanym z działalnością zawodową lub gospodarczą (zakres podmiotowy).

4.1. Zakres przedmiotowy

W pierwszej kolejności zakres zastosowania SprzedKonsumU jest wyznaczony przez wskazanie stosunków prawnych, które podlegają jej regulacji. W związku z tym, że sprzedaż konsumencka stanowi szczególny rodzaj sprzedaży uregulowany w księdze pierwszej w tytule XI k.c.[21], a art. 1 SprzedKonsumU określa zakres stosowania tego aktu, to przepisy k.c. stosuje się we wszystkich przypadkach nieobjętych zakresem SprzedKonsumU. Jako sprzedaż należy zatem rozumieć taki rodzaj umowy, na mocy której sprzedawca zobowiązuje się do przeniesienia na kupującego własności rzeczy oraz jej wydania, a kupujący zobowiązuje się do odebrania tej rzeczy oraz zapłaty sprzedawcy ceny[22]. Umowa sprzedaży jest umową dwustronnie zobowiązującą, której przedmiotem jest przeniesienie praw na drugą stronę i ze swej istoty ma

[20] E. Łętowska, *Prawo Umów Konsumenckich*, Warszawa 2002, s. 378.
[21] Art. 535 i n. k.c.
[22] M. Pecyna, *op. cit.*, art. 1 ust. 1, nb 1.

charakter odpłatny[23]. Ponadto, świadczenia stron w ramach umowy sprzedaży mają charakter ekwiwalentny w znaczeniu subiektywnym. Umowa sprzedaży przejawia dodatkowo charakter konsensualny, co oznacza, iż zobowiązania stron dochodzą do skutku *solo consensu*[24]. Jak wynika to z poniższych rozważań, zakres kodeksowej definicji sprzedaży jest znacznie węższy od tego, który przyjmuje się na podstawie SprzedKonsumU.

Z treści art. 1 SprzedKonsumU wynika także wniosek, iż w zakresie nieuregulowanym przepisami tej ustawy zastosowanie znajdują odpowiednie przepisy k.c.[25]. Taki sposób regulacji zakresu obowiązywania SprzedKonsumU jest zgodny z treścią art. 1 ust. 1 Dyrektywy 99/44, która wyznaczając cel jej uchwalenia (zbliżenie przepisów dotyczących niektórych aspektów sprzedaży towarów konsumpcyjnych), nie definiuje pojęcia sprzedaży, pozostawiając to przepisom wewnętrznym państw członkowskich. Celem Dyrektywy 99/44 była bowiem harmonizacja[26] zasad odpowiedzialności sprzedawcy za towar konsumpcyjny bez wpływania na obowiązujące już w państwach członkowskich zasady rządzące umową sprzedaży i ich tradycje kulturowo-prawne w tym zakresie. Inaczej natomiast sprawa ta wygląda na tle konwencji wiedeńskiej, z której przepisów regulujących obowiązki sprzedawcy (art. 30) oraz kupującego (art. 53) można wyprowadzić autonomiczną definicję umowy sprzedaży[27].

Zgodnie z treścią art. 1 SprzedKonsumU jej przepisy:

> stosuje się do dokonywanej w zakresie działalności przedsiębiorstwa sprzedaży rzeczy ruchomej osobie fizycznej, która nabywa tę rzecz w celu niezwiązanym z działalnością zawodową lub gospodarczą.

Z definicji tej wynika, że dana czynność prawna podlega reżimowi SprzedKonsumU po spełnieniu kilku przesłanek. Po pierwsze zakres przedmiotowy ustawy został określony jako sprzedaż rzeczy ruchomej (w ujęciu zdefiniowanym przez art. 45 k.c.). Nie ma znaczenia fakt, czy dana rzecz ruchoma została oznaczona co do tożsamości czy co do gatunku oraz czy jest to rzecz nowa czy używana. Przepisy SprzedKonsumU znajdą także zastosowanie do sprzedaży zwierząt, do których na mocy art. 1 ust. 2 Ustawy z 21.08.1997 r. o ochronie zwierząt należy odpowiednio stosować przepisy dotyczące rzeczy[28].

Po drugie konsument korzysta ze szczególnej ochrony w przypadku zawarcia umowy sprzedaży. Jednak zgodnie z poglądami doktryny, oprócz tradycyjnie pojmowanej sprzedaży, SprzedKonsumU obejmuje swoim zakresem także inne, podobne do sprzedaży umowy, pod warun-

[23] B. Gawlik, *op. cit.*, art. 535 k.c.
[24] K. Pietrzykowski, *Kodeks cywilny. T. 2, Komentarz do artykułów 450-1088*, Warszawa 2009, s. 232.
[25] M. Pecyna, *op. cit.*, art. 1 ust. 1, nb 1 akapit 2.
[26] W przypadku tej dyrektywy jest to tzw. harmonizacja minimalna, co oznacza, iż krajowi ustawodawcy muszą implementować pewien minimalny standard odpowiedzialności sprzedawcy, jednak mogą wprowadzić także dodatkowe przepisy wzmacniające ochronę konsumentów.
[27] M. Pecyna, *op. cit.*, art. 1, ust. 1, nb 2.
[28] J. Pisuliński, *op. cit.*, nb 453.

kiem ich „konsumenckiego charakteru". Dyrektywa w swoim art. 1 ust. 4 przyjmuje, iż za umowę sprzedaży uważa się także umowę na dostawę towarów konsumpcyjnych, które mają być wytworzone czy wyprodukowane. Ponadto, postanowienia SprzedKonsumU można stosować także do umowy sprzedaży komisowej, umowy dostawy, umowy o dzieło, a w pewnych przypadkach także umowy leasingu oraz umowy zamiany[29]. Także szczególne rodzaje sprzedaży znajdują się w zakresie zastosowania SprzedKonsumU, dla przykładu można wymienić sprzedaż na raty, na próbę, z zastrzeżeniem prawa własności na rzecz sprzedawcy, z zastrzeżeniem pierwokupu lub odkupu, a także sprzedaż na odległość i poza lokalem przedsiębiorstwa[30]. Ochroną konsumencką jest także objęta strona różnych umów nienazwanych, które skutkują przejściem własności towaru konsumpcyjnego w zamian za świadczenie nabywcy o charakterze niepieniężnym. Wynika z tego, iż celem Dyrektywy 99/44, która na mocy SprzedKonsumU została włączona do polskiego porządku prawnego, jest stosowanie przedmiotowych przepisów do umów sprzedaży rozumianych raczej funkcjonalnie niż jurydycznie. Pojęcie sprzedaży konsumenckiej, które wyłania się w wyniku interpretacji przepisów SprzedKonsumU w związku z postanowieniami Dyrektywy 99/44, jest więc pojęciem szerszym od literalnego brzmienia art. 1 SprzedKonsumU, a także od definicji sprzedaży zawartej w art. 535 k.c. Jak zauważa prof. J. Pisuliński, idzie tu zatem o umowy, które z punktu widzenia ekonomicznego mogą być traktowane na równi z umową sprzedaży (ich przykłady zostały podane powyżej)[31].

W każdym przypadku należy jednak pamiętać o konieczności spełnienia pozostałych przesłanek przewidzianych w art. 1 SprzedKonsumU[32]. Podobnie wypowiadają się m.in. R. Stefanicki[33] oraz E. Łętowska[34].

Należy zgodzić się z taką interpretacją jako zgodną z brzmieniem art. 1 ust. 4 Dyrektywy 99/44 (por. powyżej) oraz lepiej chroniącą interesy konsumentów, co powinno być nadrzędną zasadą wykładni omawianej ustawy.

4.2. Zakres podmiotowy

4.2.1. Konsument

SprzedKonsumU w przeciwieństwie do art. 1 ust. 2 pkt a Dyrektywy 99/44 nie posługuje się wyraźnie pojęciem konsumenta, jednak kupujący jest określony na podstawie definicji towaru konsumpcyjnego zawartej w art. 1 ust. 1 SprzedKonsumU. Interpretuje się z tego

[29] J. Jezioro, *op. cit.*, art. 1, nb 5.
[30] *Ibidem,* art. 1, nb 5.
[31] J. Pisuliński, *op. cit.*, nb 441.
[32] M. Pecyna, *op. cit.*, art. 1, ust. 1, nb 2–5.
[33] R. Stefanicki, *op. cit.*, passim.
[34] E. Łętowska, *op. cit.*, s. 385.

przepisu, iż konsumentem jest osoba fizyczna dokonująca nabycia rzeczy ruchomej w celach niezwiązanych z działalnością gospodarczą lub zawodową. Wystarczy, aby zaistniał choćby pośredni związek między nabyciem z działalnością gospodarczą lub zawodową kupującego, aby wykluczyć możliwość stosowania przepisów SprzedKonsumU[35]. Nie stosuje się reżimu tej ustawy także w przypadku nabycia rzeczy o tzw. podwójnym przeznaczeniu, które są używane zarówno w celach prywatnych, jak i do prowadzenia działalności[36].

Trzeba także przyjąć, iż działalność gospodarczą należy rozumieć na bazie definicji z art. 2 Ustawy o swobodzie działalności gospodarczej jako działalność mającą charakter zarobkowy, zorganizowany i ciągły, a działalność zawodowa stanowi jedną z postaci działalności gospodarczej[37]. Niektóre natomiast wyłączenia z przedmiotowego zakresu tego rodzaju działalności, dokonane na gruncie ustawy o swobodzie działalności gospodarczej, nie powinny mieć wpływu na interpretację tego pojęcia w ramach SprzedKonsumU. Każda zatem działalność posiadająca wyżej wymienione cechy powinna zostać na gruncie ustawy konsumenckiej uznana za działalność gospodarczą, bez względu na podleganie reżimowi ustawy o swobodzie działalności gospodarczej[38].

Na marginesie należy zaznaczyć, iż pojęcie konsumenta w art. 22^1 nie pokrywa się z pojęciem użytym przez prawodawcę europejskiego (unijnego). Kodeks cywilny za konsumenta„ „uważa osobę fizyczną dokonującą czynności prawnej niezwiązanej bezpośrednio z działalnością gospodarczą lub zawodową", natomiast w myśl Dyrektywy 99/44 konsumentem jest osoba fizyczna: „która w umowach objętych zakresem jej regulacji działa w celach niezwiązanych z handlem, przedsiębiorstwem lub zawodem". Dyrektywa 99/44 nie stosuje zatem kryterium związku bezpośredniego.

Taka definicja konsumenta może zostać uznana za odpowiednik przepisu art. 2 pkt a konwencji wiedeńskiej, który mimo innego zakresu przedmiotowego, wyłącza z jej stosowania towary nabyte w celu użytku osobistego, rodzinnego lub użytku w gospodarstwie domowym[39].

4.2.2. Sprzedawca

Definicję sprzedawcy na potrzeby Dyrektywy 99/44 zawiera jej art. 1 ust. 2 pkt c:

> Sprzedawca oznacza każdą osobę fizyczną lub prawną, która na podstawie umowy sprzedaje towary konsumpcyjne w ramach swojej działalności handlowej, przedsiębiorstwa lub zawodowej.

35 J. Jezioro, *op. cit.*, art. 1, nb 16.
36 J. Pisuliński, *op. cit.*, nb 454.
37 J. Jezioro, *op. cit.*, art. 1, nb 18.
38 . Pisuliński, *op. cit.*, nb 454.
39 M. Pecyna, *op. cit.*, art. 1, ust. 1, nb 8.

Tak rozumiane pojęcie sprzedawcy jest, można powiedzieć, tradycyjne w unijnym prawodawstwie dotyczącym konsumentów. Dla porównania można tutaj powołać się na np. art. 2 Dyrektywy nr 85/577 z dnia 20 grudnia 1985 w sprawie ochrony konsumenta w umowach zawartych poza miejscem prowadzenia handlu lub art. 2 pkt c Dyrektywy nr 93/13 z dnia 5 kwietnia 1993 r. o niedozwolonych klauzulach w umowach konsumenckich.

Należy zaznaczyć, że w tym zakresie przepisy SprzedKonsumU są w zasadzie identyczne z brzemieniem definicji zawartej w Dyrektywie 99/44. W ten sposób ustawodawca określa stosunek prawny podlegający reżimowi SprzedKonsumU jako jednostronnie profesjonalny[40], co zgodnie z modelem konsumenta słabego i niewykształconego jest najważniejszym powodem wprowadzenia systemu szczególnej ochrony jego praw.

Z definicji towaru konsumpcyjnego zawartej w art. 1 ust. 1 SprzedKonsumU właściwie wyprowadzić można także pojęcie sprzedawcy jako profesjonalisty. Ustawodawca nie czyni tego przez odwołanie się wprost do definicji przedsiębiorcy, lecz przez sformułowanie „w zakresie działalności przedsiębiorstwa". Takie ujęcie odsyła do definicji o charakterze przedmiotowym[41] zawartej w art. 55^1 k.c., która określa przedsiębiorstwo jako zespół składników materialnych i niematerialnych służących do realizacji określonych zadań gospodarczych. Sprzedawcę, na gruncie SprzedKonsumU, należy zatem rozumieć jako osobę dokonującą sprzedaży rzeczy ruchomej w ramach działalności przedsiębiorstwa rozumianej funkcjonalnie, tzn. w ramach działalności zarobkowej i zorganizowanej[42].

5. Niezgodność towaru z umową

Uchwalenie SprzedKonsumU i jej wejście w życie, w ślad za Dyrektywą 99/44 (art. 2 oraz art. 3 ust. 1), stanowi odejście od tradycji rękojmi za wady rzeczy wraz z porzuceniem samego pojęcia wady[43]. Na to miejsce została wprowadzona przesłanka niezgodności towaru z umową. Nawiązuje ona do postanowień konwencji wiedeńskiej, która wprowadziła to pojęcie do europejskiego porządku prawnego oraz rozwiązań znanych systemowi *common law* (tzw. *breach of contract*). Przy porównaniu jednak przepisów SprzedKonsumU oraz regulacji kodeksowej rękojmi za wady rzeczy sprzedanej, nasuwa się oczywisty wniosek, iż zakresy pojęciowe niezgodności z umową oraz wady rzeczy w znacznej mierze się pokrywają[44].

---

40 J. Jezioro, *op. cit.*, art. 1, nb 23.
41 J. Pisuliński, *op. cit.*, nb 455.
42 M. Pecyna, *op. cit.*, art. 1, ust. 1, pkt 6.
43 *Ibidem*, pkt 4.
44 E. Łętowska, *Europejskie...*, s. 287.

Ponieważ zatem określenie niezgodności z umową jest nowością w systemach prawnych państw kontynentalnych, w tym także i polskim, nie sposób interpretować go w oderwaniu od aktów prawnych międzynarodowych.

Kryterium zgodności towaru z umową stanowi podstawowy warunek oceny odpowiedzialności sprzedawcy[45]. SprzedKonsumU implementując postanowienia Dyrektywy 99/44, przewiduje jednocześnie w art. 4 ust. 2 i 3 domniemania prawne co do istnienia niezgodności, które są oczywiście możliwe do obalenia.

5.1. Aspekt czasowy niezgodności

Istotnym elementem odpowiedzialności sprzedawcy jest istnienie wady w chwili wydania towaru. Okres dwuletni, w którym sprzedawca odpowiada wobec konsumenta, jest jedynie czasem na stwierdzenie uwidocznienia się tej niezgodności, ale w każdym przypadku musiała ona istnieć już w momencie wydania towaru konsumentowi. W tym miejscu należy także zaznaczyć, iż ustawodawca ustanowił domniemanie istnienia niezgodności towaru z umową z perspektywy momentu powstania tej niezgodności. Implementując odpowiednie postanowienia Dyrektywy 99/44, SprzedKonsumU stwierdza (w art. 4 ust. 1 *in fine*), iż jeśli niezgodność zostanie stwierdzona przed upływem 6 miesięcy od wydania towaru, domniemywa się, iż istniała ona w momencie jego wydania. Jeśli natomiast konsument stwierdzi niezgodność po upływie tego terminu, to na nim będzie spoczywał obowiązek udowodnienia, iż niezgodność istniała w chwili wydania[46].

Wydanie rzeczy może nastąpić przez dostawę, wręczenie, przekazanie kupującemu w sposób umożliwiający faktyczne władanie rzeczą[47]. Jak uważa J. Gołaczyński, wydanie rzeczy konsumentowi należy rozumieć jako jej wręczenie oraz odbiór (*traditio corporalis manicipio*)[48], przy czym przyjmuje się, iż odbioru rzeczy może dokonać zarówno kupujący, jak i osoba działająca na jego rzecz[49]. Taki sposób ujęcia momentu powstania odpowiedzialności sprzedawcy różni się od tego, który jest przyjęty na kanwie przepisów k.c. W przypadku odpowiedzialności z tytułu rękojmi za wady rzeczy, za moment właściwy dla przyjęcia odpowiedzialności sprzedawcy przyjmuje się, co do zasady, chwilę przejścia niebezpieczeństwa na kupującego (w przypadku wady fizycznej)[50].

---

45 M. Pecyna, *op. cit.*, art. 4.
46 E. Łętowska, *Europejskie...*, s. 288.
47 J. Jezioro, *op. cit.*, art. 4, nb 18.
48 *Ibidem*, art. 4, nb 17.
49 M. Pecyna, *op. cit.*, art. 4.
50 *Ibidem*, art. 4, ust. 1, nb 8.

5.2. Aspekt przedmiotowy niezgodności

Zagadnieniem, które z pewnością zasługuje na uwagę, jest także zakres przedmiotowy niezgodności towaru z umową, ponieważ to od tego pojęcia zależy właśnie odpowiedzialność sprzedawcy, z czym korelują odpowiednie uprawnienia konsumenta. Do zakresu przedmiotowego pojęcia należy zaliczyć wady fizyczne, wady prawne, brak ilościowy oraz tzw. *aliud*, czyli wydanie towaru innego od tego, który stanowił przedmiot umowy[51]. Można zatem stwierdzić, iż ustawowe pojęcie niezgodności towaru z umową jest w gruncie rzeczy odpowiednikiem wady rzeczy znanej polskiemu systemowi prawnemu z kodeksowej regulacji rękojmi za wady rzeczy sprzedanej.

Pierwszą uwagą, jaka nasuwa się na myśl przy porównaniu przepisów dyrektywy i ustawy jest brak konsekwencji polskiego ustawodawcy w implementacji przepisów wspólnotowych. Dyrektywa bowiem zobowiązuje sprzedawcę do dostarczenia towaru zgodnego z umową i następnie wymienia przesłanki, które muszą być spełnione, aby towar mógł być uznany za zgodny z umową. SprzedKonsumU z kolei jako przesłankę odpowiedzialności sprzedawcy ustala niezgodność towaru z umową, ale następnie podaje przesłanki stanowiące domniemanie zgodności towaru z umową[52]. Na marginesie należy zaznaczyć, iż przepisy art. 4 ust. 2-4 nie stanowią domniemania prawnego w przyjętym w doktrynie ścisłym znaczeniu tego słowa, a jedynie definiują pojęcie zgodności towaru z umową[53]. Przyjmuje się jednak, iż uznanie pewnych okoliczności przez ustawodawcę za domniemanie niezgodności towaru z umową zmienia ogólną zasadę rozkładu ciężaru dowodu z art. 6 k.c. W związku z tym, w przypadku spełnienia przesłanek jednego z domniemań, to sprzedawca będzie musiał wykazać, iż towar konsumpcyjny jest jednak zgodny z umową[54].

Zgodnie z treścią dyrektywy oraz SprzedKonsumU, aby przedmiot sprzedaży można było uznać za zgodny z umową, musiał on, w momencie jego wydania kupującemu:

- odpowiadać opisowi cech podanemu przez sprzedawcę oraz posiadać właściwości z przedstawionych próbek lub wzorów;
- nadawać się do szczególnych celów, jeśli konsument powiadomił o nich sprzedawcę i ten je zaakceptował;
- nadawać się do normalnych celów, do jakich zwyczajowo używa się przedmiot tego rodzaju;
- być towarem odpowiedniej jakości i odpowiednio wykonanym, zgodnie z racjonalnymi oczekiwaniami konsumenta w stosunku do towarów takiego samego typu;
- odpowiadać oczekiwaniom dotyczącym towarów tego rodzaju, opartych na składanych publicznie zapewnieniach sprzedawcy, producenta lub jego przedstawiciela oraz osoby,

[51] M. Pecyna, *op. cit.*, art. 4.
[52] *Ibidem*, art. 4.
[53] J. Pisuliński, *op. cit.*, nb 471.
[54] J. Jezioro, *op. cit.*, art. 4, nb 7.

która wprowadza towar konsumpcyjny do obrotu krajowego w zakresie działalności swojego przedsiębiorstwa, osoby która podaje się za producenta przez umieszczenie na towarze swojej nazwy, znaku towarowego lub innego oznaczenia odróżniającego[55];

- zostać prawidłowo zmontowany i uruchomiony, w przypadku gdy uczynił to w ramach umowy sprzedaży sprzedawca lub osoba, za którą sprzedawca ponosi odpowiedzialność albo kupujący, działając zgodnie z instrukcją otrzymaną przy sprzedaży.

Jak słusznie zauważyła E. Łętowska[56], odpowiedzialność sprzedawcy oparta na zapewnieniach reklamowych stanowi bardzo nowatorskie i doniosłe rozwiązanie. Oznacza to bowiem, iż na treść umowy wpływ mają nie tylko oświadczenia jej stron oraz że oświadczenia reklamowe mają rozszerzoną relewantność prawną.

Jeśli zobrazujemy to na przykładzie nowoczesnego telefonu komórkowego (tzw. *smartphonu*), powinien on posiadać następujące cechy, aby zostać uznany za zgodny z umową. Jeśli sprzedawca poinformował kupującego, że telefon, przykładowo, nie posiada blokady *sim lock*, to telefon takiej blokady posiadać nie może i w przeciwnym razie kupujący będzie miał prawo reklamować go jako towar niezgodny z umową. Jeśli dodatkowo klient poprosiłby sprzedawcę o zamontowanie białej obudowy i ten ostatni zgodził się, to klient ma prawo takiej obudowy oczekiwać i, ponownie, odstępstwo od ustalenia będzie oznaczało niezgodność z umową. Oczywiście, telefon musi umożliwiać wykonywanie połączeń, nawet jeśli strony tego nie uzgodniły przed zawieraniem umowy, ponieważ telefony zwyczajowo do tego służą. Podobnie konsument ma prawo oczekiwać, iż telefon będzie wykonany solidnie i nie ulegnie zniszczeniu przez noszenie w kieszeni spodni czy damskiej torebce, ponieważ standardowo w takich miejscach przechowuje się telefon. Dodatkowo, jeśli z reklam telewizyjnych producenta telefonu klient dowiedział się, iż umożliwia on łączenie się z siecią bezprzewodową Wi-Fi, a okaże się, iż sprzedany egzemplarz takiej funkcjonalności nie posiada, to towar należy uznać za niezgodny z umową nawet wtedy, gdy nie było to przedmiotem ustaleń stron.

6. Akty staranności kupującego

Jako podstawę odpowiedzialności sprzedawcy za wady rzeczy sprzedanej SprzedKonsumU ustala „niezgodność towaru z umową w chwili jego wydania". Niezbędnym jednak elementem dochodzenia roszczeń wobec sprzedawcy jest dokonanie przez konsumenta, w ciągu dwóch miesięcy od stwierdzenia niezgodności, tzw. aktu staranności[57]. Pojęcie to w znaczeniu

[55] *Ibidem*, art. 4, nb 9.
[56] E. Łętowska, *Europejskie...*, s.287.
[57] Moment stwierdzenia niezgodności, zdefiniowany jako moment, w którym konsument dowiedział się o niej *(a tempore scientiae)* jest także początkiem biegu terminu na zawiadomienie sprzedawcy o wadzie.

ogólnym oznacza obowiązki, od których uzależnione jest skorzystanie z uprawnień gwarancji bądź też rękojmi. Zalicza się do nich zbadanie jakości rzeczy i zawiadomienie sprzedawcy o ewentualnych wadach[58].

Jak można zauważyć po analizie tekstu SprzedKonsumU, zdecydowana większość obowiązków, jakie przewiduje ustawa, jest nałożona na sprzedawcę. Jest to zrozumiałe, ponieważ to właśnie sprzedawca jest podmiotem profesjonalnym i, co do zasady, lepiej przygotowanym niż konsument, a więc jest to pewien sposób wyrównania szans. Z drugiej jednak strony nie można wprowadzić modelu całkowicie chroniącego tylko jedną stronę stosunku prawnego. W przeciwnym bowiem razie mogłoby to doprowadzić do celu sprzecznego z zamierzonym poprzez obchodzenie przepisów ustawowych. Dlatego ustawodawca zarówno w przypadku odpowiedzialności z tytułu niezgodności towaru z umową, jak i przy nieodszkodowawczej odpowiedzialności z rękojmi za wady rzeczy sprzedanej (k.c.) wprowadził także pewne przesłanki ochrony sprzedawcy, umożliwiając mu jak najszybsze ustalenie występowania wady oraz blokujące nieuzasadnione żądania konsumentów. Znajdują one odzwierciedlenie właśnie w art. 9 SprzedKonsumU jak i art. 563 k.c., które zobowiązują konsumenta do dochowania aktów staranności[59]. Taka regulacja została zawarta także w konwencji wiedeńskiej (art. 39).

Rozwiązanie to jest jednak krytykowane w doktrynie. O ile bowiem konwencja wiedeńska zobowiązuje konsumenta do dokonania kontroli towarów w najkrótszym możliwym w danych okolicznościach terminie i następnie do zawiadomienia o ewentualnym braku zgodności towarów w rozsądnym terminie, o tyle Dyrektywa 99/44[60] oraz SprzedKonsumU przewidują jedynie obowiązek zawiadomienia sprzedawcy, bez obowiązku zbadania towaru. Rozwiązanie takie nie daje jednak żadnych możliwości zweryfikowania, kiedy kupujący rzeczywiście stwierdził niezgodność towaru z umową. Przy obecnej regulacji prawnej, przepis ten zdaje się więc być martwym, właśnie z powodu niezwykłych trudności dowodowych.

Wprawdzie SprzedKonsumU zawiera regulację odnoszącą się do sprawdzania stanu rzeczy[61], jednak w żadnym przypadku nie można odczytywać tego przepisu jako obowiązku zbadania przez kupującego właściwości przedmiotu umowy. Stanowi on jedynie o obowiązku umożliwienia konsumentowi takiej kontroli, aby mógł jeszcze przed zawarciem umowy sprzedaży upewnić się co do konkretnych cech rzeczy. Regulacja ta zasługiwałaby na pozytywną ocenę, gdyby nie fakt, iż ustawodawca nie przewidział żadnych sankcji za niedopełnienie tego obowiązku. Należy zatem stwierdzić, iż jest to kolejny przykład niekonsekwencji i braku logiki ustawodawcy przy uchwalaniu SprzedKonsumU.

---

[58] A. Kołodziej, *Konsumenckie prawo odstąpienia od umowy sprzedaży rzeczy*, Warszawa 2006, s. 136.

[59] J. Jezioro, *op. cit.*, art. 9, nb 1.

[60] Gwoli ścisłości należy wyjaśnić, iż Dyrektywa 99/44 w art. 5 ust. 2 jedynie upoważnia państwa członkowskie do wprowadzenia obowiązku zawiadomienia o stwierdzonej niezgodności, nie zobowiązując do takiej legislacji. Z uprawnienia tego skorzystała jednak zdecydowana większość państw członkowskich UE.

[61] Jej art. 3 ust. 3 zobowiązuje sprzedawcę do zapewnienia w miejscu sprzedaży odpowiednich warunków techniczno-organizacyjnych umożliwiających dokonanie wyboru towaru konsumpcyjnego i sprawdzenie jego jakości, kompletności oraz funkcjonowania głównych mechanizmów i podstawowych podzespołów.

Należy także zaznaczyć, iż ustawowy termin zawiadomienia jest dłuższy od tego przewidzianego w k.c. (art. 563 k.c. zobowiązuje do dokonania aktu staranności w ciągu jednego miesiąca od wykrycia wady). Co więcej, przedmiotowy termin jest terminem zawitym, co oznacza, że nie może on ulec zawieszeniu ani przerwaniu oraz nie może być zmodyfikowany zgodnie z wolą stron[62].

6.1. Sposób zawiadomienia

Zgodnie z brzemieniem art. 9 ust. 1 zd. 2 SprzedKonsumU do spełnienia obowiązku zawiadomienia sprzedawcy wystarczające jest wysłanie zawiadomienia przez kupującego przed upływem dwumiesięcznego terminu.

Doktryna nie jest natomiast zgodna co do kwalifikacji prawnej zawiadomienia sprzedawcy o wadach. W poprzednio obowiązującym stanie prawnym E. Łętowska uznała zgłoszenie wady za oświadczenie woli[63]. Nie zgadza się z tym poglądem natomiast A. Kołodziej[64], która argumentuje, iż nie w każdym przypadku konsument, zgłaszając wadę, kształtuje stosunek cywilnoprawny. Czasami bowiem ogranicza się on jedynie do zawiadomienia o wadach bez wykonywania uprawnień z tytułu gwarancji ustawowej. Na tej podstawie A. Kołodziej kwalifikuje ten akt jako oświadczenie wiedzy, czego konsekwencją jest niestosowanie do niego przepisów dotyczących formy czynności cywilnoprawnych. Również prof. J. Jezioro kwalifikuje zawiadomienie jako oświadczenie wiedzy, jednak wskazuje na potrzebę analogicznego stosowania przepisów dotyczących skuteczności złożenia oświadczenia woli[65]. Na gruncie natomiast przepisów kodeksowych prof. E. Gniewek przyjmuje, iż zawiadomienie o wadach fizycznych rzeczy sprzedanej jest „czynnością podobną do oświadczenia woli", a więc w drodze analogii można stosować do niej przepisy o przedstawicielstwie przy składaniu i odbieraniu takiego zawiadomienia[66].

Należy przychylić się do tego ostatniego poglądu, zgodnie z którym samego zawiadomienia o wystąpieniu niezgodności towaru z umową nie można uznać za oświadczenie woli, a jedynie oświadczenie wiedzy (podobnie także w przywoływanym przez B. Gawlika[67] wyroku SA w Krakowie z 14 stycznia 1992 r., I ACr 403/91, OSA w Krakowie w sprawach cywilnych i gospodarczych – rocznik II, poz. 3), ponieważ nie prowadzi ono do powstania, zmiany ani ustania stosunku prawnego. Dopiero następną czynność konsumenta – sprecyzowanie żądania,

[62] K. Pietrzykowski, *Kodeks cywilny. Komentarz,* Warszawa 2009, art. 563, nb 3.
[63] A. Kołodziej, *op. cit.*, s. 138, za: E. Łętowska, *op. cit.*, s. 416.
[64] A. Kołodziej, *op. cit.*, s. 139.
[65] J. Jezioro, *op. cit.*, art. 9, nb 4.
[66] E. Gniewek, *op. cit.*, art. 563, nb 6.
[67] B. Gawlik, *op. cit.*, art. 563, nb 2.

należy uznać za oświadczenie woli. Jednak z powodu doniosłych konsekwencji tego pierwszego, należy odpowiednio stosować przepisy o oświadczeniach woli.

W związku z powyższym, dla zawiadomienia sprzedawcy należy przyjąć kwalifikację z art. 61 k.c., to znaczy, iż można uznać, że zostało ono dokonane w momencie doręczenia mu informacji w sposób umożliwiający zapoznanie się z jego treścią. Jednak w odniesieniu do terminu tego zawiadomienia, ustawodawca posłużył się tzw. teorią wysłania, tj. złożenia zawiadomienia z zamiarem doręczenia adresatowi[68]. Kupujący musi dochować wszelkich wymogów koniecznych, aby zawiadomienie rzeczywiście wyruszyło w drogę do sprzedawcy, np. wysłanie listu poleconego[69]. Ustawa ponadto nie zawiera żadnych dodatkowych wymogów co do sposobu wykonania tego obowiązku, z czego wynika, iż może ono przyjąć dowolną formę, w tym także ustną[70]. Zgodnie jednak z ogólnym rozkładem ciężaru dowodu (art. 6 k.c.) to na konsumencie spoczywa obowiązek udowodnienia, iż w odpowiednim terminie zawiadomił sprzedawcę o niezgodności towaru z umową. Z tego względu, dla uniknięcia trudności dowodowych, zaleca się korzystanie ze środków przekazu umożliwiających potwierdzenie daty złożenia zawiadomienia, np. list polecony, telefax, pisemne potwierdzenie sprzedawcy wraz z datą itp. Należy także zaznaczyć, iż utrata uprawnień kupującego wskutek niepoinformowania sprzedawcy o stwierdzonej niezgodności wskazuje na zawity charakter tego terminu (podobnie jak termin przewidziany w art. 563 k.c.), co oznacza iż nie może być on dowolnie zmieniany wolą stron[71].

Niedokonanie zawiadomienia w terminie powoduje utratę uprawnień konsumenta, które przyznaje mu SprzedKonsumU. W doktrynie panuje jednak powszechnie pogląd, iż warunek ten zostanie spełniony także w przypadku wykonania jednego z uprawnień konsumenta w ciągu dwóch miesięcy od stwierdzenia niezgodności z jednoczesnym podaniem podstawy wykonania tego uprawnienia, czyli właśnie stwierdzonej niezgodności[72]. Co więcej, zawiadomienie sprzedawcy o stwierdzonych wadach powoduje przerwanie biegu terminu przedawnienia roszczeń (art. 10 ust. 3 SprzedKonsumU).

Istotne także jest, iż zarówno k.c., jak i SprzedKonsumU odróżniają obowiązek zawiadomienia sprzedawcy o wadach (art. 9 SprzedKonsumU) od zgłoszenia żądania – wykonania jednego z przysługujących uprawnień (art. 8 i art. 10 SprzedKonsumU). W związku z tym, zawiadomienie o wadzie i zgłoszenie żądania należy uważać za odrębne zdarzenia prawne[73].

Ponadto, w literaturze przyjmuje się, iż zawiadomienie sprzedawcy nie może mieć charakteru blankietowego i powinno dokładnie wskazywać rodzaj niezgodności i jej dokładny opis. Pomimo iż nie ma obowiązku jednoczesnego wyrażenia żądania konsumenta doprowadzenia towaru do

[68] M. Pecyna, *op. cit.*, art. 9.
[69] M. Pazdan, *op. cit.*, s. 332.
[70] J. Jezioro, *op. cit.*, art. 9, nb 6.
[71] *Ibidem*, art. 9, nb 7.
[72] A. Kołodziej, *op. cit.*, s. 138.
[73] *Ibidem.*, s. 137.

stanu zgodnego z umową, właściwe wydaje się jego umieszczenie w pierwszym piśmie kierowanym do sprzedawcy[74]. Uzasadnione jest to względami czysto pragmatycznymi. Najkorzystniejsze z punktu widzenia konsumenta jest bowiem szybkie doprowadzenie towaru do stanu zgodnego z umową, a sprzedawca nie może tego uczynić na podstawie samego zawiadomienia o niezgodności, ponieważ zgodnie z przepisami ustawy o sprzedaży konsumenckiej, to do konsumenta należy prawo wyboru pomiędzy naprawą i wymianą towaru na nowy. Z drugiej jednak strony, jak pokazuje doświadczenie, konsument może wysłać samo zawiadomienie bez sprecyzowania żądania, aby tylko dochować ustawowego terminu dwóch miesięcy, a następnie skontaktować się ze sprzedawcą w celu polubownego załatwienia sprawy i próby ustalenia takiego sposobu doprowadzenia towaru do stanu zgodności z umową, który będzie najkorzystniejszy dla obu stron.

Początkiem biegu terminu do zawiadomienia sprzedawcy jest powzięcie przez kupującego „pozytywnej wiedzy na temat konkretnego przejawu niezgodności". Z tego sformułowania wynikają dwie ważne konsekwencje. Po pierwsze, kupujący musi rzeczywiście stwierdzić niezgodność. Niewystarczające zatem będzie sformułowanie, iż w danych okolicznościach przy zachowaniu należytej staranności mógł on się dowiedzieć o niezgodności towaru z umową. Po drugie utrata uprawnień z powodu niezawiadomienie sprzedawcy o niezgodności towaru z umową dotyczy jedynie roszczeń związanych z tą konkretną niezgodnością. Jeśli w przyszłości kupujący dostrzeże nową niezgodność, to dwumiesięczny termin będzie liczony od nowa i kupującemu będą przysługiwały wszelkie uprawnienia przewidziane przez SprzedKonsumU w stosunku do nowo stwierdzonej niezgodności[75].

W celu porównaniu, należy zauważyć iż k.c. wyznacza krótszy termin do zawiadomienia sprzedawcy o wadzie – jeden miesiąc, a początek biegu tego terminu jest określony dwojako. Gdy w stosunkach danego rodzaju badanie przedmiotu jest przyjęte, miesięczny termin liczy się od upływu czasu, w którym przy zachowaniu należytej staranności kupujący mógł wykryć wadę; w przeciwnym razie nie ma obowiązku badania przedmiotu umowy i należy zawiadomić sprzedawcę o jej wadach w ciągu miesiąca od ich wykrycia[76]. Terminy te również mają charakter terminów zawitych. Obowiązek zbadania rzeczy w czasie i w sposób przyjęty przy rzeczach danego rodzaju znajduje zastosowanie jedynie w stosunkach dwustronnie profesjonalnych (art. 563 §2 k.c.).

[74] J. Jezioro, *op. cit.*, art. 9, nb 5.
[75] *Ibidem*, art. 9, nb 3.
[76] E. Gniewek, *op. cit.*, art. 563, nb 1.

7. Długość okresu odpowiedzialności sprzedawcy

Wydaje się, iż w praktyce poważny problem sprawia interpretacja związku pomiędzy obowiązkiem zawiadomienia o niezgodności towaru z umową (art. 9 ust. 1 SprzedKonsumU) a terminem odpowiedzialności sprzedawcy wobec konsumenta (art. 10 ust. 1 SprzedKonsumU).

Chodzi o problem zawiadomienia sprzedawcy o niezgodności towaru z umową już po upływie dwuletniego okresu od wydania towaru, ale w przypadku jej stwierdzenia przez konsumenta jeszcze przed jego upływem. W celu zobrazowania tej sytuacji warto zaproponować następujący przykład:

- 1 stycznia 2009 r. konsument nabywa rzecz ruchomą od sprzedawcy i w tym samym dniu jest mu ona wydana;
- 1 grudnia 2010 r. konsument stwierdza niezgodność towaru z umową;
- 31 grudnia 2010 r. upływa termin odpowiedzialności sprzedawcy;
- 15 stycznia 2011 r. konsument zawiadamia sprzedawcę o stwierdzonej niezgodności, jednocześnie żądając doprowadzenia towaru do stanu zgodnego z umową;
- 31 listopada 2011 r. upływa termin przedawnienia.

Inaczej rzecz ujmując, sprzedawca ponosi ryzyko wyjścia na jaw niezgodności w okresie dwóch lat od wydania towaru, jednak rzeczywisty termin dochodzenia roszczeń może być przy spełnieniu odpowiednich przesłanek znacznie dłuższy (por. rozważania poniżej)[77].

Przepisy art. 9 ust. 1 oraz art. 10 ust. 1 SprzedKonsumU wydają się jasne. Sprzedawca odpowiada wobec konsumenta w przypadku stwierdzenia niezgodności przed upływem 2 lat[78] od wydania towaru kupującemu, a kupujący ma obowiązek zawiadomienia sprzedawcy w ciągu dwóch miesięcy od stwierdzenia niezgodności. Na bazie przykładu przedstawionego powyżej jest zatem oczywiste, iż wszystkie przesłanki zostały spełnione i w przypadku zasadności roszczeń kupującego sprzedawca będzie zobowiązany do ich zadośćuczynienia.

Niestety, organizacje powołane do ochrony praw konsumentów interpretują te przepisy w sposób niejednolity, często nie dopuszczając możliwości samego zawiadomienia o niezgodności po upływie dwóch lat od wydania towaru. Powszechnym argumentem jest pogląd, iż zawiadomienie sprzedawcy jak w przykładzie powyżej stanowiłoby niedopuszczalne przedłużenie odpowiedzialności sprzedającego. Nie można się z tym jednak zgodzić, gdyż ustawa wyraźnie określa zakres czasowy odpowiedzialności sprzedawcy poprzez stwierdzenie niezgodności w ciągu dwóch lat od wydania towaru kupującemu. Co więcej, niedopuszczenie do samego zawiadomienia sprzedawcy po upływie dwóch lat od wydania towaru konsumentowi stanowiłoby niedopuszczalne ograniczenia ustawowych uprawnień tego ostatniego. Oznaczałoby to bowiem,

[77] Z. Radwański, *Zobowiązania: część szczegółowa*, Warszawa 2010, s. 73.

[78] W przypadku sprzedaży rzeczy używanej, strony mogą zgodnie skrócić długość odpowiedzialności sprzedawcy, jednak nie poniżej jednego roku.

iż pomimo stwierdzenia niezgodności w ustawowym terminie, konsument nie mógłby skorzystać z uprawnień przysługujących mu z mocy ustawy względem sprzedawcy.

Kluczowym momentem jest zatem stwierdzenie niezgodności towaru z umową. Przesądza ono zarówno o powstaniu odpowiedzialności sprzedawcy (przy dochowaniu odpowiednich wymogów przez konsumenta), jak i o możliwości (obowiązku) zawiadomienia sprzedawcy w ciągu kolejnych dwóch miesięcy, niezależnie od czasu, jaki upłynął od wydania towaru kupującemu. Co należy jednak podkreślić, nie dochodzi w takiej sytuacji bynajmniej do wydłużenia odpowiedzialności sprzedawcy. Odpowiada on wciąż tylko za niezgodność stwierdzoną w ustawowo przewidzianym okresie.

Analiza literatury przedmiotu skłania do wniosku, iż doktryna tak samo interpretuje związek tych przepisów. Termin odpowiedzialności sprzedawcy jest terminem na stwierdzenie niezgodności przez konsumenta, a nie na zgłoszenie jej sprzedawcy bądź na wykonanie uprawnień[79].

Terminy związane z instytucją rękojmi za wady rzeczy są krótsze od tych z gwarancji ustawowej. Zgodnie z art. 568 k.c. kupujący odpowiada przez rok od wydania towaru, a konsument ma miesiąc od wykrycia wady rzeczy na zawiadomienie o niej sprzedawcy. W przypadku okresu odpowiedzialności sprzedawcy regulacja kodeksowa i ustawowa są zatem tożsame, jeśli chodzi o początek obliczania terminu, natomiast w stosunku do momentu końcowego odpowiedzialności sprzedawcy k.c. stwierdza, iż również zawiadomienie o wadzie musi nastąpić w terminie roku od wydania rzeczy, gdy SprzedKonsumU wymaga jedynie stwierdzenia niezgodności w tym czasie.

Regulacja SprzedKonsumU stanowi implementację Dyrektywy 99/44, która z kolei wzorowana była na konwencji wiedeńskiej. Ta ostatnia jednak w art. 39 ust. 2 jako koniec terminu odpowiedzialności sprzedawcy wyznacza jego zawiadomienie przez kupującego, a dyrektywa (i za nią implementująca ją SprzedKonsumU) wymaga jedynie stwierdzenia niezgodności w tym terminie i następnie w ciągu dwóch miesięcy zawiadomienia o tym sprzedawcy[80].

Innym zagadnieniem są trudności dowodowe z tym związane, ponieważ ciężar dowodu co do momentu stwierdzenia niezgodności oraz nieprzerwania biegu przedawnienia spoczywa zgodnie z ogólną zasadą z art. 6 k.c. na sprzedawcy. W obliczu braku obowiązku badania stanu rzeczy przez kupującego taki dowód w większości przypadków może okazać się niemożliwy[81].

W związku z powyższym w praktyce, pomimo odpowiedzialności sprzedawcy jedynie w okresie dwóch lat od wydania towaru, konsument będzie mógł dochodzić roszczeń lub odstąpić od umowy w terminie do prawie trzech lat od wydania towaru. Możliwość taka zajdzie przy założeniu, iż konsument stwierdzi niezgodność tuż przed upływem dwóch lat od wydania towaru, następnie w ciągu dwóch miesięcy zawiadomi sprzedawcę o niezgodności i wykona

[79] J. Jezioro, *op. cit.*, art. 10, nb 5; J. Pisuliński, *op. cit.*, nb. 477.
[80] M. Pecyna, *op. cit.*, art. 10 ust. 1, nb 1.
[81] J. Jezioro, *op. cit.*, art. 10, nb 5.

uprawnienia z tego faktu wynikające przed upływem terminu przedawnienia przewidzianego w art. 10 ust. 2 SprzedKonsumU[82] (por. rozważania poniżej).

8. Przedawnienie

Przedawnienie roszczeń oznacza, iż po upływie określonego terminu przewidzianego przez ustawę zobowiązany może uchylić się od ich spełnienia, podnosząc zarzut przedawnienia. Po upływie tego terminu zobowiązanie przekształca się w zobowiązanie naturalne (niezupełne), co oznacza, iż zobowiązany może spełnić świadczenie jedynie dobrowolnie i uprawniony nie może ich dochodzić na drodze sądowej. Co więcej, ten przeciwko któremu roszczenie przysługuje, w przypadku jego spełnienia, nie może żądać zwrotu świadczenia[83].

Przedawnienie roszczeń kupującego przewiduje art. 10 ust. 2 SprzedKonsumU stanowiący implementację art. 5 ust. ust. 1 *in fine* Dyrektywy 99/44. Warto zauważyć, iż dyrektywa nie obliguje państw członkowskich do wprowadzenia przepisów odnośnie przedawnienia roszczeń, a jedynie określa, iż już obowiązujący w systemie prawnym termin przedawnienia nie może wygasnąć przed upływem terminu odpowiedzialności sprzedawcy, tj. dwóch lat od wydania towaru konsumentowi. W przypadku polskich przepisów prawa cywilnego nie było koniecznym wprowadzanie dodatkowego terminu przedawnienia do SprzedKonsumU, ponieważ zgodnie z zasadą jedności prawa cywilnego, zastosowanie znalazłyby przepisy art. 118 k.c.[84] ustanawiające trzyletni termin przedawnienia[85]. Należy więc traktować przepis art. 10 ust. 2 SprzedKonsumU jako ograniczenie uprawnień konsumenta w przypadku niezgodności towaru z umową.

W praktyce zatem, jak zostało to już zaznaczone powyżej, gdy konsument stwierdzi niezgodność w drugim roku od wydania towaru, to w rzeczywistości sprzedawca będzie zobowiązany do zadośćuczynienia roszczeniom kupującego nawet po upływie dwóch lat od wydania towaru (do momentu zakończenia biegu terminu przedawnienia)[86]. A wskutek zawieszenia bądź przerwania biegu terminu przedawnienia nawet jeszcze dłużej.

8.1. Termin przedawnienia

SprzedKonsumU zawiera autonomiczną definicję początku biegu terminu przedawnienia. Zgodnie z art. 10 ust. 2 tej ustawy jest nim stwierdzenie niezgodności towaru z umową. Jest

[82] *Ibidem*, art. 10, nb 12.
[83] *Ibidem*, art. 10, nb 10.
[84] Przepis art. 10 ust. 2 SprzedKonsumU stanowi *lex specialis* do art. 120 § 1 k.c.
[85] Który zatem nigdy nie skończyłby się przed upływem dwuletniego terminu odpowiedzialności sprzedawcy.
[86] J. Pisuliński, *op. cit.*, nb 505.

to zdarzenie niezależne od zawiadomienia sprzedawcy o niezgodności czy też wykonania jednego z przysługujących kupującemu uprawnień. Zgodnie natomiast z przepisem art. 120 k.c. bieg przedawnienia rozpoczyna się w momencie powstania wymagalności roszczenia. Wynika z tego, iż początek biegu przedawnienia roszczeń konsumenckich nastąpi zawsze wcześniej niż ich wymagalność. Roszczenia te stają się bowiem wymagalne w chwili wezwania sprzedawcy do ich spełnienia[87] bądź w momencie, w którym stałyby się wymagalne, gdyby takie roszczenie zostało sprzedawcy zgłoszone w najwcześniejszym możliwym terminie[88].

Termin przedawnienia, co do zasady, wynosi jeden rok, jednak w sytuacji, gdyby miał się on skończyć przed upływem terminu odpowiedzialności sprzedawcy, ulega on odpowiedniemu wydłużeniu. Co więcej, art. 10 ust. 2 w zw. z art. 10 ust. 1 SprzedKonsumU pozwala na wysunięcie wniosku, iż konsument będzie uprawniony do żądania wykonania roszczenia także po upłynięciu dwuletniego terminu pod warunkiem jednak, że stwierdził on niezgodność towaru z umową w ustawowym terminie i następnie zawiadomił o tym fakcie sprzedawcę w ciągu dwóch miesięcy. Nie dochodzi jednak do przedawnienia roszczeń w sytuacji, gdy sprzedawca w chwili zawierania umowy wiedział o niezgodności i nie zwrócił na to uwagi kupującego (art. 10 ust. 4 SprzedKonsumU).

Przewidziany w art. 10 ust. 2 SprzedKonsumU roczny termin do skorzystania z uprawnienia do odstąpienia od umowy jest również terminem zawitym, przy czym nie może on się skończyć przed upływem 2 lat od wydania towaru konsumentowi. Wydaje się jednak, iż do tego terminu powinien znaleźć zastosowanie, *par analogiam,* przepis art. 10 ust. 3 zd. 2 SprzedKonsumU o zawieszeniu biegu przedawnienia na czas wykonywania naprawy lub wymiany przez sprzedawcę oraz prowadzenia przez strony rokowań, ponieważ z uprawnienia do odstąpienia od umowy konsument może skorzystać dopiero w przypadku, gdy sprzedawca nie wykonał naprawy bądź wymiany towaru na nowy w odpowiednim czasie. Jak stwierdza prof. J. Pisuliński[89], rozwiązanie takie może być jednak dyskusyjne. SprzedKonsumU nie stanowi bowiem *expressis verbis* o przerwaniu biegu przedawnienia w stosunku do tego uprawnienia, a jedynie w odniesieniu do pozostałych uprawnień. W związku z tym, stosując literalnie przepisy SprzedKonsumU, może się zdarzyć tak, iż konsument nie będzie już uprawniony do odstąpienia od umowy sprzedaży rzeczy, ponieważ termin przedawnienia już minął, jednak wciąż będzie mógł żądać naprawy towaru lub wymiany na nowy.

Istotne jest także postanowienie art. 10 ust. 1 *in medio*, iż w przypadku wymiany towaru na nowy, termin odpowiedzialności sprzedawcy biegnie na nowo. Zgodnie z poglądami doktryny i orzecznictwem, w przypadku wymiany jedynie części towaru, termin powinno się liczyć osobno dla tej wymienionej części i osobno dla pozostałej części towaru. Tak samo należy stosować ten przepis w przypadku, gdy wymiany towaru na nowy dokonał nie sam sprzedawca,

[87] M. Pecyna, *op. cit.*, art. 10 ust. 2.
[88] J. Jezioro, *op. cit.*, art. 10, nb 11.
[89] J. Pisuliński, *op. cit.*, nb 506.

lecz gwarant na podstawie gwarancji komercjalnej. Można by argumentować, iż skoro to nie sprzedawca dostarczył konsumentowi nowy towar, to nie zostaje spełniona przesłanka „niezgodności towaru z umową w chwili wydania" i sprzedawca nie może odpowiadać za ten towar na podstawie przepisów SprzedKonsumU. Z drugiej jednak strony, co wydaje się bardziej przekonującym rozwiązaniem, można przyjąć, iż sprzedawca pośrednicząc w udzieleniu gwarancji, odnosi dodatkowe korzyści z tej sprzedaży (dzięki istniejącej na rynku konkurencji towar opatrzony gwarancją cieszy się większym powodzeniem). Ponadto, głównym zamierzeniem gwarancji komercjalnej jest rozszerzenie uprawnień kupującego, a więc nie powinna ona ograniczać jego praw wynikających z gwarancji ustawowej. Co więcej, sprzedawca odnosi już jedną korzyść w momencie zwolnienia go z odpowiedzialności za niezgodność z umową, w przypadku gdy konsument wysuwa swoje roszczenia przeciwko gwarantowi, a zwolnienie całkowite sprzedawcy z odpowiedzialności za towar nowo wydany stanowiłoby kolejną, nieuzasadnioną korzyść. Powyższe argumenty celowościowe przemawiają za interpretacją przepisów art. 10 ust. 1 *in medio* w taki sposób, że odpowiedzialność sprzedawcy za towar niezgodny z umową biegnie na nowo także w przypadku wymiany towaru w ramach gwarancji komercjalnej przez osobę trzecią (gwaranta)[90].

Bieg terminu przedawnienia z art. 10 ust. 2 przerywają[91] następujące zdarzenia: na bazie przepisów art. 10 ust. 3 zd. 1 SprzedKonsumU – zawiadomienie sprzedawcy o niezgodności; na bazie przepisów k.c. – wniesienie powództwa lub każda czynność przed sądem lub innym organem powołanym do rozpoznawania spraw lub egzekwowania roszczeń danego rodzaju albo przed sądem polubownym przedsięwzięta bezpośrednio w celu dochodzenia lub ustalenia albo zaspokojenia lub zabezpieczenia roszczenia (art. 123 §1 pkt 1 k.c.); uznanie roszczenia przez sprzedawcę (art. 123 §1 pkt 2 k.c.) oraz wszczęcie mediacji (art. 123 §1 pkt 3 k.c.). Przerwanie biegu przedawnienia w przypadku zawiadomienia sprzedawcy o niezgodności towaru z umową następuje w chwili jego doręczenia[92].

Uznanie roszczenia przez sprzedawcę może nastąpić w dwojaki sposób. Poprzez tzw. uznanie właściwe, czyli umowę sprzedawcy z konsumentem o potwierdzeniu istnienia obowiązku uczynienia zadość roszczeniom konsumenta (a więc naprawy, wymiany albo obniżenia ceny) lub poprzez tzw. uznanie niewłaściwe, czyli oświadczenie wiedzy sprzedawcy o istnieniu zobowiązania[93]. Na gruncie przepisów SprzedKonsumU do przerwania biegu przedawnienia poprzez uznanie roszczenia dojdzie zatem w momencie zawarcia umowy między sprzedawcą a konsumentem bądź w momencie upływu 14-dniowego terminu przewidzianego w art. 8 ust. 3 SprzedKonsumU, bądź w chwili, gdy konsument dowiedział się o zachowaniu sprzedawcy, które kwalifikuje się jako uznanie niewłaściwe.

---

[90] *Ibidem*, nb 478.

[91] Zgodnie z przepisem art. 124 §1 k.c. po każdym przerwaniu bieg przedawnienia liczy się na nowo.

[92] Wynika to z analogicznego stosowania przepisów art. 61 k.c.

[93] J. Jezioro, *op. cit.*, art. 10, nb 19.

Osobną instytucją jest zawieszenie terminu przedawnienia, które po ustaniu przeszkody zawieszającej biegnie dalej. Termin przedawnienia przewidziany w art. 10 ust. 2 SprzedKonsumU ulega zawieszeniu w czasie wykonywania naprawy lub wymiany, prowadzenia przez strony rokowań w celu ugodowego załatwienia sprawy (nie dłużej jednak niż przez trzy miesiące) oraz, zgodnie z art. 121 pkt 4 k.c., gdy z powodu siły wyższej konsument nie może dochodzić roszczeń przeciwko sprzedawcy. Wykonywanie naprawy lub wymiany oznacza każdą czynność sprzedawcy podjętą w celu doprowadzenia towaru do stanu zgodnego z umową, nawet te nieskuteczne, lub wymianę towaru na inny, który także jest niezgodny z umową – tak uważa prof. J. Pisuliński[94] oraz prof. J. Jezioro[95]. Nie wypowiada się wprost na ten temat natomiast M. Pecyna[96], chociaż wydaje się, iż prezentuje ona stanowisko odmienne, zgodnie z którym istotna jest skuteczna naprawa lub wymiana towaru (tzn. doprowadzenie go do stanu zgodności z umową).

Przepisy art. 10 ust. 3 należy rozumieć właśnie w taki sposób, jaki pośrednio można wyprowadzić z komentarza M. Pecyny. Przyjęcie bowiem, iż końcem zawieszenia terminu przedawnienia jest nawet nieskuteczna naprawa bądź wymiana w praktyce oznaczałoby, iż sprzedawca może swoimi działaniami doprowadzić do szybkiego wznowienia biegu przedawnienia, co byłoby niekorzystne dla konsumenta, a przecież ustawa o sprzedaży konsumenckiej ma na celu głównie ochronę tego ostatniego. Jeśli natomiast interpretować omawiany przepis w ten sposób, iż dopiero w momencie skutecznego doprowadzenia do stanu zgodności z umową dochodzi do wznowienia biegu przedawnienia, sprzedawca miałby, mówiąc potocznie, dodatkowy bat nad sobą, który motywowałby go do szybkiego i właściwego załatwienia sprawy. Należy przyjąć także, iż co do zasady trzymiesięczny termin przewidziany przez art. 10 ust. 3 SprzedKonsumU, podczas którego może ulegać zawieszeniu bieg przedawnienia, będzie okresem wystarczająco długim, aby wymagać od sprzedawcy spełnienia w jego ramach żądania konsumenta.

Problemu tej nieskutecznej naprawy lub wymiany nie rozwiązują także postanowienia Dyrektywy 99/44, na co zwrócono uwagę w Zielonej Księdze w sprawie przeglądu dorobku wspólnotowego w dziedzinie praw konsumenta z 8.2.2007 r., (KOM(2006) 744 final)[97].

Rokowania, o których mówi art. 10 ust. 3 SprzedKonsumU, oznaczają negocjacje sprzedawcy z konsumentem, które mają na celu wybranie takiego sposobu doprowadzenia towaru do stanu zgodności z umową, który będzie najkorzystniejszy dla obu stron. Za początek tego okresu zawieszenia uważa się zaoferowanie przez jedną ze stron sposobu polubownego załatwienia sprawy. W literaturze pojawił się jednak pogląd, zgodnie z którym, jeśli to konsument rozpoczyna proces negocjacji, konieczne jest także ich podjęcie przez sprzedawcę. Gdy to

[94] J. Pisuliński, *op. cit.,* nb 505.
[95] J. Jezioro, *op. cit.,* art. 10 nb 23.
[96] M. Pecyna, *op. cit.,* art. 10 ust. 3.
[97] *Ibidem*, art. 10, nb 23.

jednak sprzedawca jako pierwszy proponuje ugodowy sposób załatwienia sporu niezależnie od odpowiedzi konsumenta, należy to uznać za początek okresu zawieszenia biegu terminu przedawnienia. Taka wykładnia jest uważana za prokonsumencką i zgodną z głównym celem SprzedKonsumU, którym jest ochrona praw konsumenta jako strony słabszej stosunku prawnego z umowy sprzedaży[98], z czym należy zgodzić się w całej rozciągłości.

Co więcej, jeśli kupujący byłby osobą małoletnią lub osobą ubezwłasnowolnioną całkowicie, pod warunkiem, iż nie pozostaje ona pod władzą rodzicielską ani nie ustanowiono dla niej opiekuna, lub osobą częściowo ubezwłasnowolnioną bez ustanowionego kuratora lub też osobą będącą w stanie uzasadniającym ubezwłasnowolnienie całkowite, wobec której nie orzeczono ubezwłasnowolnienia, to bieg przedawnienia liczy się od dnia ustanowienia przedstawiciela ustawowego albo od dnia, w którym ustała przyczyna jego ustanowienia[99]. Dochodzi w takiej sytuacji do wstrzymania rozpoczęcia biegu przedawnienia. Ciężar dowodu tych okoliczności spoczywa na konsumencie zgodnie z ogólną zasadą dotyczącą rozkładu ciężaru dowodu wyrażoną w art. 6 k.c., co jednak wydaje się zadaniem dość łatwym, ponieważ powszechnie w literaturze przedmiotu przyjmuje się, iż wystarczy udowodnić występowanie choroby psychicznej w dwóch momentach, aby domniemać[100], iż choroba ta występowała także pomiędzy nimi[101].

9. Dyrektywa w sprawie praw konsumentów

8 października 2008 r. Komisja Europejska przedstawiła projekt Dyrektywy w sprawie praw konsumentów[102]. Jego opracowanie zostało poprzedzone szerokimi konsultacjami odnośnie przyszłej treści dyrektywy. Formalny początek tym konsultacjom dało przyjęcie 8 lutego 2007 r. Zielonej Księgi w sprawie przeglądu dorobku wspólnotowego w dziedzinie praw konsumenta podsumowującej także dotychczasowy stan prawnej ochrony konsumentów. Jak wykazały przeprowadzone badania, skutkiem zastosowania minimalnego poziomu harmonizacji w dotychczas obowiązujących dyrektywach konsumenckich jest znaczna rozbieżność legislacyjna pomiędzy poszczególnymi państwami członkowskimi[103]. Także zgodnie z badaniami Eurobarometr 2008 stanowi to główną przeszkodę w transgranicznej sprzedaży. Wskazuje się także,

98 *Ibidem*, art. 10, nb 24.
99 *Ibidem*, art. 10, nb 14.
100 Jest to tzw. domniemanie faktyczne.
101 E. Gniewek, *Kodeks cywilny: komentarz,* Warszawa 2006, s. 274.
102 Dyrektywa Parlamentu Europejskiego i Rady w sprawie praw konsumentów, KOM(2008) 614, zwana dalej dyrektywą.
103 A. Kurowska, *Implementacja dyrektywy o sprzedaży konsumenckiej do porządków prawnych wybranych Państw Członkowskich,*" „ „Problemy Współczesnego Prawa Międzynarodowego Europejskiego i Porównawczego", vol. VI, A.D. MMVII, s. 116; EuroCommerce, *Consumer Rights Directive. Suggestion for Amendments*, 2009.

iż jednolita regulacja praw konsumentów na terenie całej UE pozwoliłaby na znaczne obniżenie kosztów administracyjnych w przypadku sprzedaży poza granicami jednego kraju.

Prace legislacyjne nad Dyrektywą w sprawie praw konsumentów zostały natomiast zapoczątkowane rezolucją Parlamentu Europejskiego z dnia 16 lipca 2007 r. zalecającą przyjęcie nowego, jednolitego aktu prawnego w formie dyrektywy horyzontalnej. Nowa dyrektywa miałaby zastąpić cztery akty prawa wtórnego obowiązujące obecnie:

- Dyrektywę z dnia 20 grudnia 1985 r. w sprawie ochrony konsumentów w odniesieniu do umów zawartych poza lokalem przedsiębiorstwa (85/577/EWG),
- Dyrektywę z dnia 20 maja 1997 r. w sprawie ochrony konsumentów w przypadku umów zawieranych na odległość (97/7/WE),
- Dyrektywę z dnia 5 kwietnia 1993 r. w sprawie nieuczciwych warunków w umowach konsumenckich (93/13/EWG), wprowadzone do polskiego porządku prawnego Ustawą z dnia 2 marca 2000 r. o ochronie niektórych praw konsumentów oraz o odpowiedzialności za szkodę wyrządzoną przez produkt niebezpieczny (Dz.U. z 2000 r. Nr 22 poz. 271 z późn. zm.),
- Dyrektywę z dnia 25 maja 1999 r. w sprawie niektórych aspektów sprzedaży towarów konsumpcyjnych i związanych z tym gwarancji (1999/44/WE) wprowadzoną do polskiego porządku prawnego Ustawą z dnia 27 lipca 2002 r. o szczególnych warunkach sprzedaży konsumenckiej oraz o zmianie Kodeksu cywilnego (Dz. U. z 2002 r. Nr 141, poz. 1176).

Od uchwalenia ostatniej dyrektywy konsumenckiej (1999/44/WE) upłynęło już ponad 11 lat. W tym czasie doszło do powstania i upowszechnienia się nowych metod sprzedaży ściśle związanych z postępującą informatyzacją i komputeryzacją społeczeństwa. Takie sposoby zawierania umów jak internetowe aukcje czy zakupy za pośrednictwem telefonów komórkowych wymagają nowych rozwiązań prawnych chroniących prawa konsumentów. W obecnych czasach mogą oni bowiem porównywać ceny tego samego towaru oraz dokonywać zakupów w różnych państwach członkowskich. Szacuje się, iż w 2013 roku roczny przychód tylko ze sprzedaży internetowej w skali całej Europy osiągnie 291 miliardów euro[104]. W sytuacji zatem, gdy coraz częściej obywatele UE mają do czynienia z prawem konsumenckim, konieczne jest jego maksymalne uproszczenie i zbliżenie ponad granicami poszczególnych państw. Konieczne jest umożliwienie pewnego i bezpiecznego dokonywania zakupów oraz, co ważniejsze, skutecznego egzekwowania praw w przypadku, gdy z jakichś powodów towar okaże się nie taki, jak tego oczekiwano lub klient po prostu rozmyśli się.

Dyrektywy, które zostały poddane przeglądowi, zawierają tzw. klauzule minimalnej harmonizacji, co oznacza, iż państwa członkowskie mogą zastosować przepisy przyznające konsumentowi większą ochronę, jednak nie mogą zejść poniżej pewnego minimum protekcji

[104] http://europa.eu/rapid/pressReleasesAction.do?reference=MEMO/08/609&format=HTML&aged=0&language=EN, [10.01.2011].

określonego w tekście tych dyrektyw. Wybór takiego sposobu regulacji praw konsumentów w Unii Europejskiej doprowadził jednak do znacznych rozbieżności pomiędzy ustawami poszczególnych państw członkowskich implementujących dyrektywy konsumenckie. Efektem tego jest niechęć przedsiębiorców do sprzedaży transgranicznej, co w konsekwencji pociąga za sobą negatywne skutki dla samych konsumentów. Przekłada się to także na niski poziom zaufania konsumentów do zakupów w innych państwach członkowskich.

Ponadto, z licznych sondaży przeprowadzonych wśród przedsiębiorców wynika, iż koszty związane z fragmentaryczną regulacją sprzedaży konsumenckiej w różnych państwach członkowskich są zbyt wysokie i stanowią jedną z barier stojących na drodze ku upowszechnieniu sprzedaży transgranicznej. Te koszty znajdują także odzwierciedlenie w wyższych cenach końcowych oferowanych produktów.

Głównym celem dyrektywy, zaprezentowanym w jej projekcie, jest przyczynienie się do prawidłowego funkcjonowania rynku wewnętrznego w relacji przedsiębiorca-konsument i osiągnięcie wysokiego poziomu ochrony konsumenckiej[105]. Zebranie praw konsumenckich w jednym akcie prawnym[106] oraz podwyższenie poziomu ochrony konsumenckiej powinno doprowadzić do zwiększenia zaufania konsumentów do transgranicznej sprzedaży oraz zachęcenia sprzedawców do prowadzenia takiej działalności.

Najważniejsze założenia projektu dyrektywy są następujące:

- przed zawarciem umowy poza lokalem przedsiębiorcy lub na odległość sprzedawca powinien dostarczyć konsumentowi najważniejsze informacje dotyczące towaru;
- konsumentowi przysługuje 14-dniowe prawo odstąpienia od umowy bez podawania przyczyny w przypadku sprzedaży poza lokalem przedsiębiorstwa lub umów zawieranych na odległość (np. online);
- dyrektywa zawiera listę tzw. klauzul abuzywnych, które nie powinny obowiązywać w przypadku umów nieuzgadnianych indywidualnie;
- moment przejścia na konsumenta ryzyka za kupiony towar zostaje ustalony na moment faktycznego objęcia w posiadanie przedmiotu umowy przez konsumenta;
- sprzedawca odpowiada wobec konsumenta za niezgodność towaru z umową w okresie dwóch lat od momentu przejścia ryzyka na kupującego.

Niezmiernie istotną różnicą pomiędzy obecnie obowiązującymi dyrektywami i projektem nowej jest przewidziany sposób harmonizacji, chociaż zmienił się on nieco w trakcie prac nad tekstem dyrektywy. Pierwotny projekt przewidywał bowiem całkowite odejście od zasady harmonizacji minimalnej na rzecz pełnej harmonizacji[107]. Wskazywał na to wprost art. 4 projektu

[105] Uzasadnienie projektu dyrektywy w sprawie praw konsumentów, pkt 6.

[106] W wyniku negocjacji zawężono nieco zakres przedmiotowy projektowanej dyrektywy, wyłączając z jej treści m.in. sprzedaż usług finansowych, usług socjalnych, usług opieki zdrowotnej, gry hazardowe online.

[107] Uzasadnienie projektu dyrektywy; Pozytywnie ocenił to także EuroCommerce w: EuroCommerce, *Consu-*

dyrektywy, który zakazywał utrzymywania oraz wprowadzania do prawa krajowego przepisów sprzecznych z postanowieniami zawartymi w jej projekcie. W zamierzeniu autorów, taka konstrukcja dyrektywy w sprawie praw konsumentów spowodowałaby utworzenie jednolitych reguł prawnych odnoszących się do sprzedaży towarów konsumentom niezależnie od przepisów prawa krajowego. Dzięki temu zarówno sprzedawcy, jak i konsumenci mogliby opierać się na jednym akcie prawnym niezależnie od miejsca zawarcia umowy. Znacznie uprościłoby to także dochodzenie praw konsumentom poprzez usunięcie bariery psychologicznej i prawnej związanej z dokonywaniem zakupów w państwie, którego system prawny jest im zupełnie obcy.

Znaczącą nowością w odniesieniu do obecnie obowiązującej Dyrektywy 99/44 jest także inna definicja momentu przejścia ryzyka utraty lub uszkodzenia towarów na konsumenta. W projekcie dyrektywy jako moment ten przyjmuje się faktyczne wejście w posiadanie danego towaru przez konsumenta lub osobę trzecią przez niego wskazaną, ale inną niż przewoźnik[108]. Konsekwentnie, moment przejścia ryzyka stanowi podstawę do stwierdzania innych stanów prawnych. To właśnie wtedy musi istnieć niezgodność towaru z umową, aby uzasadnić odpowiedzialność sprzedawcy[109]. Od tego momentu liczy się też dwuletni termin, w którym sprzedawca odpowiada wobec kupującego[110]. Podejście takie należy ocenić pozytywnie, ponieważ upraszcza ono i wyjaśnia wiele potencjalnych problemów. W związku z coraz powszechniejszą sprzedażą na odległość (głównie za pośrednictwem Internetu) mogłoby bowiem dochodzić do trudności interpretacyjnych w omawianym zakresie, a z pewnością wymagałoby każdorazowego sięgania do ustaw krajowych, co stanowiłoby dodatkową przeszkodę w sprzedaży transgranicznej. Jednolite reguły obowiązujące we wszystkich państwach członkowskich powinny natomiast zniwelować powyższe utrudnienia.

Ponadto, możliwość wprowadzenia obowiązku poinformowania sprzedawcy o stwierdzonej niezgodności przez konsumenta do krajowych porządków prawnych spowodowała znaczne rozbieżności pomiędzy prawami poszczególnych państw członkowskich, powodując dodatkowe bariery w handlu. Czerpiąc z tych doświadczeń, prawodawca europejski pierwotnie zdecydował się na zobligowanie państw członkowskich do implementacji stosownego przepisu do krajowych porządków prawnych[111], jednak z obowiązku notyfikacji zrezygnowano całkowicie w tekście projektu przyjętym 24.03.2011r. przez Parlament Europejski[112], co w świetle rozważań przedstawionych powyżej należy ocenić pozytywnie[113].

mer Rights Directive. Suggestion for Amendments, 2009.

[108] Dyrektywa, art. 23.

[109] Dyrektywa, art. 25.

[110] Dyrektywa, art. 28 ust. 1.

[111] Dyrektywa, art. 28 ust. 4.

[112] http://www.europarl.europa.eu/sides/getDoc.do?type=TA&reference=P7-TA-2011-0116&language=EN&ring=A7-2011-0038 [13.06.2011]

[113] Chodzi w tym miejscu o brak możliwości zweryfikowania dokładnego momentu stwierdzenia niezgodności towaru z umową.

Wszystko to powinno się przyczynić do wspierania rozwoju rynku wewnętrznego w jednym z jego najważniejszych aspektów – sprzedaży konsumenckiej, poprzez zapewnienie właściwej równowagi pomiędzy wysokim poziomem ochrony konsumentów, konkurencyjności przedsiębiorstw oraz poszanowaniu zasady pomocniczości[114].

9.1. Opinie na temat projektu

Ogłoszenie projektu dyrektywy sprowokowało kolejną dyskusję na temat kierunku rozwoju europejskiego prawa umów konsumenckich. Różne instytucje i organizacje w wielu państwach członkowskich organizowały konferencje naukowe, debaty publiczne i badania. Znamienne jest, iż część postulatów została uwzględniona w trakcie prac legislacyjnych i znalazła odzwierciedlenie w nowej wersji projektu dyrektywy. Najważniejsze poglądy i odpowiadające im zmiany przedstawiono poniżej.

W ocenie Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów, który w 2009 r. zorganizował konferencję naukową poświęconą projektowi dyrektywy, nowelizacja wspólnotowego prawa zapewniająca w pełni zharmonizowane przepisy przyczyni się do popularyzacji zakupów internetowych pomiędzy obywatelami różnych państw członkowskich oraz do poprawy sytuacji słabszych uczestników rynku oraz zwiększenia ich wiedzy[115].

EuroCommerce[116] ogólnie pozytywnie ocenił projekt dyrektywy jako akt prawny, który rzeczywiście może przyczynić się do znacznego usprawnienia zakupów konsumenckich wewnątrz Unii Europejskiej, jednak wskazuje na konieczność zachowania odpowiedniej równowagi pomiędzy prawami konsumentów oraz przedsiębiorców. W ocenie organizacji należy zadbać o to, aby przedsiębiorcy nie ponosili niewspółmiernie wysokich kosztów z tytułu zawieranych umów konsumenckich, bo to mogłoby doprowadzić do osłabienia rynku wewnętrznego.

Członkowie najliczniejszej partii politycznej w Parlamencie Europejskim (Europejskiej Partii Ludowej – Europejscy Demokraci) podczas prac Komisji Rynku Wewnętrznego[117] wyrazili stanowisko, iż pomimo niezwykłej wagi proponowanej dyrektywy i wielu pozytywnych zmian, jakie wnosi, ogranicza się ona jedynie do najistotniejszych problemów relacji przedsiębiorca -konsument. Pozostałe kwestie, nieuznane przez prawodawcę europejskiego jako podstawowe, ale również istotne z punktu widzenia praktyki, pozostają w zakresie regulacji krajowych, co nie sprzyja dalszej harmonizacji tej dziedziny prawa. Jako przykład podano uregulowanie okresu odstąpienia od umowy i stwierdzenia, iż standardowy formularz powinien być użyty

[114] Dyrektywa, motyw 4.

[115] http://www.gazetapodatnika.pl/artykuly/co_zmieni_nowa_dyrektywa_w_sprawie_praw_konsumentowa_10180.htm, [10.01.2011].

[116] Organizacja reprezentująca sektory handlu detalicznego, hurtowego i międzynarodowego w Europie.

[117] http://www.eppgroup.eu/press/showpr.asp?PRContentID=13680&PRContentLG=en&PRControlDocTypeID=1&PRControlID=7854, [10.01.2011].

w tym celu, ale nie przewiduje już żadnych przepisów na temat harmonizacji sposobu dostarczenia takiego formularza konsumentowi. Należy zauważyć, iż Komisja Rynku Wewnętrznego wzięła pod uwagę powyższe sugestie i zmieniona wersja projektu dyrektywy w załączniku I (B) zawiera modelowy formularz odstąpienia od umowy.

Organizacja zrzeszająca europejskich przedsiębiorców BusinessEurope wyraziła aprobatę w stosunku do projektu dyrektywy, zwracając szczególną uwagę na pozytywny wpływ zasady pełnej harmonizacji na wspomaganie transgranicznej sprzedaży konsumenckiej[118]. W podobnym tonie wypowiadała się także EuroCommerce, wyrażając nadzieję, iż przyjęcie tej dyrektywy przyniesie korzyści zarówno przedsiębiorcom, jak i konsumentom. Podobne zdanie prezentowały także takie organizacje przedsiębiorców jak BEUC[119].

Pomimo jednak pozytywnych opinii wielu środowisk Komisja Europejska pod naciskami rządów państw członkowskich oraz Parlamentu Europejskiego postanowiła odejść od planu całkowitej harmonizacji prawa konsumenckiego. Niektóre państwa członkowskie, implementując dyrektywy obowiązujące do tej pory, przewidziały korzystniejsze z punktu widzenia konsumenta przepisy (np. dłuższy okres ochrony). Pełna harmonizacja doprowadziłaby zatem do osłabienia praw konsumentów w tych państwach. Zaproponowano zatem przyjęcie minimalnej harmonizacji w odniesieniu do niektórych aspektów obrotu konsumenckiego, takich jak sprzedaż bezpośrednia, aby umożliwić państwom członkowskim utrzymanie różnych, ale zawsze korzystniejszych przepisów prawnych.

Co więcej, Europejski Komitet Ekonomiczno-Społeczny wyraził pogląd, iż zakres regulacyjny Dyrektywy 1999/44 powinien być całkowicie wyłączony z treści nowej dyrektywy, ponieważ w żaden sposób nie przyczynia się do podniesienia poziomu ochrony konsumentów, a czasem nawet go obniża. Jako przykład podano termin domniemania niezgodności towaru z umową. W obecnie obowiązującej Dyrektywie 1999/44 sześciomiesięczny termin domniemania, iż niezgodność istniała w chwili wydania towaru, stanowi jedynie wymagane minimum. Zgodnie z zasadą harmonizacji minimalnej nic nie stoi więc na przeszkodzie, aby państwa członkowskie wprowadziły dłuższy okres domniemania, natomiast w świetle użytej w pierwotnej wersji projektowanej Dyrektywy zasady pełnej harmonizacji, każde państwo członkowskie musiałoby wprowadzić okres domniemania trwający dokładnie 6 miesięcy, nawet jeśli wcześniej przewidywało dłuższy termin. Również i ten postulat znalazł odzwierciedlenie w ostatnio przedstawionym projekcie dyrektywy, stanowiąc, iż państwa członkowskie mogą wprowadzić bądź utrzymać dłuższe okresy obarczające sprzedawcę ciężarem dowodu okoliczności, iż niezgodność towaru z umową nie istniała w momencie jego wydania kupującemu[120].

Wprowadzenie do projektu dyrektywy dodatkowo zasady harmonizacji minimalnej spotkało się jednak z negatywną opinią ze strony trzech największych organizacji zrzeszających

[118] http://www.euractiv.com/en/food/business-hails-new-eu-consumer-rights-plan/article-176221, [10.01.2011].
[119] Europejska Organizacja Konsumencka.
[120] Art. 28 ust. 3a.

przedsiębiorców z całej Unii Europejskiej: UEAPME[121], BusinessEurope[122] i EuroCommerce. We wspólnym liście organizacje wskazują, że pomieszanie zasad pełnej i minimalnej harmonizacji w ramach jednego aktu dotyczącego tak doniosłych prawnie zagadnień ani nie poprawi pewności prawnej, ani nie wyeliminuje fragmentaryczności prawa konsumenckiego w Europie. Ich zdaniem nie powinno się wprowadzać również odrębnych regulacji w odniesieniu do sprzedaży bezpośredniej oraz internetowej, ponieważ może to doprowadzić do zaburzenia konkurencji.

Również organizacja BEUC wyraziła zaniepokojenie planowanym zróżnicowaniem prawnym sprzedaży bezpośredniej i sprzedaży na odległość. Zgodziła się jednak ze stanowiskiem Komisji Europejskiej, iż wprowadzenie zasady pełnej harmonizacji do prawa konsumenckiego spowodowałoby osłabienie ochrony konsumentów w niektórych krajach[123].

EuroCommerce podziela pogląd o konieczności wprowadzenia klauzul pełnej harmonizacji, ponieważ obecne zróżnicowanie przepisów odnośnie sprzedaży konsumenckiej spowodowało liczne bariery przed zawieraniem umów pomiędzy konsumentami i przedsiębiorcami z różnych krajów[124].

Można starać się zrozumieć podejście prawodawcy unijnego, który musi wypracować pewien kompromis. Z jednej strony znajdują się obecnie obowiązujące rozwiązania w omawianym zakresie, które biorąc pod uwagę fakt, że niektóre państwa członkowskie skorzystały z możliwości, jakie daje zasada harmonizacji minimalnej, przewidują rozwiązania korzystniejsze z punktu widzenia konsumentów niż te proponowane w projekcie dyrektywy. Z drugiej natomiast strony stoi chęć jak najdalszego zbliżenia ustawodawstw państw członkowskich, aby zapewnić konsumentom i przedsiębiorcom jak najbardziej przejrzyste ramy prowadzenia transgranicznej sprzedaży. Rozwiązanie mieszające założenia zarówno harmonizacji minimalnej, jak i maksymalnej może przyczynić się do całkowicie zbędnego zagmatwania. Bardziej pożądane byłoby zachowanie pierwotnych założeń, leżących u podstaw nowej dyrektywy, a więc maksymalne uproszczenie prawa konsumenckiego poprzez zastosowanie harmonizacji maksymalnej.

10. Wnioski

Zgodnie z przedstawionymi powyżej rozważaniami kupującemu przysługuje ochrona prawna, gdy w pewnym okresie od wydania towaru ujawnią się wady rzeczy. W zależności

[121] Europejskie Stowarzyszenie Rzemiosła, Małych i Średnich Przedsiębiorstw.
[122] Konfederacja Europejskiego Biznesu.
[123] http://www.euractiv.com/en/food/commission-backs-down-consumer-rights-harmonisation-news-448959, [10.01.2011]
[124] *EuroCommerce suggestion for amendments*, s. 2.

od okoliczności danego stanu faktycznego kupujący może dochodzić roszczeń od sprzedawcy w oparciu o przepisy k.c. (sprzedaż pomiędzy przedsiębiorcami lub konsumentami znajdującymi się na terenie Rzeczypospolitej Polskiej), SprzedKonsumU (umowa sprzedaży zawarta pomiędzy przedsiębiorcą i konsumentem) lub konwencji wiedeńskiej (umowy pomiędzy przedsiębiorcami prowadzącymi działalność w różnych państwach).

Zgodnie z brzmieniem SprzedKonsumU sprzedawca odpowiada wobec konsumenta, jeśli niezgodność towaru z umową zostanie stwierdzona w ciągu dwóch lat od dnia wydania towaru kupującemu. Biorąc jednak pod uwagę termin na zawiadomienie sprzedawcy o stwierdzonej niezgodności, terminy przedawnienia wraz z możliwością ich zawieszenia lub przerwania, praktyczna możliwość dochodzenia roszczeń względem sprzedawcy może ulec znacznemu wydłużeniu. Należy jednak podkreślić, iż w żadnym z tych przypadków nie dochodzi do przedłużenia samego termin odpowiedzialności sprzedawcy. Zawsze bowiem musi zostać spełniona przesłanka z art. 10 ust. 1 SprzedKonsumU, zgodnie z którą najistotniejszy jest fakt s t w i e r d z e n i a niezgodności towaru w okresie dwóch lat od jego wydania kupującemu. Tylko w takim przypadku kupujący może dochodzić swoich roszczeń przeciwko sprzedawcy i tylko wtedy możliwość ich dochodzenia może wykroczyć poza dwuletni okres od wydania towaru. Omawiając to zagadnienie, należy jednak negatywnie ocenić brak ustawowego obowiązku zbadania stanu rzeczy w określonym terminie, gdyż przy spoczywającym na sprzedawcy ciężarze dowodu co do momentu stwierdzenia niezgodności, praktycznie niemożliwe jest udowodnienie konsumentowi, kiedy to zdarzenie miało miejsce. Nieuczciwy konsument, wykorzystując tę lukę prawną, mógłby zatem wydłużyć swoje uprawnienie do zbadania rzeczy i stwierdzenia istniejących niezgodności do okresu 2 lat i 2 miesięcy od wydania towaru.

Projekt Dyrektywy w sprawie praw konsumentów w brzmieniu przyjętym 01.02.2011 r. przewiduje pewne zmiany w stosunku do omawianego zagadnienia, które w praktyce nie będą się jednak znacznie różniły od obecnego rozwiązania. Jak to zaprezentowano powyżej, całkowicie zrezygnowano z określenia terminu do zawiadomienia sprzedawcy o stwierdzonej niegodności towaru z umową, lecz nadal doniosłym prawnie będzie moment stwierdzenia danej niezgodności, a w odniesieniu do dochodzenia roszczeń przeciwko sprzedawcy znajdą zastosowanie wszystkie pozostałe uwagi poczynione powyżej.

Pewnym zagrożeniem dla pierwotnego celu stawianego dyrektywie jest pomieszanie w jednym akcie zasad harmonizacji minimalnej i maksymalnej. Z pewnością jednak dużym ułatwieniem z punktu widzenia zarówno przedsiębiorców, jak i konsumentów będzie zebranie dotychczasowych czterech dyrektyw w jednym akcie prawnym. Już sam ten zabieg powinien przyczynić się do zwiększenia przejrzystości prawa unijnego, a pośrednio także prawa państw członkowskich w zakresie ochrony konsumentów. Ci ostatni będą mieli bowiem jeden punkt odniesienia – nową dyrektywę, która zapewni im jednakowe unormowania w zakresie chociażby obowiązków informacyjnych, terminu dostawy towaru czy możliwości rozwiązania umowy zawartej na odległość lub poza lokalem przedsiębiorstwa.

Z punktu widzenia polskiego konsumenta, w zakresie omawianego zagadnienia, a więc rzeczywistej długości odpowiedzialności sprzedawcy za niezgodność towaru z umową, nowa dyrektywa w praktyce wiele nie zmieni. W dalszym bowiem ciągu państwa członkowskie muszą zachować przynajmniej dwuletni termin odpowiedzialności sprzedawcy od wydania towaru kupującemu i w dalszym ciągu krytycznym będzie moment stwierdzenia niezgodności towaru z umową, a więc wszelkie rozważania na ten temat zaprezentowane powyżej zachowają swoją aktualność. Na negatywną ocenę zasługuje jedynie w tym zakresie brak obowiązku zbadania cech i właściwości towaru przez konsumenta w konkretnym okresie. Stanowiłoby to znaczne ułatwienie i mogłoby przyczynić się do zmniejszenia ilości sporów na linii przedsiębiorca-konsument.

Miejmy nadzieję, iż Dyrektywa w sprawie praw konsumentów, która obecnie po wprowadzeniu pewnych zmian przez Parlament Europejski oczekuje na dalsze głosowanie[125], zostanie przyjęta w kształcie, który rzeczywiście uprości konsumentom dokonywanie zakupów w dowolnie wybranym państwie członkowskim, a przedsiębiorcom umożliwi obniżenie kosztów prowadzenia transgranicznej działalności.

[125] http://www.europarl.europa.eu/oeil/FindByProcnum.do?lang=2&procnum=COD/2008/0196, [10.01.2011].

Mikołaj Rogowski[1]

E-commerce w znakach chińskich, czyli wpływ prawa własności intelektualnej na terenie Chińskiej Republiki Ludowej na światowy handel elektroniczny

Diàn zǐ shāng wù to nic innego jak *e-commerce* w języku chińskim. Wyrażenie to składa się w dwóch słów: *diàn zǐ*, czyli elektryczny oraz *shāng wù*, czyli biznes. W odróżnieniu od często wykorzystywanego słowa *wēijī* oznaczającego kryzys, a będącego również połączeniem dwóch słów: niebezpieczeństwo i okazja, *diàn zǐ shāng wù* nie kryje w sobie dodatkowego, zaskakującego znaczenia. Nie można jednak bagatelizować tego, jak duży wpływ na światową wymianę w ramach handlu elektronicznego ma poziom realnej ochrony dóbr intelektualnych na terenie Chińskiej Republiki Ludowej. Założeniem pracy jest przekrojowe zarysowanie zagadnień z zakresu obowiązującego w ChRL prawa własności intelektualnej i jego wpływu na światowy handel elektroniczny.

1. Wstęp

Idea ochrony dóbr intelektualnych nie jest w Chinach ideą nową. Jak pisze profesor William Alford[2], pierwsze chińskie prawo dotykające tej materii, wprowadzające obowiązek uzyskania

[1] Absolwent WPiA UJ, stypendysta Uniwersytetu Jiao Tong w Szanghaju.
[2] W. Alford, *To Steal a Book is an Elegant Offence*, [w:] *Intellectual Property Law in Chinese Civilization*, Stanford University Press, 1995.

zgody władz na publikację klasycznych dzieł chińskich, pochodzi z czasów dynastii Tang i datowane jest na rok 835.

Ponad tysiąc lat później, w okresie rządów Mao Tse-tunga, na terenie Chin oprócz konstytucji obowiązywały jedynie dwie inne ustawy: prawo karne oraz prawo małżeńskie. Wraz z tzw. wielkim otwarciem Chin, które rozpoczęło się za rządów Denga Xiaopinga, podejście zarówno do prawa, jak i do własności intelektualnej uległo zmianie. W 1980 Chiny przystąpiły do Światowej Organizacji Własności Intelektualnej (World Intellectual Property Organization – WIPO), a dwa lata później prawodawca chiński wprowadził pierwsze prawo autorskie Chińskiej Republiki Ludowej.

Ukoronowaniem wysiłków polegających na wprowadzaniu standardów ochrony prawnej, w tym własności intelektualnej (Intellectual Property – IP), było bez wątpienia przyjęcie Chin do Światowej Organizacji Handlu (*World Trade Organization* – WTO) w 2001 roku. Obecnie Chiny są stroną w konwencji berneńskiej, konwencji TRIPS, konwencji paryskiej oraz konwencji madryckiej. Kraj ten posiada również pełny katalog ustaw regulujących ochronę dóbr intelektualnych.

Stan prawny wydaje się gwarantować zatem przestrzeganie międzynarodowych standardów ochrony praw własności intelektualnej, niestety, jest to wrażenie złudne.

Według danych statystycznych podanych przez amerykańskie służby celne, w roku 2008 na granicy USA przechwycono ponad 221 milionów podróbek pochodzenia chińskiego. Liczba ta czyni Chiny źródłem 81% przedmiotów zatrzymanych przez te służby w 2008 roku[3]. Kraj Środka kompletnie deklasuje swych rywali w tej dziedzinie. Dla porównania Indie, zajmujące drugie miejsce w tym rankingu, są krajem pochodzenia jedynie 6% przemycanych przedmiotów.

Skala procederu polegającego na bezprawnym kopiowaniu jest na terenie Chin ogromna. Znaczące chińskie marki również nie stronią od implementowania w swych produktach cudzych rozwiązań bez zgody uprawnionych. Przykładem tego jest nagłośniona w mediach niemieckich sprawa dotycząca koncernu Shuanghuan oraz produkowanego przezeń modelu samochodu CEO, który jest idealnym odwzorowaniem modelu marki BMW.

Jak kształtuje się linia orzecznicza sądów chińskich w tego typu sprawach? W sprawie BMW i CEO oraz przy rozpatrywaniu podobnej skargi dotyczącej skopiowania przez Great Wall Motors modelu Panda produkowanego przez Fiata, sądy chińskie orzekły, iż powództwa były bezpodstawne.

Zawiśli chińscy sędziowie przy rozpatrywaniu spraw zmuszeni są do orzekania, mając świadomość, iż znad litery prawa, która w praktyce może być w Chinach naginana, na ich działania spoglądają oczy lokalnych działaczy partyjnych i przedstawicieli rządu w Pekinie[4]. Sądy

---

3 Intellectual Property Rights Seizure Statistics: FY 2008, U.S. Customs and Border Protection, http://www.cbp.gov [28.06.2009].

4 C. Minzner, *Responsibility Systems: Institutional Responses to Principal-Agent Problems in Chinese Law and Governance*, http://www.usasialaw.org/?p=431 [01.01.2009].

nierzadko dokonują ważenia między racjami stron a potencjalnymi konsekwencjami wyroku, takimi jak utrata miejsca pracy w regionie czy też wpływ na renomę marki chińskiej[5]. Nie bez znaczenia pozostaje również odejście od popularnego w orzecznictwie sądów chińskich w sprawach dotyczących dóbr intelektualnych trendu, polegającego na uprzywilejowaniu stron będących podmiotami zagranicznymi, na rzecz tendencji protekcjonalistycznej. Brak wiarygodnych, tworzonych niezależnie od rządu chińskiego statystyk dotyczących działalności sądów oraz ograniczenia dostępu do treści uzasadnień wielu z orzeczeń dodatkowo pogłębiają niepewność drogi sądowej.

Stronom umożliwia się korzystanie z alternatywnej względem sądowej drogi, jaką zapewnia procedura administracyjna. Owa procedura jest zdecydowanie mniej skomplikowana, a dochodzenie za jej pomocą praw jest mniej czasochłonne, niemniej jednak i ta nie jest wolna od wad. Warto tu wskazać chociażby to, iż kary nakładane przy wykorzystaniu tej procedury są wyjątkowo niskie[6].

Wytworzone nielegalnie na terenie Chin produkty zalewają rynki całego świata. Nieoryginalny produkt najłatwiej można zbyć w ramach coraz popularniejszego handlu elektronicznego: ograniczona możliwość zbadania produktu oraz brak specjalistycznej wiedzy kontrahenta sprzyjają obrotowi nielegalnym towarem.

Przykładem obrazującym, jak poważny jest to problem, jest kazus popularnego serwisu aukcyjnego Ebay. Serwis ten, próbując przeciwdziałać zalewowi imitacji, wprowadził szereg rozwiązań mających na celu uniemożliwienie sprzedaży podrobionych przedmiotów. Owe środki opierały się m.in. na zakazie wystawiania markowych produktów przez sprzedawców z terenu ChRL czy też na wprowadzeniu systemu umożliwiającego producentom markowych produktów dostęp do dedykowanego oprogramowania służącego do wyszukiwania oraz zgłaszania aukcji, na których oferowane są nielegalne produkty. Środki te w praktyce okazały się niewystarczająco skuteczne, a właściciele praw, nie mając możliwości efektywnego dochodzenia w Chinach swych racji, skierowali swe roszczenia wobec spółki Ebay.

W wyroku w sprawie *Tiffany (NJ) inc. and Tiffany and Company, v. Ebay, inc.*[7], wydanym przez United States District Court Southern District of New York, sąd oddalił pozew opierający się na zarzutach słynnego producenta biżuterii. Tiffany argumentowało, iż Ebay z racji pobieranych za swe usługi opłat jest w istocie współodpowiedzialny za sprzedaż nielegalnych produktów.

Z podobnymi zarzutami wystąpiła do sądu francuskiego grupa LVMH (właściciel praw do takich marek jak Dior, Guerlain, Kenzo czy Givenchy). Orzekając, sąd francuski przyjął odmienne stanowisko niż jego amerykański odpowiednik. Orzeczono, iż Ebay nie zapewnił

---

5 R. Ordish, A. Adcock, *China Intellectual Property Challenges and Solutions An Essential Buisness Guide*, 2008.

6 H.J.H. Wheare, *Building and Enforcing IP Value*, 2005, www.buildingipvalue.com/n_ap/380_383.htm. [1.06.2009].

7 WL 2755787 No. 04 Civ. 4607, S.D.N.Y., 2008.

wystarczająco efektywnych środków w celu zapobieżenia sprzedaży nielegalnych kopii oryginalnych produktów grupy LVMH. Sąd zakazał sprzedaży perfum marek należących do powoda we wszystkich światowych oddziałach serwisu aukcyjnego, dopóki istnieć będzie możliwość nabycia za ich pomocą produktów powoda z terytorium francuskiego. Abstrahując od podnoszonych przez Ebay w odpowiedzi na treść wyroku, zresztą słusznych, zarzutów dotyczących tego, iż sąd francuski nie posiada wystarczającej jurysdykcji, by decydować w sprawach dotyczących całej światowej sieci internetowej, mamy tu do czynienia z wyrokiem sygnalizującym swą treścią jeden z najbardziej poważnych problemów, z którymi boryka się obecnie konsumencki e-commerce. Źródłem omawianego problemu jest nieefektywność chińskiego systemu ochrony własności intelektualnej.

2. Stan ochrony

Obraz świata, w którym z Chinami nie należy się liczyć, można zwyczajnie ignorować czy też swobodnie grozić im sankcjami, w XXI wieku posiada rację istnienia jedynie w książkach historycznych. Globalne spowolnienie gospodarcze i związane z nim perturbacje jeszcze wybitniej uwidoczniły to, że Chin nie można traktować jak nowicjusza na arenie międzynarodowej, ale jako równorzędnego partnera.

Wydawałoby się, że skutecznym sposobem wywierania nacisku na chiński system prawny jest korzystanie z szeroko pojętych kanałów międzynarodowych. Tak zdecydowali się uczynić przedstawiciele rządu Stanów Zjednoczonych, składając zapytanie w materii spełniania przez system chiński standardów ochrony własności intelektualnej wynikających z wiążących ten kraj zobowiązań międzynarodowych. Prośba o zaopiniowanie przedstawionych wątpliwości trafiła przed Organ Rozstrzygania Sporów Światowej Organizacji Handlu w sierpniu 2007 roku[8], a zapytanie dotknęło trzech kwestii.

Analizę warto zacząć od najbardziej obrazowego, ostatniego z zarzutów przedstawionych przez stronę amerykańską. Zgodnie z brzmieniem czwartego artykułu chińskiego prawa autorskiego utwory, których publikacja i dystrybucja jest zabroniona przez prawo chińskie, nie spełniały wymagań definicji utworu, a co za tym idzie znajdowały się poza ochroną zapewnianą przez prawo autorskie.

W praktyce oznaczało to, iż każde dzieło, które nie zostało zaakceptowane przez chińską cenzurę, mogło być, przynajmniej z punktu widzenia owej ustawy, dowolnie kopiowane, reprodukowane i rozpowszechniane na terenie Chin.

Organ rozstrzygający przychylił się w tej kwestii do zarzutów przedstawionych przez stronę amerykańską. W swej opinii stwierdził, iż artykuł 4 prawa autorskiego ChRL wprowadzający

[8] Raport WS/DS362, www.wto.org/english/tratop_e/dispu_e/362r_conc_e.pdf, [22.06.2009].

ową wyłączającą część definicji nie spełnia wymagań stawianych przez art. 41.1 Porozumienia w sprawie Handlowych Aspektów Praw Własności Intelektualnej.

Druga część prośby o opinię dotyczyła chińskiej procedury celnej. Jej konstrukcja dawała organom celnym możliwość wyboru procedury obchodzenia się z przechwyconymi produktami. Organy mogły zdecydować się na przekazanie przechwyconych nielegalnych kopii na cele charytatywne albo też na umożliwienie ich wykupu przez uprawnionego do dobra intelektualnego. Uprawniony poszkodowany związany był zgodnie z procedurą trzydniowym, biegnącym od dostarczenia powiadomienia o możliwości wykupu, terminem na wyrażenie zainteresowania odkupieniem skonfiskowanych produktów. W przypadku, w którym niemożliwe było obejście się z przedmiotami w jeden z opisanych wyżej sposobów, organ celny organizował publiczną aukcję, na której przedmioty te po wcześniejszym usunięciu z nich cech czyniących je nielegalnymi były licytowane. Oczywiście, trudno sobie wyobrazić, na czym usunięcie takich cech mogłoby polegać np. przy licytacji nielegalnych nośników filmów. W sytuacji, gdy żadne z powyższych rozwiązań nie było możliwe, organy celne zobowiązane były do zniszczenia kontrabandy. Organ rozstrzygający również i w tej materii przychylił się do zarzutów przedstawionych przez reprezentantów USA, argumentujących, iż taka procedura rażąco koliduje z wiążącymi Chiny postanowieniami art. 46 TRIPS.

Trzecia z poruszonych przez przedstawicieli USA wątpliwość dotyczyła wymagań stawianych przez prawo karne materialne dotyczących odpowiedzialności karnej produkującego czy też handlującego nielegalnymi produktami. Skarga ta nie dotyczy samej materii chińskiej ustawy karnej, lecz treści stanowiących część chińskiego prawa – ogłaszanych przez Najwyższy Sąd Ludowy linii interpretacyjnych przepisów prawa. Korzystając z okazji przedstawienia tej instytucji, warto wskazać, iż pomimo bazowania systemu chińskiego na doktrynie i prawie niemieckim przejawia on również dużą ilość instytucji wzorowanych na systemie common law.

W przypadku prawa karnego Najwyższy Sąd Ludowy Chin wypowiedział się w materii interpretacji takich pojęć prawa karnego jak „duża" (ang. huge) oraz „znaczna" (ang. relatively huge) ilość sporządzonych lub sprzedanych nielegalnych kopii oraz osiągniętych z tytułu takiej działalności korzyści. Określenie liczby wytworzonych kopii poniżej 500 sztuk jako pozostającej poza zasięgiem sankcji prawa karnego skłania do zadania pytania, czy ustawa chińska mogła być w istocie efektywna (liczba ta została obniżona w reakcji na złożenie przez USA zapytania w omawianej sprawie, pierwotnie wymagano minimum 1000 sztuk). Strona amerykańska argumentowała, iż tak brzmiące prawo sprzeczne jest z wymaganiami art. 61 TRIPS.

W tej kwestii organ rozstrzygający przyznał rację stronie chińskiej. Organ WTO orzekł, iż rzeczywiście należy się liczyć z dużym prawdopodobieństwem, że z powodu treści interpretacji sankcje przewidziane przez ustawę karną będą w wielu przypadkach nieefektywne, niemniej jednak nie przedstawiono wystarczająco przekonujących dowodów, by można było uznać, iż pomimo nałożenia tych ograniczeń, prawo karne ChRL nie będzie spełnia wymogów porozumienia TRIPS.

Opinia WTO została, jeszcze przed opublikowaniem jej oficjalnej wersji, okrzyknięta przez stronę amerykańską jako bezprecedensowe zwycięstwo. Należałoby jednak zadać sobie pytanie, czy naprawdę opinię tę można traktować jako przełomowe zwycięstwo, tak jak chciał ją widzieć poprzedni rząd amerykański.

Jak nietrudno sobie wyobrazić, rzadko jak dotąd mieliśmy do czynienia z wykorzystaniem trzeciej z przewidzianych przez prawodawcę alternatyw, opierającej się na niszczeniu nielegalnych kopii. Obowiązująca procedura prowadziła często do czysto kuriozalnych sytuacji, w których raz przechwycone i skonfiskowane przedmioty trafiały z powrotem w ręce podmiotu odpowiedzialnego za ich wytworzenie. Czy jednak zmiana procedury wpłynie wymiernie na ilość podrobionych produktów, które trafiają na inne rynki? Licząca dziesiątki lat sieć *guanxi*, czyli sieć kontaktów osobistych, dzięki którym proceder przemytu funkcjonuje, nie ugnie się pod ciężarem drobnej w istocie nowelizacji procedury.

Jakich transformacji należy oczekiwać po zmianie legalnej definicji dzieła w rozumieniu ustawy chińskiej? Rozpatrzenie tego aspektu wymaga krótkiego wstępu obrazującego sytuację na terenie Chin.

Przemysł związany z produkcją nielegalnych produktów rozrósł się w Chinach na niespotykaną skalę, co wybitnie widoczne jest w sektorze dystrybucji dzieł audiowizualnych. Obecnie na terenie całego Kraju Środka nielegalna produkcja oraz dystrybucja utworów jest nierzadko lepiej zorganizowana i zarządzana niż ta, której przedmiotem są produkty legalne. Część wytwórców posiada pozycję, której mogliby pozazdrościć legalni dystrybutorzy. Niektórym z tych podmiotów udało się nawet wykształcić własne, rozpoznawalne przez konsumentów marki, utożsamiane z lepszą jakością kopii. Poziom bezkarności tego przemysłu (bo chyba tak należy nazywać proceder o tak dużej skali) jest dla osób żyjących w naszych europejskich realiach niewyobrażalny. Nielegalne kopie są powszechnie dostępne na ulicach miast, na terenie miejsc atrakcyjnych turystycznie, a nawet na półkach sklepowych, tuż obok oryginałów.

Jak piszą Lucy Montgomery i Michael Keane[9], coraz częściej spotykaną praktyką jest kontaktowanie się w celu negocjacji kupna oryginalnego fonogramu przedstawicieli nielegalnie działających dystrybutorów z zagranicznymi dystrybutorami, których filmy zostały zablokowane na ternie Chin przez cenzurę. Nierzadko negocjacje takie kończą się porozumieniem między stronami.

Pod rządami zmienionego prawa autorskiego sytuacja w tym aspekcie ulegnie nikłej zmianie – jedynie na taką, w której czyn zabroniony spełniać będzie jeden typ więcej. Nawet Państwowa Chińska Akademia Nauk Socjologii stwierdza otwarcie w swym studium na temat piractwa, że głównym jego powodem nie są luki w prawie autorskim, lecz działanie cenzury,

[9] L. Montgomery, M. Keane, *Learning to Love the Market: Copyright, Culture and China*, [w:] *Intellectual Property Rights and Communications in Asia*, red.: P.N. Thomas, J. Servaes, New Delhi, 2006, s. 262.

która zwyczajnie spowalnia i hamuje legalną dystrybucję dzieł, a tym samym tworzy pustkę, której wypełnienia domagają się konsumenci[10].

Podważanie skuteczności przepisów karnych w przeciwdziałaniu piractwu było w istocie jedynym polem, na którym strona amerykańska mogła wywrzeć realny wpływ na stan ochrony dóbr intelektualnych na terenie Chin. W każdym aspekcie systemu chińskiego odczuwalne jest nadal istnienie pozostałości systemu planowego, a służby prewencyjne nie są tutaj wyjątkiem. Bardziej restrykcyjne normy w połączeniu z wizją premii związanych ze zwiększeniem efektywności dałyby owym służbom motywację do bliższego przyjrzenia się lokalnym sprzedawcom oraz producentom.

Komentatorzy słusznie zwracają uwagę, iż część skargi dotycząca prawa karnego została oparta o dowody, których treść nie mogła dawać realnych szans na przychylne rozstrzygnięcie, składały się one bowiem głównie z doniesień prasowych. Słusznie wskazywał jeszcze długo przed wyrokiem Danny Friedmann w swym „Paper Tiger or Roaring Dragon", iż „Nic nie wskazuje, by ograniczenia ilościowe były niezgodne z TRIPS. Linia interpretacyjna i jej metody obliczeniowe mogą wpływać negatywnie na efektywność tychże sankcji, nie wyklucza to jednak tego, iż tak ograniczone sankcje karne same w sobie spełniają wymagania art. 61 TRIPS"[11]. Dlaczego pomimo tego ewidentnie nieprzygotowana strona amerykańska zdecydowała się wystąpić z tym aspektem zapytania? Jak się wydaje, trafnym byłoby założenie, iż źródłem owej kulawej części skargi mogło być wyjątkowo aktywne w dziedzinie IP lobby amerykańskiego przemysłu muzycznego i filmowego[12].

Mamy zatem przed sobą decyzję, która nie powinna satysfakcjonować żadnej ze stron. Chiny kolejny raz zostały słusznie napiętnowane za luki w swym prawnym systemie, zaś zapowiedzi zwycięstwa USA okazały się jedynie pustymi słowami. Strona amerykańska nie zdecydowała się na odwoływanie się od omawianej opinii, a strona chińska implementowała zmiany w dwóch zagadnieniach wynikających z opinii DS362.

Powyższa analiza skłania do refleksji nad tym, czy mechanizmy WTO służące do obrony praw IP są w praktyce wystarczająco skuteczne. Obecnie USA, Unia Europejska, Japonia, Australia i inne podmioty prawa międzynarodowego prowadzą zdynamizowane faktem omawianego orzeczenia negocjacje dotyczące takich inicjatyw jak nowy traktat ACTA[13]. Przy rozważaniach nad owymi alternatywnymi drogami ochrony można postawić pytanie, czy w obecnej sytuacji geopolitycznej można nowe rozwiązania kształtować bez czynnego udziału strony chińskiej.

---

[10] *Study of the Impact of Movie Piracy on China's Economy*, Chinese Academy of Social Sciences, 2006.

[11] D. Fridmann, *Paper Tiger or Roaring Dragon, China's TRIPs implementations and enforcement*, University of Amsterdam, 2007, s. 82.

[12] D. Harris, www.chinalawblog.com, [22.06.2009].

[13] Anti-Counterfeiting Trade Agreement, http://trade.ec.europa.eu/doclib/docs/2008/june/tradoc_139085.pdf [26.06.2009].

3. Konkluzja

Podczas zorganizowanej 23 lutego przez IDST konferencji[14], której przedmiotem była omówiona wyżej opinia, profesor Peter Yu, dyrektor Intellectual Property Law Center, Drake University Law School w Indiana (USA), podkreślał, że decyzja ta może mieć istotne znaczenie w kształtowaniu dalszych stosunków między USA a Chinami. Skarga pokazuje, że USA nie zamierza stronić od wykorzystywania procedur WTO w celu wywierania nacisku na Chiny, a co za tym idzie, już sam fakt zaistnienia sporu będzie miał pozytywny wpływ na efektywność działań strony chińskiej w implementacji standardów ochrony IP. Peter Yu zwraca dalej uwagę na to, iż strona chińska także korzysta z zaistnienia tego sporu, poszerzając swoją znajomość procedur WTO i zyskując dodatkowo lepsze zrozumienie zobowiązań, jakie na niej ciążą w związku z byciem sygnatariuszem TRIPS. Dodaje także, iż fakt wykorzystania przez ciało rozstrzygające wykładni zawężającej przy definiowaniu „skali komercyjnej" w rozumieniu art. 61.1 TRIPS w odniesieniu do rynku lokalnego, może być w przyszłości podnoszony jako argument w podobnych sporach przed WTO.

Pozostali mówcy podkreślali, że treść tej decyzji przede wszystkim wpłynie pozytywnie na świadomość w sferze praw własności intelektualnej zarówno w Chinach, jak i innych krajach rozwijających się.

Według najnowszego raportu opublikowanego 20 lutego 2008, a dotyczącego badań opinii przeprowadzonych przez American Chamber of Commerce in Shanghai[15], 73% zagranicznych przedsiębiorców prowadzących działalność na ternie Chin, widzi zmiany w ochronie IP na terenie Chin jako priorytetowe dla dalszego rozwoju ich przedsiębiorstw.

Istotny wpływ na kształt prawa mają także przemiany zachodzące obecnie w społeczeństwie chińskim oraz ewolucja rynku towarów oferowanych na terenie ChRL. Wzrost tzw. klasy średniej, a wraz z nią zwiększenie się świadomości konsumentów, będą obijały się na sposobie zapatrywania się społeczeństwa chińskiego na znaczenie marki czy designu.

Przemiany te z pewnością wykorzystają również producenci oryginałów, by uczynić swoje produkty jeszcze bardziej atrakcyjnymi przez obniżki cen czy wzmożoną promocję. A czy w kraju tak wielkim i zróżnicowanym jak Chiny istnieje lepsza od handlu elektronicznego forma sprzedaży?

Chiński rynek e-commerce prezentuje niebagatelny potencjał. Nie znaczy to jednak, iż zdobycie chińskiego konsumenta jest zadaniem prostym. Serwis Ebay, mimo swych wartych

---

[14] *International Centre for Trade and Sustainable Development, The WTO US-China Panel Report: Findings and Implications for the Future of IPRs Enforcement*, http://www.iprsonline.org/ictsd/Dialogues/2009-02-23/2009-02-23_desc.htm, [26.06.2009].

[15] *China Manufacturing Competitiveness 2008-2009*, The American Chamber of Commerce in Shanghai, 2008, http://www.amcham-shanghai.org/AmChamPortal/MCMS/Presentation/Publication/PublicationCustomization/Content.aspx?Type=1&GUID={F3CDAEBE-75CB-4010-8539-84F704637EE1}&tb_Name=PublicationCustomization, [26.06.2009].

ponad 200 milionów dolarów inwestycji, po ledwie rocznej działalności zamknął swój chiński oddział z powodu braku zainteresowania oraz napotkanych przeszkód prawnych. Temu światowemu gigantowi wymiany za pomocą środków elektronicznych pozostało jedynie wejście w *joint venture* z lokalnym dostawcą internetowych usług aukcyjnych EachNet[16]. Ebay przegrał w walce z potentatem chińskiego handlu elektronicznego, jakim jest chińska firma Alibaba.

Korzystając z nadal nikłego zainteresowania prawodawcy handlem elektronicznym i licznych luk prawnych, Alibaba tworzy elastyczne oraz wolne od wielu ograniczeń środowisko wymiany gospodarczej. W 2008 serwis Alibaba przekroczył barierę 23 milionów transakcji, prześcigając pod tym względem ilość klientów korzystających z takich sieci handlowych na terenie Chin jak Wall-Mart. We wrześniu 2008 roku w firmie Alibaba zatrudnionych było 12000 pracowników, zaś rok później obroty przedsiębiorstwa wynosiły 350 milionów dolarów[17].

Dane te nie pokazują jednak w pełni, jak duży potencjał wiąże się z tą formą handlu na terenie Kraju Środka.

Zgodnie z badaniami przeprowadzonymi na zlecenie The Economist[18], w grudniu 2008 Chiny stały się krajem z największą – 180 milionów – liczbą użytkowników Internetu. Chińskich użytkowników Internetu jest obecnie o 10 milionów więcej niż drugich w rankingu internautów z Ameryki. Liczba ta jest również większa niż suma wszystkich użytkowników z Wielkiej Brytanii, Francji, Niemiec, Włoch i Hiszpanii.

Podsumowując, stan ochrony praw własności intelektualnej w Chinach pozostawia wiele do życzenia. Problem dotyka nie tylko rynku chińskiego, ale i wywiera kolosalny wpływ na handel o zasięgu światowym.

Wybór produktów oraz łatwość dostępu do nich, jakie umożliwia na terenie tak dużego kraju wymiana elektroniczna, wpływa na zwiększenie konkurencyjności między produktami oferowanymi zarówno za pośrednictwem wymiany elektronicznej, jak i za pomocą bardziej konwencjonalnych metod. Pomimo tego, iż model konsumenta chińskiego jest diametralnie różny od znanego nam modelu konsumenta zachodniego, kieruje się on podobnymi racjami przy wyborze produktów. Współczesny chiński konsument zaczyna powoli przekonywać się do tego, iż wraz z nabytym oryginałem produktu nabywa się dużo więcej niż samą nazwę produktu. W ślad za nią kroczą bowiem gwarancja jakości, funkcjonalności i wykonania.

---

16 *Ebay to shut down its China site*, Financial Times, 19.12. 2006, http://www.ft.com/intl/cms/s/2/cf6b07a4-8ef8-11db-a7b2-0000779e2340.html [2010.05.29].

17 *Rags to riches tale behind 'China's Ebay*, Financial Times, 02. 2009, http://www.ft.com/cms/s/0/8ad04940-fe24-11dd-932e-000077b07658.html [2010.05.29].

18 *Internet users: China is number one*, Economist.com, 26.01. 2009, http://www.economist.com/node/13007996?story_id=13007996&source=most_commented [2010.05.29].

Olga Sachanbińska[1]

Interes spółki akcyjnej

1. Wstęp

Interes spółki jest terminem kodeksowym. Kodeks spółek handlowych[2] (k.s.h.) wprowadza tę klauzulę generalną w odniesieniu do spółki akcyjnej w pięciu artykułach, w żadnym jednak jej nie definiuje. W doktrynie wyrażono pogląd, że ewentualna próba zdefiniowania interesu spółki przez ustawodawcę byłaby skazana na porażkę. Definicja taka musiałaby być bowiem zbyt ogólna, przez co miałaby wątpliwą wartość poznawczą oraz mogłaby skutkować powstaniem problemów praktycznych[3]. Nie przesądzając o tym, czy definicja taka powinna znaleźć się w ustawie, należy uznać, że sformułowanie definicji pojęcia o tak istotnym znaczeniu dla funkcjonowania spółki akcyjnej jest potrzebne i wskazane, co uwzględnione zostało zarówno przez doktrynę, jak i Sąd Najwyższy. Definicja taka zostanie zaprezentowana w dalszej części opracowania.

Pierwszym przepisem, który wspomina o interesie spółki, jest przepis art. 317 § 2 k.s.h., zgodnie z którym sąd rejestrowy może odmówić wpisania spółki do rejestru z powodu drobnych uchybień, które nie naruszają m.in. interesu spółki. Drugim z nich jest art. 377 k.s.h., w myśl którego członek zarządu powinien powstrzymać się od rozstrzygania spraw, w których zachodzi sprzeczność między interesem spółki a interesem jego lub jego bliskich. Kolejnym przepisem powołującym się na interes spółki jest art. 422 § 1 k.s.h., który nawiązuje do tego pojęcia jako jednej z przesłanek zaskarżenia uchwały walnego zgromadzenia. Przepis art. 433 § 2 k.s.h. stanowi natomiast, iż w interesie spółki walne zgromadzenie może pozbawić

[1] Studentka piątego roku prawa na WPiA UJ.
[2] Ustawa z dnia 15 września 2000 r. – Kodeks spółek handlowych (Dz.U. z 2000, Nr 94 poz. 1037. z późn. zm.).
[3] D. Wajda, *Obowiązek lojalności w spółkach handlowych*, Warszawa 2009, s. 15.

akcjonariuszy prawa poboru akcji w całości lub w części. Ostatnim z przepisów kodeksu powołującym się na interes spółki jest przepis art. 516^{18} § 2 pkt 3 k.s.h., dotyczący transgranicznego łączenia się spółek kapitałowych i spółki komandytowo – akcyjnej.

Interes spółki stanowi także dyrektywę, którą kierować się mają zarówno zarządzający przedsiębiorstwem, jak i akcjonariusze przy podejmowaniu korporacyjnych decyzji. Jest on przez to elementem szerszego zagadnienia, które za cel stawia sobie odpowiedź na pytanie, w jaki sposób zarządzać spółką akcyjną (korporacją), aby zapewnić jej prawidłowe funkcjonowanie i optymalne wyniki finansowe, przy jednoczesnym poszanowaniu interesów jej uczestników. Na świecie określa się je angielskim terminem *corporate governance*. Nie budzi bowiem wątpliwości, że funkcjonariusze oraz akcjonariusze powinni działać w interesie spółki, jeżeli chcą promować jej sukces, który przełoży się na ich indywidualne korzyści. Niezbędna jest więc odpowiedź na pytanie, czym jest interes spółki. Spółka jest bowiem korporacyjną osobą prawną, która w przeciwieństwie do osób fizycznych nie potrafi sama wyrazić „swojego" interesu. Z kolei korporacyjne decyzje zawsze będą bardziej lub mniej korzystne dla danej grupy uczestników życia spółki. Konieczne jest więc przesądzenie, z czyim interesem należy identyfikować „jej" interes. Interes spółki jawi się więc jako pojęcie ogólne i uproszczone, pewnego rodzaju zmienna, za którą przy każdorazowym podejmowaniu decyzji należy „podstawić" interesy osób fizycznych. W doktrynie zwrócono uwagę, że spór o interpretację interesu spółki akcyjnej jest jednym z najbardziej typowych sporów, które z różnym nasileniem pojawiają się niemal w każdej korporacji. Może on wystąpić na różnych etapach jej funkcjonowania, a także dotyczyć działalności każdego z jej organów (zarząd, rada nadzorcza, walne zgromadzenie)[4]. Definicja interesu spółki jest też przedmiotem wieloletniego dyskursu toczącego się w innych państwach, w Polsce natomiast stosunkowo niedawno stała się przedmiotem dyskusji doktrynalnej oraz wypowiedzi orzecznictwa, co jest rezultatem nadania mu przez ustawodawcę normatywnego charakteru[5].

2. Brak „autonomicznego" interesu spółki akcyjnej

W doktrynie słusznie zauważono, że im bardziej złożone jest budowane przez spółkę akcyjną przedsięwzięcie, tym silniej zaznaczać się będzie odrębność jej celów od dążeń poszczególnych jej „właścicieli" – akcjonariuszy. Spółka taka stanowi bowiem nośnik złożonych relacji gospodarczych i z roli prostego narzędzia umożliwiającego gromadzenie kapitału oraz jego inwestycję ewoluuje w kierunku ekonomicznego organizmu, oderwanego od akcjona-

[4] A. Opalski, O *pojęciu interesu spółki handlowej*, PPH 11/2008, s. 16.
[5] K. Oplustil, *Instrumenty nadzoru korporacyjnego (Corporate governance) w spółce akcyjnej*, Warszawa 2010, s. 171 i n.

riuszy[6]. Ustawodawca w art. 12 k.s.h. przyznaje spółce akcyjnej odrębną osobowość prawną, spółka akcyjna jest więc podmiotem prawa odrębnym od akcjonariuszy. Można zgodzić się z poglądem wyrażonym w piśmiennictwie, że wyposażenie spółki kapitałowej w osobowość prawną należy rozpatrywać w świetle dwóch zasadniczych cech, które decydują o wyborze takiej formy przez wspólników. Pierwszą z nich jest możliwość prawnego odgraniczenia majątku spółki od majątku osobistego wspólnika, ze względu na działanie zasady braku odpowiedzialności osobistej wspólnika za zobowiązania spółki. Drugą jest powołanie organów spółki, które „wyręczą" wspólnika od bieżącego zajmowania się sprawami spółki (tj. organów menedżerskich, czyli zarządu i rady nadzorczej), przy pozostawieniu wpływu wspólnika, przez organ właścicielski, jakim jest walne zgromadzenie, na istotne decyzje w spółce, łącznie z powoływaniem i odwoływaniem menedżerów spółki[7]. Należy przy tym zwrócić uwagę na specyficzny, odmienny od podmiotowości osób fizycznych, charakter podmiotowości spółki akcyjnej**.** Wynika on z faktu, że spółki akcyjne jako osoby prawne pozbawione są własnej, wewnętrznej woli, a co za tym idzie własnych potrzeb i dążeń. Spółka ma „własny" interes gospodarczy, politykę oraz strategię rozwoju, tylko gdy postrzega się ją z perspektywy osób trzecich. W rzeczywistości jej interes determinują osoby uprawnione do podejmowania korporacyjnych decyzji, a więc akcjonariusze oraz funkcjonariusze[8]. Pogląd, zgodnie z którym spółka jest jedynie prawną, sztuczną konstrukcją i nie istnieje „sama dla siebie," spotkał się z uznaniem w doktrynie. Ekonomicznym sensem i celem bytu prawnego spółki jest bowiem przede wszystkim realizacja interesów gospodarczych jej założycieli i akcjonariuszy, stanowiących jej osobowy substrat[9]. Podobnego zdania jest Sąd Najwyższy, który wprawdzie zwrócił uwagę na normatywne wyodrębnienie interesu spółki jako autonomicznego wobec interesów podmiotów uczestniczących w jej strukturze korporacyjnej, będącego następstwem nadania jej przymiotu osobowości prawnej, zaznaczył jednak, że interesy te pozostają w funkcjonalnym związku. Dlatego też, zdaniem SN, wspólny cel, do którego wspólnicy spółki handlowej zobowiązują się dążyć, powoduje, że nie może istnieć odrębny, samodzielny interes spółki jako osoby prawnej, który abstrahowałby od wypadkowej interesu wspólników[10]. Wyodrębnienie autonomicznego interesu spółki jest więc sztucznym zabiegiem, a jako przykład na poparcie tej tezy podawana jest możliwość podjęcia przez akcjonariuszy w każdej chwili decyzji o likwidacji spółki (art. 461 § 1 k.s.h.)[11]. Nie istnieje więc prawnie chroniony interes spółki wyrażający się w kontynuacji jej bytu prawnego wbrew woli akcjonariuszy. Gdyby przyjąć odmienne założenie, każda uchwała o likwidacji spółki mogłaby zostać zaskarżona jako sprzeczna z jej

---

6 *Ibidem*, s. 17.
7 A. Szumański, *Hybrydalne typy spółek handlowych*, PPH 6/2000, s. 20–21.
8 A. Opalski, *Rada nadzorcza w spółce akcyjnej*, Warszawa 2006, s. 151.
9 K. Oplustil, *op. cit.*, s. 173.
10 Wyr. SN z 05.11.2009 r. (I CSK 158/09).
11 A. Opalski, O *pojęciu...*, s. 17; K. Oplustil, *op. cit, s.* 174.

interesem, ponieważ zmierza do pozbawienia spółki jej „korporacyjnego życia"[12]. Kolejnym przykładem potwierdzającym przyjętą powyżej tezę o braku autonomicznego interesu spółki jest wypłata dywidendy. Działanie takie nigdy nie będzie leżało w interesie samej spółki, ponieważ dla niej najkorzystniejsze jest zatrzymanie zysku. Decyzja o podziale zysku jest natomiast wynikiem kalkulacji przeprowadzanej przez akcjonariuszy we własnym interesie[13].

W doktrynie został zaprezentowany jednak i inny pogląd, który zakłada, że interes w prawie spółek powinien być rozumiany i identyfikowany przez jego przedmiot i podmiot, a jego charakterystyka powinna mieć swoje odniesienie do czynności, którymi dany podmiot zamierza go realizować. W związku z tym jako odrębne kategorie interesu w prawie spółek zostały potraktowane interes spółki, wspólników, członków organów spółki oraz interes osób trzecich (zwłaszcza wierzycieli). Jako charakterystyczny dla prawa spółek uznany został interes korporacyjny, który może być postrzegany z dwóch perspektyw – zarówno jako interes wspólników, jak i interes spółki. Tak pojmowany interes korporacyjny należy odróżnić od interesu pozostałych osób, w tym zwłaszcza wierzycieli. Zwolennicy tego poglądu przyjmują możliwość konfliktu na linii wspólnik-spółka kapitałowa. Jako przykład takiego konfliktu służyć ma przyznane zarządowi prawo do odmówienia akcjonariuszowi informacji o spółce, gdy uzna, że może to wyrządzić spółce szkodę (art. 428 § 2 k.s.h.) lub kompetencja walnego zgromadzenia do pozbawienia akcjonariuszy prawa poboru akcji (art. 433 § 2 k.s.h.)[14]. W tym ujęciu spółka posiada więc własny, odrębny od wspólników interes, który w wyniku zaistnienia konfliktu może zostać im przeciwstawiony. W myśl poglądu o braku odrębności interesu spółki przytoczone tutaj przykłady konfliktu na linii akcjonariusz – spółka można potraktować jako regulacje, które chronić mają długofalowy interes ogółu akcjonariuszy, ograniczając przy tym prawa niektórych z nich.

W doktrynie podkreślano także, że przyczyną posiadania przez spółkę kapitałową odrębnej sfery interesów jest fakt, iż posiada ona osobowość prawną. Powoływano się przy tym na definicję osobowości prawnej, która zakłada, że osoby prawne mają własne cele oraz interesy, przeważnie odrębne lub nawet sprzeczne z interesami ludzi, którzy wchodzą w ich skład[15]. Część autorów opowiada się za oddzieleniem interesu spółki od interesu akcjonariuszy przynajmniej w sferze dogmatycznej (sferze prawnej)[16]. Należy jednak uznać, że wyodrębnienie interesu spółki w sferze teoretycznej jest zabiegiem, który poza tym, że odpowiada koncepcji odrębnej osobowości prawnej spółki akcyjnej, w żadnym stopniu nie przyczynia się do wyjaś-

[12] K. Oplustil, *op. cit.*, s. 174.

[13] A. Opalski, O *pojęciu...*, s. 17. Autor zaznacza jednak, że sytuacja jest nieco bardziej skomplikowana w przypadku spółek publicznych, ponieważ wypłata dywidendy może wpływać na kurs akcji oraz wizerunek spółki.

[14] P. Bryłowski, A. Kidyba, *Kategoria interesu w kodeksie spółek handlowych*, PPH 10/2005, s. 6 i n.

[15] D. Wajda, *op. cit.*, s. 18.

[16] A. Radwan, *Prawo poboru w spółce akcyjnej*, Warszawa 2004, s. 293.
Autor zaznacza jednak, że interesy te pozostają w ścisłym związku; D. Wajda, *op. cit.*, s. 23. Autor wyodrębnia sferę prawną i faktyczną interesu spółki.

nienia istoty tego interesu, a więc ma znikome znaczenie praktyczne dla funkcjonowania spółki, co zauważają także zwolennicy tego wyodrębnienia[17]. W świetle powyższych rozważań należy więc stanąć na stanowisku, że spółka akcyjna nie posiada autonomicznego, odrębnego od woli uczestniczących w niej osób, interesu.

3. Interes spółki akcyjnej jako interes akcjonariuszy

Po stwierdzeniu, że spółka akcyjna nie posiada własnego interesu, wypada rozstrzygnąć, czyje interesy kryją się pod pojęciem „interes spółki akcyjnej". Należy przychylić się do wygłoszonego w doktrynie poglądu, że w rzeczywistości interes spółki determinowany jest przez osoby uprawnione do podejmowania korporacyjnych decyzji: akcjonariuszy i członków organów, a także do pewnego stopnia przez osoby związane z otoczeniem spółki (ang. *stakeholders*, będzie o nich mowa w punkcie 5)[18]. Proporcja, w jakiej powyższe grupy wywierają wpływ na konkretną spółkę, zależy od systemu prawnego i faktycznego układu sił w spółce[19]. Spółka akcyjna w ujęciu ekonomicznym stanowi bowiem splot relacji gospodarczych między rożnymi grupami podmiotów w niej uczestniczących i oczekujących z tego tytułu wynagrodzenia[20]. Interes spółki jest więc wypadkową interesów osób zaangażowanych w życie spółki[21], określają go interesy osób, które przyczyniają się do sukcesu gospodarczego spółki i mogą być jego beneficjentami[22].

Zauważyć można, że przypisanie interesowi każdej z grup uczestniczącej w spółce takiej samej wagi prowadziłoby do trudności w podejmowaniu decyzji poprzez konieczność uwzględnienia zbyt dużej ilości, niejednokrotnie sprzecznych, interesów oraz stanowiłoby pole do nadużyć dla zarządu, który mógłby, przykładowo, przeciwstawić interes pracowników interesowi akcjonariuszy i podjąć decyzję niekorzystną dla tych drugich. Sprzeciwiałoby się to też kapitałowej naturze spółki akcyjnej, zgodnie z którą prawa przysługujące w spółce kapitałowej oraz korzyści finansowe płynące z uczestnictwa w niej przyznawane są, co do zasady, proporcjonalnie do udziału w kapitale zakładowym[23]. Należy pamiętać, że od strony prawnej to spółka jest właścicielem swojego majątku, od strony ekonomicznej natomiast jego właści-

---

[17] Por. D. Wajda, *op. cit.*, s. 24.
Autor stwierdza, że w praktyce trudno mówić o interesie spółki odrębnym od interesów akcjonariuszy. Por. także A. Radwan, *Prawo...* , s. 292-293. Autor zaznacza, że pojęcie interesu spółki jest w zasadzie pewną fikcją, uproszczeniem, a w istocie w spółce ogniskują się interesy bardzo wielu grup.

[18] Tak A. Opalski, O *pojęciu...*, s. 17 i n.; K. Oplustil, *op. cit.*, s. 174; A. Radwan, *Prawo...*, s. 293.

[19] A. Opalski, O *pojęciu...*, s. 17.

[20] K. Oplustil, *op. cit.*, s. 174.

[21] A. Opalski, O *pojęciu...*, s. 17.

[22] K. Oplustil, *op. cit.*, s. 174-175.

[23] J. Okolski, J. Modrzejewski, Ł. Gasiński, *Natura stosunku korporacyjnego spółki akcyjnej*, PPH 8/2000, s. 6-14.

cielami są akcjonariusze[24]. Można więc uznać, że spółka jest wspólnym dobrem wszystkich akcjonariuszy, interes spółki należy więc postrzegać w pierwszej kolejności jako „ich" interes. W związku z tym zgodzić należy się z poglądem, że najważniejszym wyznacznikiem interesu spółki jest interes akcjonariuszy, a uzasadnia to fakt, iż są oni zarówno prawnymi dysponentami, jak i zasadniczymi i ostatecznymi beneficjentami istnienia spółki, ponoszą także ostateczne ryzyko niepowodzenia (upadłości) spółki[25]**.** Powyższą interpretację można uzasadnić dodatkowo stwierdzeniem, że Kodeks spółek handlowych przyznaje akcjonariuszom bardzo szerokie uprawnienia. Wskazana w ustawie lub statucie odpowiednia większość może na walnym zgromadzeniu przeforsować właściwie każdą decyzję. Mimo iż walne zgromadzenie nie ma prawa wydawania zarządowi wiążących poleceń (art. 375(1) k.s.h.), statut spółki akcyjnej może znacząco rozszerzyć obowiązek uzyskiwania przez zarząd zgody walnego zgromadzenia na czynności zarządzania (art. 393 § 1 k.s.h.). Za pomocą regulacji statutowej akcjonariusze sami mogą więc określać zakres swoich kompetencji. Walne zgromadzenie, co do zasady, powołuje także członków rady nadzorczej (art. 385 § 1 zd. 1 k.s.h.) którzy następnie wybierają członków zarządu (art. 368 § 4 k.s.h.), dysponuje także prawem do odwołania członka zarządu w każdej chwili (art. 368 § 4 zd. 2 k.s.h.)[26]. Podobnego zdania jest Sąd Najwyższy, który uznał, że interes spółki stanowi wypadkową interesów wszystkich grup wspólników spółki, którzy w sensie gospodarczym są jej „właścicielami". Pojęcie interesu spółki jest więc pewną ogólną formułą określoną przez ustawę, a wypełnienie jej wymaga uwzględnienia kompromisowo rozumianej wypadkowej (funkcji) przekonań, dążeń i zachowań wszystkich grup wspólników[27]. Opierając się na tak sformułowanej definicji, należy stwierdzić, że interesy pozostałych grup podmiotów zaangażowanych w spółkę, a także interes społeczeństwa lub interes publiczny mogą być brane pod uwagę przez funkcjonariuszy spółki tylko w takim stopniu, w jakim nie stoją w sprzeczności z interesem ogółu akcjonariuszy[28].

Inaczej interes spółki definiowany jest w sytuacji, gdy postrzegany jest jako kategoria odrębna od interesu akcjonariuszy. W doktrynie zaproponowano definicję, zgodnie z którą jest to działanie spółki kapitałowej, realizowane przez jej organy, którego celem jest zaspokojenie określonych potrzeb oraz osiągnięcie pożądanego stanu rzeczy[29]. Do pojęcia potrzeb spółki nawiązuje też inna definicja, która zakłada, że interesem spółki akcyjnej są potrzeby, do zaspokojenia których spółka świadomie dąży, realizując przyjęty w statucie przedmiot działania[30].

Powyższe ujęcia nie przesądzają jednak o tym, czym są wspomniane potrzeby spółki i dla kogo dany stan rzeczy jest pożądany. Jak bowiem zauważono powyżej, spółka jako sztuczna

[24] A. Szumański [w:] W. Pyzioł, A. Szumański, I. Weiss, *Prawo spółek*, Kraków-Bydgoszcz 2006, s. 738.
[25] K. Oplustil, *op. cit.*, s. 175.
[26] A. Opalski, O *pojęciu...*, s. 18.
[27] Wyr. SN z 05.11.2009 r. (I CSK 158/09).
[28] K. Oplustil, *op. cit.*, s. 177-178.
[29] D. Wajda, *op. cit.*, s. 21.
[30] P. Grzejszczak, *Prawo poboru akcji*, Warszawa 1998, s. 156.

konstrukcja prawna nie może świadomie dążyć do realizacji swoich potrzeb. Trudno oprzeć się wrażeniu, że w przytoczonych definicjach jedno ogólne pojęcie – interes spółki, zostaje zastąpione drugim – potrzeby (dążenia) spółki. Zgodzić się też należy z wyrażonym w literaturze poglądem, że przedmiot działalności spółki nie jest szczególnie pomocny w określeniu interesu spółki, ponieważ można wyobrazić sobie zarówno działania, które choć zgodne z przedmiotem działalności spółki, będą sprzeciwiać się jej interesowi, jak i działania wykraczające poza przedmiot działalności, a leżące w interesie spółki, co może stać się przyczyną rozszerzenia przedmiotu działalności[31].

Kolejna z definicji proponuje postrzeganie interesu spółki jako rozstrzygnięcia konfliktu pomiędzy interesami różnych grup ogniskujących się w spółce, nie tylko wspólników, zgodnie z zasadami słuszności[32]. Definicja ta, co do zasady, zasługuje na uznanie, odwołuje się bowiem do interesów uczestników spółki, nie wynika z niej natomiast jednoznacznie, do jakiego stopnia należy uwzględniać także interes innych grup poza wspólnikami oraz czy interesy wszystkich grup są sobie równe. Przyznanie zarządowi możliwości rozstrzygania konfliktu zgodnie z zasadami słuszności może bowiem stanowić dla niego pole do nadużyć, dlatego opowiedzieć się należy za określeniem pewnej hierarchii interesów ogniskujących się w spółce.

Doktryna wydaje się zgodna co do poglądu, i należy się do niego przychylić, że interes spółki zawsze powinien być rozpatrywany na gruncie konkretnej spółki i konkretnego problemu, nie można określić go więc w sposób abstrakcyjny i obiektywny[33]. Odosobniony jest w tej kwestii pogląd, zgodnie z którym interes spółki w szerszym rozumieniu oznacza interes każdej spółki kapitałowej, wynikający z jej natury i konstrukcji prawnej, rozumiany jako kontynuacja jej prawnego bytu oraz dochodowość jej działalności[34]. Interes spółki jest więc pojęciem konkretnym, to znaczy powinien być rozpatrywany odrębnie na gruncie poszczególnych spółek oraz subiektywnym, to znaczy uzależnionym od potrzeb akcjonariuszy. Nigdy interes spółki nie będzie interesem członków jej organów, są oni bowiem jedynie jej funkcjonariuszami (dzięki organom spółka może dokonywać czynności jako osoba prawna) i w związku z tym nie definiują oni jej interesu, a mają go jedynie realizować. Z powyższych rozważań nie należy jednak wyciągać wniosku, że nie może być jednej, ogólnej definicji interesu spółki. Może bowiem istnieć uniwersalna definicja interesu spółki, natomiast w wyniku jej zastosowania na gruncie różnych spółek, i w odniesieniu do interesów zaangażowanych w nie osób, interes spółki będzie odmienny w każdym przypadku.

---

[31] A. Radwan, *Prawo...*, s. 294.

[32] *Ibidem*, s. 293.

[33] A. Opalski, O *pojęciu...*, s. 17, A. Radwan, *Prawo...*, s. 294.

[34] K. Bilewska, *Dochodzenie roszczeń spółki kapitałowej przez jej wspólników (actio pro socio)*, Warszawa 2008, s. 65.
Stanowisko, że interes spółki jest kategorią obiektywną, to znaczy niezależną od osobistych przekonań i stanowisk poszczególnych akcjonariuszy i członków władz spółki, wyraził także P. Grzejszczak, por. P. Grzejszczak, *Prawo...*, s. 156.

W literaturze przedmiotu podkreśla się także związek zachodzący pomiędzy interesem spółki a celem, do którego została ona powołana[35]. Zdanie to podziela Sąd Najwyższy, który zauważa, że określanie interesu spółki handlowej, rozumianego jako wypadkowa interesów wszystkich grup jej wspólników, powinno uwzględniać zastrzeżony w statucie spółki wspólny cel, do którego wspólnicy zobowiązali się dążyć[36]. Sąd Najwyższy słusznie powołał się na wspólny cel określony w umowie spółki jako wyznacznik interesu spółki. Trudno bowiem wyobrazić sobie działania, które choć służące realizacji celu spółki byłyby sprzeczne z jej interesem. Cel, do którego dążą wspólnicy albo akcjonariusze, musi być dla nich wspólny, poszczególne osoby lub grupy osób nie mogą dążyć do różnych celów. Zamierzony wspólny cel – *affectio societatis,* stanowi przy tym najbardziej znamienną cechę, która odróżnia umowę spółki od innych umów zobowiązaniowych[37]. Poza tym celów tych może być więcej, byle tylko każdy z nich był wspólny dla wszystkich[38].

Powyższe rozważania można poprzeć także argumentem prawnoporównawczym, Bowiem zarówno w Stanach Zjednoczonych, jak i Wielkiej Brytanii interes spółki rozumiany jest jako interes wspólników jako ogółu. W Wielkiej Brytanii zasada, że członkowie organu zarządzającego (*directors*) powinni wykonywać swoje obowiązki wobec spółki jako całości (*company as a whole*), a nie wobec poszczególnych akcjonariuszy lub ich grup, została wyrażona po raz pierwszy w sprawie *Percival v. Wright* z 1902 roku i zachowała swoją aktualność do dziś. Spółka rozumiana jest przy tym jako „ogół akcjonariuszy" (*the shareholders collectively*) lub „akcjonariusze obecni lub przyszli" (*the shareholders, present or future*). Menedżerowie spółki powinni więc działać w dobrej wierze w interesie ogółu akcjonariuszy oraz promować sukces spółki[39]. Podobnie zagadnienie to rozstrzyga doktryna amerykańska. Zarządzający spółką przy wykonywaniu swoich obowiązków powinni zachować nieugiętą i niepodzielną lojalność wobec jej akcjonariuszy (*duty of loyalty*) oraz dochować należytej staranności przy podejmowaniu korporacyjnych decyzji (*duty of care*). Tylko wtedy można uznać, że działają oni w interesie spółki[40].

Kończąc rozważania na temat charakteru interesu spółki, należy jeszcze dodać, że zgodnie ze stanowiskiem Sądu Najwyższego, interes spółki nie ogranicza się wyłącznie do sfery ekonomiczno-majątkowej. Godzić w interes spółki będą więc nie tylko działania uszczuplające jej majątek lub ograniczające jej zysk, ale także takie, które naruszają dobre imię spółki lub jej organów, chronią interesy osób trzecich kosztem interesu spółki lub zagrażają jej bytowi.

---

35 D. Wajda, *op. cit.*, str. 21-23.
36 Wyr. SN z 05.11.2009 r. (I CSK 158/09).
37 Z. Radwański, J. Panowicz-Lipska, Zobowiązania – część szczegółowa, Warszawa 2008, *s.* 316.
38 W. Pyzioł, A. Szumański, I. Weiss, *op. cit., s.* 28.
39 L. Seally, S. Worthington, *Cases and materials in company law,* Oxford 2008, s. 275.
40 R. Monks, N. Minow, *Corporate governance*, West Sussex 2008, s. 231.

Interes spółki może mieć charakter także niemajątkowy, skoro przepisy Kodeksu spółek handlowych nie przewidują w tym przedmiocie żadnych ograniczeń[41].

4. Rola akcjonariusza większościowego w determinowaniu interesu spółki

W doktrynie zwrócono uwagę, że każdy ze wspólników lub każda z grup wspólników może mieć odrębny cel. I tak na przykład akcjonariusz większościowy może dążyć do najbardziej efektywnego włączenia spółki w działalność kierowanej przez siebie grupy kosztem zmniejszenia rentowności spółki będącej tylko jednym z ogniw zgrupowania. Celem akcjonariuszy mniejszościowych może być maksymalizacja zysku w krótkim okresie, co zazwyczaj pociąga za sobą inwestycje wysokiego ryzyka; drobni akcjonariusze natomiast zazwyczaj będą oczekiwać jak najwyższej dywidendy, często nie biorąc pod uwagę długofalowych potrzeb spółki[42]. W takiej sytuacji zarząd, chcąc podjąć decyzję, będzie musiał rozważyć, czyj interes przeważa. Charakter spółki akcyjnej, a zwłaszcza wspomniana wcześniej zasada rządów większości, przesądza o tym, że faktyczną władzę w spółce sprawują akcjonariusze lub akcjonariusz, który dysponuje większością głosów na walnym zgromadzeniu. W pewnym uproszczeniu obowiązuje więc zasada, że ten, kto ma większość na walnym zgromadzeniu (władzę do decydowania o działaniach spółki i obsadzie jej stanowisk), przesądza o tym, czyje interesy będzie ona realizować, a więc rozstrzyga o jej „własnym" interesie[43]**.** Największy zatem wpływ na ukształtowanie interesu spółki wywiera akcjonariusz większościowy. Może on przy tym dokonywać tego bezpośrednio, determinując treść uchwał walnego zgromadzenia, lub pośrednio poprzez członków organów spółki, którzy uzyskali mandat z jego nominacji, przy czym założenie takie jest w pełni uzasadnione ze względu na jego zaangażowanie w spółkę i zakres ponoszonego przez niego ryzyka[44].

Stwierdziwszy powyższe, należy wyraźnie zaznaczyć, że fakt determinowania przez akcjonariusza większościowego interesu spółki nie oznacza, że między interesem spółki a interesem akcjonariusza większościowego można postawić znak równości. W doktrynie zauważono, że możliwe są zarówno działania, które leżąc w interesie akcjonariusza większościowego, nie będą leżały w interesie spółki, jak i działania odwrotne. Pierwsza sytuacja będzie miała miejsce zwłaszcza w koncernie, kiedy spółka generuje straty w celu osiągnięcia zysków przez akcjonariusza większościowego na innym szczeblu koncernu. Działanie korzystne dla spółki, a niekorzystne dla akcjonariusza większościowego ma natomiast miejsce, gdy spółka prowadzi dochodową działalność konkurencyjną w stosunku do działań wspólnika

[41] Wyr. SN z 05.11.2009 r. (I CSK 158/09) oraz przytoczone tam stanowisko sądu drugiej instancji.
[42] A. Opalski, O *pojęciu...*, s. 17.
[43] *Ibidem*, s. 18.
[44] K. Oplustil, *op. cit*, s. 178.

większościowego[45]. Można więc uznać, że zarówno zarządcy, jak i akcjonariusze powinni zawsze rozważać konkretny problem w kontekście interesu ogółu akcjonariuszy, a dopiero, gdy dojdą do wniosku, że nie ma możliwości pogodzenia interesów akcjonariuszy mniejszościowych z interesem akcjonariusza większościowego i rozwiązania optymalnego, choćby w dłuższej perspektywie, dla obu stron, dać pierwszeństwo temu drugiemu interesowi. Nie może jednak przy tym rażąco pokrzywdzić akcjonariuszy mniejszościowych, którym na gruncie prawa spółek zagwarantowana jest ochrona przed nadużyciem prawa przez większość (patrz bliżej kolejny punkt).

Nie można natomiast zgodzić się z zaproponowanym w piśmiennictwie poglądem, w myśl którego interes spółki należy w pierwszej kolejności postrzegać przez pryzmat interesu większości wspólników[46]. Nawet jeśli między stwierdzeniem, że interes spółki to interes wspólników większościowych, a nakazem postrzegania go w pierwszej kolejności przez pryzmat ich interesów, jest pewna delikatna różnica, to mogłaby być ona celowo niedostrzegana przez członków zarządu. Tym samym otwierałoby to furtkę do podporządkowania decyzji członków zarządu woli akcjonariusza większościowego, z którego pośredniej lub bezpośredniej[47] nominacji pochodzą. Co więcej, zgodnie z przyjętym tutaj założeniem, interes spółki stanowi wyznacznik postępowania także dla akcjonariuszy, w tym mniejszościowych. Trudno więc wyobrazić sobie, aby chcieli się do niego zastosować, gdyby nakazywał on uwzględniać w pierwszej kolejności interesy większości. Należy więc uznać, że interes spółki powinien być postrzegany każdorazowo przez pryzmat ogółu akcjonariuszy.

Jak słusznie zauważono w doktrynie, podmioty przystępujące do spółki akceptują zazwyczaj fakt, że interes spółki determinowany jest przede wszystkim przez wolę akcjonariusza większościowego oraz że niejednokrotnie będą musiały podporządkować swoje indywidualne interesy interesowi spółki. Jeżeli akcjonariusz mniejszościowy nie akceptuje woli większości, pozostaje mu zawsze możliwość wyjścia ze spółki (tzw. *exit right*), na co pozwala mu zasada zbywalności akcji i fakt, że udział w spółce ma charakter dobrowolny. Może też zaskarżyć uchwałę walnego zgromadzenia, jeżeli uzna, że większość nadużywa swoich praw[48]. Ze względu na posiadaną ilość kapitału akcjonariusz większościowy dysponuje bowiem instrumentami, które mogą mu posłużyć do nadużywania swojej pozycji w spółce. Ma więc możliwość przeforsowania własnej strategii oraz władzę pozwalającą na osiąganie nieproporcjonalnych korzyści

[45] A Radwan, *Prawo...*, s. 294.

[46] A. Opalski, O *pojęciu...*, s. 22.

[47] Członków zarządu wybiera, co do zasady, rada nadzorcza (art. 368 § 4 k.s.h.). Członków rady nadzorczej wybiera natomiast walne zgromadzenie. Jeżeli więc członkowie rady nadzorczej będą pochodzić z nominacji akcjonariusza większościowego, ma on także, pośrednio, możliwość wpływu na wybór „swojego" członka zarządu. Możliwość bezpośredniego wpływu na wybór członków zarządu będzie miał on natomiast w sytuacji, gdy postanowienia statutu odejdą od powyższej zasady i będą przewidywały wybór członków zarządu przez walne zgromadzenie.

[48] D. Wajda, *op. cit*, s. 25. Por. art. 422 § 1 k.s.h.: „Uchwała walnego zgromadzenia sprzeczna ze statutem bądź dobrymi obyczajami i godząca w interes spółki lub mająca na celu pokrzywdzenie akcjonariusza, może być zaskarżona w drodze wytoczonego przeciwko spółce powództwa o uchylenie uchwały".

z uczestnictwa w spółce. Może przykładowo za pomocą czynności korporacyjnych lub pozakorporacyjnych transferować zyski ze spółki (tzw. *tunelling*) i „rozwadniać" udział kapitałowy mniejszości[49]. Może też czerpać prywatne korzyści, zatrudniając członków rodziny i przyznając im wysokie wynagrodzenia i premie, podejmować stronnicze decyzje służące realizacji własnych interesów majątkowych oraz dokonywać korzystnych dla siebie zmian w strukturze kapitału poprzez specjalne emisje akcji. W związku z tym jest kwestią bezsporną w doktrynie i orzecznictwie, że prawo większości do definiowania interesu spółki nie jest nieograniczone. Jak słusznie zauważono, akcjonariusz większościowy powinien uwzględnić interesy pozostałych akcjonariuszy, a zasada rządów większości nie może ulec absolutyzacji. W przeciwnym razie doszłoby do naruszenia korporacyjnego „szkieletu" spółki akcyjnej. Jakkolwiek opiera się ona na kapitale zakładowym, jej funkcjonowanie musi uwzględniać substrat osobowy[50]. Myśl ta zostanie rozwinięta w kolejnym punkcie opracowania.

5. Konieczność ochrony interesu akcjonariusza mniejszościowego

Trybunał Konstytucyjny uznał, że chociaż zasada większości (prymat czynnika kapitałowego nad osobowym) jest fundamentalną zasadą nowoczesnego prawa spółek, to musi być ona zawsze związana z regułą równego traktowania wspólników oraz regułą ochrony uzasadnionych interesów akcjonariuszy mniejszościowych. Zasada większości może być ograniczona przez racjonalny, czyli proporcjonalny mechanizm ochrony mniejszości[51]. Problem ten poruszył także Sąd Najwyższy, stwierdzając, że założenie, iż model kształtowania „woli spółki" oparty jest na zasadzie rządów większości, nie oznacza jednocześnie, że interes spółki może być utożsamiany wyłącznie z interesem wspólnika większościowego. Stanowi on bowiem pewien kompromis pomiędzy często sprzecznymi za sobą interesami wspólników większościowych i mniejszościowych oraz powinien uwzględniać słuszne interesy obu tych grup[52]. Sąd Najwyższy podkreślił także konieczność współdziałania korporacyjnego akcjonariuszy spółki handlowej, a uchwały walnego zgromadzenia, które prowadzą do zdominowania spółki przez określoną grupę akcjonariuszy kosztem pozostałych, uznał za godzące w interes spółki[53]. Obowiązek poszanowania praw mniejszości przewidywała też druga zasada ogólna „Dobrych praktyk w spółkach publicznych 2005", która mimo że wyrażała zasadę rządów większości, zwracała też uwagę na konieczność zagwarantowania mniejszości ochrony jej praw oraz uwzględnianie jej uprawnień przez akcjonariusza większościowego[54]. Obowiązek

[49] A. Opalski, O *pojęciu...*, s. 20.
[50] M. Michalski, *Kontrola kapitałowa nad spółką akcyjną*, Kraków 2004, s. 573.
[51] Por. pkt III 1.3 uzasadnienia wyroku Trybunału Konstytucyjnego z 21.06.2005 r. (P25/02) OTK – A 2005/6/65.
[52] Wyr. SN z 05.11.2009 r. (I CSK 158/09).
[53] Wyr. SN z 16.10.2008 r. (III CSK 100/08).
[54] Dokument pt. „Dobre praktyki w spółkach publicznych 2005", przygotowany przez eksperckie grono Ko-

ochrony interesów akcjonariuszy mniejszościowych wprowadza też zasada III ogólna „Zasada nadzoru korporacyjnego OECD 2004"[55].

Można uznać, że organy mają obowiązek uwzględnienia interesu akcjonariuszy mniejszościowych w granicach wyznaczonych zasadą równego traktowania akcjonariuszy (art. 20) oraz zakazem działań skutkujących ich pokrzywdzeniem. Jeżeli działania szkodzące mniejszości nie będą wprost sprzeczne z przepisami Kodeksu spółek handlowych, możliwe jest odwołanie się do instytucji nadużycia prawa (art. 5 k.c.) lub do zasad współżycia społecznego lub dobrych obyczajów (art. 354 § 1 k.c.)[56].

W tym miejscu należy jeszcze wspomnieć, że większość bynajmniej nie posiada monopolu na okazje do naruszania interesu spółki. Na problem ten zwrócił także uwagę Sąd Najwyższy, stwierdzając, iż działanie obronne akcjonariusza mniejszościowego nie zawsze podyktowane jest interesem spółki lub podejmowane w obiektywnym jej interesie[57]. Prawo zaskarżania uchwał walnego zgromadzenia przyznane przez ustawodawcę akcjonariuszom mniejszościowym (art. 422 i 425 k.s.h.) może być bowiem nadużywane przez akcjonariuszy realizujących swoje partykularne interesy majątkowe w postaci tzw. szantażu korporacyjnego. Jest to sytuacja, w której akcjonariusz składa spółce lub akcjonariuszowi większościowemu propozycję rezygnacji z zaskarżenia uchwały lub kontynuowania procesu i wycofania pozwu w zamian za uzyskanie specjalnych korzyści majątkowych[58]. W ten sposób prawo to z instrumentu ochrony interesów mniejszości staje się narzędziem umożliwiającym im godzenie w interes spółki. Jak zauważono w doktrynie, w dużych spółkach, w szczególności w spółkach publicznych, opóźnienie realizacji każdego poszczególnego przedsięwzięcia lub też utrudnienie pozyskania koniecznych środków kapitałowych może pociągać za sobą milionowe straty[59], mniejszość powinna więc powstrzymać się od wszelkich inicjatyw blokujących słuszne interesy większości, które służą realizacji nadrzędnego celu spółki. Obowiązek współdziałania obejmuje nie tylko obowiązek przestrzegania konstytucji spółki i powstrzymania się od działań na szkodę spółki oraz współudziałowców, lecz również obowiązek aktywnego współdziałania z większością

mitetu Dobrych Praktyk, zawierał zasady dobrych praktyk korporacyjnych o charakterze samoregulacji. Przyjęty był przez Giełdę Papierów Wartościowych i opierał się na zasadzie „*comply or explain*", czyli „stosuj lub wyjaśnij, czemu nie stosujesz", przez co nazywany był „miękkim" kodeksem *corporate governance*. Zasady te zostały jednak uchylone, obecnie przyjętym przez Giełdę dokumentem są „Dobre praktyki spółek notowanych na GPW", w których ostatniej zmiany dokonano w 19 maja 2010.

55 Jej treść brzmi następująco: „Ramy nadzoru korporacyjnego powinny zapewniać równoprawne traktowanie wszystkich wspólników/akcjonariuszy, włącznie ze wspólnikami/akcjonariuszami mniejszościowymi i zagranicznymi. Wszyscy wspólnicy/akcjonariusze powinni mieć możliwość uzyskania rzeczywistej rekompensaty w przypadku naruszenia ich praw".

56 A. Opalski, O *pojęciu*..., s. 18.

57 Wyr. SN z 05.11.2009 r. (I CSK 158/09).

58 K. Oplustil, *op. cit.*, s. 737.

59 A. Radwan, *Szantaż korporacyjny i sposoby jego ograniczania* de lege lata *i* de lege ferenda, PPH 11/2003, s. 22.

przy podejmowaniu tych decyzji korporacyjnych, których wymaga od spółki obowiązujące prawo[60].

Mając powyższe na uwadze, należy uznać, że akcjonariusze niezależnie od tego czy większościowi, czy mniejszościowi powinni kierować się zawsze dyrektywami dobrych obyczajów, dobrej wiary i lojalności przy wykonywaniu swoich praw podmiotowych, a obowiązek ten wynika z istoty stosunku spółki handlowej[61]. W doktrynie niemieckiej obowiązek lojalnego współdziałania określany jest jako *Treuepflicht*, odnosi się do każdego wspólnika *i* oznacza nakaz poszanowania interesu spółki i pozostałych wspólników. Każdy wspólnik może przy tym podnosić istnienie obowiązku lojalności wobec pozostałych. W ramach *Treuepflicht* niedozwolone są działania sprzeczne ze wspólnym celem, dla którego spółka została powołana, niedopuszczalne jest także wykonywanie przez wspólnika przysługujących mu uprawnień na szkodę spółki i innych wspólników oraz postępowanie w sposób sprzeczny z nakazami słuszności i dobrej wiary[62]. Słusznie też zauważono w piśmiennictwie, że interes spółki, będąc kryterium sądowej kontroli uchwał walnego zgromadzenia (art. 422 k.s.h.), stanowi tym samym wzorzec należytego wykonywania prawa głosu przez akcjonariuszy[63].

6. Interes otoczenia spółki jako dopełnienie interesu akcjonariuszy

Powyższe zagadnienie wiąże się z obecnym w międzynarodowych dyskusjach dotyczących nadzoru korporacyjnego (*corporate governance*) podziałem na teorie *shareholder value* oraz *stakeholder value*, które proponują odpowiedź na pytanie, w czyim interesie powinni działać menedżerowie spółki, a także z angielskim pojęciem *corporate social responsibility* (społeczna odpowiedzialność biznesu).

Pierwszą i historycznie najstarszą z teorii jest teoria *shareholder value,* która zakłada, że spółka powinna być zarządzana w interesie swoich „właścicieli", czyli akcjonariuszy. Głównym celem spółki jest więc maksymalizacja bogactwa akcjonariuszy. Przeciwna do niej teoria *stakeholder value* zakłada, że interes otoczenia spółki powinien być uwzględniany na równi z interesami akcjonariuszy, a głównym celem osób zarządzających spółką jest osiągnięcie równowagi pomiędzy celami partykularnymi a zbiorowymi oraz ekonomicznymi a społecznymi. Jako osoby z otoczenia spółki (interesariusze, *stakeholders*) postrzegani są wszyscy, którzy przyczyniają się do generowania bogactwa przez spółkę i którzy z tego względu są potencjalnymi beneficjentami jej działalności, jednocześnie ponosząc ryzyko z tym związane, a więc

[60] S. Sołtysiński, *System prawa prywatnego. Prawo spółek kapitałowych*, Tom 17a, Warszawa 2010, s. 53.
[61] A. Opalski, O *pojęciu...*, s. 20.
[62] A. Opalski, *Koncern w polskim prawie spółek – porównanie z prawem niemieckim,* PPH 7/1998, s. 23.
[63] A. Opalski, O *pojęciu...*, s. 16.

w szczególności pracownicy, wierzyciele, klienci, dostawcy oraz społeczność lokalna[64]. Obecnie jednak coraz większe uznanie zyskuje sobie koncepcja stojąca pomiędzy dwoma wspomnianymi powyżej, zwana *enlightened shareholder value*. Według niej przy zarządzaniu spółką należy kierować się interesem akcjonariuszy, ale przy uwzględnieniu słusznych interesów innych grup z otoczenia spółki[65]. Pod pojęciem społecznej odpowiedzialności biznesu kryje się natomiast potrzeba postrzegania interesu otoczenia spółki jako nieodłącznej części interesu samej spółki. Odpowiedzialna społecznie spółka będzie więc dbała o swoich klientów i pracowników, będzie wspierać też społeczności lokalne, a także chronić środowisko naturalne[66]. Istotną rolę odgrywa przy tym także poszanowanie podstawowych praw człowieka. Aby osiągnąć ten cel, spółka powinna ograniczyć do minimum wywieranie negatywnego wpływu na środowisko i promować stosowanie odnawialnych źródeł energii. Zawierane przez nią z kontrahentami umowy powinny umożliwiać długotrwałą i przynoszącą obopólne korzyści współpracę. Powinna także prowadzić liberalną politykę zatrudnienia, przez co należy rozumieć poszanowanie praw pracowników oraz określanie przychylnych dla nich regulaminów pracy, a także zapewnić im godziwe warunki pracy. Wspierając społeczność lokalne, spółka może przykładowo sponsorować wydarzenia kulturalne, naukowe lub sportowe, a także instytucje społeczne (np. budowa obiektów sportowych dla młodzieży czy sponsorowanie drużyn sportowych, wyposażanie bibliotek, zakup komputerów dla domu dziecka). Wszystkie te działania będą miały pozytywny wpływ na działalność spółki, ponieważ dobre warunki pracy będą przyciągały wykwalifikowany i lojalny personel pracowniczy, a dobre relacje z kontrahentami oraz działalność społeczna spółki będą budowały jej pozytywny wizerunek w oczach otoczenia. Nie sposób przy tym nie zauważyć, że taka potencjalnie charytatywna działalność stanowi dla spółki idealny sposób na reklamę. Na konieczność uwzględniania interesów akcjonariuszy zwraca też uwagę Organizacja Współpracy Gospodarczej i Rozwoju (OECD)[67]. Stoi ona na stanowisku, że konkurencyjność i długofalowy sukces przedsiębiorstwa spółki są wynikiem pracy zespołowej, na którą składają się także zasoby oraz środki wnoszone przez inwestorów, pracowników,

---

[64] Por. J.J. du Plessis, J. McConvill, M. Bagaric, *Principles of contemporary corporate governance*, Cambridge 2005, s. 17 i n.

[65] Por. J. de Lacy, *The Reform of United Kingdom Company Law*, London 2002, s. 15.

[66] Por. W.B. Wherther, Jr., D. Chandler, *Strategic Corporate Social Responsibility: Stakeholders in a Global Environment*, Sage Publications Inc., California 2011, s. 3 i n.

[67] Zasada uwzględniania interesów otoczenia spółki została wyrażona w rozdziale IV dokumentu wydanego przez OECD zatytułowanego„ *„Zasady nadzoru korporacyjnego OECD 2004*". Por. też A. Szumański, *Zasady nadzoru korporacyjnego OECD*, PPH 5/2000, s. 9 i n. Autor krytycznie wypowiedział się na temat powyższej regulacji, stwierdzając, że zasada ochrony interesów, tzw. *stakeholders*, wychodzi poza ramy prawa spółek. Utworzenie takiego obowiązku jest zabiegiem nieuzasadnionym, ponieważ interesy tych grup są chronione wystarczająco przez inne dziedziny prawa, w tym prawo upadłościowe, prawo o obligacjach, prawo pracy i prawo umów. Poza względami ideologicznymi, takie poszerzenie zakresu przedmiotowego prawa spółek nie znajduje uzasadnienia. Autor powołał się także na argument historyczny, mianowicie zauważył, że wcześniejsze próby poszerzania zakresu prawa spółek o ochronę nowych grup interesu nie sprzyjały harmonizacji prawa, czego przykładem jest spór wokół regulacji przez prawo spółek udziału pracowników w zarządzaniu spółką, który uniemożliwił przyjęcie piątej dyrektywy o strukturze spółki.

wierzycieli oraz dostawców. Uznawanie dobra interesariuszy służy zatem interesom samego przedsiębiorstwa, a ich wkład w jego długofalowe powodzenie powinien zostać uwzględniony przez osoby nią zarządzające[68].

Także w nauce ekonomii podkreśla się, że dzisiejszy biznes powinien mieć na uwadze interesy otoczenia spółki. Według jej przedstawicieli konieczne jest tworzenie sposobu myślenia i rozwiązań, które mają zapewnić, że koszty prowadzenia biznesu nie będą zrzucone na barki otoczenia korporacji czy nawet całego społeczeństwa. Z przeprowadzonych badań wynika, że etyka jest dobrą inwestycją w biznesie, nawet jeśli nie zawsze można wykazać bezpośredni związek między etycznym zachowaniem korporacji a zyskiem, zachowanie takie buduje zaufanie i lojalność, a także sprzyja innowacjom i kooperacji, a są to sprawy dla sukcesu spółki niezwykle ważne. Funkcjonariusze spółki powinni więc postrzegać ją jako część większego systemu zależności, z którym należy się liczyć[69].

Przenosząc powyższe rozważania na grunt polskich przepisów, należy zauważyć, że Kodeks spółek handlowych nie zawiera regulacji, która wskazywałaby, że interesy innych niż wspólnicy grup zasługują na uwzględnienie przy określaniu interesu spółki. Daje więc to asumpt do stwierdzenia, że spółka nie ma obowiązku uwzględniać interesów interesariuszy jako samodzielnej dyrektywy postępowania, z którym należy się, co do zasady, zgodzić[70]. Podmioty pozostające w relacjach ze spółką chronione są w szczególności przez liczne przepisy innych dziedzin prawa, takie jak prawo umów (kontrahenci), prawo pracy (pracownicy), prawo upadłościowe (wierzyciele, przy czym ich ochronę przewiduje także Kodeks spółek handlowych, w którym znajduje się szereg przepisów służących ochronie kapitału zakładowego na etapie tworzenia oraz funkcjonowania spółki oraz służących ochronie wierzycieli na etapie likwidacji spółki)[71]. Należy jednak uwzględnić fakt, że nie tylko czarna litera prawa tworzonego przez ustawodawcę wpływa na funkcjonowanie spółki akcyjnej. Jej działania determinowane są także przez prawa rynku kapitałowego, które chociaż nie nakładają na spółkę żadnych konkretnych obowiązków, mogą skutecznie sprawić, że spółka zastosuje się do stawianych przez nie wymagań. Podstawowym bodźcem będzie tutaj strach przed utratą inwestorów i obniżeniem kursu akcji, jeżeli spółka będzie negatywnie odbierana przez opinię publiczną. W doktrynie słusznie zwrócono także uwagę na fakt, iż przypisywanie jedynie incydentalnej roli ochronie interesów interesariuszy jest sprzeczne z art. 20 Konstytucji RP, który stanowi, że

[68] Organizacja Współpracy Gospodarczej i Rozwoju, *Zasady nadzoru korporacyjnego OECD*, Paryż 2004, s. 50. http://docs.google.com/viewer?url=http://www.oecd.org/dataoecd/16/32/34656740.pdf [dostęp: 06.04.2010].

[69] K.A. Lis, H. Sterniczuk, *Nadzór korporacyjny*, Kraków 2005, s. 444-447.

[70] A. Opalski, O *pojęciu...*, s. 18-19; D. Wajda, *op. cit.*, s. 31.

[71] Por. W. Pyzioł, A. Szumański, I. Weiss, *op. cit.*, s. 531-534 oraz s. 812-813.

społeczna gospodarka rynkowa oparta na wolności działalności gospodarczej, własności prywatnej i solidarności, dialogu i współpracy partnerów społecznych stanowi podstawę ustroju gospodarczego Rzeczpospolitej Polskiej[72].

Obecnie w krajach anglosaskich konieczność uwzględniania słusznych potrzeb interesariuszy jest już w pełni ugruntowana, należy jednak zauważyć, iż także w Polsce zyskała uznanie. Problem ten poruszała bowiem pierwsza zasada ogólna wspomnianych już, „Dobrych praktyk w spółkach publicznych 2005". Zgodnie z jej brzmieniem

podstawowym celem działania władz spółki jest realizacja interesu spółki, rozumianego jako powiększanie wartości powierzonego jej przez akcjonariuszy majątku, z uwzględnieniem praw i interesów innych niż akcjonariusze podmiotów, zaangażowanych w funkcjonowanie spółki, w szczególności wierzycieli spółki oraz jej pracowników[73].

Wyrażała ona przy tym pewną hierarchię interesów w ramach spółki, z którą w świetle rozważań zawartych we wcześniejszej części opracowania należy się w pełni zgodzić. Co więcej, należy wyrazić ubolewanie, że zasada ta nie została powtórzona w najnowszym dokumencie wydanym przez Giełdę Papierów Wartościowych[74]. W krajach o największym dorobku z dziedziny *corporate governance* jest ona bowiem powszechnie uznawana i wyrażana w aktach normatywnych (np. Wielka Brytania, *Companies Act 2006*, o którym będzie jeszcze mowa poniżej) oraz w „miękkich" regulacjach wydawanych przez najbardziej wpływowe środowiska i organizacje związane z rynkiem kapitałowym (np. Business Roundtable, *2010 Principles of Corporate Governance*)[75].

Jak zwrócono uwagę w literaturze przedmiotu, zrównanie interesów akcjonariuszy i otoczenia spółki mogłoby skutkować przyznaniem nadmiernej swobody organom spółki, istnieje

[72] S. Sołtysiński, *op. cit.*, s. 65

[73] „Dobre praktyki w spółkach publicznych 2005", Warszawa 2004.

[74] Inaczej R. Stroiński, *Zasady dobrych praktyk w spółkach publicznych notowanych na GPW*, (w:) *Europejskie prawo spółek., Corporate governance*, t. III, *s.* 97 i n. Autor krytykuje umieszczenie obowiązku uwzględniania interesów otoczenia spółki w „miękkej" regulacji dobrych praktyk giełdowych. Uwzględnianie interesów różnych grup powiązanych ze spółką rzeczywiście leży w długoterminowym interesie spółki, jednak decyzję w tym względzie należy pozostawić samym akcjonariuszom i rynkowi. W związku z tym „Dobre praktyki w spółkach publicznych 2005" w ogóle nie powinny wspominać o interesach otoczenia spółki, pozostawiając tę sprawę ogólnym rozważaniom w zakresie prawa spółek. Jeżeli już musiałaby się znaleźć taka wzmianka, to powinna być ona sformułowana jako przyzwolenie na podejmowanie takich działań, a nie jako „nakaz".

[75] Business Roundtable jest stowarzyszeniem zrzeszającym naczelnych dyrektorów zarządzających (*chief executive officers*, *CEO*) wiodących amerykańskich korporacji, których roczny dochód wynosi łącznie ponad 6 bilionów dolarów, zatrudniających ponad 12 milionów pracowników; por. zwłaszcza zasadę IX ogólnych wytycznych (stanowi ona, że na spółkach, (a konkretnie na osobach zarządzających nimi, ciąży obowiązek postępowania wobec pracowników, klientów, dostawców oraz innych uczestników jej życia w sposób uczciwy, słuszny i sprawiedliwy oraz dawania w ten sposób przykładu najwyższych standardów korporacyjnych), a także poglądy wyrażone na stronie czwartej dokumentu: http://businessroundtable.org/studies-and-reports/2010-principles-of-corporate-governance/ [dostęp: 06.04.2011].

bowiem zagrożenie, że zarząd i rada nadzorcza uzasadniałyby wtedy dobrem spółki wszelkie działania, z wyjątkiem przypadku oczywistej niegospodarności. Niejasne i zawsze sporne byłyby kryteria, według których w przypadku sprzeczności należałoby hierarchizować interesy poszczególnych grup interesariuszy**.** Należy zgodzić się z poglądem, że generalne zezwolenie na altruistyczną aktywność na rzecz otoczenia mogłoby być wykorzystane przez funkcjonariuszy do działań służących w rzeczywistości ich własnym interesom lub stanowić wygodne usprawiedliwienie nieudolności w kierowaniu spółką[76]. Dlatego też nieprzekraczalne granice swobody uznania przyznanej funkcjonariuszom spółki stanowi potrzeba zapewnienia rentowności i konkurencyjności jej przedsiębiorstwa, a decyzje zagrażające gospodarczym podstawom spółki nie mogą być usprawiedliwiane koniecznością ochrony osób z jej otoczenia[77]. Polska doktryna, wychodząc naprzeciw tendencjom światowym, wydaje się jednak zgodna co do tego, że w dłuższej perspektywie interesy te okazują się ze sobą zasadniczo zbieżne, ponieważ zarówno w interesie akcjonariuszy, jak i interesariuszy leży dobre prosperowanie spółki[78]. Wspieranie przez spółkę stabilnych, opartych na zaufaniu i poszanowaniu prawa relacji z pracownikami, klientami, wierzycielami oraz otoczeniem społecznym, traktowane jest wręcz jako konieczny warunek jej sukcesu gospodarczego. Zawsze jednak działalność na rzecz otoczenia powinna pozostawać w odpowiedniej proporcji do wyników finansowych i sytuacji gospodarczej spółki[79].

Uwzględnianie interesów otoczenia spółki jest istotne także dlatego, że jak słusznie zauważono w piśmiennictwie, spółka jest dzisiaj bardziej niż kiedykolwiek tym, co określono jeszcze w latach trzydziestych dwudziestego wieku jako sieć kontraktów[80]. Jeżeli jej właściciele lub menedżerowie zachowają się niewłaściwie wobec którejkolwiek z grup interesów, będą szkodzić jednocześnie swojemu długofalowemu interesowi. Jeśli spółka ma sprostać takim wyzwaniom jak postępująca globalizacja rynków kapitałowych i rynków pracy, imperatyw ciągłej innowacyjności i kreatywności, rozszerzające się granice firmy czy rosnąca wrażliwość społeczna i ekologiczna otoczenia, to nieuniknione wydaje się zintegrowanie orientacji właścicielskiej (*shareholder value*) z perspektywą interesariuszy (*stakeholder value)*. Zaznacza się przy tym, że o sukcesie spółki przesądzają dzisiaj trzy rodzaje kapitału – kapitał finansowy, kapitał ludzki oraz kapitał społeczny. Powszechności tego przekonania dowodzą badania z 2005 r. przeprowadzone przez periodyk „The McKinsey Quarterly" wśród członków organów zarządzających z różnych krajów, w których aż 84 procent badanych stwierdziło, że generowanie wysokiej stopy zwrotu dla inwestorów wymaga równoczesnego wkładu spółki w szeroko pojęte dobro publiczne. Niezwykle trafne jest więc stwierdzenie, że kształtowanie relacji z interesariuszami

[76] A. Opalski, O *pojęciu...*, s. 18.
[77] K. Oplustil, *op. cit*, s. 177.
[78] A. Opalski, O *pojęciu...*, s. 19.
[79] K. Oplustil, *op. cit.*, s. 176.
[80] J. Jeżak, *Ład korporacyjny. Doświadczenia światowe oraz kierunki rozwoju*, Warszawa 2010, s. 123 i n.

(kontrakty społeczne) to aktywa niematerialne, które kształtują w sposób decydujący i długotrwały wizerunek i reputację spółki[81]. Za dowartościowaniem interesariuszy przemawia także lekcja ostatniego kryzysu finansowego. Skutki upadłości oraz gwałtownego spadku wartości akcji ponoszą nie tylko akcjonariusze. Restrukturyzacja sektora finansowego oraz wielu innych spółek następuje kosztem podatników i interesariuszy (np. pracowników, dostawców)[82].

Jak wspomniano powyżej, w doktrynie zagranicznej przyjęto także, że funkcjonariusze winni wypełniać swoje obowiązki zgodnie z interesem spółki, przy czym tradycyjnie traktowano interes spółki jako interes akcjonariuszy, względnie przyszłych akcjonariuszy. Zwraca się tu jednak uwagę na istnienie społecznego oczekiwania, że zarządzający spółką będę dbać także o szerszy krąg podmiotów z otoczenia spółki[83]. W Wielkiej Brytanii obowiązek uwzględnienia interesu interesariuszy został wyrażony w regulacji ustawowej – *Companies Act 2006*. Zgodnie z brzmieniem sekcji 172, członkowie rady dyrektorów, w ramach obowiązku promowania sukcesu spółki, muszą przy podejmowaniu decyzji kierować się interesem ogółu wspólników (*members as a whole*), a czyniąc to, uwzględniać także długofalowe konsekwencje swoich decyzji oraz a interes pracowników, dostawców, klientów i innych osób z otoczenia spółki. Powinni mieć także wzgląd na wpływ działań spółki na społeczność lokalną i środowisko oraz dobrą reputację spółki, jako przestrzegającą wysokich standardów biznesowego zachowania[84]. *Companies Act 2006* przyjmuje więc wspomnianą powyżej teorię *enlightened shareholder value*[85]. Warto w tym miejscu dla zobrazowania zagadnienia przytoczyć następujący kazus. Mamy do czynienia ze spółką, która produkuje dobra w Wielkiej Brytanii. Dyrektorzy przygotowują jednak plan przeniesienia spółki do kraju, w którym wynagrodzenia dla pracowników są niższe, co pozwoli spółce na znaczne zmniejszenie kosztów produkcji, nawet jeśli wypłaci odprawy dla dotychczasowych pracowników. Spółka jednak prowadzi swoją działalność na obszarze, gdzie panuje duże bezrobocie, a więc zamknięcie fabryki miałoby wyraźnie negatywny wpływ na społeczność lokalną. Nasuwa się więc pytanie, jaką decyzję powinni podjąć dyrektorzy. Gdyby wzięli pod uwagę jedynie maksymalizację zysku dla akcjonariuszy, decyzja o zamknięciu fabryki byłaby jednoznaczna. Nowe przepisy nakładają jednak na dyrektorów obowiązek uwzględ-

---

81 *Ibidem*, s. 142–143.

82 S. Sołtysiński, *System...*, *op. cit.*, s. 65

83 B. Baxt, *Duties and responsibilites of directors and officers*, Sydney 2005, s. 39 i n.

84 *Companies Act 2006*, Section 172:
A director of a company must act in the way he considers, in good faith, would be most likely to promote the success of the company for the benefit of its members as a whole, and in doing so have regard (amongst other matters) to–
(a) the likely consequences of any decision in the long term,
(b) the interests of the company's employees,
(c) the need to foster the company's business relationships with suppliers, customers and others,
(d) the impact of the company's operations on the community and the environment,
(e) the desirability of the company maintaining a reputation for high standards of business conduct, and
(f) the need to act fairly as between members of the company.
(podkreślenie własne)

85 L. Seally, S. Worthington, *op. cit.*, s. 276.

nienia interesów innych grup, a więc powinni wziąć pod uwagę, że zwolnienie pracowników może doprowadzić do pogorszenia sytuacji finansowej i być może strajków w regionie, o czym prawdopodobnie dowie się prasa, a tym samym opinia publiczna i potencjalni inwestorzy oraz klienci. Co więcej, powinni też sprawdzić, dlaczego w kraju, do którego zamierzają przenieść produkcję, pensje są tak niskie, a czy nie są tam łamane podstawowe prawa człowieka, a praca nie odbywa się w niebezpiecznych, niespełniających standardów warunkach? W odniesieniu do ochrony środowiska dyrektorzy powinni rozważyć, co stanie się z dotychczasową fabryką i odpadami z niej oraz upewnić się, czy wybudowanie nowej fabryki nie spowoduje nadmiernych szkód. Gdyby dyrektorzy podjęli decyzję bez rozważenia powyższych i im podobnych aspektów, mogliby narazić się na krytykę ze strony związków zawodowych, polityków, obrońców praw człowieka oraz środowiska. Z drugiej strony mogą narazić się na niezadowolenie akcjonariuszy, którym zależeć może jedynie na większych zyskach. Nie rozstrzygając, jaką decyzję członkowie zarządu powinni podjąć, opisana wyżej regulacja, w przekonaniu jej orędowników, zapewnia, że decyzja będzie podjęta po rozważeniu wszelkich możliwych konsekwencji, co być może czyni ją trudniejszą, ale jednocześnie jakościowo lepszą[86].

W świetle powyższych rozważań należy uznać, powołując się na stanowisko zajęte przez Sąd Najwyższy, na treść pierwszej zasady ogólnej „Dobrych praktyk w spółkach publicznych 2005", a także na regulację tego zagadnienia przez prawo brytyjskie oraz poglądy wyrażone w doktrynie, że interes spółki akcyjnej to w pierwszej kolejności interes ogółu akcjonariuszy, uzupełniony o interesy osób z otoczenia spółki, co służyć ma budowaniu długofalowej pomyślności jej przedsiębiorstwa. Stanowisko to odpowiada więc anglosaskiej koncepcji *enlightened shareholder value*. Tak sformułowany interes spółki powinien znaleźć swój wyraz w co najmniej „miękkich" regulacjach dotyczących rynku kapitałowego.

7. Interes spółki jako wyznacznik działania członków organów spółki

W literaturze przedmiotu zauważono, że kodeks w żadnym wypadku nie traktuje funkcjonariuszy spółki jako reprezentantów swoich wyborców czy reprezentantów większości wspólników. Rozwiązanie takie jest głęboko zakorzenione w tradycji prawa kontynentalnego i oznacza, że zarówno członek zarządu, jak i członek rady nadzorczej powinien być lojalny jedynie wobec spółki[87]. Obowiązek lojalności funkcjonariuszy, tak samo jak w przypadku akcjonariuszy, wynika przede wszystkim z klauzul generalnych Kodeksu cywilnego (art. 5 i 354 w zw.

[86] D. Chivers, *The Companies Act 2006: Directors'duties guidance*, The Corporate Responsibility Coalition 2007, s. 7 i n.

[87] A. Malinowski, *Charakterystyka organów spółki w perspektywie nadzoru korporacyjnego*, Prawo Spółek 4/2003, s. 33.

z art. 2 k.s.h.)[88]. Należy przychylić się do poglądu, że decyzje organów spółki, które służą wyłącznie interesowi akcjonariusza większościowego lub interesowi jedynie określonej grupy akcjonariuszy, a przy tym godzą w podstawy ekonomiczne spółki bądź stwarzają znaczne ryzyko dla jej funkcjonowania i rozwoju lub krzywdzą akcjonariuszy mniejszościowych, nie mogą być uznane za zgodne z interesem spółki[89]. W doktrynie podkreśla się, że obowiązek lojalności piastunów spółki akcyjnej wobec spółki i akcjonariuszy jest bardziej intensywny niż w spółce z o.o. z uwagi na większy zakres ich kompetencji, mniejszy wpływ udziałowców na prowadzenie spraw spółki i węższy zakres ich prawa do informacji. Akcjonariusze nie mają kompetencji do podejmowania uchwał dotyczących prowadzenia spraw spółki poza przykładami określonymi w ustawie (por. art. 375^1 k.s.h.) i nie służy im bezpośrednio prawo kontroli, tak jak ma to miejsce w spółce z o.o. (art. 272 k.s.h.). Wyrażono także przekonanie, że obowiązek lojalności piastunów spółki akcyjnej polega przede wszystkim na przestrzeganiu zasady równego traktowania udziałowców w takich samych okolicznościach, a zasada rządów większości jest ograniczona przez uzasadnione interesy akcjonariuszy mniejszościowych[90]. Członkowie organów, nie będąc związanymi poleceniami akcjonariuszy, dysponują więc niezbywalnym prawem samodzielnego i suwerennego rozstrzygania o powierzonych im sprawach. Dzięki temu organ może występować jako spójna całość i realizować nadrzędny interes spółki[91].

Realizacja tego obowiązku nie byłaby tak skomplikowana, gdyby nie fakt, że za funkcjonariuszami stoją często różne grupy interesów. Sytuacja taka może mieć kilka przyczyn. Jedną z nich jest przyznanie akcjonariuszom reprezentującym co najmniej jedną piątą kapitału zakładowego prawa żądania wyboru członków rady grupami (art. 385 § 3 k.s.h.). Nową kategorię akcjonariuszy, powoływaną na szczególnych zasadach, stanowią niezależni członkowie rady nadzorczej. Ich obecność w radzie nadzorczej ma na celu przede wszystkim zapobieganie utożsamianiu interesu spółki z interesem akcjonariusza większościowego, zabezpieczanie równowagi między interesami różnych kategorii akcjonariuszy oraz wprowadzanie obiektywizmu rady. Ocena obecności niezależnych członków w radzie nadzorczej nie jest jednak w doktrynie jednoznaczna. W szczególności zwrócono uwagę na fakt, iż może ona prowadzić do zaburzenia spójności i prawidłowego funkcjonowania rady poprzez przeciwstawienie niezależnych członków członkom pochodzącym z nominacji akcjonariusza większościowego oraz do pogłębienia asymetrii informacyjnej między zarządem i radą nadzorczą w wyniku marginalizacji rady przez zarząd i akcjonariusza większościowego[92]. Kolejną przyczyną zróżnicowania składu organów zarządzających jest przewidziana przez kodeks możliwość nadania szczególnych uprawnień określonym wspólnikom lub nawet osobom trzecim,

[88] S. Sołtysiński, *op. cit.*, s. 50.
[89] K. Oplustil, *op. cit.*, s. 179.
[90] S. Sołtysiński, *op. cit.*, s. 56.
[91] A. Opalski, O *pojęciu...*, s. 22.
[92] K. Oplustil, *op. cit*, s. 432 i n.

którzy dzięki temu będą mogli powoływać członków zarządu lub rady (por. art. 351 § 1, art. 368 § 4, art. 385 § 2 k.s.h.). Należy też tutaj wspomnieć o spółkach powstałych w wyniku komercjalizacji przedsiębiorstw państwowych, w których część składu rady, a po spełnieniu pewnych warunków także jednego członka zarządu, powołują pracownicy[93].

Należy w tym miejscu zwrócić uwagę na stanowisko wyrażone w literaturze, zgodnie z którym gwarancje prawnej niezależności piastunów wobec akcjonariuszy w prawie polskim, podobnie jak w niektórych innych systemach prawa kontynentalnego, są niewystarczające. Zależność funkcjonariuszy spółek od arbitralnej decyzji wspólników pogłębiły stanowiska wyrażone przez Trybunał Konstytucyjny i Sąd Najwyższy[94], przesądzające, że członkowie zarządu i rady nadzorczej nie mogą kwestionować uchwał, które odwołują ich z zajmowanej funkcji, nawet wówczas, gdy są one rażąco sprzeczne z ustawą[95].

Jak słusznie zauważono w doktrynie, funkcjonariusze powołani z ramienia mniejszości, pracowników lub wierzycieli powinni mieć możliwość promowania interesów grup, z których się wywodzą lub których głosami zostali wybrani, zwłaszcza poprzez możliwość swobodnego wyrażenia swojego stanowiska na etapie determinowania celów spółki. Inaczej trudno byłoby zrozumieć względy, jakie przyświecały ustawodawcy przyznającemu kompetencje wyborcze mniejszości lub pracownikom. W fazie urzeczywistniania zaakceptowanego planu działania funkcjonariusze powinni natomiast podporządkować się ustalonym uprzednio celom i zawsze reprezentować wspólny interes spółki[96]. W tym miejscu wypada jeszcze wspomnieć, że obecnie pluralizacja składu rady nadzorczej jest w doktrynie krytykowana, co prowadzi do wysunięcia postulatu rezygnacji z bezwzględnie obowiązującego charakteru przepisów przewidujących udział w radzie przedstawicieli pracowników i akcjonariuszy mniejszościowych oraz oparcia tej regulacji na tak zwanym modelu opcyjnym[97].

Obowiązek działania organów w interesie spółki, postrzeganego przez pryzmat interesu ogółu wspólników, przy uwzględnieniu słusznych interesów otoczenia spółki stanowi warunek konieczny prawidłowego funkcjonowania spółki. Tylko bowiem w taki sposób można uniknąć nadużyć, przez które spółka z narzędzia służącego realizacji wspólnego celu staje się polem dla realizacji partykularnych interesów, przy wykorzystywaniu pozycji słabszych podmiotów. Organizacja Współpracy i Rozwoju w Europie stoi na stanowisku, że jasno zdefiniowany obowiązek lojalności członków rady nadzorczej wobec spółki i wszystkich jej akcjonariuszy jest, obok obowiązku jawności, podstawowym sposobem ochrony akcjonariuszy

93 Ustawa z dnia 30 sierpnia 1996 o komercjalizacji i prywatyzacji (Dz.U. z 2002, Nr 171, poz. 1397), art. 11 i n.

94 Wyr. TK z 02.06.2009 r. (SK 31/08); uchwała SN z 01.03.2007 r. (III CzP 94/06).

95 S. Sołtysiński, *op. cit.*, s. 63.

96 A. Opalski, O *pojęciu...*, s. 23.

97 K. Oplustil, *op. cit.*, s. 419–423.;Zgodnie z modelem opcyjnym to akcjonariusze (akcjonariusze większościowi w spółkach o skoncentrowanym akcjonariacie), w drodze odpowiedniej regulacji statutowej, powinni decydować o dopuszczeniu do udziału w radzie nadzorczej inwestorów mniejszościowych lub interesariuszy.

mniejszościowych[98]. Jak wspomniano powyżej, zarówno w Wielkiej Brytanii, jak i USA obowiązuje zasada, że menedżerowie są obowiązani działać w interesie spółki[99]. W doktrynie amerykańskiej przyjmuje się dodatkowo, i należy uznać taki pogląd za słuszny, że członkowie organu zarządzającego powinni wręcz dawać przykład etycznego postępowania oraz przestrzegania zasad ładu korporacyjnego pracownikom oraz akcjonariuszom, a zachowanie takie określa się pojęciem „*right (ethical) tone at the top*"[100].

8. Interes spółki w grupie spółek

Ponieważ w myśl opracowywanego projektu ustawy o zmianie Kodeksu spółek handlowych grupa spółek definiowana jest przy pomocy pojęcia wspólnego interesu grupy[101], zasadnym wydaje się poruszenie tej kwestii w niniejszym artykule, przy zaznaczeniu jednak, że jego ramy nie pozwalają na dokładne omówienie w całości tak złożonej kwestii, jaką jest sposób regulacji prawa koncernowego w Polsce. W myśl projektu wspólny interes gospodarczy, będący elementem definiującym grupę spółek, uzasadnia jednocześnie stosowanie odnoszących się do niej przepisów, przy czym może on istnieć jedynie wtedy, gdy związek spółek jest trwały, a nie jedynie doraźny[102]. Na tle sporu o charakter interesu grupy spółek należy opowiedzieć się za poglądem, że w grupie spółek powinno mieć miejsce równoważenie interesu całej grupy z interesem jej uczestników, a więc zarówno z interesem spółki zależnej, jak i dominującej[103]. W takim też kierunku idą proponowane zmiany, zgodnie bowiem z regulacją przyjętą przez Komisję Kodyfikacyjną Prawa Cywilnego

98 *Zasady nadzoru korporacyjnego OECD 2004*, s. 41.

99 Por. uwagi prawno – porównawcze zawarte w punkcie 2. Por. też sekcję 172 *Companies Act 2006*.

100 Z Rezaee, *Corporate Governance Post-Sarbanes-Oxley*, New Jersey 2007, s. 439 i n.

101 Art. 4 § 1 pkt 5^1 projektu Komisji Kodyfikacyjnej Prawa Cywilnego o zmianie Kodeksu spółek handlowych z 2009 roku stanowi, iż termin „grupa spółek" oznacza„ „spółkę dominującą i spółkę lub spółki od niej zależne, pozostające w faktycznym bądź umownym trwałym powiązaniu organizacyjnym oraz mające wspólny interes gospodarczy (interes grupy spółek)". Projekt wprowadza do Kodeksu dział IV zatytułowany„ „Grupy spółek". Z uzasadnienia projektu dowiadujemy się, że zmiana ta jest wynikiem uwzględnienia postulatów zgłaszanych przez polskich przedsiębiorców działających w stosunkach dominacji i zależności. Przesądzono przy tym o ograniczonej regulacji prawnej, która dotyczy zasadniczo jedynie holdingów faktycznych, jej przepisy mogą mieć jednak także zastosowanie do holdingów umownych. http://bip.ms.gov.pl/pl/dzialalnosc/komisje-kodyfikacyjne/komisja-kodyfikacyjna-prawa-cywilnego/ [dostęp: 06.04.2011].

102 Por. uzasadnienie do projektu ustawy o zmianie Kodeksu spółek handlowych z 2009 r., s. 12.

103 A. Szumański, *Spór wokół roli interesu grupy spółek i jego relacji w szczególności do interesu własnego spółki uczestniczącej w grupie*, PPH 5/2010, s. 9 i n.

spółka dominująca oraz spółka zależna, uczestnicząca w grupie spółek, kieruje się obok interesu spółki interesem grupy spółek, z uwzględnieniem uzasadnionego interesu wierzycieli i wspólników mniejszościowych spółki zależnej[104].

W takim ujęciu widać nawiązanie do orzeczenia francuskiego Sądu Kasacyjnego z 1985 roku w tzw. sprawie Rosenblum, w którym wyrażono zasadę, że członkowie organów zarządzających spółek zależnych powinni być uwolnieni od zarzutu działania na ich szkodę, jeżeli przy podejmowaniu decyzji kierowali się oni interesem grupy kapitałowej, a istnieje w przyszłości możliwość wyrównania spółce zależnej szkody powstałej w wyniku wykonania tej decyzji. Innymi słowy, orzeczenie to zakłada, że osoby, do których należy sprawowanie zarządu nad spółkami należącymi do zgrupowania, mogą kierować się interesem całego zgrupowania, jeżeli w dłuższej perspektywie będzie to korzystne także dla spółki, którą zarządzają[105]. Brzmienie art. 21^1 § 1 projektu zawiera więc klauzulę generalną, która uznaje, że spółka dominująca i zależna kieruje się nie tylko własnym interesem, ale także interesem grupy spółek oraz uzasadnionymi interesami wspólników mniejszościowych i wierzycieli spółki zależnej. Przepis wspomnianego artykułu nie tworzy w żadnym wypadku zasady nadrzędności interesu grupy spółek nad własnymi interesem spółki dominującej lub zależnej uczestniczącej w grupie, ale stanowi dyrektywę, w którą kierować się ma spółka dominująca i zależna. Ich rolą jest bowiem dążenie do pogodzenia interesu grupy spółek z ich własnym interesem[106].

Przewidziane przez art. 21^1 § 1 projektu udzielenie ochrony wierzycielom spółki umożliwić ma zastosowanie w polskiej rzeczywistości prawnej koncepcji zwanej w języku angielskim *piercing the corporate veil*, *a w* języku niemieckim określanej pojęciem *Durchgriff*, która dopuszcza możliwość sformułowania przez wierzycieli spółki zależnej roszczenia wobec spółki dominującej o wykonanie zobowiązania spółki zależnej. Zadośćuczynienie takiemu roszczeniu stanowi odstępstwo od zasady wyłącznej odpowiedzialności spółki kapitałowej, czyniąc wspólnika spółki współodpowiedzialnym za jej zobowiązania. Judykatura powinna więc podchodzić do niego bardzo ostrożnie i stosować jedynie w przypadkach wyjątkowych[107].

Jeżeli natomiast przyjmuje się podporządkowanie interesu spółki zależnej interesowi grupy spółek oraz możliwość wydawania jej przez spółkę dominującą wiążących poleceń, należy zagwarantować jednocześnie środki, które umożliwią ochronę interesu spółki zależnej, takie jak w odpowiedzialność spółki dominującej za szkodę wyrządzoną spółce zależnej, która powstała w wyniku zastosowania się do wiążących poleceń spółki dominującej oraz przyznanie

[104] Por. art. 21^1 § 1 projektu ustawy o zmianie Kodeksu spółek handlowych z 2009 r.
[105] Por. M. Romanowski, W *sprawie potrzeby nowej regulacji prawa grup kapitałowych w Polsce*, PPH 7/2008, s. 9.
[106] Projekt ustawy o zmianie Kodeksu spółek handlowych z 2009 r., s. 13.
[107] Por. A. Opalski, *Koncern...*, *op. cit.*, s. 27.; A. Szumański, *op. cit.*, s. 15 i 17.

spółce zależnej prawa do odmowy przyjęcia polecenia wydanego jej przez spółkę dominującą (prawo „weta")[108]. Straty, które ponosi spółka zależna, nie zawsze muszą mieć postać szkody w ścisłym cywilno-prawnym znaczeniu[109].

Należy zgodzić się z zaprezentowanym w doktrynie poglądem, że realizacja celu w ramach grupy kapitałowej możliwa jest tylko wtedy, gdy relacja między spółkami oparta będzie na lojalności. Członkowie organów spółki dominującej powinni więc kierować się poza interesem spółki dominującej także interesem całego zgrupowania, którego spółka dominująca nie determinuje, a jedynie współtworzy[110]. Generalną zasadę, że stosunek dominacji i zależności nie może być wykorzystywany na szkodę podmiotów zależnych, wyprowadza się przede wszystkim z koncepcji stosunku podporządkowania jako stosunku szczególnego zaufania, która przez orzecznictwo niemieckie wyprowadzana jest z ogólnego obowiązku wzajemnej lojalności wspólników (*Treuepflicht*), a we Francji z teorii „nadużycia siły większości" (*abus de majorité*). Powiązane z tą koncepcją są: zasada racjonalnego wpływania podmiotu dominującego na podmiot zależny, obowiązek uwzględniania przez podmiot dominujący interesu podmiotu zależnego obok interesu całego holdingu oraz udzielanie wskazówek, rad, a także pomocy gospodarczej podmiotowi zależnemu, gdy zajdzie taka potrzeba[111].

9. Podsumowanie

Interes spółki jest dyrektywą, która wyznacza kierunek działania wszystkich organów spółki, czyli walnego zgromadzenia, zarządu i rady nadzorczej. Nie jest on kategorią odrębną, autonomiczną od interesów akcjonariuszy, ponieważ osobowość prawna spółki akcyjnej różni się od osobowości osób fizycznych, przede wszystkim tym, że spółka nie może mieć „własnej" świadomości, woli, dążeń i potrzeb. Wynika z tego, że jej interes zawsze kształtować będą uczestniczące w niej osoby fizyczne, czyli akcjonariusze oraz do pewnego stopnia także osoby z otoczenia spółki, takie jak pracownicy, klienci, kontrahenci oraz społeczność lokalna. Interes spółki jest pojęciem konkretnym, co oznacza, że należy go ustalać w oparciu o realia poszczególnych spółek, oraz subiektywnym, przez co należy rozumieć, że nie jest on niezależny od poglądów akcjonariuszy, wprost przeciwnie, to właśnie oni go kształtują. Pojęcia „interes spółki" nie należy utożsamiać jedynie ze sferą majątkową działalności spółki, może ono także dotyczyć wartości niemajątkowych, takich jak wizerunek i dobre imię spółki. Ponieważ akcjonariusze są „właścicielami" spółki dzięki posiadanym przez siebie udziałom w kapitale zakładowym oraz ponoszą finansowe ryzyko niepowodzeń

[108] A. Szumański, *op. cit.*, s. 11 i n.
[109] K. Oplustil, *op. cit.*, s. 179–180.
[110] D. Wajda, *op. cit*, s. 379.
[111] S. Włodyka, *Prawo koncernowe*, Kraków 2003, s. 66–67.

spółki, to właśnie ich interesom należy przyznać pierwszeństwo. Jest to zgodne z kapitałową naturą spółki akcyjnej. Faktycznie największy wpływ na determinowanie interesu spółki ma akcjonariusz większościowy, który dysponując odpowiednią większością głosów na zgromadzeniu wspólników, może przeforsować właściwie każdą uchwałę. Nie oznacza to jednak, że interes spółki powinien być postrzegany przez pryzmat interesu akcjonariusza większościowego, a jego władza w spółce jest nieograniczona. Interesy akcjonariuszy mniejszościowych zasługują na ochronę, kiedy są racjonalne i uzasadnione, zasada rządów większości nie ma bowiem charakteru absolutnego. Budowanie długotrwałej pomyślności spółki zależy od uwzględniania interesu jej otoczenia, potrzeby interesariuszy powinny być więc brane pod uwagę przy podejmowaniu korporacyjnych decyzji. Społeczna odpowiedzialność biznesu jest zjawiskiem koniecznym zarówno ze względu na wymogi stawiane korporacjom przez współczesne rynki kapitałowe i ich inwestorów, jak i ze względów etycznych. Za uzasadnione i pożądane należy uznać zamieszczenie interesów otoczenia spółki w „miękkich" regulacjach dotyczących rynków kapitałowych jako dodatkowej dyrektywy postępowania dla funkcjonariuszy spółki. Wykluczałoby to ich wątpliwości w tym zakresie i jasno określało kierunek wykonywania ich obowiązków, nadając oficjalny, formalny wyraz temu, co jest już powszechnie przyjęte jako standard dobrego nadzoru korporacyjnego. Ogólna, uniwersalna definicja interesu spółki powinna zakładać, że interes spółki akcyjnej to w pierwszej kolejności interes ogółu akcjonariuszy, uzupełniony o interesy osób z otoczenia spółki, co służyć ma budowaniu długofalowej pomyślności jej przedsiębiorstwa. Definicja taka odpowiada przyjętemu w Wielkiej Brytanii podejściu *enlightened shareholder value*. Członkowie organów spółki niezależnie od tego z czyjej nominacji pochodzą, powinni przy wykonywaniu swoich obowiązków kierować się interesem spółki, wyłącznie spółce bowiem winni są swoją lojalność. W grupie spółek powinny natomiast równoważyć się interesy spółek w nich uczestniczących, w szczególności interes spółki zależnej nie powinien być podporządkowany interesowi grupy.

Krzysztof Topolski[1]

Odpowiedzialność za wady świadczenia substytucyjnego w ramach datio in solutum

1. Uwagi wstępne

Świadczenie w miejsce wykonania (*datio in solutum*) jest jednym ze sposobów wykonania zobowiązania w polskim systemie prawa prywatnego i *expressis verbis* wyrażonym w art. 453 Kodeksu.cywilnego. Świadczy o tym nie tylko położenie tego przepisu w dziale I tytułu VII księgi trzeciej k.c., ale przede wszystkim charakter samego *datio*. Instytucja *datio in solutum*, zdaniem P. Drapały, polega na tym, że: „roszczenie wierzyciela zostaje zaspokojone wskutek spełnienia na jego rzecz świadczenia zastępczego"[2]. Określenie przedmiotu świadczenia należy do stron umowy. Korzystają one przy tym ze swobody umów wyrażonej w art. 353^1 k.c. Mogą zatem określić, że świadczenie będzie polegało na *dare*, *facere* lub *pati*, byleby tylko nie stało to w sprzeczności z zasadami wymienionymi w tym artykule[3].

Takie swobodne ukształtowanie przedmiotu świadczenia nie wyklucza jednakże możliwości wystąpienia jego wadliwości. Pojawia się zatem problem zabezpieczenia praw wierzyciela w takiej sytuacji, zważywszy zwłaszcza na fakt, iż zasadniczym skutkiem wykonania *datio* jest wygaśnięcie pierwotnego stosunku zobowiązaniowego[4].

---

[1] Student IV roku prawa na WPiA UJ.

[2] P. Drapała, *Świadczenie w miejsce wykonania*, PiP 12/2003, s. 28. W odniesieniu do rzeczywistego spełnienia świadczenia zob. D. Celiński, *Konstrukcja datio in solutum w praktyce notarialnej*, Rejent 4/2006 s. 63-64.

[3] D. Celiński, *op. cit.*, s. 59–60 i 62–63.

[4] *Ibidem*, s. 66.

Niniejszy artykuł stawia sobie za cel dokonanie analizy powyższego zagadnienia. W dalszych częściach pracy zostanie zaprezentowany przyjęty w Kodeksie cywilnym model ochrony wierzyciela. Zważywszy na fakt, że reżim ochrony jest kształtowany poprzez poszczególne uprawnienia, dalsze rozważania w dużej mierze skupiać się będą na omówieniu poszczególnych uprawnień, które przysługują wierzycielowi w razie wystąpienia wadliwości przedmiotu świadczenia.

2. Model ochrony wierzyciela w razie wadliwości przedmiotu świadczenia

Ochrona wierzyciela w przypadku wystąpienia wady przedmiotu świadczenia może zostać ukształtowana w dwojaki sposób. Ponieważ powyższa wadliwość stanowi rodzaj nienależytego wykonania zobowiązania, toteż odpowiedzialność dłużnika może być oparta o przepisy ogólne dotyczące niewykonania lub nienależytego wykonania zobowiązania zawarte w dziale II tytułu VII księgi trzeciej Kodeksu cywilnego. Drugim sposobem jest wprowadzenie szczególnego reżimu odpowiedzialności dłużnika za wady przedmiotu świadczenia (np. rękojmia przy sprzedaży), który będzie w znacznym stopniu modyfikował zakres jego odpowiedzialności, w porównaniu do odpowiedzialności na zasadach ogólnych (z reguły poprzez wzmocnienie pozycji wierzyciela). Zakres uprawnień wierzyciela i tym samym poziom jego ochrony w przypadku wystąpienia wadliwości przedmiotu świadczenia będzie w dużej mierze uzależniony od przyjęcia jednego z dwóch powyższych modelów.

W związku z powyższym należy zauważyć, iż ustawodawca jednoznacznie przesądził o sposobie ochrony wierzyciela, stanowiąc w art. 453 zd. 2 k.c. odesłanie do przepisów o rękojmi przy sprzedaży.

Na gruncie tego przepisu powstaje jednak zagadnienie dotyczące sposobu stosowania przepisów o rękojmi przy sprzedaży. Należy się bowiem zastanowić nad *ratio* odesłania zawartego w art. 453 zd. 2 k.c. Stosując wykładnię literalną, należy zauważyć, iż ustawodawca w przeciwieństwie chociażby do art. 604 k.c. nie zamieścił w wymienionym przepisie zwrotu, że przepisy o rękojmi stosuje się odpowiednio. Zatem wnioskując a *contrario*, należałoby stosować je wprost.

Wykładnia literalna tego przepisu mogłaby przy tym prowadzić do naruszenia równowagi interesów stron umowy. Tytułem przykładu można by wymienić sytuację, w której strony pierwotnie zawarły umowę darowizny samochodu, a następnie uzgodniły między sobą, że zamiast samochodu wierzyciel otrzyma obraz, w wyniku czego doszło między nimi do *datio in solutum*. Rygorystyczne trzymanie się tej wykładni w wymienionym przykładzie, prowadzi do sytuacji, w której przy darowiźnie samochodu dłużnik jest odpowiedzialny za wady rzeczy według art. 892 k.c., natomiast przy darowiźnie obrazu według art. 556 i nast. k.c. Należy zauważyć, iż oba

świadczenia wykonywane są pod tytułem darmym, stąd nie sposób uzasadnić wyraźnego zróżnicowania odpowiedzialności dłużnika[5].

Przeciwko wykładni literalnej przemawia dodatkowo fakt, że przedmiot świadczenia może być różnie ukształtowany. Zgodnie z art. 353^1 k.c. jedynymi ograniczeniami woli stron są w tym przypadku sprzeczność dyspozycji z naturą stosunku, ustawą lub zasadami współżycia społecznego. Dlatego też często charakter samego przedmiotu świadczenia, sposób jego ukształtowania, a co za tym idzie, także wola stron będzie wyłączała niektóre przepisy o rękojmi jako niemożliwe do zastosowania w danym przypadku. Przyjęcie gramatycznej wykładni art. 453 zd. 2 k.c. pozwalałoby na stosowanie art. 556–576 k.c. tylko wtedy, gdy przedmiotem świadczenia są rzecz, przedsiębiorstwo, gospodarstwo rolne czy zbywalne prawa majątkowe. Powodowałoby to jednocześnie wyłączenie odpowiedzialności dłużnika na podstawie przepisów o rękojmi, jeśli świadczenie nie polegało na *dare*, lecz na wykonaniu usługi itd[6]. W sytuacji, gdy *datio* byłoby konglomeratem różnych postaci świadczenia (np. *dare* i *facere*), odpowiedzialność dłużnika ograniczałaby się tylko do części świadczenia nawet wtedy, gdy wszystkie postaci świadczenia byłyby dotknięte wadami.

Powyższe uwagi dobrze ilustrują fakt, że wykładnia literalna art. 453 zd. 2 k.c. może prowadzić do sprzeczności lub co najmniej do naruszenia równowagi stron stosunku obligacyjnego. Dlatego też należy zaakceptować zaproponowany w literaturze pogląd o funkcjonalnej wykładni art. 453 zd. 2 k.c.[7], jednocześnie uzupełniając, że odesłanie to trzeba rozumieć nie tyle jako ścisłe odesłanie do przepisów o rękojmi przy sprzedaży, ale raczej jako decyzję ustawodawcy dotyczącą wyboru szczególnego reżimu odpowiedzialności w miejsce ogólnych przepisów zajmujących się kwestią niewykonania lub nienależytego wykonania zobowiązania.

3. Przedmiot świadczenia i pojęcie wady przedmiotu świadczenia

Przed przystąpieniem do omawiania samego reżimu odpowiedzialności należy poczynić jeszcze kilka uwag terminologicznych. Przepisy o rękojmi przy sprzedaży, zgodnie z art. 556 k.c., stosuje się w sytuacji, gdy sprzedana rzecz ma wady[8], natomiast art. 453 zd. 2 k.c., w prze-

[5] P. Drapała, *Świadczenie...*, s. 36. Zróżnicowania odpowiedzialności dłużnika w takiej sytuacji nie może też uzasadniać dążenie do lepszej ochrony interesów wierzyciela. Zasadniczą bowiem cechą prawa prywatnego powinna być równorzędna pozycja stron stosunku. Nie występuje tu przy tym konieczność ochrony strony„ „słabszej" (zob. Z Radwański, *Prawo cywilne – część ogólna*, Warszawa 2007, s. 2).

[6] M. Pyziak-Szafnicka, [w:] *System prawa prywatnego*, t. 6, red. A. Olejniczak, Warszawa 2009, s. 1086.

[7] P. Drapała, *Świadczenie...*, s. 35-36. Por. M. Piekarski, [w:] *Kodeks cywilny. Komentarz*, t. 2, red. J. Ignatowicz, Warszawa 1972, s. 1137. Autor stwierdza, że przepisy o rękojmi stosuje się do wad przedmiotu świadczenia, (a nie rzeczy.

[8] W orzecznictwie dość ugruntowany jest pogląd, iż przepisy o rękojmi mają zastosowanie także do sytuacji, gdy przedmiotem sprzedaży jest przedsiębiorstwo, gospodarstwo rolne, a także wierzytelność (zob. wyr. SN z 17.04.2002, IV CKN 985/00, OSP 7-8/2003, s. 415–418 z częściowo krytyczną glosą P. Drapały).

ciwieństwie do artykułu wymienionego wyżej, nie posługuje się pojęciem rzeczy, lecz używa zwrotu przedmiot świadczenia. Pojawia się zatem pytanie, czy ustawodawca posługuje się tymi pojęciami zamiennie, czy też mają one odmienne znaczenie.

Zgodnie z zasadami wykładni należy na tak postawione pytanie odpowiedzieć negatywnie i to zasadniczo z dwóch powodów. Po pierwsze, zgodnie z zasadami wykładni językowej, nie należy przypisywać takiego samego znaczenia różnym zwrotom stosowanym przez ustawodawcę[9]. Po drugie należy zwrócić uwagę na charakter samego *datio*. Zwrot „przedmiot świadczenia" ma szersze znaczenie, aniżeli pojęcie rzeczy. Oznacza to, że przedmiotem świadczenia wcale nie musi być rzecz. Może on być bowiem ukształtowany przez strony umowy także jako zespół kilku czynności prawnych lub faktycznych, które dopiero wykonane łącznie należy uznać za spełnienie świadczenia. W związku z tym przepisy o rękojmi powinny być zasadniczo stosowane w odniesieniu do przedmiotu świadczenia jako całości, a nie do jego poszczególnych części.

Tak jak w przypadku pojęcia przedmiotu świadczenia, także pojęcie wady na gruncie przepisów dotyczących *datio in solutum* powinno mieć nieco odmienne znaczenie niż tradycyjnie przyjmowane na tle regulacji rękojmi[10]. Wada przedmiotu świadczenia jest niewątpliwie pojęciem szerszym, mającym większą liczbę desygnatów aniżeli pojęcie wady rzeczy. Wynika to już z faktu, iż termin ten odnosi się do przedmiotu świadczenia, a zatem wyrażenia mającego szerszy zakres znaczeniowy niż pojęcie „rzecz". Ponadto termin „wada" na gruncie problematyki *datio* nie może, z uwagi na znaczne zróżnicowanie przedmiotu świadczenia, obejmować tylko i wyłącznie wad fizycznych czy prawnych, tak jak w przypadku umowy sprzedaży. O ile bowiem w przypadku umowy sprzedaży (czy szerzej umowy, której przedmiotem jest przeniesienie własności rzeczy) jest to wyliczenie wyczerpujące wszystkich możliwych ewentualnych defektów sprzedanej rzeczy, o tyle nie można podobnie stwierdzić w przypadku wady przedmiotu świadczenia. Na gruncie problematyki dotyczącej *datio in solutum*, pojęcie to będzie obejmowało także przypadki, które w innych umowach określane są jako nienależyte wykonanie zobowiązania. Takie stwierdzenie jest uzasadnione specyficznym charakterem *datio*, w którym przedmiot świadczenia może być różnie ukształtowany, a więc może obejmować także inne niż rzeczowe postaci świadczenia. Przyjęcie odmiennej wykładni pojęcia wady przedmiotu świadczenia, a więc interpretacja zawężająca, musiałoby przy tym prowadzić do wyłączenia spod zakresu zastosowania przepisów o rękojmi świadczeń, których przedmiotem jest wykonanie usługi, znoszenie (*pati*) czy wreszcie konglomerat tych postaci[11].

Stąd należy przyjąć, iż pojęcie wady na gruncie problematyki *datio in solutum* obejmuje swym zakresem znaczeniowym nie tylko wady fizyczne i prawne, jak w przypadku literalnego

[9] L. Morawski, *Wstęp do prawoznawstwa*, Toruń 2005, s. 175.
[10] Zob. J. Katner, [w:] *System Prawa Prywatnego*, t. 7, red. J. Rajski, Warszawa 2004, s. 126–129.
[11] A. Rembieliński, [w:] *Kodeks cywilny z komentarzem*, t. 1, red. J. Winiarz, Warszawa 1989, s. 459.

brzmienia przepisów dotyczący rękojmi, ale także rozciąga się na inne postacie wadliwości przedmiotu świadczenia, które należy uznać za formę nienależytego wykonania zobowiązania. Konsekwencją takiego poglądu jest stosowanie przepisów o rękojmi niezależnie od tego, jaką postać ma przedmiot świadczenia. Dzięki temu, wierzyciel wyrażający zgodę na przyjęcie świadczenia *aliud*, będzie mógł skorzystać z uprawnień, których nie miałby, gdyby odpowiedzialność dłużnika kształtowała się według przepisów ogólnych dotyczących niewykonania lub nienależytego wykonania zobowiązania (np. odstąpienie od *pactum de in solutum dando*, żądanie naprawy lub wymiany przedmiotu świadczenia). Nie oznacza to jednak, że wierzycielowi będzie zawsze przysługiwał identyczny zestaw uprawnień z tytułu rękojmi. Zakres jego uprawnień będzie bowiem uzależniony od specyfiki danego przedmiotu świadczenia, która może powodować wyłączenie niektórych uprawnień.

4. *Pactum de in solutum dando*

W równej mierze, co określenie przedmiotu świadczenia jak i jego wad, na kształt uprawnień wierzyciela z tytuł rękojmi ma także wpływ zdeterminowanie charakteru prawnego konsensualnego elementu *datio in solutum*, jakim jest *pactum de in solutum dando*.

W literaturze dość powszechnie przyjmowany jest pogląd zakładający, że *pactum* jest umową[12]. Należy jednakże zauważyć, iż ustawodawca nie posługuje się terminem umowa na określenie tego elementu *datio*. W art. 453 zd. 1 k.c. używa jedynie sformułowania „zgoda wierzyciela". Opierając się zatem na wykładni literalnej przepisu, należałoby uznać, że *pactum* nie jest umową[13]. Niemniej jednak przyjęcie takiego poglądu nie jest na gruncie przytoczonego przepisu zasadne. Opiera się bowiem na dość pobieżnej i powierzchownej analizie treści art. 453 k.c. Zwrotu „zgoda wierzyciela" nie powinno się bowiem traktować jako odmiennego od umowy zdarzenia prawnego, zachodzącego w relacjach między dłużnikiem a wierzycielem. Bardziej zasadne w tym przypadku jest przyjęcie tezy, iż ustawodawca posługując się zwrotem „zgoda wierzyciela" ma na celu zaakcentowanie pozycji wierzyciela, którego zgoda stanowi *conditio sine qua non* skuteczności *datio*, podobnie jak i realne spełnienie świadczenia *aliud* przez dłużnika[14].

Tym samym należy uznać, że to wyrażenie powinno być traktowane nie tylko jako akceptacja dla zawarcia *pactum*, ale szerzej jako wola zawarcia umowy, stanowiącej niezbędny element *datio in solutum*. Wyrażenie zgody przez wierzyciela będzie zatem oświadczeniem jego woli,

[12] Tak P. Drapała, *Świadczenie...*, s. 30. Zob. także W. Popiołek, [w:] *Kodeks cywilny. Komentarz do art. 450-1088*, t. 2, praca zbiorowa pod red. K. Pietrzykowskiego, Warszawa 2005, s. 8. Niektórzy autorzy posługują się pojęciem „porozumienie" na określenie *pactum*, co może nasuwać wniosek, iż nie uznają *pactum de in solutum dando* za umowę (zob. W. Czachórski, *Prawo zobowiązań w zarysie*, Warszawa 1968, s. 370).

[13] W takim ujęciu zgodę wierzyciela należałoby traktować jako uprawnienie prawo-kształtujące.

[14] A. Rembieliński, [w:] *Kodeks...*, s. 459.

w rozumieniu art. 60 k.c.[15] Stanowi bowiem zachowanie dostatecznie ujawniające wolę wierzyciela w przedmiocie zawarcia *pactum*.

Z uwagi jednak na konsensualny charakter *pactum de in solutum dando* konieczne jest także działanie dłużnika. W większości przypadków będzie się ono przejawiało wystąpieniem z propozycją zmiany przedmiotu świadczenia i tym samym zawarcia *pactum de in solutum dando*. Należy jednak zauważyć, iż możliwa jest także odwrotna sytuacja, w której to wierzyciel będzie występował z propozycją zmiany przedmiotu świadczenia, zwłaszcza w gdy będzie uważał, że dłużnik nie będzie w stanie spełnić pierwotnego świadczenia. Wówczas to dłużnik będzie wyrażał *de facto* zgodę na zawarcie *pactum*.

W obu opisanych powyżej sytuacjach także zachowanie dłużnika należy zakwalifikować jako złożenie oświadczenia woli, bowiem także jego zachowanie dostatecznie ujawnia jego wolę co do zmiany przedmiotu świadczenia.

Powyższe wyjaśnienia prowadzą przy tym do kolejnego zagadnienia dotyczącego charakteru prawnego *pactum de in solutum dando*, a ściślej relacji *pactum* do pierwotnej umowy. Należy zauważyć, iż w polskiej literaturze zaprezentowano, idąc w ślady doktryny niemieckiej, dwa poglądy dotyczące tej kwestii[16]. Według pierwszego z nich, *pactum* stanowi porozumienie (umowę) wykonawcze[17]. Charakter *pactum* będzie się zatem sprowadzał do ustalenia przez strony pierwotnego stosunku zobowiązaniowego sposobu wykonania zobowiązania przez dłużnika. Według drugiej natomiast teorii *pactum* stanowi następczą modyfikację treści istniejącego stosunku zobowiązaniowego. W wyniku zawarcia *pactum*, strony pierwotnego stosunku zobowiązaniowego dokonują zmiany treści tego stosunku, w wyniku czego dłużnik może spełnić inne świadczenie niż pierwotnie określone.

Należy zgodzić się z M. Pyziak-Szafnicką, iż kwalifikowanie *pactum* jako umowy wykonawczej, czy też umowy zmieniającej istniejący stosunek prawny, jest bezcelowe[18]. Oba te poglądy kładą bowiem nacisk na różne cechy czy funkcje *pactum*. Stąd wydaje się właściwe zdefiniowanie tej umowy przez pryzmat jej cech i funkcji, czyli jako umowy o charakterze wykonawczym, jednocześnie modyfikującej istniejący między stronami stosunek zobowiązaniowy. Wykonawczy charakter *pactum* sprowadza się do faktu, iż jest to umowa zawierana w ramach istniejącego już stosunku prawnego. Strony nie mogą zawrzeć tej umowy, jeśli między nimi nie istnieje uprzedni stosunek zobowiązaniowy[19]. Jednocześnie *pactum de in solutum dando* prowadzi także do modyfikacji jego treści, poprzez wprowadzenie zmian w zakresie sposobu wykonania zobowiązania przez dłużnika. Przez zawarcie *pactum* strony pierwotnego stosunku prawnego ustalają inny sposób wygaśnięcia zobowiązania niż speł-

[15] K. Gandor, [w:] *System prawa cywilnego*, t. 3, cz. 1, red. Z. Radwański, Wrocław 1981, s. 851–852.
[16] Zob. P. Drapała, *Świadczenie...*, s. 33.
[17] Por. A. Brzozowski, [w:] *System Prawa Prywatnego*, t. 5, red. E. Łętowska, Warszawa 2006, s. 385.
[18] M. Pyziak-Szafnicka, [w:] *System...*, s. 1074.
[19] Wykonawczy charakter *pactum de in solutum dando* w takim rozumieniu jest powiązany także z zasadą kauzalności *pactum*. Zob. M. Pyziak-Szafnicka, [w:] *System...*, s. 1077–1078.

nienie świadczenia pierwotnego, uzgadniając, iż wygaśnie ono na skutek spełnienia świadczenia *aliud*. Bez dokonania takiej modyfikacji treści zobowiązania, spełnienie przez dłużnika świadczenia zastępczego, wnioskując *a contrario* z art. 354 § 1 k.c., nie prowadziłoby do wygaśnięcia pierwotnego zobowiązania.

Zasadnym wydaje się przy tym także stwierdzenie, iż *pactum de in solutum dando* stanowić będzie odrębną podstawę prawną dla świadczenia zastępczego[20]. Nie uchybia to jednakże w żadnym wypadku celowi *datio in solutum*, jakim jest wygaśnięcie zobowiązania.

Ważne w perspektywie omawiania uprawnień z tytułu rękojmi jest także określenie, czy *pactum* można uznać za umowę wzajemną. W myśl art. 487 § 2 k.c. umowa jest wzajemna, gdy obie strony zobowiązują się w taki sposób, że świadczenie jednej z nich ma być odpowiednikiem świadczenia drugiej. Przytoczony przepis ustanawia zatem dwa warunki niezbędne dla uznania umowy za wzajemną: ekwiwalentność świadczeń oraz okoliczność, że ich podstawą prawną jest ten sam stosunek umowny. O ile warunek równoważności można uznać za spełniony w sensie globalnym[21], o tyle nie można tego samego stwierdzić odnośnie tożsamości podstawy prawnej. Podstawą świadczenia wierzyciela nie było bowiem *pactum de in solutum dando*, lecz pierwotny stosunek zobowiązaniowy, natomiast podstawą substytucyjnego świadczenia dłużnika jest to właśnie *pactum*, aczkolwiek zawierane w celu wygaśnięcia pierwotnego zobowiązania. W związku z powyższym nie można uznać *pactum* za umowę wzajemną[22].

5. Odstąpienie od *pactum de in solutum dando*

Prawo do odstąpienia od *pactum de in solutum dando* wymienione w art. 560 § 1 k.c. jest jednym z głównych uprawnień wierzyciela, a jednocześnie uprawnieniem uniwersalnym. Przysługuje bowiem wierzycielowi niezależnie od charakteru przedmiotu świadczenia, także w przypadku gdy *datio* nie polega na *dare*, ale przedmiotem świadczenia jest *facere*, *pati* czy wreszcie konglomerat tych postaci świadczenia.

Przy odstąpieniu od *pactum w* pełni aktualne pozostają zasady dotyczące formy oświadczenia o odstąpieniu od umowy i trybu jego składania wypracowane zarówno w orzecznictwie, jak i literaturze.

Należy zauważyć, iż konsekwencje odstąpienia od umowy sprzedaży na podstawie art. 560 § 1 k.c. regulowane są poprzez odesłanie zawarte w § 2 wymienionego artykułu, w art.

[20] Zwrócił na to uwagę Sąd Najwyższy w orz. z 3.7.2008, IV CSK 149/08, LEX nr 453016.

[21] Świadczenie wierzyciela na podstawie umowy pierwotnej należy uznać za ekwiwalentne wobec świadczenia na podstawie *datio in solutum*. Por. D. Celiński, *op. cit.*, s. 64-65. Szerzej na temat zasady ekwiwalentności w umowach wzajemnych zob. A. Brzozowski, [w:] *System...*, s. 410.

[22] P. Drapała, *Świadczenie...*, s. 34.

494 k.c. Tenże przepis statuuje następstwa odstąpienia od umowy wzajemnej. W związku z powyższym strona, która odstąpiła od umowy, jest zobowiązana do zwrotu otrzymanego świadczenia i może żądać zwrotu tego, co sama świadczyła. Dodatkowo przysługuje jej roszczenie o naprawienie szkody wynikłej z niewykonania zobowiązania.

Nieco odmiennie będą się natomiast kształtować skutki odstąpienia od *pactum*. Ma na to wpływ przede wszystkim specyficzny charakter samego *datio*, a co za tym idzie także *pactum*, jak również rozstrzygnięcie spornej w doktrynie kwestii, czy odstąpienie następuje ze skutkiem *ex tunc*, czy też ze skutkiem na przyszłość (*ex nunc*), przy czym warto od razu zaznaczyć, iż pogląd pierwszy ma zdecydowanie więcej zwolenników i jest dość powszechnie przyjmowany w orzecznictwie[23].

Zwolennicy[24] retroaktywności ustawowego prawa do odstąpienia od umowy na podstawie art. 494 k.c. uważają, iż ten przepis nie reguluje samodzielnie wszystkich skutków odstąpienia. W związku z tym konieczne, ich zdaniem, jest sięganie do art. 395 § 2 k.c. i zawartej w tym przepisie fikcji prawnej zakładającej, iż umowa, od której odstąpiono, nie została zawarta. Również w odniesieniu do odstąpienia od *pactum* jest to koncepcja dominująca[25].

Przyjęcie takiego poglądu nie jest jednak zasadne w świetle brzmienia art. 494 k.c., bowiem wbrew twierdzeniom zwolenników tego poglądu, wymieniony przepis reguluje w sposób wyczerpujący skutki odstąpienia i w tym zakresie nie ma konieczności sięgania do art. 395 § 2 k.c.[26], za wyjątkiem jego stosowania w części mówiącej o sposobie zwrotu usługi w drodze analogii w odniesieniu do *datio*, o czym będzie mowa poniżej. Należy także zauważyć, iż zaakceptowanie fikcji prawnej niezawarcia umowy pozostaje w oczywistej sprzeczności z treścią art. 494 k.c., z którego wprost wynika, że „umowy wzajemnej, od której odstąpiono ze względu na wystąpienie któregoś ze stypizowanych przypadków niewykonania zobowiązania, nie można traktować jako niezawartej"[27]. Dotyczy to także przypadku odstąpienia od *pactum de in solutum dando*.

Za zasadny należy zatem uznać pogląd A. Kleina, że odstąpienie nie wpływa na byt prawny umowy, lecz powoduje wygaśnięcie wynikającego z niej stosunku zobowiązaniowego i to ze skutkiem *ex nunc*[28]. Jednocześnie to zdarzenie prawne kreuje zobowiązanie do zwrotu świadczenia i ewentualnie naprawienia szkody powstałej z niewykonania zobowiązania[29].

---

[23] Por. orz. SN z 27.3.2008, II CSK 477/07, LEX nr 385595; orz. SA w Katowicach z 3.7.2008, V ACa 199/08, LEX nr 469961.

[24] J. Skąpski, [w:] *System Prawa Cywilnego*, t. 3, cz. 2, red. S. Grzybowski, Wrocław 1976, s. 139.

[25] P. Drapała, *Świadczenie...*, s. 37.

[26] F. Zoll, *Szkice z prawa upadłościowego. Szkic pierwszy o skutkach odstąpienia przez syndyka od umowy wzajemnej*, TPP 1/2006, s. 116.

[27] F. Zoll, *op. cit.*, s. 116.

[28] A. Klein, *Ustawowe prawo odstąpienia od umowy wzajemnej*, Wrocław 1964, s. 163 i nast. Por. A. Rembieliński, [w:] *Komentarz...*, s. 511.

[29] Por. tzw. teoria przekształcenia (Umwandlungstheorie). F. Zoll, *op. cit.*, s. 117.

W przypadku odstąpienia od *pactum de in solutum dando*, art. 494 k.c. nie wyczerpuje wszystkich skutków odstąpienia od *pactum*. Należy bowiem pamiętać, iż świadczenie w miejsce wykonania jest dokonywane w ramach istniejącego stosunku zobowiązaniowego, w celu jego wygaśnięcia. Powstaje zatem także zagadnienie, jaki skutek dla pierwotnego stosunku zobowiązaniowego ma odstąpienie od *pactum*.

5.1. Wpływ odstąpienia od *pactum de in solutum dando* na pierwotne zobowiązanie

Jak już była o tym mowa o na wstępie, *datio in solutum* stanowi jeden ze sposobów wygaśnięcia zobowiązania. Przez zawarcie *pactum de in solutum dando* strony pierwotnego stosunku obligacyjnego modyfikują jego treść, postanawiając, że wygaśnie ono na skutek spełnienia przez dłużnika świadczenia *aliud*[30].

Oświadczenie o odstąpieniu od umowy, zgodnie z przyjętą teorią o skutku *ex nunc* odstąpienia, powoduje zatem wygaśnięcie wynikającego z niej stosunku prawnego. Ten skutek dotyczy także *pactum*. Należy jednak pamiętać o jego wykonawczym charakterze. Zostało ono zawarte w ramach istniejącego zobowiązania, w celu jego wygaśnięcia. W związku z powyższym wygaśnięcie wynikającego z *pactum* stosunku zobowiązaniowego będzie także oddziaływać na pierwotny stosunek obligacyjny. Odstąpienie od *pactum de in solutum dando* będzie zatem prowadziło, oprócz powstania wspomnianych wyżej obowiązków określonych w art. 494 k.c., także do upadku skutku w postaci wygaśnięcia zobowiązania pierwotnego[31]. Stąd należy przyjąć, że w takim wypadku będzie przysługiwało wierzycielowi pierwotne roszczenie, które wobec odstąpienia od *pactum* nie jest już dłużej zaspokojone[32]. Należy pamiętać, iż wygaśnięcie stosunku zobowiązaniowego wynikającego z *datio* prowadzi wprawdzie do jego „odżycia", niemniej jednak podstawą materialno-prawną tego roszczenia jest pierwotny stosunek zobowiązaniowy.

„Przekształcenie" stosunku zobowiązaniowego wynikającego z *pactum* na skutek odstąpienia będzie się przy tym ograniczać tylko do reaktywacji tego roszczenia i to w stanie, w jakim znajdowało się ono w chwili dokonywania świadczenia zastępczego. Należy bowiem zaznaczyć, iż skoro świadczenie w miejsce wykonania prowadzi do wygaśnięcia roszczenia wynikającego z pierwotnego zobowiązania, to tym samym wygasają jego akcesoryjne zabezpieczenia (np. zastaw, poręczenie)[33]. Z uwagi na fakt, iż reaktywacja tego roszczenia następuje ze skutkiem *ex nunc* w myśl przyjętej teorii o skutkach ustawowego prawa odstąpienia, to brak jest podstaw

[30] M. Pyziak-Szafnicka, [w:] *System...*, s. 1076.
[31] Por. J. Korzonek, I. Rosenblüth, *Kodeks zobowiązań. Komentarz,* Kraków 1936, s. 535.
[32] M. Pyziak-Szafnicka, [w:] *System...*, s. 1087.
[33] Taki pogląd przyjmowano już na gruncie przepisów Kodeksu zobowiązań (zob. J. Korzonek, I. Rosenblüth, *Kodeks...*, s. 535).

do przyjęcia, iż w raz z nią ulegają one „odżyciu", tym bardziej że z ich akcesoryjności wynika, że nie mogą istnieć bez wierzytelności, którą zabezpieczają. Implikuje to jednoznacznie wniosek, iż późniejsza reaktywacja roszczenia o świadczenie pierwotne może mieć skutek tylko w relacji *inter partes*. Nie może natomiast powodować „odżycia" innych stosunków prawnych, które można określić zbiorczo jako zewnętrzne wobec *datio*[34].

Na marginesie należy odnotować, iż akceptacja przeciwnego poglądu a zakładającego, że odstąpienie od *pactum de in solutum dando* następuje ze skutkiem *ex tunc*[35], musi prowadzić do przyjęcia tezy, że jednym ze skutków odstąpienia od *pactum*, jest nie tyle „odżycie" pierwotnego roszczenia wierzyciela w stanie, w jakim się ono znajdowało w chwili spełnienia świadczenia zastępczego, jak to proponują zwolennicy tego poglądu, ile pozostawanie tego roszczenia w stanie wymagalności. Wydaje się bowiem, że na gruncie tej koncepcji posługiwanie się określeniem „odżycie" lub „reaktywacja" jest nie do końca poprawne z uwagi na przyjęcie fikcji niezawarcia *pactum*, a prowadzącej do logicznego wniosku, iż pierwotne roszczenie wierzyciela cały czas musiało być wymagalne, stąd niemożliwe jest jego „odżycie". W takiej sytuacji jednak dłużnik ponosiłby ujemne konsekwencje, takie jak konieczność zapłaty odsetek, kar umownych, odszkodowania itd. Zwolennicy tego poglądu wydają się nie dostrzegać tego aspektu. Przyjmują, że roszczenie o pierwotne świadczenie „odżywa" w takiej postaci, w jakiej istniało w chwili dokonywania *datio in solutum*, co oznacza jednocześnie przyjęcie tezy, że dłużnik nie ponosi odpowiedzialności za opóźnienie lub zwłokę w spełnieniu świadczenia pierwotnego. Zaakceptowanie tego poglądu implikuje tym samym wniosek, iż fikcja prawna z art. 395 § 2 k.c. nie jest realizowana na gruncie *datio in solutum*, co wydaje się być wewnętrznie sprzeczne. Świadczenia w miejsce wykonania nie można bowiem uznać za nieistniejące, gdyż wpływa na relacje stron umowy, chociażby już przez to, że po odstąpieniu wierzyciel nie może żądać za „czas trwania" *datio* odsetek czy kar umownych.

5.2. Obowiązek zwrotu przedmiotu świadczenia

Wykonanie prawa odstąpienia od *pactum* powoduje, oprócz opisanego powyżej skutku w postaci „reaktywacji" pierwotnego roszczenia, także powstanie obowiązków wynikających z art. 494 k.c. Charakter samego *datio* nie pozwala jednak na pełną realizację skutków odstąpienia zawartych w tym artykule. Należy bowiem pamiętać, iż nie można uznać *pactum de in solutum dando* za umowę wzajemną.

[34] Por. P. Drapała, *Świadczenie...*, s. 37 i powołana tam literatura. Autor przyjmuje jednakże, iż taki skutek następuje jako wyjątek od przyjętej przez siebie tezy, że odstąpienie ma skutek *ex tunc*.

[35] M. Pyziak-Szafnicka, [w:] *System...*, s. 1087.

W związku z powyższym wykonanie prawa do odstąpienia od *pactum* przez wierzyciela nie powoduje po jego stronie powstania roszczenia o zwrot tego, co sam świadczył. Charakter samego *datio* (w szczególności odmienność podstaw prawnych świadczenia) sprawia, że nie ma tu zastosowania art. 494 k.c. w części mówiącej o obowiązku zwrotu świadczenia wierzyciela przez dłużnika. Poza tym, skoro skutkiem wykonania tego prawa będzie reaktywacja roszczenia o spełnienie świadczenia pierwotnego, o czym była już mowa powyżej, to zwrot świadczenia wierzycielowi stawałby się bezcelowy, czy wręcz nonsensowny, wobec uprawnienia wierzyciela do żądania spełnienia świadczenia pierwotnego[36]. Art. 494 k.c. zobowiązuje jednak wierzyciela do zwrotu świadczenia, które otrzymał od dłużnika[37].

Należy zauważyć, iż zwrot dotyczy przedmiotu świadczenia, względnie jego substytutów. Wykładając art. 494 k.c. w części mówiącej o zwrocie literalnie, należałoby uznać, iż obowiązkiem zwrotu objęte są tylko rzeczy, względnie inne prawa majątkowe, otrzymane od dłużnika. Jednakże przy takiej interpretacji przepisu poza zakresem jego zastosowania pozostałyby przypadki, w których przedmiotem świadczenia dłużnika było chociażby wykonanie usługi. Wobec tego, przy uwzględnieniu wykładni celowościowej, należy zakresem obowiązku zwrotu objąć także inne niż wymienione kategorie (rodzaje) świadczeń. Przy takiej rozszerzającej interpretacji obowiązku zwrotu powstaje jednak swoista luka prawna, bowiem nie zawsze będzie możliwy realny zwrot świadczenia lub też jego substytutów. Jest to szczególnie widoczne w sytuacji, gdy przedmiotem świadczenia dłużnika w ramach *datio in solutum* było wykonanie usługi. Przyjęcie poglądu, iż w takiej sytuacji obowiązek zwrotu świadczenia nie powstaje po stronie wierzyciela, musiałoby prowadzić do uprzywilejowania jego pozycji kosztem dłużnika. Wierzyciel zachowywałby bowiem dotychczasowe wadliwe świadczenie dłużnika oraz dodatkowo mógłby żądać spełnienia świadczenia pierwotnego. Przyjęcie, że uprawnienie odstąpienia od *pactum* nie przysługuje wierzycielowi w sytuacji, gdy przedmiotem świadczenia dłużnika jest usługa, która nie może być zwrócona, pozbawiałoby go ochrony prawnej.

Należy zauważyć, iż jeszcze pod rządami kodeksu zobowiązań zaprezentowano w literaturze dwa poglądy dotyczące obowiązku zwrotu wynikłego z odstąpienia od umowy wzajemnej. I chociaż dotyczą one przede wszystkim obowiązku zwrotu w ogólności, to mogą stanowić w omawianym przypadku rozwiązanie usuwające wspomnianą lukę prawną. Pierwszy pogląd, prezentowany przez R. Longchamps de Berier, zakładał stosowanie przepisów o nienależnym świadczeniu do obowiązku zwrotu wynikłego z odstąpienia od umowy wzajemnej, z jednoczesnym zróżnicowanym traktowaniem wierzyciela i dłużnika. Uwagi w odniesieniu do dłużnika zostaną pominięte jako nieistotne dla omawianej kwestii. R. Longchamps de Berier przyjmował, że przepisy o nienależnym świadczeniu „będą decydowały, jeśli już nie

[36] Por. art. 488 § 2 k.c.
[37] Wyr. SN z 3.7.1980 r., II CR 190/80, OSNC 1981, nr 1, poz. 18.

o samej podstawie [zwrotu świadczenia przez wierzyciela – przyp. autora], to w każdym razie o rozmiarach tego obowiązku"[38]. Uzasadnienie dla takiego poglądu stanowi przyjęcie, iż odstąpienie następuje za skutkiem *ex tunc*, co w konsekwencji prowadzi do wniosku, że wierzyciel otrzymał świadczenie nienależne z uwagi na brak podstawy prawnej (fikcja niezawarcia umowy). Pogląd ten został poddany krytyce. Zarzucano mu przede wszystkim brak oparcia w ówczesnych przepisach o odstąpieniu od umowy wzajemnej zawartych w kodeksie zobowiązań. Wykazywano bowiem, że nieuzasadnione jest sięganie do przepisów o nienależnym świadczeniu, gdyż przepisy o odstąpieniu od umowy wzajemnej stanowiły samodzielną podstawę dla zwrotu. Argument ten zachowuje swą aktualność także i obecnie. W literaturze najnowszej podkreśla się, że przepisy o nienależnym świadczeniu stanowią *lex generalis* i mogą być stosowane tylko wtedy, gdy brak przepisów *legi speciali*[39], a za taką normę prawną należy uznać art. 494 k.c.

Drugi pogląd, reprezentowany m.in. przez L. Domańskiego, zakładał stosowanie *per analogiam* przepisów o umownym prawie do odstąpienia do przepisów o ustawowym prawie odstąpienia od umowy[40]. L. Domański uzasadniał takie rozwiązanie tym, że przepisy o ustawowym prawie odstąpienia nie określają ściśle sposobu, według którego ma nastąpić zwrot świadczenia. Zatem w świetle tego stanowiska, do art. 494 k.c. znalazłby zastosowanie w drodze analogii art. 395 § 2 zd. 2 i 3 k.c. Należy jednak zauważyć, iż także ten pogląd poddano daleko idącej krytyce. Podkreślano przede wszystkim, że może on powodować niekorzystne skutki dla wierzyciela, obciążając go obowiązkiem zapłaty wynagrodzenia za korzystanie z rzeczy, co często może być dla niego bardzo dotkliwe.

Wydaje się jednak, iż charakter samego *datio in solutum* przemawia za przyjęciem tego poglądu. Art. 395 § 2 zd. 3 *expressis verbis* określa, w jaki sposób ma nastąpić „zwrot" usługi, precyzuje zatem „techniczną" formę tego zwrotu. Wierzyciel będzie wobec tego zobowiązany do zwrotu jej rzeczywistej wartości, oczywiście z uwzględnieniem okoliczności, iż była ona świadczona wadliwie. Warto także w kontekście tego poglądu zauważyć, iż w odniesieniu do prawa odstąpienia od umowy z powodu wady, kodeks zobowiązań w art. 309 odsyłał do przepisów o umownym prawie odstąpienia, a więc odmiennie niż czyni to obecnie obowiązujący kodeks cywilny.

W odniesieniu do obowiązku zwrotu nie znajdzie natomiast zastosowania art. 395 § 2 zd. 3 *in fine* k.c. statuujący zobowiązanie do zapłaty przez wierzyciela wynagrodzenia za korzystanie z rzeczy. Art. 494 k.c. nie przewiduje bowiem takiej powinności. Stąd obciążenie wierzyciela tym dodatkowym obowiązkiem nie znajduje uzasadnienia w przepisach[41].

---

[38] Cyt. za A. Klein, *op. cit.*, s. 170.

[39] Por. A. Ohanowicz, *Bezpodstawne wzbogacenie* (1965), [w:] Z. Radwański, A. Gulczyński, *Alfred Ohanowicz. Wybór prac*, Warszawa 2007, s. 965-968 oraz *Idem*, *Bezpodstawne wzbogacenie* (1981), [w:] Z. Radwański, A. Gulczyński, *op. cit.*, s. 1050-1057.

[40] A. Klein, *op. cit.*, s. 172-173.

[41] Zwrócił na to uwagę Sąd Najwyższy w uchw. z 26.10.1972, III CZP 48/ 72, OSNCP 1973, Nr 2, poz. 23.

Sam fakt rozciągnięcia obowiązku zwrotu także na wartość świadczonej usługi nie oznacza, iż zakresem zwrotu objęte będą także inne postaci świadczenia. Z samego charakteru *datio* wynika bowiem, iż przedmiotem świadczenia może być również znoszenie ze strony dłużnika jakiegoś stanu rzeczy (*pati*) bądź wręcz *non facere*. Logicznym wnioskiem jest, że taka postać świadczenia nie pozwala wierzycielowi na jej zwrócenie.

5.3. Ograniczenia prawa do odstąpienia

Przepisy o rękojmi statuują dwa zasadnicze ograniczenia tego prawa. Zgodnie z art. 560 § 1 zd. 2 k.c. wierzyciel nie może odstąpić od umowy, jeśli dłużnik niezwłocznie wymieni wadliwą rzecz (przedmiot świadczenia) na rzecz wolną od wad lub niezwłocznie wady usunie. Oznacza to, że dłużnik może skutecznie zablokować prawo wierzyciela do odstąpienia, dokonując naprawy lub wymiany. Niniejszy przepis nie sprawia trudności, jeśli przedmiot świadczenia polega na *dare*. Powstaje jednak pytanie, co w sytuacji, gdy przedmiotem *datio* jest *facere* lub *pati*. Niniejsze zagadnienie zostanie omówione poniżej, nie mniej jednak można już w tym miejscu zasygnalizować, iż nie zawsze jest to możliwe.

Drugie z ograniczeń kodeksowych prawa do odstąpienia jest zawarte w art. 565 k.c. Ustawodawca statuuje w nim możliwość odstąpienia tylko co do części świadczenia w sytuacji, gdy tylko część sprzedanych rzeczy (część przedmiotu świadczenia) ma wady i daje się bez szkody dla obu stron umowy odłączyć od niewadliwych rzeczy. w Niniejsze ograniczenie jest skuteczne w odniesieniu do *datio in solutum*, jeśli świadczenie dłużnika określone w zobowiązaniu pierwotnym do *datio* jest podzielne. Takie twierdzenie jest uzasadnione, jeśli weźmie się pod uwagę skutki, jakie powstają w wyniku skutecznego odstąpienia od *pactum*. Jak już powiedziano, specyficznym rezultatem jest „odżycie" roszczenia o wykonanie pierwotnego świadczenia w stosunku do *datio*. W związku z tym odstąpienie od części wadliwej świadczenia powoduje reaktywację roszczenia o spełnienie odpowiedniej części świadczenia wzajemnego, przy czym wydzielić część świadczenia można tylko wtedy, gdy jest ono podzielne.

6. Żądanie naprawy bądź wymiany

W literaturze zaprezentowano pogląd, iż w odniesieniu do *datio in solutum* te dwa uprawnienia nie powinny znaleźć zastosowania[42]. Jako uzasadnienie dla takiej tezy podaje się, że uprawnienia te są ściśle związane z umową sprzedaży, a zwłaszcza z „sytuacją, w której sprze-

[42] P. Drapała, *Świadczenie...*, s. 36.

dawca jest wytwórcą rzeczy lub ma możliwość świadczenia rzeczy zastępowalnych"[43]. Należy jednak uznać, iż taki pogląd nie znajduje oparcia ani w naturze *datio*, ani tym bardziej w przepisach prawnych.

Po pierwsze przyjęcie tezy, że sprzedawca musi mieć możliwość świadczenia rzeczy zastępowalnych, aby przysługiwało wierzycielowi roszczenie o wymianę, nie znajduje oparcia w przepisach prawnych regulujących reżim rękojmi. W art. 561 § 1 k.c. regulującym to roszczenie brakuje bowiem takich ograniczeń. Po drugie taki pogląd musi prowadzić do utożsamienia umowy sprzedaży z działalnością gospodarczą sprzedawcy. Tylko bowiem od takiej strony, która *de facto* musiałaby być przedsiębiorcą, można by żądać wymiany rzeczy i tym samym takie roszczenie nie przysługiwałoby wierzycielowi powszechnie. Musiałoby być zatem wyłączone w sytuacji, gdy strony zawierają umowę o charakterze jednorazowym i nie jest ona przedmiotem działalności gospodarczej sprzedawcy albo gdy nie prowadzi on takiej działalności. Taka interpretacja przepisów o rękojmi stanowi wykładnię *contra legem* i jako taka nie może być zaakceptowana. Zaznaczyć jednak należy, iż te uprawnienia mogą doznawać ograniczeń ze względu na szeroko pojętą niemożliwość świadczenia, zwłaszcza tzw. niemożliwość gospodarczą[44]. Należy także zauważyć, iż przepisy prawne, czy to dotyczące rękojmi, czy też *datio*, nie statuują takiego wyłączenia. Stąd nie można zakładać a *priori*, iż takie roszczenia w odniesieniu do przedmiotu świadczenia nie przysługują. Zwolennicy tej tezy zapominają, iż przecież także w przypadku *datio in solutum*, dłużnik ma często możliwość świadczenia rzeczy zastępowalnych, a nawet może być ich wytwórcą. Nie można zatem wykluczyć, iż w takiej sytuacji mniej dolegliwa będzie dla niego właśnie wymiana czy naprawa przedmiotu świadczenia niż inne uprawnienia wierzyciela[45].

W związku z powyższym należy uznać bezwzględne wyłączenie przepisów o rękojmi dotyczących naprawy i wymiany za nieuzasadnione. Nie oznacza to jednak, że zawsze ich zastosowanie będzie możliwe. Każdorazowo to właśnie charakter samego *datio* będzie rozstrzygał o granicach ich zastosowania, względnie o ich wyłączeniu.

Z brzmienia art. 561 § 1 i 2 k.c. można by wywnioskować, że kodeksowa regulacja tych dwóch roszczeń zakłada ich rozłączność w zależności od charakteru rzeczy[46]. Wynikałoby z tego, iż w odniesieniu do danej rzeczy nie może przysługiwać wierzycielowi kumulatywnie roszczenie o naprawę i wymianę. W przypadku wady charakter rzeczy będzie przesądzał, które z tych uprawnień będzie mu przysługiwało. Jest to uzasadnione brzmieniem art. 561 k.c., który wyraźnie stanowi, kiedy jakie uprawnienie przysługuje. Jeśli rzecz będąca przedmiotem

[43] *Ibidem.*

[44] Zob. P. Machnikowski, [w:] *System Prawa Prywatnego*, t. 5, red. E Łętowska, Warszawa 2006, s. 516 oraz S. Buczkowski, [w:] *Kodeks cywilny. Komentarz*, t. 3, red. J. Ignatowicza, Warszawa 1972, s. 1294.

[45] M. Pyziak-Szafnicka, [w:] *System...*, s. 1088.

[46] M. Nestorowicz, [w:] *Kodeks cywilny z komentarzem*, t. 1, red. J. Winiarz, Warszawa 1989, s. 562.

sprzedaży będzie oznaczona tylko co do gatunku, wierzyciel będzie mógł dochodzić jej wymiany, natomiast jeśli będzie ona oznaczona co do tożsamości, będzie mu przysługiwało roszczenie o naprawę, przy czym będzie ono ograniczone tylko do sytuacji, gdy sprzedawca jest wytwórcą rzeczy.

Na gruncie umowy sprzedaży rozłączność tych uprawnień nie zawsze jest przestrzegana. Przedmiotem umowy sprzedaży może być bowiem nie tylko pojedyncza rzecz, ale także przedsiębiorstwo w rozumieniu art. 55^1 § 1 k.c., które może obejmować zarówno rzeczy oznaczone co do gatunku, jak i tożsamości. W związku z tym oba te uprawnienia będą przysługiwały wierzycielowi jednocześnie w odniesieniu do poszczególnych części przedsiębiorstwa.

Podobnie będzie w przypadku *datio*. Jego charakter, a zwłaszcza złożoność przedmiotu świadczenia, może sprawić, iż oba te roszczenia będą służyły wierzycielowi jednocześnie. Będzie to dotyczyło sytuacji, gdy na przedmiot świadczenia będą się składały rzeczy oznaczone co do tożsamości i co do gatunku. W odniesieniu zatem do każdej z tych dwóch części będzie służyło inne roszczenie zgodnie z art. 561 k.c. Wierzyciel nie będzie mógł zatem w takiej sytuacji żądać naprawy lub wymiany „całego" przedmiotu świadczenia. Takie roszczenie będzie mu jednak przysługiwać, gdy cały przedmiot świadczenia będzie się składał z rzeczy oznaczonej co do tożsamości albo co do gatunku. W sytuacji złożoności przedmiotu świadczenia, wydaje się zasadne ograniczenie roszczenia o naprawę czy wymianę tylko do części przedmiotu świadczenia dotkniętej wadą (art. 565 k.c. stosowany w drodze analogii).

Powstaje zagadnienie, czy roszczenie o naprawę będzie przysługiwało także wtedy, gdy przedmiotem świadczenia lub jego części było wykonanie przez dłużnika usługi. Samo stosowanie przepisów o rękojmi do wykonanej usługi jest w literaturze sporne. Kontrowersje biorą się z faktu różnego rozumienia samego pojęcia „usługi"[47]. Zdaniem zwolenników zawężającej wykładni tego pojęcia, termin „usługa" powinien być rozumiany jako:

> Świadczenie – w ramach świadczeń działania (art. 353 § 2 k.c.) – czynienia (*facere*) niepolegającego na daniu (*dare*)[48]. Jednocześnie z kategorii usług w takim ujęciu wyłączone jest wykonywanie dzieła.

W świetle drugiego poglądu wykonywanie dzieła mieści się w zakresie desygnatów pojęcia „usługa". Zwolennicy tego poglądu przyjmują, że podstawową cywilnoprawną formą świadczenia usługi jest umowa o dzieło[49]. Jak pisze C. Żuławska: „Odpowiedzialność usłu-

[47] L. Ogiegło, *Usługi jako przedmiot stosunków obligacyjnych*, Katowice 1989, s. 222.
[48] L. Ogiegło, [w:] *System Prawa Prywatnego*, t. 7, red. J. Rajski, s. 451.
[49] Zob. C. Żuławska, [w:] E. Łętowska, C. Żuławska, *Komentarz do ogólnych warunków umów konsumenckich*, Warszawa 1986, s. 124. Por. S. Buczkowski, [w:] *System Prawa Cywilnego*, t. 3, cz. 2, red. S. Grzybowski, Wrocław 1976, s. 409-415. Taki pogląd jest dodatkowo uzasadniony wykładnią historyczną, zważywszy na fakt, iż Kodeks zobowiązań w tytule XI grupował pod zbiorczą nazwą„ „Umowy o świadczenie usług"

godawcy z tytułu rękojmi za wady prawne jest – w terminologii Kodeksu cywilnego – odpowiedzialnością przyjmującego zamówienie za wykonanie dzieła"[50]. Problem jakości usługi sprowadza się zatem w takim przypadku do kwestii jakości rzeczy, które są przedmiotem usługi[51].

Przyjmując szerokie rozumienie pojęcia „usługa" oraz zważywszy na poczynione na wstępie założenie, że odesłanie zawarte w art. 453 zd. 2 k.c. powinno być rozumiane jako decyzja ustawodawcy dotycząca wyboru szczególnego reżimu odpowiedzialności dłużnika w miejsce ogólnych przepisów zajmujących się kwestią niewykonania lub nienależytego wykonania zobowiązania, należy zauważyć, iż jeśli usługa ma charakter zbliżony do dzieła, to zastosowanie znajdą przepisy o odpowiedzialności dłużnika za wady dzieła, w szczególności art. 637 § 1 k.c.[52]

W odniesieniu do „usług" *sensu stricte* należy zauważyć, iż zgodnie z art. 750 k.c. stosuje się do nich odpowiednio przepisy o zleceniu. Taka regulacja zdaniem L. Ogiegło: „w istocie zamyka możliwość analogicznego stosowania przepisów innych tytułów [Kodeksu cywilnego – przyp. autora]"[53]. Przyjęcie a *priori* tak kategorycznego stwierdzenia wydaje się zbyt daleko idące. Przy konkretnych umowach o świadczenie usług nieuregulowanych w innych przepisach może bowiem zajść potrzeba odpowiedniego stosowania także przepisów dotyczących innych umów nazwanych, które są najbardziej zbliżone do specyfiki danego stosunku zobowiązaniowego[54]. Stąd nie można wykluczyć, iż także w odniesieniu do tego typu usług można by móc zastosować przepisy o rękojmi (np. roszczenie o naprawę). Rację ma jednak L. Ogiegło, że usługa świadczona na podstawie umowy poddanej regulacji art. 750 k.c. nie jest rzeczą i nie można jej w dosłownym znaczeniu ani naprawić, ani wymienić[55]. *Mutatis mutandis* naprawa usługi musiałaby polegać na jej ponownym, należytym wykonaniu, o ile oczywiście ponowne wykonanie usługi byłoby możliwe[56].

Wierzyciel nie będzie mógł żądać naprawy lub wymiany, jeśli przedmiotem świadczenia było znoszenie (*pati*) lub niedziałanie.

m.in. umowę o dzieło i umowę zlecenie.

[50] C. Żuławska, [w:] E. Łętowska, C. Żuławska, *Komentarz...*, s. 160.

[51] L. Ogiegło, *Usługi...*, s. 223.

[52] Odnośnie rozróżnienia umowy o dzieło od umowy zlecenia i umów o świadczenie usług poddanych zgodnie z art. 750 k.c. przepisom o zleceniu zob. J. Szczerski, [w:] *Kodeks cywilny. Komentarz*, t. 2, red. J. Ignatowicz, Warszawa 1972, s. 1371-1372 oraz 1374-1378.

[53] L. Ogiegło, O *stosowaniu przepisów części szczegółowej zobowiązań* [w:] E. Gniewek, K. Górska, P. Machnikowski, *Zaciąganie i wykonywanie zobowiązań. Materiały III Ogólnopolskiego Zjazdu Cywilistów (Wrocław, 25–27.9.2008 r.)*, Warszawa 2010, s. 258. W kwestii stosowania przepisu art. 750 k.c. zob. *Idem*, [w:] *System...*, s. 452–457.

[54] S. Grzybowski, J. Skąpski, W. Wójcik, *Zarys prawa cywilnego*, Warszawa 1988, s. 277.

[55] L. Ogiegło, *Usługi...*, s. 224.

[56] Można przyjąć, iż niektóre umowy wskazane w wyliczeniu umów podlegających art. 750 k.c. przedstawionym przez L. Ogiegło, [w:] *System...*, s. 458–459, np. umowa o zebranie określonych informacji i umowa o ekspertyzę, będą podlegać takiej„ „naprawie".

7. Żądanie obniżenia ceny

Kolejnym uprawnieniem wierzyciela wymienionym w art. 560 § 1 k.c. jest żądanie obniżenia ceny. Przyjęcie dominującego w literaturze poglądu dotyczącego charakteru prawnego żądania obniżenia ceny, a zakładającego, że jest ono roszczeniem[57], musi prowadzić do wyłączenia możliwości stosowania tego roszczenia w odniesieniu do *datio i* to z kilku powodów. Należy bowiem zauważyć, iż jest ono ściślej niż omawiane wcześniej uprawnienia związane z umową sprzedaży. Wskazuje na to już samo semantyczne znaczenie wyrażenia „obniżenie ceny", a więc redukcji co do zasady pieniężnego ekwiwalentu świadczenia dłużnika. Cena w rozumieniu przepisów kodeksu cywilnego to wartość wyrażona w jednostkach pieniężnych, którą kupujący zobowiązuje się zapłacić sprzedawcy w zamian za towar bądź usługę[58]. Na gruncie przepisów dotyczących *datio* brak takiego pojęcia. Ponadto *pactum de in solutum dando* nie należy do kategorii umów wzajemnych, w których występuje świadczenie wzajemne wierzyciela. Podstawą prawną świadczenia wierzyciela jest bowiem pierwotny stosunek zobowiązaniowy, w ramach którego dochodzi do *datio in solutum*. W związku z powyższym, wobec braku pojęcia ceny na gruncie *datio in solutum*, należałoby przez nie rozumieć świadczenie wzajemne wierzyciela, świadczone na podstawie pierwotnego stosunku zobowiązaniowego i to także w sytuacji, gdy nie jest ono wyrażone w jednostkach pieniężnych. Stanowi to jednak „wyjście" poza płaszczyznę *datio in solutum* i oznacza tym samym, iż wierzycielowi w tym samym czasie i w odniesieniu do tej samej części przedmiotu świadczenia przysługiwałyby roszczenia zarówno z pierwotnego stosunku zobowiązaniowego, jak i *pactum de in solutum dand*o. Dochodziłoby zatem do przełamania podstawowej funkcji *datio*, którą jest wygaśnięcie zobowiązania w skutek jego wykonania. Należy bowiem zauważyć, iż wierzycielowi przysługuje roszczenie z tytułu pierwotnego zobowiązania dopiero po odstąpieniu od *pactum* na skutek jego reaktywacji.

W literaturze jest reprezentowany także odmienny pogląd zakładający, że żądanie obniżenia ceny jest prawem podmiotowym kształtującym[59]. Skorzystanie przez wierzyciela z tego prawa będzie prowadziło do modyfikacji istniejącego między stronami stosunku zobowiązaniowego poprzez wprowadzenie zmian w zakresie ceny i jej ustalenia na nowo. Z uwagi na brak pojęcia „ceny" na gruncie *datio in solutum*, zdaniem P. Drapały, w takim przypadku złożenie oświadczenia o obniżeniu ceny prowadziłoby do reaktywacji pierwotnego zobowiązania w części odpowiadającej zakresowi obniżenia[60].

---

[57] Tak J. Katner, [w:] *System...*, s. 132.
[58] *Ibidem*, s. 51-52.
[59] J. Skąpski, [w:] *System...*, s. 141.
[60] P. Drapała, *Świadczenie...*, s. 37. Zob. także T. Wiśniewski [w:] *Komentarz do kodeksu cywilnego. Księga trzecia. Zobowiązania*, t. 1, pod red. G. Bieńka, Warszawa 2006, s. 558.

Musi to prowadzić do konstatacji, iż rzeczywisty skutek obniżenia „ceny" byłby podobny do odstąpienia co do części świadczenia. Zasadnicza różnica polegałaby jednak na tym, iż nie powstawałby po stronie wierzyciela obowiązek zwrotu wadliwej części przedmiotu świadczenia dłużnikowi.

Wydaje się, że przyjęcie takiego skutku żądania obniżenia ceny jest błędne. Przeciwko takiej wykładni art. 560 § 3 k.c. przemawia bowiem sama funkcja tego uprawnienia. Na gruncie umowy sprzedaży wykonanie prawa obniżenia ceny powoduje po stronie wierzyciela powstanie, w świetle teorii zakładającej prawo-kształtujący charakter żądania obniżenia ceny, uprawnienia do zapłaty niższej ceny, jeśli nie została ona jeszcze uiszczona, lub w większości przypadków roszczenia o zwrot różnicy powstałej po dokonaniu obniżenia. Zobowiązanie dłużnika powstałe na skutek obniżenia ceny obejmuje zwrot ceny. W świetle art. 560 § 3 k.c. dłużnik nie ma natomiast obowiązku wykonywać dodatkowego świadczenia na rzecz wierzyciela.

Takie ujęcie tego uprawnienia jest w rzeczywistości niczym innym jak zwiększeniem świadczenia dłużnika. I chociaż globalnie może to prowadzić do przywrócenia równowagi wywołanej dysproporcją świadczeń wynikającej z istnienia wady, to jednak chyba nie taka jest funkcja przepisu art. 560 § 3 k.c. Obniżenie ceny ma prowadzić do redukcji świadczenia wierzyciela, a nie polegać na dodatkowym świadczeniu dłużnika.

W związku z powyższym, zasadnym wydaje się wyłączenie możliwości stosowania żądania obniżenia ceny w odniesieniu do *datio in solutum*.

8. Stosowanie przepisów ustawy o szczególnych warunkach sprzedaży konsumenckiej

Omawiając problematykę odpowiedzialności za wady przedmiotu świadczenia, nie sposób pominąć kwestii stosowania ustawy o szczególnych warunkach sprzedaży konsumenckiej oraz o zmianie Kodeksu cywilnego[61] w odniesieniu do *datio in solutum*. W 2002 roku polski ustawodawca zdecydował się na wprowadzenie obok rozwiązań kodeksowych dodatkowego, konkurencyjnego reżimu odpowiedzialności za niezgodność towaru konsumpcyjnego z umową, kształtowanego przez wymienioną ustawę.

Dla zilustrowania problemu warto posłużyć się przytoczonym na wstępie przykładem, chociaż w nieco zmodyfikowanej wersji. Strony zawierając umowę sprzedaży podlegającą reżimowi ustawy o szczególnych warunkach sprzedaży konsumenckiej, uzgadniają następnie zmianę przedmiotu świadczenia sprzedawcy, w wyniku czego dochodzi między nimi do skutecznego *datio in solutum*. Przedmiot świadczenia ma jednak wady. Powstaje zatem pytanie, czy także w przypadku *datio in solutum* należy stosować wymienioną ustawę?

[61] Dz.U. z 2002, Nr 141, poz. 1176 ze zm.

Należy w tym miejscu zaznaczyć, iż odpowiedź na to pytanie ma ogromne znaczenie dla stron stosunku prawnego. Przepisy kodeksowe kształtują bowiem pozycję kupującego (wierzyciela) odmiennie niż przepisy ustawy, przyznając mu w zasadzie słabszą pozycję. Ponadto warto zauważyć, iż te dwa systemy nie są subsydiarne wobec siebie. Ustawodawca wyraźnie je od siebie odseparował, stanowiąc w art. 1 ust. 4 ustawy, że do sprzedaży konsumenckiej nie stosuje się przepisów art. 556–581 k.c.

W podanym przykładzie, jeśli stwierdzimy, że ustawa nie ma zastosowania, to będziemy musieli sięgnąć do przepisów o rękojmi (art. 556-576 k.c.). Zarazem dopuścimy do sytuacji, w której reżim odpowiedzialności przy *datio* będzie inny niż w pierwotnym stosunku zobowiązaniowym. Pierwotna równowaga interesów stron gwarantowana ustawą zostanie zachwiana. Dojdzie bowiem do wzmocnienia pozycji kupującego poprzez przyznanie mu odmiennego katalogu uprawnień. Czy zatem taka zmiana jest zasadna?

Niniejszy kazus jest podobny do przywołanego na początku kazusu darowizny. Wobec przyjętego na wstępnie funkcjonalnego rozumienia odesłania zawartego art. 453 zd. 2 k.c. należałoby dopuścić możliwość zastosowania ustawy o szczególnych warunkach sprzedaży konsumenckiej w sytuacji, gdy przedmiot świadczenia w ramach *datio in solutum* ma wady.

Takie stwierdzenie uzasadnione jest przede wszystkim charakterem ustawy, która dokonuje implementacji dyrektywy 1999/44/WE z dnia 25 maja 1999 r. w sprawie niektórych aspektów sprzedaży towarów konsumpcyjnych i związanych z tym gwarancji[62] do polskiego porządku prawnego. Na gruncie tej dyrektywy, pojęcie „sprzedaż" ma szersze znaczenie. W literaturze zaprezentowano pogląd, iż:

> sprzedaż konsumencka w rozumieniu dyrektywy przedstawia się raczej jako pojęcie ekonomiczne niż jurydyczne, obejmując nim umowy, na podstawie których następuje przeniesienie własności dobra konsumpcyjnego, także w razie jego wytworzenia przez sprzedawcę i to niezależnie od kwestii własności materiałów na to przeznaczonych, co według niektórych poglądów pozwala na objęcie nią umów, których przedmiotem jest tylko obróbka materiałów dostarczonych przez konsumenta[63].

Należy zauważyć, iż ustawodawca wbrew literalnemu brzmieniu art. 1 ust. 1 ustawy, obejmuje zakresem jej zastosowania nie tylko umowę sprzedaży (zgodnie z art. 535^1 k.c.), ale także inne kontrakty, na mocy których dochodzi do odpłatnego przeniesienia własności. Zgodnie zatem z art. 605^1 k.c. przepisy ustawy stosuje się odpowiednio do umowy dostawy, na mocy art. 627^1 k.c. do umowy o dzieło, a zgodnie z art. 770^1 k.c. do umowy komisu. Wspólnymi cechami wymienionych umów, mimo znacznych różnic konstrukcyjnych, jest z jednej

[62] Dz.Urz. WE L 171 z dnia 7 lipca 1999 r.
[63] M. Pecyna, *Ustawa o sprzedaży konsumenckiej. Komentarz*, Kraków 2007, s. 10.

strony ich odpłatność, a z drugiej fakt, że na ich podstawie dochodzi do przeniesienia własności rzeczy.

W związku z powyższym zasadnym należy uznać wniosek, iż pojęcie „sprzedaż", którym ustawodawca posługuje się w art. 1 ust. 1 ustawy, również otrzymuje specyficzne znaczenie. Należy je interpretować w szerszym kontekście, rozumiejąc „jako odpłatne przeniesienie własności dobra konsumpcyjnego"[64]. Rozszerzająca wykładnia art. 1 ust. 1 ustawy pozwala objąć zakresem jej zastosowania także umowy nienazwane, których

> skutkiem jest przejście własności towaru konsumpcyjnego w warunkach określonych w art. 1 ust. 1, spełniających cechy odpłatności i ekwiwalentności, chociaż wzajemne świadczenie nabywcy nie będzie miało charakteru pieniężnego[65].

Z uwagi na powyższe argumenty, należy zatem dopuścić możliwość objęcia zakresem ustawy o szczególnych warunkach sprzedaży konsumenckiej także przypadki *datio in solutum*[66]. Jednocześnie trzeba jednak zaznaczyć, iż wymieniona ustawa będzie miała zastosowanie tylko i wyłącznie do sytuacji, gdy w wyniku *datio* dochodzi do odpłatnego przeniesienia własności dobra konsumpcyjnego. Inne sytuacje, jak chociażby wadliwość świadczonej usługi, pozostają bowiem poza zakresem ustawy zgodnie z jej art. 1.

9. Ograniczenie odpowiedzialności za wady świadczenia substytucyjnego

Postulowany na początku niniejszego artykułu pogląd o funkcjonalnym rozumieniu przepisu art. 453 zd. 2 k.c. miał na celu, oprócz dostosowania przepisów o rękojmi do natury *datio*, także umożliwienie zróżnicowania zakresu odpowiedzialności dłużnika ze względu na charakter pierwotnego zobowiązania. Jak wskazano w powołanym na wstępie przykładzie, dokonanie *datio* nie powinno zmieniać zasadniczo sytuacji dłużnika. Stąd w przypadku, gdy pierwotny stosunek zobowiązaniowy podlegał „łagodniejszemu" reżimowi odpowiedzialności za wady według art. 892 k.c., także odpowiedzialność za wady przedmiotu świadczenia w ramach *datio* powinna być ukształtowana przy uwzględnieniu tych zasad[67] i tym samym wyraźnie ograniczona w porównaniu do przepisów o rękojmi za wady.

---

[64] Takie rozumienie zwrotu „sprzedaż" jest konieczne z uwagi na konieczność prounijnej wykładni prawa polskiego (por. wyrok WSA w Lublinie z 11.3.2009, I SA/Lu 54/09, LEX 496151; wyrok WSA w Warszawie z 20.2.2006, VI SA/Wa 2137/05, LEX 220047).

[65] M. Pecyna, *op. cit.*, s. 37.

[66] W literaturze odmiennie P. Drapała, *Świadczenie...*, s. 38; zob. także W. Popiołek, [w:] *Kodeks cywilny. Komentarz...*, s. 9.

[67] P. Drapała, *Świadczenie...*, s. 36.

Pod tym względem jeszcze ciekawej przedstawia się pogląd zakładający wyłączenie w ogóle reżimu odpowiedzialności za wady w sytuacji, gdy dokonanie *datio in solutum* następuje w ramach zobowiązania naturalnego[68]. Powstaje jedynie problem, czy zasadnie?

Należy wskazać, iż na gruncie polskiego prawa prywatnego brakuje generalnej regulacji zobowiązań naturalnych. W literaturze przyjmuje się natomiast dwa podstawowe źródła powstania zobowiązań niezupełnych: wierzytelności majątkowe uległe przedawnieniu (art. 117 k.c.) i zobowiązania wynikające z gier i zakładów (art. 413 § 2 k.c.)[69].

W świetle art. 117 § 2 k.c. wydaje się zasadne stwierdzenie, że zasadniczym skutkiem przekształcenia zobowiązania w niezupełne jest odjęcie wierzycielowi możliwości dochodzenia roszczenia na drodze prawnej[70]. Nie wpływa to jednak na istnienie samej wierzytelności, która wskutek przedawnienia nie wygasa. Warto jednakże zauważyć, iż pozbawienie wierzyciela ochrony prawnej jest warunkowe, bowiem jest uzależnione od dyspozycji dłużnika. Może on bowiem uchylić się od zaspokojenia roszczenia wierzyciela, ale nie ma takiego obowiązku. Stąd sąd nie może *ex officio* brać pod uwagę zarzutu przedawnienia. W związku z powyższym, jeśli dłużnik nie podniesie tego zarzutu w toku procesu, sąd będzie zobowiązany do uwzględnienia powództwa wierzyciela, o ile oczywiście pozostałe przesłanki zostaną spełnione.

Warto w tym kontekście rozważyć także kwestię, czy aby ze spełnienia świadczenia substytucyjnego w ramach *datio in solutum* nie wynika jednocześnie uznanie przedawnionego roszczenia z tytułu pierwotnego zobowiązania. Po pierwsze należy wskazać, iż przepisy prawne nie wymagają dla uznania roszczenia żadnej szczególnej formy. Dla przyjęcia, że dłużnik uznał roszczenie, wystarczające jest bowiem zewnętrzne wyrażenie przez niego przeświadczenia o istnieniu tego roszczenia[71]. W szczególności może to nastąpić w sposób także dorozumiany[72].

Wydaje się zatem, iż spełnienie świadczenia substytucyjnego przez dłużnika w ramach *datio*, spełnia powyższe warunki i może być uznaniem przedawnionego roszczenia pierwotnego. Dłużnik przez spełnienie świadczenia *aliud* przyznaje, że istnieje roszczenie pierwotne, które właśnie przez spełnienie świadczenia substytucyjnego ma wygasnąć.

Z uwagi jednak na fakt upłynięcia terminu przedawnienia, uznanie przedawnionego roszczenia nie może przerwać jego biegu. Może natomiast stanowić zrzeczenie się korzystania przez dłużnika z zarzutu przedawnienia[73]. Przyjęcie takiego skutku uznania wymaga, aby z treści *pactum de in solutum dando* lub z okoliczności, w których dłużnik spełnił świadczenie

[68] *Ibidem*, s. 36.
[69] D. Celiński, *op. cit.*, s. 56-57.
[70] A. Ohanowicz, *Bezpodstawne wzbogacenie* (1965), [w:] Z. Radwański, A. Gulczyński, *Alfred Ohanowicz...*, s. 977.
[71] Orz. SN z 7 marca 2003, I CKN 11/01, LEX nr 83834.
[72] Post. SN z 8.10.1982, I CZ 106/82, LEX nr 8470.
[73] Zob. B. Kordasiewicz, [w:] *System prawa prywatnego*, t. 2, red. Z. Radwański, Warszawa 2008, s. 602-605.

substytucyjne, wynikało, że taka właśnie była jego rzeczywista wola[74]. Zaaprobować należy przy tym pogląd Sądu Najwyższego, iż w takim wypadku zobowiązanie naturalne staje się ponownie zobowiązaniem zupełnym i co za tym idzie, wynikające z niego roszczenie odzyskuje przymiot zaskarżalności[75].

W związku z powyższym, także w sytuacji, gdy zobowiązanie pierwotne było zobowiązaniem naturalnym, wierzycielowi będzie przysługiwać pełna ochrona z tytułu rękojmi w przypadku wadliwości przedmiotu świadczenia substytucyjnego. Przy czym jej skuteczne wyegzekwowanie na drodze prawnej będzie uzależnione od tego, czy uznanie roszczenia pierwotnego w skutek dokonania *datio in solutum* wyraża jednocześnie wolę zrzeczenia się zarzutu przedawnienia, a w przypadku braku podstaw dla takiego stwierdzenia, od niepodniesienia zarzutu przedawnienia przez dłużnika.

Takie kategoryczne wyłączenie zastosowania przepisów o rękojmi w odniesieniu do wadliwego świadczenia *aliud* w przypadku zobowiązań niezupełnych nie znajduje uzasadnienia zarówno w przepisach prawnych, jak i samej instytucji zobowiązań naturalnych.

10. Zakończenie

Zaproponowana powyżej funkcjonalna wykładnia art. 453 zd. 2 k.c. polega na uznaniu, że odesłanie do instytucji rękojmi przy sprzedaży zawarte w tym przepisie powinno być rozumiane jako decyzja ustawodawcy, której celem jest poddanie odpowiedzialności dłużnika z tytułu wadliwości przedmiotu świadczenia szczególnemu reżimowi prawnemu, w miejsce odpowiedzialności na zasadach ogólnych (na podstawie art. 471 i nast. k.c.). Ten model odpowiedzialności dłużnika kształtowany jest nie tylko przez przepisy o rękojmi przy sprzedaży, ale ze względu na specyfikę przedmiotu świadczenia zastosowanie znajdą odpowiednio także inne przepisy statuujące odpowiedzialność dłużnika za wady jego świadczenia, (w szczególności kodeksowe przepisy o odpowiedzialności za wady dzieła oraz darowanej rzeczy, a także przepisy ustawy o szczególnych warunkach sprzedaży konsumenckiej.

Przyjęcie takiego założenia jest związane nieodłącznie z odrzuceniem tradycyjnej wykładni tego przepisu, ograniczającej stosowanie odesłania do instytucji rękojmi tylko do sytuacji, gdy świadczenie dłużnika polega na *dare*. Tym samym dłużnik będzie odpowiadał na podstawie przepisów o rękojmi także wtedy, gdy przedmiotem jego świadczenia było wykonanie usługi, nieczynienie itd.

Nie oznacza to jednak, iż w każdym stanie faktycznym będzie wierzycielowi przysługiwał identyczny zbiór uprawnień. Istota *datio in solutum* wydaje się już bowiem z góry wyłączać

[74] Wyr. SN z 5.6.2002, IV CKN 1013/00, LEX nr 80261.
[75] Wyr. z 12.10.2006, I CSK 119/06, LEX nr 395217.

możliwość żądania przez niego obniżenia ceny. Także nie zawsze będzie mógł żądać naprawy lub wymiany przedmiotu świadczenia. Dotyczy to w szczególności sytuacji, gdy świadczeniem dłużnika w ramach *datio* było *pati*.

W odróżnieniu od powyżej wskazanych uprawnień, odstąpienie od umowy wydaje się natomiast uprawnieniem uniwersalnym w tym znaczeniu, że przysługuje niezależnie od tego, jaką postać ma przedmiot świadczenia. Wraz ze złożeniem oświadczenia o odstąpieniu od *pactum de in solutum dando* wygasa wynikający z *pactum* stosunek zobowiązaniowy. W związku z tym powstaje po stronie wierzyciela obowiązek zwrotu świadczenia dłużnika lub jego równowartości i jednocześnie, co jest wyraźną specyfiką odstąpienia od *pactum*, upada skutek w postaci wygaśnięcia zobowiązania pierwotnego. Tym samym wierzyciel może żądać, by dłużnik spełnił świadczenie pierwotne.