

PRAWO UMÓW
WOBEC WYZWAŃ CYWILIZACYJNYCH.
ZAGADNIENIA WYBRANE

pod redakcją naukową:

PROF. DRA HAB. BOGUDARA KORDASIEWICZA,
DRA HAB. PAWŁA PODRECKIEGO, PROF. INP PAN,
DRA ROBERTA SIWIKA



INSTYTUT NAUK PRAWNYCH POLSKIEJ AKADEMII NAUK

**PRAWO UMÓW WOBEC WYZWAŃ
CYWILIZACYJNYCH.
ZAGADNIENIA WYBRANE**

pod redakcją naukową:
prof. dra hab. Bogudara Kordasiewicza,
dra hab. Pawła Podreckiego, prof. INP PAN,
dra Roberta Siwika



Redaktorzy:

prof. dr hab. Bogudar Kordasiewicz, ORCID: 0000-0003-4181-9373

dr hab. Paweł Podrecki, prof. INP PAN, ORCID: 0000-0002-1865-3689

dr Robert Siwik, ORCID: 0000-0002-3815-0819

Zakład Prawa Prywatnego, Instytut Nauk Prawnych PAN

Recenzja:

dr hab. Barbara Bajor (Europejska Wyższa Szkoła Prawa i Administracji w Warszawie)

Redakcja i korekta językowa: Wydawnictwo INP PAN

Projekt okładki i layoutu: Grzegorz Gromulski

Skład i łamanie tekstu: Maksymilian Szostak

Wydanie I, Warszawa 2020 © Copyright INP PAN

Rada Naukowa Wydawnictwa INP PAN:

dr hab. Celina Nowak, prof. INP PAN

prof. dr hab. Władysław Czapliński

prof. dr hab. Irena Rzeplińska

dr hab. Anna Młynarska-Sobaczewska, prof. INP PAN

dr hab. Mateusz Błachucki, prof. INP PAN

dr Wojciech Drobny

eISBN: 978-83-66300-32-3



**INP
PAN**

Wydawnictwo INP PAN

ul. Nowy Świat 72, 00-330 Warszawa

e-mail: wydawnictwo@inp.pan.pl

tel.: (22) 65-72-738

SPIS TREŚCI

Wykaz skrótów i skrótowców	4
Słowo wstępne	6
dr Piotr Skorupa NOWE CZY TRADYCYJNE WYZWANIA WOBEC PRAWA UMÓW W XXI?	7
dr Magdalena Dziejic INFORMACJA PRZEDKONTRAKTOWA JAKO WYRAZ REALIZACJI STRATEGII EKONOMICZNEJ WE WSPÓŁCZESNYM PRAWIE UMÓW	25
dr Joanna Mucha-Kujawa STANDARYZACJA UMÓW JAKO PRZEJAW PUBLICYZACJI PRAWA PRYWATNEGO	37
dr Marcin Z. Zieliński DANE JAKO PRZEDMIOT REGULACJI PRAWNYCH I KONTRAKTOWYCH.....	52
dr Mateusz Grochowski OCHRONA KONSUMENTA A OCHRONA DANYCH OSOBOWYCH W „KAPITALIZMIE INWIGILACJI”	70
dr Marta Romanowska UMOWA TIMESHARINGU JAKO WYRAZ EKONOMII WSPÓŁDZIELENIA	84
dr Robert Siwik UMOWA FAKTORINGU JAKO PRZYKŁAD EMPIRYCZNEGO KSZTAŁTOWANIA SIĘ STOSUNKÓW OBLIGACYJNYCH W DOBIE KONWERGENCJI SYSTEMÓW PRAWA...95	
dr hab. Paweł Podrecki, prof. INP PAN PROSTA SPÓŁKA AKCYJNA - SZERSZY ZAKRES SWOBODY TREŚCI UMÓW W PRAWIE SPÓŁEK HANDLOWYCH	105
mgr Michał Matysiak KONSEKWENCJE PRAWNE TRANSGRANICZNEGO CHARAKTERU UMOWY O ŚWIADCZENIE USŁUG TYPU <i>CLOUD GAMING</i>	115
dr Grzegorz Nita-Jagielski UMOWA POMIĘDZY SPÓŁKĄ DOMINUJĄCĄ A ZALEŻNĄ JAKO PODSTAWA WYWIERANIA WPŁYWU NA SPÓŁKĘ ZALEŻNĄ.....	132
dr hab. Monika Tarska, prof. INP PAN UMOWY MIĘDZY MAŁŻONKAMI DOTYCZĄCE PRAW UDZIAŁOWYCH W SPÓŁKACH KAPITAŁOWYCH.....	149
dr hab. Marcin Asłanowicz UMOWA O ARBITRAŻ WOBEC WYZWAŃ CYWILIZACYJNYCH.....	165
prof. dr hab. Andrzej Bierć W KIERUNKU OGRANICZONEJ NORMATYWNIE SANKCJI SĘDZIOWSKIEJ JAKO PROPORCJONALNEJ REAKCJI NA WADLIWOŚĆ CZYNNOSCI PRAWNYCH (UMÓW) W NOWOCZESNYM OBROTCIE PRAWNYM	178
dr Karolina Aromińska ZAKAZ DYSKRYMINACJI JAKO OGRANICZENIE SWOBODY ZAWIERANIA UMÓW W KONTEKŚCIE EUROPEIZACJI I GLOBALIZACJI PRAWA UMÓW	193

WYKAZ SKRÓTÓW I SKRÓTOWCÓW

- AktG – niemiecka ustawa o spółkach akcyjnych (niem. *Aktiengesetz*)
BGB – niemiecki kodeks cywilny (niem. *Bürgerliches Gesetzbuch*)
B2B – transakcje pomiędzy dwoma lub więcej podmiotami gospodarczymi (ang. *business-to-business*)
DCFR – Projekt Wspólnego Systemu Odniesienia (ang. *Draft Common Frame of References*)
DIKW – hierarchia informacyjna (ang. *data, information, knowledge, wisdom*)
Dz.U. – Dziennik Ustaw
Dz. Urz. UE – Dziennik Urzędowy Unii Europejskiej
FCI – Faktors Chain International
ECLI – europejska sygnatura orzecznictwa (ang. *European Case Law Identifier*)
EOG – Europejski Obszar Gospodarczy
EUF – Europejskie Forum Branży Faktoringowej i Finansowania Należności Handlowych
IaaS – infrastruktura jako usługa (ang. *infrastructure as a service*)
IFG – International Factors Group
IP – protokół internetowy (ang. *internet protocol*)
k.c. – Ustawa z dnia 23 kwietnia 1964 r. – Kodeks cywilny
KIG – Krajowa Izba Gospodarcza
k.p.c. – Ustawa z dnia 17 listopada 1964 r. – Kodeks postępowania cywilnego
KPP – Karta Praw Podstawowych Unii Europejskiej
k.r.o. – Ustawa z dnia 25 lutego 1964 r. – Kodeks rodzinny i opiekuńczy.
k.s.h. – Ustawa z dnia 15 września 2000 r. – Kodeks spółek handlowych
nTHGB – turecki kodeks handlowy
OCSN – „Orzecznictwo Izby Cywilnej Sądu Najwyższego”
OSPiKA – „Orzecznictwo Sądów Powszechnych i Komisji Arbitrażowych”
OSNC – „Orzecznictwo Sądu Najwyższego – Izba Cywilna”
OSNCAPUS – „Orzecznictwo Sądu Najwyższego. Izba Cywilna oraz Izba Administracyjna, Pracy i Ubezpieczeń Społecznych”
OSNCP – „Orzecznictwo Sądu Najwyższego – Izba Cywilna i Izba Pracy”
PaaS – platforma jako usługa (ang. *platform as a service*)
PE – Parlament Europejski
PECL – Zasady Europejskiego Prawa Umów (ang. *Principles of European Contract Law*)
PEECL – *Principles of the Existing EC Contract Law*
pr.aut. – Ustawa z dnia 4 lutego 1994 r. o prawie autorskim i prawach pokrewnych
PSA – prosta spółka akcyjna
PS4 – konsola PlayStation4

RODO – Rozporządzenie Parlamentu Europejskiego i Rady (UE) 2016/679 z dnia 27 kwietnia 2016 r. w sprawie ochrony osób fizycznych w związku z przetwarzaniem danych osobowych i w sprawie swobodnego przepływu takich danych oraz uchylenia dyrektywy 95/46/WE (ogólne rozporządzenie o ochronie danych)

SA – Sąd Apelacyjny

SaaS – oprogramowanie jako usługa (ang. *software as a service*)

S.à.r.l.-S – luksemburska uproszczona spółka z ograniczoną odpowiedzialnością

SAS – francuska uproszczona spółka akcyjna

SI – sztuczna inteligencja

SN – Sąd Najwyższy

SO – Sąd Okręgowy

SOKiK – Sąd Ochrony Konkurencji i Konsumenta

spółka z o.o. – spółka z ograniczoną odpowiedzialnością

TFUE – Traktat o Funkcjonowaniu Unii Europejskiej

t.j. – tekst jednolity

TSUE – Trybunał Sprawiedliwości Unii Europejskiej

UE – Unia Europejska

UG – niemiecka spółka uproszczona (niem. *Haftungsbeschränkte Unternehmergesellschaft*)

UNCITRAL – Komisja ONZ ds. międzynarodowego prawa handlowego

UNIDROIT – Międzynarodowy Instytut Unifikacji Prawa Prywatnego

UOKiK – Urząd Ochrony Konkurencji i Konsumenta

u.p.n. – Ustawa z dnia 14 lutego 1991 r. – Prawo o notariacie

U.S.C. – amerykańska federalna ustawa o prawach autorskich

u.zn.k. – Ustawa z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji

ZBP – Związek Banków Polskich

ZOTSiS – „Zbiór Orzeczeń Trybunału Sprawiedliwości i Sądu”

SŁOWO WSTĘPNE

Prawo umów, będące podstawową regulacją organizującą obrót gospodarczy we współczesnym świecie, od zawsze stanowiło fundament prawa prywatnego. Postępująca globalizacja (internacjonalizacja) i multicentryczność (wielość ośrodków stanowienia) prawa prywatnego powoduje, że na jego kształt – czy szerzej kierunku ewolucji – wpływ mają nie tyle krajowi, czy ponadnarodowi ustawodawcy, ale przede wszystkim praktyka jego stosowania. Obecnie to bowiem tzw. prawotwórstwo sędziowskie najpełniej jest w stanie recypować do prawa system norm i wartości społecznych (sędzia jako gwarant słuszności w treści prawa).

Wskazane tendencje prawa prywatnego potwierdzają, że już dawno nastąpiło odejście od pozytywistycznej (formalnej) myśli prawniczej w kierunku pragmatyzmu, którego wyrazem pozostaje anglosaski model stanowienia i stosowania prawa (prawo efektywne ekonomicznie, klauzula rozsądku oraz roztropność sędziowska jako środek kontroli wyników literalnej wykładni prawa).

Niniejsza monografia stanowi zbiór rozdziałów napisanych przez pracowników i współpracowników (w tym byłych doktorantów) Zakładu Prawa Prywatnego Instytutu Nauk Prawnych PAN. Wśród rozdziałów jeden ma wartość szczególną – jest to ostatnia ukończona publikacja naukowa prof. dr hab. Andrzeja Biercia, wieloletniego kierownika Zakładu Prawa Prywatnego INP PAN i przewodniczącego Rady Naukowej INP PAN. Pan Profesor był nie tylko wybitnym specjalistą w zakresie prawa prywatnego, ale także cenionym dydaktykiem i opiekunem kilku pokoleń naukowców, a przy tym człowiekiem wielkiej kultury, przyzwoitości i życzliwości. Nie jest nadużyciem stwierdzenie, że Pan Profesor Andrzej Bierć, kształtujący warsztat naukowy młodszych badaczy, oraz jako współpracownik w ramach zakładu, miał swój udział we wszystkich pracach prezentowanych w niniejszej monografii. Publikacja, wydana już po niespodziewanej śmierci Profesora, stanowi więc swoisty hołd dla Jego pamięci, a zarazem jest wyrazem wdzięczności uczniów i współpracowników.

Redaktorzy

NOWE CZY TRADYCYJNE WYZWANIA WOBEC PRAWA UMÓW W XXI WIEKU?

DOI: 10.5281/zenodo.5575583

dr Piotr Skorupa

1. Uwagi wstępne

Prawo umów jest kluczową dziedziną prawa dla zapewnienia prawidłowego funkcjonowania „krwioobiegu” obrotu prawnego. Często zaburzenia w funkcjonowaniu podstawowych instytucji prawnych, brak przestrzegania podstawowych wartości, zaburzenia w promowaniu ochrony słabszych uczestników obrotu prawnego poprzedzają kryzysy ekonomiczne.

Nawet bez pogłębionej analizy cyklicznych kryzysów ekonomicznych można dostrzec, że każdy z nich był poprzedzony m.in. naruszeniem podstawowych zasad prawa umów. W tradycji *common law* jednym z najważniejszych czynników ważności zobowiązania jest wymóg zachowania przez strony umowy zgodności z ustawą, porządkiem publicznym i moralnym. Ma on pierwszoplanowe znaczenie, nawet jeżeli przedmiot transakcji i poszczególne zobowiązania stron nie są sprzeczne z regulacjami prawnymi. Ostatni globalny kryzys zapoczątkowany gigantycznymi nieprawidłowościami amerykańskiego rynku subprime pokazuje, że prawo umów zupełnie temu wymogowi nie sprostało, chociaż zachodziły istotne przesłanki do podważania mocy wiążącej szeregu produktów finansowych ukrywających skalę ryzyka niewypłacalności pierwotnych elementów danego produktu finansowego (instrumentu inwestycyjnego). Otwarcie podnosi się, że prawo umów nie było w stanie zapewnić odpowiedniego wsparcia dla uniknięcia globalnego kryzysu gospodarczego, zapoczątkowanego nieprawidłowościami na rynku kredytów hipotecznych USA w 2008 r.¹ To wówczas wykorzystano szeroką skalę umowy, które można było uznać za wadliwe (nieważne w wyniku zastosowania danej sankcji wadliwości), prowadząc szereg toksycznych transakcji w obrocie globalnym. Fakt ten pokazuje, że tradycyjne instytucje prawne, jak przesłanki sankcji wadliwości umów, znane i stosowane od tysięcy lat, wymagają ciągłej uwagi, by sprostać dynamicznemu rozwojowi gospodarki i rosnącemu poziomowi złożoności transakcji.

Ocena adekwatności prawa umów do zmieniających się w czasie potrzeb społeczeństwa oraz przekształcającej się gospodarki wymaga przede wszystkim uprzedniej refleksji historycznej i prawnoporównawczej. Wydaje się, że podstawowy dylemat zawsze będzie odnosić się do kontekstu zachowania ciągłości w zestawieniu z presją, by w danej epoce prawo umów ulegało przeobrażeniu dla wypracowania nowych rozwiązań prawnych. Sprawa sprowadza się do prostego pytania, czy zmiany gospodarcze i społeczne od zawsze stanowią pewien cykl w jego rozwoju i – niezależnie od głębokości tych ingerencji – prawo umów nie powinno porzucać tradycyjnych zasad oraz instytucji? Pomimo gwałtownych zmian związanych z cyfryzacją obrotu oraz pojawiania się szeregu usług opartych na algorytmach (zwanymi jeszcze wciąż na wyrost *sztuczną inteligencją*), nie wolno zapomnieć o potrzebie dbałości o fundamentalne instytucje prawne. Kryzysy często mają bowiem swój początek w tworzeniu nowych

1 Por., w aspekcie przestrzegania wymogów regulacyjnych przy sprzedaży derywatów i podobnych instrumentów finansowych, m.in. I.H.Y. Chiu, I.G. MacNeil (red.), *Research Handbook on Shadow Banking. Legal and Regulatory Aspects*, Cheltenham 2018, s. 221-223.; J. Markham, *Law Enforcement and the History of Financial Market Manipulation*, New York 2015, s. 313. i nast. W ramach historii rozwoju transakcji spekulacyjnych autor przedstawia także problematykę ich ustawicznego zwalczania przez rządy – począwszy od starożytnego Egiptu i Rzymu aż do czasów współczesnych. Przebieg tych wysiłków świadczy o ponadczasowym charakterze sporów o zgodność takich umów z moralnością, mimo braku sprzeczności z aktualnymi wymogami regulacyjnymi. Zob. tamże, s. 9-31.

typów umów: transakcji i produktów finansowych, które po pewnym czasie powodują powstanie ryzyk o wymiarze systemowym².

Prawo uznawane jest za jeden z najważniejszych czynników kulturotwórczych, a samo w sobie także jest istotnym wytworem kultury. Prawo umów jest z kolei najważniejszym mechanizmem pozwalającym na rozwój gospodarki, wymianę towarów i usług, a także rozwój społeczeństwa: świadczenie pracy oraz promowanie określonej kultury zatrudnienia. Rola prawa umów pozostaje niezmienna, mimo ekspansywnego rozwoju nowych obszarów obrotu prawnego, np. wyodrębnienia prawa pracy i kształcenia się instytucji polityki społecznej, ograniczenia swobody umów w obrocie konsumenckim czy wreszcie emancypacji obrotu elektronicznego do poziomu wywołującego dyskurs o koncepcjach prawa autonomicznego w cyberprzestrzeni³. Przedmiotem szczególnie interesującej dyskusji jest obrót prawny zarządzany mechanizmami opartymi na algorytmach i tzw. sztucznej inteligencji (zwłaszcza jej roli w kontekście tradycyjnych instytucji prawnych: od odpowiedzialności cywilnej, oświadczenia woli składanego przez sztuczną inteligencję, *smart contracts* oraz *blockchain*, aż do po tzw. algorytmizację praktyki kontraktowej)⁴.

Można zaryzykować tezę, że pojawianie się coraz to nowszych obszarów prawa prywatnego, w szczególności obrotu cyfrowego, pomimo swojego znaczenia nie wydaje się impulsem do radykalnych zmian w obszarze fundamentalnych zasad prawa umów. Wyzwaniem ponadczasowym jest elastyczne dostosowanie tradycyjnych instytucji prawa umów do przemian społeczno-gospodarczych. Najczęściej polega ono na rozszerzeniu kodyfikacji lub pozakodeksowej regulacji nowych zjawisk, wymagających odrębnych rodzajów kontraktów czy transakcji. Te ostatnie często wymagają innowacyjnego zastosowania dotychczasowych typów umów (łączenia lub mieszania ich) oraz ewentualnej modyfikacji odpowiedzialności cywilnej stron⁵.

Z tej przyczyny, w dalszych rozważaniach przyjęty zostanie ogólny punkt odniesienia, zmierzający do odpowiedzi na pytanie, czy pojawienie się nowych zjawisk w toku rozwoju cywilizacyjnego doprowadziło do dezaktualizacji tradycyjnych problemów i wyzwań stojących przed prawem umów, czy też przy ich rozwiązaniu należy korzystać z dotychczasowego dorobku wypracowanego przez naukę i orzecznictwo.

2. Podstawowe czynniki determinujące spojrzenie na wyzwania w prawie umów

W literaturze obszernie analizuje się i opisuje najważniejsze trendy w nowoczesnym prawie umów. Pozwala to na ograniczenie się do przytoczenia tylko ich najbardziej kompleksowej i reprezentatywnej listy, którym jest poniższy podział:

- a) *na płaszczyźnie praw narodowych jako praw państw członkowskich UE:*
 - (i) *stopniowa harmonizacja systemów prawnych państw członkowskich,*
 - (ii) *wzrost pewności prawa,*
 - (iii) *ochrona słabszej strony umowy,*
 - (iv) *konstytucjonalizacja prawa umów rozumiana jako wzrost wpływu konstytucyjnych gwarancji na wzmocnienie ochrony praw fundamentalnych.*
- b) *na płaszczyźnie obrotu cyfrowego:*
 - (i) *prawo umów a sztuczna inteligencja,*
 - (ii) *nowe instytucje prawa umów wynikające z cyfryzacji obrotu prawnego,*

2 W Polsce przykładem może być problem ważności umów kredytów indeksowanych lub denominowanych do CHF lub ważność tzw. *poliso lokat* – umów ubezpieczenia na życie z ubezpieczeniowym funduszem kapitałowym (UFK).

3 Zob. D. Szostek, *Blockchain a prawo*, Warszawa 2018, s. 17-26. Autor trafnie zauważa, że koncepcje dotyczące cyberprzestrzeni, np. *lex electronica*, i autonomizacja prawa cyberprzestrzeni nie są odległe od tworzenia się prawa umów w przeszłości, a ich objaśnienie może nastąpić dzięki wykorzystaniu tradycyjnych narzędzi pojęciowych w cywilistyce.

4 Por. L. Lai, M. Świerczyński (red.), *Prawo sztucznej inteligencji*, Warszawa 2020.

5 Przykładem jest m.in. sekurytyzacja i jej wpływ na kreowanie nowych odmian instrumentów finansowych oraz uwalnianie bilansów od pasywów poprzez kreowanie na ich bazie produktów finansowych.

- c) *na płaszczyźnie otoczenia międzynarodowego lokalnych systemów prawnych:*
- (i) *wzmocnienie roli autonomii prywatnej w związku z prawem wyboru prawa właściwego,*
 - (ii) *rozwój międzynarodowych zasad prawa umów (lex mercatoria),*
 - (iii) *umowy o arbitraż oraz umowy o wybór sądu,*
 - (iv) *klauzule wyboru prawa,*
 - (v) *ograniczenia autonomii prywatnej w transakcjach międzynarodowych⁶.*

Powyższy wykaz może być oczywiście rozbudowywany. W zależności od przyjętego pryzmatu badawczego niewykluczone jest przesunięcie akcentów dla wyodrębnienia niektórych zagadnień, zwłaszcza jeśli prawo umów danego kraju przestaje być mechanizmem lokalnym i zaczyna podlegać zewnętrznym wpływom normatywnym (tj. multicentryczność systemów krajowych w UE) lub ekonomicznym (globalizacja gospodarki i wymiany handlowej).

Przywołana lista uwzględni bardzo szerokie spektrum zjawisk: skutki globalizacji współczesnego prawa umów, tj. internacjonalizację i otwarcie rynków, cyfryzację obrotu prawnego, pojawienie się pierwszych modeli sztucznej inteligencji oraz rosnący poziom regulacji prawnych, w tym tendencje unifikacyjne i harmonizacyjne.

Postawione pytanie, czy przy rosnącej ilości nowych zjawisk wymagających uregulowania istnieją tradycyjne wyzwania i problemy prawa umów, które powinny być przedmiotem ciągłej uwagi i rozwoju. W dalszych rozważaniach będzie ono wracać w różnych kontekstach (punktach odniesienia). Odnośnie tych ostatnich, zważywszy na potrzebę zawężenia zakresu niniejszego artykułu, uzasadnione jest ograniczenie się do ogólnej natury wyzwań stawianych przez współczesny obrót prawny prawu umów. Można je pogrupować w następujący sposób:

1. historyczne uwarunkowania kodyfikacji lub dekodyfikacji prawa umów (zwłaszcza w kontekście reagowania na przemiany społeczno-gospodarcze i elastyczności stosowanych narzędzi legislacyjnych);
2. tradycyjne konflikty w doborze wykładni w prawie umów w kontekście ogólnego konfliktu pragmatyzmu z formalizmem w prawie prywatnym (przede wszystkim będzie to także domena interpretacji dynamicznej dotychczasowych instytucji prawa umów);
3. zmiany w kulturze wykładni prawa (z perspektywy korekty kodyfikacji i cyklicznych tendencji dekodyfikacyjnych oraz zmiany wynikające ze zjawiska wtórnego tworzenia kultury prawnej przez kodyfikację wraz z wpływem czasu);
4. cykliczna desynchronizacja prawa umów z rozwijającą się gospodarką (dotyka to rosnącej liczby ograniczeń dla uczestników obrotu prawnego zbyt sztywnymi regulacjami i jest skorelowane z odpowiedzialnością prawa umów za obniżanie kosztów funkcjonowania obrotu prawnego i odciążenie wymiaru sprawiedliwości od niepotrzebnej liczby sporów i konieczności interwencji judykatury).

Z tym ostatnim problemem koresponduje wspomniany problem dekodyfikacji prawa umów w ramach ogólnych tendencji całego prawa prywatnego⁷. Trafnie wskazuje się w nauce, że dekodyfikacja lub rekodyfikacja wywołuje najwięcej zainteresowania w obszarze prawa umów i najmocniej powoduje erozję kodeksów cywilnych⁸. Ta ostatnia sytuacja sprawia szczególnie dużo problemów w przypadku

6 Por. H. Beale, B. Fauvarque-Cosson, J. Rutgers, S. Vogenauer, *Cases, Materials and Text on Contract Law*, Oxford 2019, pkt. 1.1.-1.3.

7 Dekodyfikacja obok rekodyfikacji jest często traktowana (w kontekście nie tylko prawa umów, lecz także całego prawa prywatnego) jako zjawisko powodujące pozbawienie pierwszoplanowej roli kodeksów cywilnych. Zastępują je specjalne ustawy cywilne, budujące – jak to trafnie ujmuje L. Górnicki – obok uroczystej architektury kodeksów inne źródła prawa umów. Zob. L. Górnicki [w:] M. Safian (red.), *Prawo cywilne – część ogólna*, System Prawa Prywatnego, t. 1, Warszawa 2012, s. 104-105.

8 Por. na tle prawa umów W. Dajczak, *Europejska tradycja prawa – od klasyfikacji przez kodyfikację do ograniczeń i niepewności w typologii umów*, [w:] F. Longchamps de Bérier (red.), *Dekodyfikacja prawa prywatnego w europejskiej tradycji prawnej*, Kraków 2019, s. 75 i nast. z przywołanym tam dalszym piśmiennictwem oraz F. Longchamps de Bérier (red.), *Dekodyfikacja prawa prywatnego*. Szkice do portretu, Warszawa 2017; J. Rudnicki, *Formal and Material Decodification*

masowych usług finansowych (bankowych lub ubezpieczeniowych). Pokazuje to sprzedaż produktów opartych na często skrajnie wadliwych umowach, których twórcom wydaje się, że o ważności decyduje zgodność z kilkoma tekstami przepisów sektorowych bez uwzględnienia ogólnych warunków ważności umów wynikających z kodeksu cywilnego.

Wskazane powyżej główne problemy prawa umów będą kontekstem dla dalszych rozważań na temat charakteru wyzwań stawianych prawu kontraktów w pierwszej połowie XXI w. na tle kilku wybranych instytucji prawnych. Ograniczone ramy opracowania wymuszają pominięcie problemu globalizacji i internacjonalizacji prawa umów w kontekście zarzuconych prac nad unifikacją i harmonizacją prawa prywatnego w UE (w szczególności *The Draft Common Frame of Reference*). Porzucenie tych projektów w imię doraźnych celów politycznych – i brak zrozumienia europejskiej polityki legislacyjnej dla fenomenu stworzenia wspólnotowego prawa prywatnego przez stopniowe dopasowywanie się kultur prawnych państw członkowskich do prawa modelowego – powoduje, że jest z tymi wielkimi wyzwaniami dla europejskiej kultury prawnej będą musiały się zmierzyć przyszłe pokolenia prawników⁹.

Każde zagadnienie z powyższej listy przenika kluczowe instytucje prawa prywatnego i kształtuje niezmiennie fundamenty oceny zgodności prawa umów z wymogami cywilizacyjnymi. Historia pokazuje, że punkt odniesienia dla tej oceny tworzą przede wszystkim podstawowe zasady prawa prywatnego¹⁰.

Stwierdzenie to uzasadnia analizę celowości rozwiązywania problemów wynikających z zastosowania dawnych instytucji prawnych w zmienionych, współczesnych okolicznościach. Natomiast próby tworzenia nowych instytucji w prawie umów pokazują ponadczasowe i samoregulacyjne właściwości dostosowywania się prawa prywatnego do obecnych potrzeb organizacji obrotu prawnego i przemian gospodarczych.

Właściwości tych nie zlikwidowano prawem pozytywnym, ponieważ jest tak naprawdę zdolności samoregulacyjne w prawie prywatnym są empirycznym dowodem istnienia prawa naturalnego, które – z lepszym lub gorszym skutkiem – wciąż próbuje się odzwierciedlić w tekstach prawnych na przestrzeni wieków.

3. Historyczne uwarunkowanie prawa umów w kontekście dorobku kodyfikacji a celowości zachowania adekwatnego poziomu dyskrecjonalności sędziowskiej

3.1. Ogólne uwarunkowania historyczne

Dyskrecjonalność sędziowska wydaje się być uniwersalnym rozwiązaniem problemu niedopasowania prawa umów do dynamiki zmian społeczno-gospodarczych. Stosowanie prawa przez sądy – realizacja wymiaru sprawiedliwości jest sprawdzianem jakości reakcji systemu na występowanie sporów pomiędzy jego uczestnikami. W aspekcie historycznym, zwraca uwagę, że zanim pojawiły się ustawy i kodeksy byli sędziowie, rozstrzygający spory i budujący w ten sposób kulturę prawną jako fundament cywilizacji. Współczesne tendencje do rekodyfikacji prawa prywatnego wiążą się m.in. z koniecznością ujęcia w tradycyjne kodeksy cywilne dorobku orzecznictwa i nauki, stąd *prima facie* jest to dowód na przewagę tychże nad władzą ustawodawczą i jakością tworzenia prawa w procesie legislacyjnym.

Zaskakuje skłonność niektórych przedstawicieli jursprudenji do kwestionowania historycznych uwarunkowań rozwoju prawa. W kontekście tworzenia prawa europejskiego R.C. van Caenegem

of Civil Law, [w:] Ch. Su, F. Longchamps de Bérier, P. Grzybek (red.), *Theory and Practice of Codification: the Chinese and Polish Perspective*, Beijing 2019, s. 123 i nast.

9 Por. R. Zimmerman, N. Jansen (red.), *Commentaries on European Contract Laws*, Oxford 2018, s. 11-14 i nast. W kontekście globalizacji prawa i jego kodyfikacji por. m.in. F. Longchamps de Bérier, *Common law a dekodyfikacja i globalizacja prawa*, [w:] F. Longchamps de Bérier (red.), *Dekodyfikacja prawa prywatnego w europejskiej...*, s. 19 i nast.

10 Por. z dalszym piśmiennictwem A. Bieć, *Zarys prawa prywatnego. Część ogólna*, Warszawa 2018, s. 38 i nast.; M. Safjan, [w:] M. Safjan (red.), *Prawo cywilne...*, s. 318 i nast.

w sposób lakoniczny, ale trafny przypomina, że odpowiedzi na dylemat, kto powinien być twórcą jego kształtu, są mocno oparte na wspomnianych partykularyzmach lokalnych. Przytacza trafne stwierdzenie T. Denninga, który postuluje ufność wobec sędziów, ponieważ oni są prawdziwymi strażnikami prawa. Następnie relacjonuje odmienne zapatrywanie F.C. von Savigny, że jednak nauka prawa jest najlepszym przewodnikiem w jego tworzeniu. Wreszcie jako skrajny punkt odniesienia autor wskazuje na skłonność, która fatalnie zaważyła na losach kontynentu europejskiego w późniejszych latach – tj. przestrożę ery jakobińskiej i napoleońskiej: ufaj legislaturze i strzeż się sędziów oraz prawników nie stosujących się do kodeksu¹¹. Autor w tych kilku syntetycznych zdaniach wskazuje na odwieczny problem swoistego kontrotypu cywilistycznego i jego rozumienie: pewność prawa a mechanizmy dopasowania go do współczesności w celu realizacji postulatu sprawiedliwości prawa oraz ponadczasowy. Równocześnie odnosi się do cyklicznie powracającego sporu, o to kto ma prawo do rewizji dezaktualizujących się kodeksów i ustaw.

Obszarem, w którym sprawdza się jakość prawa umów, to codzienna zdolność do właściwego i efektywnego wspierania uczestników obrotu w kształtowaniu swych relacji prawnych. System prawny może w tym zakresie promować *niskokosztowe* lub *niekosztogenne* formy zawierania umów, przeważnie dzięki niskiemu poziomowi wymogów formalnych i braku publicznoprawnej ingerencji w autonomię woli stron lub stosowania mechanizmów redystrybucyjnej sprawiedliwości. Często też występuje sytuacja, w której pomimo formalnych gwarancji obowiązywania zasady swobody umów, wymogi regulacyjne podają w wątpliwość możliwość stworzenia nowego typu umowy albo wykorzystania umów już nazwanych do nowego rodzaju transakcji. Ponadto, granica swobody umów może być podatna na rozbieżności w wykładni tekstów prawnych w zależności od kultury prawnej danego pokolenia prawników. Wydaje się, że spór o to, czy obowiązują teksty prawne czy normy prawne wynikające z ich interpretacji pojawia się cyklicznie, zważywszy na koncepcję wykładni derywacyjnej i dwupoziomowość znaczeniową tekstów prawnych. Może to być spór pozytywistów i zwolenników prawa natury, czy wyłącznie spór w obszarze prawa umów bez zajmowania ideologicznych stanowisk¹². Uniwersalny i – niestety – często instrumentalnie podnoszony jest zarzut sprzeczności zobowiązania z moralnością (dobrymi obyczajami, zasadami współżycia społecznego czy dobrej wiary).

Kolejnym, bardzo istotnym problemem jest stosowanie niejasnych lub wręcz otwarcie złowieszczych kryteriów oceny skutków sprzeczności z prawem o charakterze *leges imperfectae*. W zasadzie w każdym z państw tradycji *ius civile* oraz *common law*, w obszarze stosowania proporcjonalnej i adekwatnej sankcji do danego naruszenia przepisu przez sądy, stare brzmienie sankcji doprowadziło do istotnych problemów prawa umów. Problem skutków niezgodności umów z ustawą lub moralnością istnieje już od czasów starożytnych. Na nowożytnych kodyfikacjach w sposób dramatyczny zaciążyła mechaniczna (i wynikająca z hołdowania tendencjom absolutystycznym) recepcja rzymskiego podejścia do sankcji nieważności za naruszenie ustawy. W jej wyniku utrzymano w mocy po czasy współczesne sankcję nieważności bezwzględnej opartą na *Lex non dubium* z 7 kwietnia 439 r.

11 R.C. van Caenegem, *European Law in the Past and the Future: Unity and Diversity over Two Millennia*, Cambridge 2002, s. 135

12 Pomijanie literalnego brzmienia przepisu i zrównywanie go z normą prawną jest bardzo istotnym mechanizmem obrony integralności systemu prawa umów i korekty samoregulacyjnej złej jakości prawa. Warto przytoczyć jeden z bardzo istotnych wniosków Z. Ziemińskiego, że teksty prawne są „mają charakter normatywny niezależnie od postaci słownej, w jakiej faktycznie ustawodawca formułuje je pod postacią przepisów prawnych” – cyt. za M. Zieliński, *Derywacyjna koncepcja wykładni...*, s. 96. Na temat bardzo istotnych dla prawa konotacji derywacyjnej koncepcji wykładni por. oprócz uprzednio wskazanej literatury (przyt. 3) także M. Zieliński, M. Zirk-Sadowski, *Klaryfikacyjność i derywacyjność w integrowaniu polskich teorii wykładni prawa*, „Ruch Prawniczy, Ekonomiczny i Socjologiczny” 2011, nr 2, s. 99 i nast.

Bez uwzględnienia kontekstu historycznego wprowadzenia tej sankcji i konieczności całkowitej zmiany jej koncepcji w czasach nowożytnych zdecydowano w dobie wielkich kodyfikacji wieku XIX¹³, że tej sankcji poddane zostaną skutki naruszenia ustaw lub moralności w obszarze prawa umów. W konsekwencji często bezrefleksyjnie zaczęto stosować w prawie umów nieważność bezwzględną, nie uwzględniając, że nie została ona prawidłowo skodyfikowana. Do nowożytnego prawa umów wprowadzono instytucję nieefektywną, wywołującą zaciekłe spory doktrynalne i orzecznicze. Co gorsza, w zasadzie nie można mówić, że tzw. tradycyjne cechy nieważności bezwzględnej bez odpowiedniego unormowania mogą być kiedykolwiek identyfikowane¹⁴.

Ocena charakteru wyzwań, jakie stoją przed polskim prawem umów, wymaga zaproponowania głównych punktów odniesienia, wynikających z rozwoju polskiej cywilistyki i jej dorobku na przełomie XIX i XX w.¹⁵ Polska kodyfikacja jako system prawa oparty na wpływach i ścieraniu się różnych tradycji prawnych należy do tzw. *mixed jurisdictions*¹⁶. Multicentryczność polskiego systemu prawa skutkuje tym, że pozostaje ono także pod wpływem dorobku prawa Unii Europejskiej. Siłą rzeczy niezbędne jest ograniczenie się do wniosków mających znaczenie dla dalszego rozwoju prawa polskiego jako części dorobku prawa unijnego i tradycji kontynentalnej.

Uwagę przyciąga szczególna droga rozwoju polskiej cywilistyki, skorelowana z ogromnym wysiłkiem włożonym w odzyskanie niepodległości po 1918 r. Wspólnym mianownikiem wielopokoleniowych prac na tym polu było tworzenie rodzimego prawa polskiego¹⁷. Obecnie obowiązujący kodeks cywilny, stanowiący dorobek prac kodyfikacyjnych prowadzonych jeszcze w okresie międzywojennym¹⁸, jest dowodem wielkiej zręczności i kunsztu w unikaniu koniunkturalnych wpływów ówczesnego systemu politycznego. Uległ on istotnym przeobrażeniom po roku 1990, dzięki czemu prawo umów mogło wspomóc rozwój gospodarczy i transformację systemu państwa. Prace nad dalszą modernizacją kodyfikacji zostały niestety w 2015 r. radykalnie zatrzymane¹⁹.

Do podjęcia się próby identyfikacji głównych kierunków niezbędnych zmian w prawie umów wskazane jest umiejscowienie polskiej kodyfikacji w kontekście prac nad nowym wspólnym europejskim prawem prywatnym, które aż do ich zarzucenia prowadzone były z wielkim rozmachem. Mowa mianowicie o projekcie *Principles of European Contract Law* prowadzonym już od lat 80-tych XX w. przez O. Lando, a także o działaniach w ramach stworzenia *Draft Common Frame of Reference* (DCFR) pod auspicjami Komisji Europejskiej.

Projekty te, mimo że już się zakończyły, wciąż dostarczają szereg wskazówek do oceny tendencji występujących w prawie prywatnym i regulowanym przez nie obrocie prawnym²⁰. Analiza wypowiedzi na ten temat prowadzi do ogólnej konstatacji, że wielkim zagrożeniem dla prawa umów jest wciąż rosnący napór lobbingu korporacji i jednocześnie niski poziom klas politycznych odpowiedzialnych za tworzenie prawa.

13 Por. L. Górnicki [w:] M. Safjan (red.), *Prawo cywilne...* s. 78 i nast.

14 Por. z dalszą literaturą P. Skorupa, *Nieważność czynności prawnej w prawie polskim na tle prawnoporównawczym*, Warszawa 2019, s. 134-136.

15 Por. na temat polskich prac, w szczególności interesującą relację poprzedzającą uchwalenie kodeksu zobowiązań w kontekście międzynarodowych prac unifikacyjnych w okresie przed II wojną światową – A. Moszyńska, *Międzynarodowe ujednolicanie prawa zobowiązań w okresie międzywojennym*, „Studia Iuridica Toruniensia” 2012, t. XI, s. 130 i nast.

16 R. Zimmermann, *Roman Law, Contemporary Law, Common Law: The Civilian Tradition Today*, Oxford 2001, s. 158-160. Autor trafnie stwierdza, że w zasadzie większość systemów prawnych nie jest wolna od wpływów innych praw, w szczególności przez wpływ prawa rzymskiego, kanonicznego czy koncepcji prawa naturalnego.

17 Por. Z. Radwański, *Kodyfikacja prawa cywilnego*, „Ruch Prawniczy, Ekonomiczny i Socjologiczny” 2009, nr 2, s. 131 i nast.; L. Górnicki [w:] M. Safjan (red.), *Prawo cywilne...*, s. 78 i nast.; A. Mączyński, *Uwagi o stanie nauki polskiego prawa cywilnego*, „Państwo i Prawo” 2011, nr 6, s. 3-17.

18 Nie zmienia to faktu, że podjęcie prac nad nowym kodeksem było i jest w pełni uzasadnione – zob. zamiast wielu Z. Radwański, *Kodyfikacja prawa...*, s. 136-139.

19 Por. m.in. P. Machnikowski [w:] P. Machnikowski (red.), *Kodeks cywilny. Księga I. Część ogólna*, Warszawa 2017, s. XIII-XVI.

20 Por. bliżej opis prac i ich podsumowanie w Zielona Księga Komisji w sprawie możliwości politycznych w zakresie w zakresie postępów w kierunku ustanowienia europejskiego prawa umów dla konsumentów i przedsiębiorstw, COM(2010)348, Bruksela 1.07.2010, s. 12 i nast., <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PL/TXT/?uri=CELEX%3A52010DC0348> [dostęp: 22.03.2020].

Kodyfikacje prawa prywatnego dokonane na przełomie XVIII i XIX w. zostały uznane za punkt zwrotny w rozwoju europejskiej wspólnej kultury prawnej. R. Zimmermann trafnie zauważa, że znacząco wpłynęły na fragmentację europejskiej tradycji prawnej, zakończyły czas funkcjonowania „drugiego życia prawa rzymskiego”²¹. Uporządkowanie stanu prawnego dzięki wielkim kodyfikacjom epoki Oświecenia nastąpiło u progu wybuchu epoki przemysłowej i pojawienia się silnych tendencji do dalszych przemian społeczno-gospodarczych po ustaniu wojen napoleońskich.

Przytoczenie pogłębionej historii prawa nie jest możliwe w ramach krótkiego opracowania. Istotne jest uwypuklenie wynikających z niej szczególnych cech obecnej kodyfikacji. Wydaje się, że dopiero po roku 1990 – w latach dynamicznego rozwoju cywilizacyjnego – tradycyjne instytucje prawa prywatnego i prawa umów częściowo oderwały się od swych rzymskich źródeł. Wzrosła rola otoczenia prawa prywatnego paternalistycznymi i formalistycznymi regulacjami, realizującymi idee tzw. sprawiedliwości dystrybucyjnej i wzmocnienia pozycji słabszej strony (np. konsumentów). Rozwój cywilizacyjny, powstanie nowych typów transakcji i globalizacja rynków stworzyły nowe instytucje prawne lub odmienne rozumienie tych dawnych. Kontrastuje to z relatywnie małą zmiennością, charakterystyczną dla poprzednich wieków. Dynamiczny rozwój cywilizacyjny XIX i XX w., koniec zimnej wojny i powstanie UE w jej obecnym kształcie istotnie przyspieszyły oddalanie się prawa skodyfikowanego od prawa opartego na nowych instytucjach kształtowanych przez praktykę i orzecznictwo.

Wydaje się przy tym, że tradycje prawne o największym znaczeniu dla podejmowanych prób unifikacji prawa prywatnego w Europie (lub w wymiarze międzynarodowym przez UNIDROIT (*Principles Of International Commercial Contract*)) sięgają zarówno do common law, jak i – wciąż do – prawa rzymskiego. Słusznie uznaje się je bowiem za fundamenty dla narodowych kodyfikacji²². Argumenty podnoszone przeciwko harmonizacji prawa UE, a zwłaszcza przeciwko europejskiej kodyfikacji, przypominają w niektórych fragmentach słynne zastrzeżenia F.C. von Savigny’a pod adresem pochopnej kodyfikacji, mającej na celu stanowienie spoiwa dla nazbyt różnorodnych organizmów społecznych²³.

Ostatnie lata dostarczają wiele przykładów na poparcie tezy, że spisane i skodyfikowane prawo prywatne najczęściej nie nadąża w pełni za przemianami cywilizacyjnymi, ulegając dekompozycji przez rosnący brak synchronizacji przemian gospodarczych z prawem stanowionym oraz orzecznictwem. Ta podstawowa cecha wskazuje na doniosłość roli sędziego (i odpowiedniego procesu tworzenia dobrego prawa) w ratowaniu spójności systemu²⁴.

21 R. Zimmerman, *Roman Law, Contemporary...*, s. 1-3. Autor przypomina, że fragmentacja prawa występowała już w dobie *usus modernus pandectarum*. Od czasu recepcji prawa rzymskiego wraz z adaptowaniem nowych zwyczajów i prawa lokalnego postępowała zmiana prawa antycznego w prawo nowoczesne. Kodyfikacje miały uporządkować powstały z tego rozległy stan prawny w systematyczne unormowanie i wyprzeć przede wszystkich *ius commune*.

22 Por. A. Bierć, *Zarys prawa...*, s. 86-89. Oczywiście należy wskazać na szczególnie kompleksowy charakter czynników unifikacyjnych, m.in. rolę prawotwórczą Trybunału Sprawiedliwości UE, ogromny dorobek nauki prawa, edukacji prawniczej, w tym także prywatnych projektów unifikacji prawa umów, lub nawet stworzenia europejskiego kodeksu cywilnego – tzw. projekt Gandolfiego (*Projekt Pavia Academy of European Private Lawyers*).

23 Argumenty przeciwko kodyfikacji pod auspicjami UE są mało przekonujące, jeżeli chodzi o ich narodowy partykularizm. Inaczej sprawa przedstawi się na gruncie rozsądnego dyskursu o dokonaniu doboru odpowiednich narzędzi do stworzenia europejskiego prawa prywatnego, tak aby odzwierciedlając zapis obecnej kultury prawnej tworzyły w przyszłych pokoleniach jej nowy kształt. Warto nadmienić, że za pomocą metody porównawczej i historycznej L. Niglia wskazuje na ogólny problem z kodyfikacją prawa cywilnego jako źródłem *sacred texts*, z którym nauka prawa poradziła sobie w modelu swoistej dekodyfikacji, z zdaniem autora propozycje DCFR wciąż nawiązują do anachronicznego języka XIX w. (L. Niglia, *The Struggle for European Private Law: A Critique of Codification*, Oxford 2015, s. 154-155). Autor jednak jak się wydaje błędnie uważa, że podejście DCFR jako kodeksu narusza głębokie wartości jakie rozwinęły się w Europie. W sprawie pytania o sens kodyfikacji przywołał spór, który miał miejsce pomiędzy J. Bentham a J. Madison na temat kodeksu cywilnego dla Stanów Zjednoczonych. Pierwszy proponował kodeks w celu usunięcia szeregu niespisanych, zwyczajowych praw zagranicznych. Z kolei J. Madison odrzucał to, przede wszystkim argumentując, że obecne prawa z natury rzeczy w odniesieniu do osób, które im dotąd podlegały, stracić mogą w wyniku zmian społecznych na znaczeniu, a zmiany takie będą mają charakter stały. Spowoduje to, że kodyfikacja nie będzie już potrzebna (tamże, s. 163-165).

24 Inaczej zdaje się kształtować rola anglosaskiego *restatement*, np. w ostatnim czasie w prawie angielskim – zob. A. Burrows, *A Restatement of the English Law of Contract*, Oxford 2016, s. IX-XIII. W nauce określa się ten model jako konsolidację prawa w przeciwieństwie do kodyfikacji. Por. bliżej z dalszą literaturą: A. Bierć, *Zarys prawa...*, s. 84.

3.2. Zakres uznaniowości sędziowskiej

Zakres dyskrecjonalności z reguły dotyczy stosowania kluczowych instytucji w prawie prywatnym, np. dostępność środków prawnych w sytuacji naruszenia zobowiązania, w razie wystąpienia nadzwyczajnej zmiany okoliczności, miarkowania kary umownej, itp. W obszarze sankcji wadliwości uznaniowość dotyczy dwóch kluczowych obszarów: oceny skutków naruszenia ustaw, które nie przewidują wprost sankcji za ich naruszenie oraz stosowania sankcji nieważności częściowej.

Sposób wykonywania prawa sędziowskiego jest zawsze skrzepowany proceduralnie prawem cywilnym materialnym i formalnym, choć oczywiście różne są modele takich ograniczeń. W zasadzie w większości krajów *ius civile* lub *common law* pojawiają się problemy wynikające z faktu, że nadmierne ograniczenie sądów prowadzić do sytuacji, gdzie w pewnym momencie rozwoju ekonomicznego i społecznego dochodzi do dezaktualizacji kodyfikacji i utraty przez nią pełnej zdolności do efektywnego regulowania stosunków cywilnoprawnych. Brak tej efektywności uderza w obowiązywanie zasady pewności prawa. Dotyczy to przede wszystkim wiedzy uczestników obrotu prawnego o tym, jakie będą zasady rozpoznania ich sporów prawnych, jeżeli doszło do rozbieżności orzecznictwa usiłującego dopasowywać stare teksty i wyodrębnić z nich nieco inne normy prawne w celu zachowania poczucie sprawiedliwości przy orzekaniu. Paradoksalnie spór o paradygmat prawa staje się nieco bezprzedmiotowy – niesprawiedliwość efektu stosowania prawa wynika z samego faktu istnienia prawa stanowionego. Generalnie niepożądane efekty prawa w miarę upływu czasu wynikają ze zrównania wszystkich przypadków dotyczącej danej instytucji prawnej do poziomu unormowanego odgórnie w tekście ustawy. Korekty niesprawiedliwych rozstrzygnięć zgodnych z nieaktualnym lub po prostu – niskiej jakości prawem (napisanym przypadkowym i nieprzemysłanym językiem) muszą opierać się na legalistycznie ujmowanych mechanizmach sprawowania wymiaru sprawiedliwości (przede wszystkim na zagwarantowaniu niezależności trzeciej władzy sądowniczej, która nie jest absolutna i podlega ograniczeniom, m.in. kontroli orzeczeń w toku odwoławczym).

Należy pamiętać, że uznaniowość sędziowska bez dobrej współpracy z władzą ustawodawczą tworzy w sposób naturalny stan rozdźwięku pomiędzy prawem spisanim a nowymi zjawiskami, które powinny być regulowane przez ustawodawcę. Jeżeli orzecznictwo rozpoznaje spory prawne z odwołaniem się do twórczo interpretowanych starych tekstów ustawy, wówczas władza ustawodawcza powinna być zainteresowana odzyskaniem swej pozycji *imperio rationis* poprzez rekodyfikację prawa umów (i dokonaniem inkorporacji dorobku orzecznictwa i nauki do tekstu ustawy). Jeżeli nastąpi to w sposób prawidłowy, wzmożni się efektywność prawa, przyspieszona zostanie praca sądów, gdyż nie będzie konieczności sprawdzania obszernego stanu orzeczniczego. W modelu idealnym kilka zdań tekstu nowego przepisu pozwala szybko rozstrzygnąć dany problem.

Kodyfikacja zbierająca i porządkująca prawo, po wielu latach obowiązywania sama tworzy kulturę prawną kolejnych pokoleń prawników i dalsze orzecznictwo, tworzy nawyki terminologiczne, definicje i systematyki. Być może to proste spostrzeżenie tłumaczy obawy przed pochoptą kodyfikacją i brakiem właściwej aparatury pojęciowej w danym języku, co podkreślał F.C. von Savigny w odniesieniu do niemieckiej kodyfikacji.

Niezależnie od jakości stanowienia prawa sam upływ czasu powoduje, że istnieje naturalny stan niezgodności kodeksu z przyszłymi wymogami cywilizacyjnymi. Nowe pokolenia nie mogą stosować starych instytucji prawnych bez odpowiednich zmian, szczególnie w kontekście postępującej globalizacji i otwarcia się na nowe rynki zbytu, nowe wynalazki i rodzaje transakcji, towarów i usług. Wydaje się zatem, że niezbędne jest wbudowanie w kodeks cywilny – i inne regulacje prawa umów – takich mechanizmów adaptacyjnych, które z góry zapobiegają tej naturalnej niezgodności. Nie wydaje się przy tym, że wystarczający jest system klauzul generalnych, ukierunkowany na realizację m.in. zasad słuszności, sprawiedliwości lub równego traktowania podmiotów prawa.

Trafnie podkreśla się, że kodyfikacje *ius civile* zorientowane są na zbudowaniu się wokół tekstu (kodeksu), tradycja anglosaska to prawo praktyczne, w którym przeważa model pragmatyczny w prze-

ciwieństwie do prawa kontynentalnego – formalnego modelu sądowego stosowania prawa²⁵. Tym samym o jakości prawa umów będą decydować nie teksty, ile kultura prawna i jakość orzecznictwa.

Ostatnim aspektem wpływu kodeksu cywilnego na tworzenie kultury prawnej jest fakt, że jeżeli instytucja prawna została w nim niewłaściwie sformułowana, to po wielu latach jej obowiązywania mogło dojść do zmiany zwyczaju i „zwichnięcia” kultury prawnej na zasadzie swoistego błędnego koła²⁶.

Powyższe uwagi mają na celu wskazanie, że ostatnie dwieście lat tradycji kodyfikacji kontynentalnych oraz ograniczanie władzy sądowniczej kodyfikacjami prawa formalnego i materialnego nie doprowadziły do wygaszenia tradycyjnych problemów prawa umów. Nie zapobiegają także nowym sporom i rosnącemu poziomowi nieefektywności prawa prywatnego. Po latach wiary w jakość legislacji i moc sprawczą tekstów prawnych empirycznie został udowodniony fakt, że to sędziowie i juriesprudencja jest fundamentem systemu prawnego. Pomimo szczerých wysiłków wciąż nie udaje się nawiązać do najwcześniejszego etapu funkcjonowania systemu prawnego, do którego po kilku tysiącach lat odwoływali się Rzymianie w swej metodzie stosowania prawa i jego rozwoju.

4. Kultura wykładni prawa a korekta kodyfikacji prawa umów w celu zapewnienia efektywności prawa

Kultura wykładni prawa stanowionego odwołuje się do postulatu wiary w jej niezmiennosc w modelu syntetycznym. Twórcy kodeksu wierzą, że tekst prawny i jego język będzie zawsze tak samo rozumiany. Tymczasem nawet w przypadku aktów prawnych o znaczeniu ustrojowym nie zawsze jest tak, jak zakładają legislatorzy. Sposób wykładni tekstu prawnego może ulec istotnej zmianie i z reguły zmiany takie mają miejsce po pewnym czasie. Stosując w danym okresie konstrukcje normatywne, należy przyjąć założenie, że w razie przeobrażenia koncepcji dotyczącej sposobów jej interpretacji może dojść do bardzo istotnej zmiany samej treści normatywnej²⁷.

Radykalne odejście od literalnego rozumienia tekstu przepisów w skodyfikowanych systemach prowadzi najczęściej do konfliktów doktrynalnych i orzeczniczych. Oczywiście, reguła ta dotyczy prawa pozytywnego, spełniającego chociażby minimalne standardy jakości prawa, nie zaś typowych błędów legislacyjnych, w tym tzw. przepisów lobbystycznych. Reakcja ustawodawcy na takie problemy powinna polegać na zapobieganiu złej praktyce przez jej ocenę wedle kryteriów umiejscowionych w czasie – ustalonym stanie początkowym i stanie niepożądanym, w którym należy dokonać zmiany złego prawa. W modelu idealnym celowa staje się rozsądna interwencja w prawo umów w zakresie stosowania tradycyjnych instytucji prawa, np. gdy dochodzi do istotnego zniekształcenia fundamentalnych zasad prawa prywatnego przez wykładnię przepisów nieprzychylną autonomii prywatnej²⁸.

25 Por. szerzej A. Bierć, *Zarys prawa...*, s. 124-125; L. Górnicki [w:] M. Safjan (red.), *Prawo cywilne...* s. 90.

26 Przykładem może być wciąż obowiązujący w polskim kodeksie cywilnym art. 387, który błędnie reguluje skutki niemożliwości początkowej świadczenia (zob. P. Skorupa, *Nieważność czynności...*, s. 584-604). Błąd ten poprawiono w prawie niemieckim w 2002 r., a także w *Principles of European Contract Law lub Draft Common Frame of Reference* zrezygnowano ze stosowania w tym przypadku nieważności z mocy prawa.

27 Z sytuacją taką mamy do czynienia w przypadku stosowania derywacyjnej (zintegrowanej) koncepcji wykładni – por. szerzej M. Zieliński, *Derywacyjna koncepcja wykładni jako koncepcja zintegrowana*, „Ruch Prawniczy, Ekonomiczny i Socjologiczny” 2006, nr 3, s. 93 i nast.; A. Choduń, *Koncepcja wykładni prawa Macieja Zielińskiego*, „Ruch Prawniczy, Ekonomiczny i Socjologiczny” 2016, nr 4, s. 57 i nast. oraz M. Matczak, *Dwupoziomowość języka prawnego w derywacyjnej koncepcji wykładni i jej znaczenie dla współczesnych sporów w anglosaskiej teorii interpretacji prawniczej*, [w:] A. Choduń, S. Czepita (red.), *W poszukiwaniu dobra wspólnego. Księga jubileuszowa Profesora Macieja Zielińskiego*, Szczecin 2010, s. 130 i nast.

28 Sytuacje takie występują najczęściej w zakresie stosowania sankcji nieważności bezwzględnej wobec czynności prawnych, które w danym czasie nie wydają się zgodne z partykularnymi zapatrywaniami części judykatury lub doktryny, np. spory o ważność pełnomocnictw dla członka zarządu spółki kapitałowej, spory o dopuszczalność wyróżniania uchwał nieistniejących, posługiwane się zarzutem niezgodności z „właściwością” zobowiązania tam, gdzie nie istnieją żadne ustawowe ograniczenia swobody umów. Drugą płaszczyzną problemów jest stosowanie zarzutu abuzywności klauzuli umownej w umowach B2C wyłącznie w oparciu o aprioryczne założenia, bez oceny skutków stanu nieważności umowy, jeżeli w pewnym momencie bez klauzul abuzywnych nowe orzecznictwo nie będzie w stanie uznać dopuszczalności dalszego obowiązywania umów (np. nieważność umów kredytu walutowego).

Z perspektywy historii prawa i sposobu jego kodyfikowania wydaje się, że obok pozytywnego prawa umów na poziomie szczegółowym powinna wytworzyć się zasada tworzenia prawa ramowego – jego normatywna treść wynika z realizacji naczelných zasad prawa, w szczególności sprawiedliwości, równości, efektywności oraz autonomii prywatnej podmiotów prawa. Pozwoliłoby to pogodzić ze sobą dwa modele ww. tradycji prawnych. Należy zapewnić wsparcie systemu prawa stanowionego, dzięki adaptacyjnej zmianie prawa i – na wzór anglosaskiego *restatement* – inkorporacji zasad pochodzących z orzecznictwa. Takie zasady (gotowe przepisy prawne) powstają w wyniku uzgodnienia określonych efektów wykładni, które najczęściej powodują odejście od stosowania tekstu przepisów przez stwierdzenie ich niedopasowania do aktualnych potrzeb. Takie zmiany, utrwalające wykładnię sądową, pozwalają zabezpieczyć kodyfikację przed kolejnym cyklem asynchronizacji tekstu prawa od jego wykładni.

Nasuwa się tutaj skojarzenie z celnym określeniem jednego z aspektów istoty prawa: to ciągła nietrwałość wynikająca z konfliktu zasad naczelných, ponieważ skoro nie istnieje sprawiedliwość absolutna, wówczas cały system powinien podlegać ciągłemu przeglądowi²⁹.

Powyższe, siłą rzeczy skrótuje uwagi mają na celu uzasadnienie tezy, że kultura wykładni prawa to kwestia fundamentalna dla prawa umów i jego podstawowych instytucji. Jeżeli przyrodzoną właściwością systemu prawa stanowionego jest cykliczna utrata dopasowania do rzeczywistości społeczno-gospodarczej w wyniku dynamiki zachodzących zjawisk, to niezbędne jest wymyślenie automatyzmu oraz zaprojektowania procesu dopasowania praktyki prawa do nowych okoliczności tak, by w jego stosowaniu maksymalnie zbliżyć się do realizacji zasady sprawiedliwości.

W kontekście rozwoju prawa umów warto wskazać, że prawo stanowione ma swój początek w akcie jego spisania i słusznie zwraca się uwagę na nieco przewrotne znaczenie faktu utrwalenia prawa na piśmie. Akt ten tworzy bowiem ustawiczny stan konfliktu pomiędzy wymogami porządku i polityki publicznej (*public policy*) a interesem indywidualnym³⁰. Trafnie w tym kontekście zauważa się w nauce, że świat antyczny, mimo że nie uznawał jednostki za niezależny podmiot w nowoczesnym znaczeniu, jednak pozostawiał prawa oparte w dużej mierze na koncepcji indywidualnej sprawiedliwości. Natomiast współcześnie wolność jednostki uważa się za aksjomat, a w systemie prawnym traktuje się sprawiedliwość jako inne określenie równości. Skutkuje to paradoksalnie tym, że jednostka, jej sytuacja prawna może zostać istotnie ograniczona w celu dopasowania do pozycji prawnej ogółu³¹.

Przypomina o tym fenomenie problem istotnego ograniczenia prawa umów przez postępujące wymogi regulacyjne, z jednej strony dotyczące umów w obrocie B2C, z drugiej strony wynikające z nakładanych sektorowo wymogów prawnych na usługi finansowe, turystyczne, przewozowe, itd. Często są to przepisy o charakterze postulatów i sloganów politycznych, ale w przypadku nadania im rangi ustawy bardzo ważne staje się unikanie sprzeczności z nimi grożącej nieważnością czynności prawnej w wyniku obowiązywania w art. 58 k.c. przepisów prawnych pochodzących z V w.

29 J. Sassoon, *Ancient Laws and Modern Problems: The Balance Between Justice and a Legal System*, Bristol 2004, s. 196. Autor dokonuje interesującej analizy m.in. praw Sumeru, Akadu oraz kodeksu Hammurabiego w celu m.in. porównania podejścia *common law* do sądowego stosowania prawa.

30 Tamże, s. 28. Autor uzasadnia, że akt spisania prawa miał daleko idący wpływ na status i samą naturę prawa. Utrwalenie prawa na piśmie oznaczało, że porządek prawny musi być zachowany w taki sposób, żeby to samo prawo było stosowane identycznie w całej jurysdykcji. Związanie sądów oznaczało utratę przez nich dyskrecyjnej władzy w indywidualnych sprawach, co skutkowało zmianą pojęcia wymiaru sprawiedliwości przez konieczność uwzględnienia presji społecznej. To zaś z kolei otworzyło drogę do dalszych zmian w zakresie istoty sprawiedliwości w kontekście odpowiadania na różnego rodzaju naciski w przyszłości.

31 Por. tamże, s. 176, 187-188. Autor rozwijając swoje ustalenia przywołuje m.in. słowa sędziego P.M. Taylora, że zapewnienie pewności w orzekaniu może być osiągnięte tylko poprzez poświęcenie sprawiedliwości (tamże, s. 178).

5. Cykliczność desynchronizacji prawa umów z rozwojem gospodarki – założenia korekty w celu zapewnienia efektywności prawa

Zachwianie pewności i wiary nauki oraz orzecznictwa w racjonalność procesów tworzenia prawa ma wymiar globalny. Szeroko opisuje się w nauce problemy realizacji suwerenności prawa prywatnego przed naporem licznych i często zaskakujących ograniczeń płynących z prawa publicznego, z mniejszą lub większą subtelnością dla utrzymania autorytetu dotychczas racjonalnego ustawodawcy. Rosnące wymogi regulacyjne obrazowo nazywa się stanem upadku wolności umów. Z drugiej strony, w samym obrębie nauki i judykatury prawa prywatnego widoczna jest tendencja do nadmiernego dyskursu w obszarze jureprudencki pojęciowej.

Przyczyny tego stanu mogą być różne. Przykładem jest problem jurysdykcji *common law* dotyczący dostosowania do aktualnych realiów tradycyjnych założeń stosowania doktryny *illegality*³². Symptomatyczne jest, że anglosaskie problemy z próbą reformy doktryny *illegality* ukazują paradoks zjawiska niesprawiedliwego orzecznictwa. Jest on skutkiem stosowania surowych reguł uprzednio w nim opracowanych. Tradycja *common law* jako systemu otwartego na rozwiązywanie problemów w orzecznictwie potrafiła w tym przypadku utknąć w pułapce samo zapętlenia w wyniku nazbyt dogmatycznego, wręcz mechanicznego stosowania swego własnego dorobku.

Kolejną interesującą konsekwencją powyższego zjawiska jest fakt, że w kilku systemach *ius civile* powstały hermetyczne teorie na temat nieistniejącej czynności prawnej, odróżnianej mniej lub bardziej szczęśliwie od nieważnej czynności prawnej. Uzupełnia się w ten sposób ustawowy model sankcji tzw. nieważności bezwzględnej jako nadmierne sztywny i niedopasowany do nowych zjawisk. Sam fakt skodyfikowania w niektórych systemach *ius civile* abstrakcyjnego pojęcia czynności prawnej także nie pomaga klarowności kodyfikacji, a próba wyciągania praktycznych konsekwencji z definicji czynności prawnej sugeruje, jakoby wnosila ona cokolwiek do prawa i jego istoty.

Dwa aspekty tej problematyki – dzięki pracom nad prawem modelowym i inspiracji *Principles of European Contract Law* – zostały rozwiązane w *Draft Common Frame of Reference* wraz z propozycją zastosowania strukturalnej sankcji sędziowskiej, w celu zapewnienia reakcji proporcjonalnej do poziomu niezgodności z danym ograniczeniem w ustawie – reakcji opartej na uznaniowości sędziego³³.

Badacze początków kultury prawnej zwrócili uwagę na pierwsze oznaki niedopasowania prawa do potrzeb szybkiego rozwoju cywilizacji, wynikające z istoty jego powstania i zasad jego rozwoju³⁴. Problem powstawał w wyniku ograniczania roli sędziego na rzecz testów, które w mniejszym stopniu wymagały uzupełnienia i wykładni. Tymczasem interpretacja prawa odwołuje się przede wszystkim z analizy tekstu. Dopiero nowoczesne teorie derywacyjnej koncepcji wykładni nakazują w sposób przekonywający odróżnienie tekstu przepisu od normy prawnej z niego wynikającej³⁵. Ten fenomen w teorii ogólnej prawa uzasadnia konkluzję, że historia zatoczyła koło.

W rozważaniach o istocie prawa trafnie zwraca się uwagę, że w najwcześniejszym okresie jego tworzenia w starożytności prawo na piśmie często bywało ujęte w przypadkowo dobranej formie słownej. Był to tylko jeden z wielu możliwych sposobów wyrażenia celu i intencji prawa. We współczesnym świecie prawo jest tak samo przypadkowo ujmowane w słowa jak w czasach antycznych, ale tekst szeroko otwiera się na różne interpretacje w sposób, którego jednak starożytne prawo nie uznawało. Podkreśla się przy tym (z perspektywy tradycji *common law*), że władza, dzięki której współcześni sędziowie tworzą prawo (tj. nadając mu własne znaczenie w wyniku oceny sensu danego

32 Por. P. Skorupa, *Nieważność czynności prawnej z perspektywy systemów prawnych common law*, „Studia Prawnicze” 2018, nr 4, s. 7 i nast.

33 Por. w szczególności A. Bierć, *Towards normatively limited judicial sanction [structured discretion] as a proportional response to the defectiveness of legal action (contract) in modern legal transactions*, „Studia Prawnicze” 2019, nr 4, s. 16 i nast.; P. Skorupa, *Nieważność czynności prawnej z perspektywy...*, s. 29 i nast.

34 Por. szerzej J. Sassoon, *Ancient Laws...*, s. 182, L. Górnicki [w:] *Prawo cywilne...*, s. 78 i nast.

35 Por. bliżej M. Zieliński, *Derywacyjna koncepcja...*, s. 95 i nast.; Z. Radwański, M. Zieliński [w:] M. Safjan (red.), *Prawo cywilne...*, s. 476 i nast.

sformułowania przepisu), jest taką interpretacją prawa, która nie miałaby miejsca w starożytności³⁶. Warto podkreślić znaczenie tych ustaleń w kontekście problemu stosowania prawa i jego interpretacji. Prawo utrwalone na piśmie przenosiło nieprecyzyjne znaczenie – słowa spisane, któremu brakowało intonacji i towarzyszących wyjaśnień oraz powtórzeń charakterystycznych dla tradycji przekazywanej w formie ustnej³⁷. Podkreśla się, że także dzięki tej okoliczności niemal odwieczna władza dyskrejonalna sędziego została zniesiona³⁸.

Doradczy charakter prawa stanowionego w czasach starożytnych wydaje się być wyrazem siły systemu prawnego a nie jego słabości³⁹. Warto zwrócić uwagę na stwierdzenie, że dyskrejonalna władza sędziego została zniesiona w czasach nowożytnych przez dwie nowoczesne, ale sprzeczne ze sobą, zasady – wolności jednostki oraz doktryny równości – które są fundamentalnymi zasadami we współczesnych koncepcjach sprawiedliwości⁴⁰. Z tej przyczyny pomysł kodyfikacji został słusznie uznany przez F.C. von Savigny za zagrożenie, jednak kwestionowanie idei kodyfikacji było w swej istocie raczej niewłaściwie uzasadnione⁴¹.

Podsumowując, od czasów najdawniejszych mamy do czynienia z dwoma zjawiskami: konfliktem zasady pewności prawa i przewidywalności werdyktów sądowych z cyklicznym wzrostem niesprawiedliwości orzecznictwa postępującego wraz ze rozwojem sądowego formalizmu oraz brakiem dopasowania kodyfikacji do nowych zjawisk społeczno-gospodarczych. Wywołuje to konieczność ustawicznej pracy nad prawem umów w celu usuwania cyklicznych niedopasowań. Jednak, niezależnie od wyników tych zmagañ prawo umów jest w swym rdzeniu niezmiennie od tysięcy lat przede wszystkim dzięki korygującej roli orzecznictwa i wspierającej roli jurysprudenji.

Wydaje się, że dla zapewnienia efektywności prawa niezbędne jest zerwanie z tradycją wieloletniego stanu utrzymywania dysonansu między tekstem kodeksu cywilnego, regulującym daną instytucję prawną, a jej objaśnieniem – wykładnią – w orzecznictwie i praktyce. To jest pierwszy fundamentalny problem nowoczesnego prawa prywatnego. Złożoność stosunków gospodarczych kreuje ogromną ilość sporów w systemie prawa. Wymusza to na praktykach ciągłą obserwację rozbieżności w rozumieniu tekstu kodyfikacji. Stąd uzasadnione i celowe jest dokonywanie zmian w akcie prawnym, aby wygasić największe ogniska rozbieżności w judykaturze i praktyce (kodyfikację potwierdzającą wykładnie). Z drugiej strony, stabilność prawa pozytywnego nie uzasadnia zmian koniunkturalnych, co pokazuje wyższość anglosaskich *restatement* w prawie umów i takiej formy wsparcia efektywności systemu prawa.

36 Por. szerzej J. Sassoon, *Ancient Laws...*, s. 183.

37 Tamże, s. 192.

38 Por. tamże, s. 168-169. Autor ponadto wyjaśnia obszernie, że rozwój systemów prawnych jest zwykle przedstawiany przez wskazanie, że urosły one od prostych zasad odpowiednich dla zarządzania prostymi społeczeństwami do bardziej złożonych zasad potrzebnych do zarządzania zaawansowanymi społeczeństwami. Celnie wskazał, że autorzy takiego poglądu nieświadomie zakładają, że rozwój prawny ma kierunek liniowy: od prostoty do skomplikowania. Z tym Autor się nie zgadza i zaznacza, że zachowane źródła starożytnych systemów prawnych pokazują, że regulowano tylko ramy praktyki sędziowskiej, a jej treść poddawana była dyskrejonალnej władzy sędziego. Dla autora oznacza to nadanie formy prawa zasadom etycznym. Tym samym zasady niepisane dodane zostały, co czyni starożytne prawo nie takim prostym jak się zakłada. J. Sassoon wskazuje, że nowoczesne systemy prawne, które regulują na piśmie wszystko tak, aby zostawić sędziom jak najmniej uznaniowości, są bardziej przewidywalne niż starożytne prawa i o wiele bardziej obszerne, ale wcale nie należy ich przez to uznawać za bardziej złożone. W konkluzji Autor wskazuje za trafne te poglądy, które uznają starożytne systemy prawne za oparte na stosowaniu prawa zbieżnie z tradycją *common law* – tamże, s. 169-173.

39 Tamże, s. 172.

40 Tamże, s. 174. Autor interesująco argumentuje, jak ocalałe źródła starożytne prowadzą do wniosku, że żadna z tych doktryn nie pojawia się w zachowanych prawach sprzed epoki kodeksu Hammurabiego ani w samym kodeksie. Jednak z zachowanych kodeksów wynika, że uznawano te zasady za zagrożenie, którego należy unikać. Autor podkreśla, że władza dyskrejonალna sędziego była kamieniem węgielnym starożytnych systemów. Uwidaczniała to konieczność ponoszenia odpowiedzialności za etyczny wymiar danej decyzji przez sędziego – tamże, s. 202, 204.

41 R. Zimmermann, *Roman Law, Contemporary...*, s. 16-17. Autor zwraca także uwagę na okoliczność, że F.C. von Savigny mógł kwestionować zdolność ówczesnego czasu do poprawnej legislacji bez rozciągnięcia swych zastrzeżeń na każdą ideę kodyfikacji.

5.1. Nowe czy tradycyjne wyzwania wobec prawa umów w XXI w. – cykliczna próba odpowiedzi

Prawnicza futurystyka nie nawiąże nigdy do tej literackiej znanej z twórczości wybitnych autorów XX w. Jednak wydaje się, że można wskazać na istnienie niezmiennych reguł przewidywania wyzwań stojących przed całym systemem prawa, a w szczególności przed praktyką prawa prywatnego – nadal najbardziej demokratycznym zjawiskiem w obrocie prawnym, wciąż jeszcze wolnym od lobbingu supernarodowych korporacji, partykularyzmu w jego wytworzeniu przez niewprawny proces legislacyjny czy pośpiech i zautomatyzowanie sądowej praktyki. Prawo publiczne (jego wymogi regulacyjne) zaczynają coraz częściej być tworzone w sposób przypominający ustawiczne przeciągnięte liny przez coraz silniejsze grupy interesów. Natomiast prawo umów stanowi egalitarną regulację obrotu prawnego dla jego wszystkich uczestników, dzięki czemu jest potężnym stabilizatorem ryzyka ekonomicznego.

Kodyfikacja, kompilacja albo konsolidacja to sposoby zarządzania ryzykiem w systemie prawnym na najwyższym poziomie istotności. Ograniczają one ilość i wagę problemów prawnych w codziennym stosowaniu prawa oraz redukują napływ spraw do sądów, a co za tym idzie, wzmacniają prawidłowość funkcjonowania całej gospodarki. Ochrona integralności obrotu prawnego, pewność prawa, czyli codzienne zarządzanie ryzykiem zaburzeń funkcjonowania systemu, wymagała zarówno od twórców pierwszych kodyfikacji prawa sprzed kilku tysięcy lat i tych nowoczesnych z XIX i XX w. świadomości tendencji i cykli, którym podlegają najważniejsze ogniwa procesu tworzenia prawa oraz jego stosowania. Nie wydaje się jednak, że w odpowiedni sposób zabezpieczono wszystkie ważne instytucje prawne przed utratą ich pełnej efektywności wraz z upływem czasu. W ostatnich latach projekt DCFR pokazał, że praktycznie w każdym kraju członkowskim UE toczą się podobne spory i problemy w stosowaniu dotychczasowego prawa. Tym bardziej wypada żałować, że projekt ten nie został zrealizowany.

Pocieszający jest fakt, że w Europie jurysprudencja, pomimo partykularyzmów oraz (z reguły stałej) krótkowzroczności klas politycznych, nadal jest w stanie podtrzymywać swym dorobkiem budowę nowego *ius commune*⁴².

5.2. Zagrożenie nieważnością *ex lege* i *ab initio* w wyniku naruszenia wymogów regulacyjnych – reakcja prawa umów i ułomność przepisów o zwrocie bezpodstawnego wzbogacenia

Najważniejsze wyzwania prawa umów, w dobie obowiązywania kodyfikacji i konsolidacji tradycji *ius civile* oraz *common law*, zdają się wiązać, przede wszystkim, z dynamicznym wzrostem liczby ustawowych wymogów regulacyjnych. Wywołuje to różne skutki. Na gruncie sankcjonowania ich naruszeń wprowadza ogrom problemów praktycznych, poczynwszy od wyboru modelu sankcji. Jeżeli legislacja nie wprowadza żadnej sankcji za naruszenie przepisów z reguły tradycja nakazuje stosowanie nieważności bezwzględnej. W niektórych systemach prawnych powoduje to głębokie perturbacje w wyniku obowiązywania zasady niedostępności roszczeń z nieważnej umowy oraz roszczeń restytucyjnych w przypadku naruszenia ustaw lub norm moralnych. Tak głęboki skutek ma miejsce w większości krajów *common law* i spowodował opracowanie specjalnego modelu uznaniowości sędziowskiej nazywanego *structured discretion*⁴³. Taka forma władzy dyskrecyjnej sędziego została także zastosowana w prawie polskim w tzw. projekcie akademickim I księgi kodeksu cywilnego⁴⁴.

42 Por. tamże, s. 108-109. Autor wskazuje przy tej okazji m.in. na zróżnicowanie tradycji prawnych wewnątrz *ius civile*, tj. różnice między tradycją romańską a germańską, co wynika ze specyficznej natury źródeł prawa rzymskiego (tamże, s. 113-115).

43 A. Bierś, *Towards normatively...*, s. 27-31, S. Erbacher, *Negligence and Illegality*, London-Oxford 2017, s. 62-71. W nowszym piśmiennictwie por. z krytyką pierwotnej propozycji brytyjskiej Komisji Kodyfikacyjnej, J. Goudkamp, *The Doctrine of Illegality: A Private Law Hydra*, „The UK Supreme Court Yearbook” 2014/2015, s. 254 i nast.

44 Por. szerzej komentarz autorów projektu: P. Machnikowski (red.), *Kodeks cywilny. Księga I. Część ogólna. Projekt Komisji Kodyfikacyjnej Prawa Cywilnego przyjęty w 2015 r. z objaśnieniami opracowanymi przez członków zespołu problemowego KKPC*, Warszawa 2017; P. Skorupa, *Nieważność czynności...*, s. 774 i nast.

Zwrot bezpodstawnego wzbogacenia jest kolejnym przykładem niedopasowania starych instytucji do nowoczesnego obrotu. Wynik zastosowania sankcji nieważności bezwzględnej, tj. stan nieważności czynności prawnej może prowadzić do niesprawiedliwych rozstrzygnięć. Brak pełnego dopasowania zasad przywrócenia stanu poprzedniego do zasady ochrony strony słabszej jest szeroko opisywany w nauce. Stanowi także jeden z głównych motywów podjęcia prób stworzenia wspomnianej sankcji sędziowskiej ukierunkowanej (*structured*)⁴⁵. W projektach *Principles of European Contract Law* oraz *Draft Common Frame of Reference* był inspiracją dla rezygnacji z zastosowania podejścia tradycyjnego – niedostępności roszczeń restytucyjnych na rzecz elastycznego rozwiązania, opartego na analizie celu naruszonych norm prawnych oraz polityki stosowania prawa⁴⁶. Zagadnienie to doczekało się w ostatnim czasie pogłębionej analizy⁴⁷.

Wydaje się, że jednym z ponadczasowych i wybitnie uzależnionych od otoczenia prawa prywatnego zagadnień (dotyczących także ograniczeń płynących z prawa publicznego) jest zakres przywrócenia stanu poprzedniego w świetle zasady *nemo auditur propriam turpitudinem allegans*⁴⁸. Emanacją wspomnianej zasady w *common law* jest reguła *clean hands (unclean hands)*⁴⁹. Analiza głównych wypowiedzi na ten temat prowadzi do wniosku, że jest to jeden z uniwersalnych problemów prawa umów. Niekiedy jego rozwiązanie próbuje opracować ustawodawca w celu dokonania reformy prawa, a w razie problemów ze stworzeniem odpowiedniej jakości przepisów, zostawia się ten problem orzecznictwu sądowemu. Przykładem tego drugiego modelu jest odrzucenie reformy prawa w Wielkiej Brytanii, wynikające z braku pewności, czy prawo pozytywne nie przysporzy jeszcze większej ilości problemów niż brak globalnej normy ustawowej.

Instytucja *clean hands* została rozwinięta także w orzecznictwie międzynarodowym. Lepiej jest wskazać odpowiednio opracowane kontury tej instytucji i zasady jej stosowania niż podejmować się próby rozwiązania bardzo skomplikowanych przypadków nielegalności i rozliczeń restytucyjnych w celu wypracowania syntezy reguły generalnej⁵⁰, jednak to już skrótowe zarysowanie zagadnienia pozwala na powtórzenie wniosku, że złotą proporcją prawidłowego funkcjonowania sankcji w prawie umów jest umiejętne wyważenie regulacji kodeksowej (w tym prawa modelowego typu anglosaskiego *restatement*) z otwarciem uzupełniania treści umów przez prawo sędziowskie w ramach częściowej nieważności i dążenia do utrzymywania w mocy niewadliwej części czynności prawnej.

Bezradność obecnych (najczęściej szcztąkowych) unormowań modelu sankcji nieważności bezwzględnej ujawniła się w Polsce w ostatnich latach, m.in. w związku z ogromną ilością sporów o ważność umów kredytów indeksowanych lub denominowanych w walutach obcych. W piśmiennictwie często postuluje się stosowanie sankcji prowadzących do stanu nieważności umowy. Często brakuje przy tym refleksji o konieczności przeprowadzenia uprzedniego wnioskowania redukcyjnego, które powinno *ex ante* ocenić efekty całkowitej nieważności pod kątem proporcjonalności takiej sankcji i możliwości

45 Por. m.in. w kontekście rozwoju poglądów w tym zakresie, L.N. Enonchong, *Effects of Illegality: A Comparative Study in French and English Law*, „The International and Comparative Law Quarterly” 1995, t. 44, nr 1, s. 200 i nast.; J.W. Wade, *Restitution of Benefits Acquired through Illegal Transactions*, „University of Pennsylvania Law Review” 1947, t. 95, nr 3, s. 268 i nast.; J. Poole, *Casebook on Contract Law*, Oxford 2016, s. 773-776.

46 Por. szerzej m.in. S. Meier [w:] N. Jansen, R. Zimmermann (red.), *Commentaries on European Contract Laws*, Oxford 2018, s. 1925-1926.

47 Por. szerzej, m.in. P. Skorupa, *Nieważność...*, dz.cyt.; R. Trzaskowski, *Skutki sprzeczności umów obligacyjnych z prawem. W poszukiwaniu sankcji skutecznych i proporcjonalnych*, Warszawa 2013; M. Gutowski, *Nieważność czynności prawnej*, Warszawa 2017.

48 Por. szerzej, w kontekście prawnoporównawczym oraz w zestawieniu z prawem rzymskim, R. Zimmermann, *The Law of Obligations, Roman Foundations of the Civilian Tradition*, Oxford 1996, s. 862-866.

49 Por. w szczególności T. Leigh Anenson, *Judging Equity: The Fusion of Unclean Hands in U.S. Law*, Cambridge 2018, s. 12 i nast.; T. Leigh Anenson, *Limiting Legal Remedies: An Analysis of Unclean Hands*, „Kentucky Law Journal” 2010, t. 99, s. 63 i nast.

50 Por. także M. Kałduński, *Zasada dobrej wiary w prawie międzynarodowym*, Warszawa 2017, s. 254 i nast.; M. Kałduński, *Principle of Clean Hands and Protection of Human Rights in International Investment Arbitration*, „Polish Review of International and European Law” 2015, t. 4, nr 2, s. 69 i nast.; L. Amianto, *The Role of ‘Unclean Hands’ Defences in International Investment Law*, „McGill Journal of Dispute Resolution” 2019, nr 3, s. 6 i nast.

sprawiedliwego przywrócenia stanu poprzedniego⁵¹. Należy mieć świadomość, że *restitutio in integrum* w przypadku stanu nieważności wymaga podważenia całego łańcucha skutków prawnych, niekiedy ze szkodą dla ochrony praw nabytych, ochrony dobrej wiary. W pewnych sektorach gospodarki stanowić wręcz może systemowe zagrożenie dla integralności obrotu prawnego. Stosowanie dogmatu o celu odstrasającym nieważności z mocy prawa jako głównego ratio legis sankcji klauzul niedozwolonych nie musi pasować do każdego przypadku i wymaga także sędziowskiej uznaniowości.

5.3. Odmowa wykonania umowy w wyniku nadzwyczajnej zmiany stosunków

W dobie niekontrolowanej konsumpcji zasobów oraz niemal „samobójczego” dążenia do ciągłego rozwoju gospodarek krajowych (przede wszystkim hołdowanie nieskończonemu wzrostowi PKB jako kryterium sukcesu gospodarki bez powiązania z koniecznością zachowania równowagi po stronie przychodów oraz zwalczaniem narastających nierówności w gospodarce) nadzwyczajna zmiana stosunków może coraz częściej stanowić okoliczność powodującą brak możliwości wykonania umowy. Nadaje to doktrynie nadzwyczajnej zmiany stosunków wartości uniwersalnej.

Pierwsze oznaki kryzysu związanego z pandemią COVID-19 i szokujące spadki lub nagłe wzrosty cen niektórych dóbr i surowców mogą stanowić asumpt do poszukiwana ochrony w tradycyjnych instytucjach prawa umów, rozumianych jednak tak, aby można było zoptymalizować ją pod kątem interesów jednej ze stron.

Cykliczność rozwoju prawa umów dostarcza tutaj uderzającej wręcz refleksji. W sytuacji stabilnego schyłku XIX w., po wyczerpaniu wojnami znacznej części ówczesnej Europy, m.in. w niemieckiej kodyfikacji odrzucono możliwość stosowania instytucji nadzwyczajnej zmiany stosunków umowy. Początkowa akceptacja klauzuli nadzwyczajnej zmiany stosunków (np. w Landrechcie Bawarskim, Landrechcie Pruskim) przerodziła się następnie w odrzucenie doktryny nadzwyczajnej zmiany stosunków jako normy generalnej w kodeksach cywilnych francuskim, niemieckim, austriackim oraz szwajcarskim. Założenia tej klauzuli pozostawały w sprzeczności z powszechnie akceptowaną wówczas, w ww. kodyfikacjach, zasadą bezwzględnego dochowywania zaciąganych zobowiązań. Koncepcji nadzwyczajnej zmiany stosunków w szczególności zarzucano ograniczenie swobody decyzji sędziego⁵².

Podkreśla się także, że klauzula nadzwyczajnej zmiany stosunków, przeżywająca swój okres świetności u schyłku średniowiecza⁵³, nie pasowała do czasów hołdujących wolności umów, liberalizmu oraz promowania zasady pewności prawa. Dlatego m.in. twórcy niemieckiego kodeksu cywilnego (BGB) odrzucili generalną klauzulę *rebus sic stantibus*⁵⁴. Intuicja podpowiada, że dla takiej decyzji najbardziej doniosłe były doświadczenia ciągłej zmienności obrotu prawnego wskutek wojen XIX w., które dokonały bardzo głębokich przeobrażeń całej Europy. Bez skupienia się na stałości prawa umów w warunkach ciągłej destabilizacji wojennej i rewolucyjnej nie sposób było wyobrazić sobie dalsze funkcjonowanie systemu prawnego.

Obecne wyzwania dla prawa prywatnego pokazują pewien stały punkt: Niekontrolowana kreacja pieniądza i rosnące rozwarstwienie stopy prywatnego zwrotu z kapitału powodować będą wzrastające ryzyko systemowe kryzysu ekonomicznego, związanego ze skokowymi zaburzeniami funkcjonowania różnych usług lub produktów. Wynika to najczęściej z faktu rosnących nierówności między przychodami

51 Przykładem może być przyjmowanie skrajnych poglądów w piśmiennictwie dotyczącym stanu nieważności umów kredytów walutowych w CHF przy uznawaniu za ważne identycznych kredytów w EUR. Budzi to poważne wątpliwości co do motywów takich poglądów, nieświadomie uznających istnienie – nieznaną do tej pory w prawie prywatnym – epizodyczności przyczyn zastosowania sankcji nieważności bezwzględnej (dosłownie: raz na jakiś czas). Podstawy do jej ewentualnego zastosowania – i to w zmodyfikowanej formie, dopasowanej do okoliczności konkretnego przypadku – leżą bowiem zupełnie gdzie indziej. Zob. P. Skorupa, *Nieważność czynności...*, s. 727-730.

52 Por. A. Brzozowski, *Wpływ zmiany okoliczności na zobowiązania. Klauzula rebus sic stantibus*, Warszawa 2014, s. 4 i nast.

53 Por. R. Zimmermann, *Roman Law, Contemporary...*, s. 80-83; A. Brzozowski, *Wpływ zmiany okoliczności...*, s. 4-7.

54 Por. R. Zimmermann, *Roman Law, Contemporary...*, s. 80-83; A. Brzozowski, *Wpływ zmiany okoliczności...*, s. 4-7.

kapitałowymi a wydajnością pracy. Różnice te wynikają w szczególności ze skokowych wartości akcji i innych instrumentów finansowych⁵⁵.

Niemożliwym wydaje się brak narastającej skłonności odwoływania się do klauzuli nadzwyczajnej zmiany stosunków w przypadku różnych kryzysów ekonomicznych, szczególnie wywoływanych spekulacjami instrumentami finansowymi. Jest to tradycyjne wyzwanie dla prawa umów, którego rozwiązanie wymagać będzie zawsze tych samych instrumentów prawnych, niezależnie od zmian i rozwoju prawa⁵⁶.

W nauce trafnie podkreśla się potrzebę obowiązywania regulacji kodeksowej obiektywnie i efektywnie dopasowanej do wymagań obrotu, aby strony nie musiały odrębnie (najczęściej bardzo kazuistycznie) regulować jej w umowie, a odwoływanie się do klauzuli nadzwyczajnej zmiany stosunków w ustawie było wystarczające⁵⁷. Jest to jeden z tych przypadków, kiedy kodeks ma kreować możliwość poszukiwania sprawiedliwego rozstrzygnięcia w sytuacji nadzwyczajnej. Pomijając szczegółową analizę przesłanek tej instytucji, wydaje się, że jej nowy kształt spaja zasada, by wykonanie umowy w sytuacji nadzwyczajnej zmiany stanu poprzedzającego jej zawarcie nie oznaczało wyrządzenia szkody drugiej stronie umowy⁵⁸. Zakłada się w tym przypadku, że ingerencja sędziowską w treść umowy zrealizuje przesłankę subiektywną dotyczącą motywów strony poszkodowanej zapobieganie niemoralnym skutkom formalistycznie pojmowanej zasady *pacta sunt servanda*⁵⁹.

6. Podsumowanie – uwagi końcowe

Prawo umów jest efektem pracy prawników od tysiącleci i stanowi jeden z ważniejszych elementów systemu prawa. Ten z kolei, kreowany jest przede wszystkim na podstawie konstytucyjnych wartości, które mają zapobiegać cyklicznym wojnom i totalitaryzmem⁶⁰. Praca prawników nad doskonaleniem prawa umów miała przede wszystkim na celu poprawę jakości funkcjonowania całego społeczeństwa.

Rozważanie przez naukę i orzecznictwo istoty prawa umów umożliwia wyodrębnienie podstawowych i uniwersalnych problemów wynikających z dekodyfikacji lub niewłaściwej kodyfikacji. Coraz częściej wymogi regulacyjne wprowadzają wyodrębnienie z prawa umów nowych instytucji prawnych i poddanie ich reżimowi różnych ustaw szczególnych (np. w przypadku obrotu konsumenckiego, umów w sektorze bankowym lub ubezpieczeniowym lub umów prawa pracy). Nawet kiedy mniej lub bardziej przypadkowa technika legislacyjna zostanie uratowana przez orzecznictwo, mamy do czynienia z rosnącą przewagą formalizmu nad pragmatyzmem. Zdaje się to wynikać głównie z pozwolenia na tworzenie prawa prywatnego osobom nieufnym w samoregulacyjne mechanizmy (obecne przecież od tysiącleci) prawa umów dzięki orzecznictwu sądowemu. Niekiedy może wystąpić odmienne zjawisko, gdy nowa kodyfikacja z pewnych powodów może być kontestowana i niestosowana w pełnym zakresie przez praktyków z powodu ich konserwatywnego podejścia do nowości legislacyjnych⁶¹.

W niektórych jurysdykcjach *ius civile* bardzo głębokie rozdzielenie prawa formalnego od materialnego paradoksalnie dezorganizuje pracę sędziów. Przykładem tego jest od lat rosnąca objętość

55 Por. T. Piketty, *Kapitał w XXI wieku*, Warszawa 2015.

56 W kwestii oceny możliwości stosowania kontraktowych klauzuli i roli w zapobieganiu sporom: A. Brzozowski, *Wpływ zmiany okoliczności...*, s. 287-327.

57 Tamże, s. 71.

58 Jest to oczywiście wysoce ogólnikowe ujęcie problemu. Por. z omówieniem projektów nowej klauzuli, m.in. zmian w prawie niemieckim, francuskim i propozycji prawa modelowego – A. Brzozowski, *O potrzebie nowej regulacji wpływu zmiany okoliczności na zobowiązania*, „Państwo i Prawo” 2020, nr 8, s. 113 i nast.

59 Oczywiście stwierdzenie to zakłada równoległe istnienie gwarancji stabilności prawa umów poprzez ograniczenie dyskrecjonalności sędziowskiej przesłankami *structured discretion* na wzór art. II-7:302 (3) DCFR. W zakresie prawa polskiego – por. bliżej trafne wnioski *de lege ferenda* A. Brzozowski, *Wpływ zmiany okoliczności...*, s. 329-330.

60 Por. na tle historii Rzymu, ale ze zwróceniem uwagi na cykliczność patologii w funkcjonowaniu państwa i prawa – A. Krawczuk, *Poczet Cesarzy Rzymskich. Księga Pierwsza. Pryncypat*, Warszawa 1986.

61 Tak o Kodeksie Napoleona L. Niglia, *The Struggle for European...*, s. 157. Autor przywołuje interesujące zjawisko słabego autorytetu tej kodyfikacji przez początkowe kilka dekad jej obowiązywania ze względu na przywiązanie judykatury do stosowania dorobku orzecznictwa i nauki opartego na prawie rzymskim.

tekstów orzeczeń sądowych, pisana przez sędziów uzasadniających formalizm swego zachowania – wielostronicowe opisy w danym orzeczeniu wyjaśniające, że prawo formalne blokuje rozpoznanie danej sprawy. Na szczęście często można wskazać przykłady judykatów, w których jednak poczucie sprawiedliwości sędziów sprawiło, że niejako na tzw. marginesie orzeczenia odmawiającego rozpoznania sprawy wskazuje się na materialne aspekty i kierunki rozwiązania sporu.

Podstawowym problemem jest to, że ustawodawca w procesie legislacyjnym ma niską świadomość tego, że kodeks cywilny i kodeks postępowania cywilnego dla prawa umów stanowią jedność – instrument niezbędny do właściwego funkcjonowania prawa umów. Jeżeli kodeks postępowania cywilnego staje się źródłem nadmiernego formalizmu rozwiązywania sporów, oznacza to naruszenie fundamentalnej zasady prawa prywatnego, polegającej na tym, że sędziowie, wspierani przez pozostałe władze oraz naukę prawa, są najważniejszymi mechanizmami prawidłowego funkcjonowania systemu prawa.

Coraz częściej w procesie tworzenia prawa prywatnego trudno jest dostrzec istnienie świadomości dokonania uprzedniej analizy regulowanych procesów przed uchwaleniem danej ustawy. Chodzi tutaj o stworzenia pełnej matrycy wszystkich powiązań z regulowaną materią, która pozwoliłaby dostrzec ile zmian nastąpi w funkcjonowaniu uczestników obrotu prawnego w razie określonej zmiany w prawie. *Nota bene*, metodologia tego rodzaju została wymuszona w całej UE przez harmonizację sektora finansowego. W ustawach bankowych lub ubezpieczeniowych odwołuje się często do ciągłej analizy procesów w zarządzaniu ryzykiem oraz samoświadomości podmiotów w kwestii zmiany poziomu różnych ryzyk przy podejmowaniu określonych decyzji. Niestety tej metodologii nie stosuje się zawsze dla uzyskania oceny wpływu zmian legislacyjnych w prawie umów, a same projekty nowelizacji rzadko mają na celu wzmocnienie efektywności prawa przez wchłonięcie do kodeksu dorobku orzecznictwa i nauki.

Jednocześnie istotne jest rozważenie znaczenia syntezy historii prawa i tworzenia zrębów systemu prawnego. Często w codziennej i pospiesznej praktyce stosowania prawa nie ma miejsca na dostrzeżenie prawdziwych podwalin danej instytucji. Dominuje koniunkturalne i przypadkowe rozumienie tekstu prawnego lub głównego nurtu orzecznictwa, powodujące trudności w uchwyceniu istoty danego sporu. To zaś koresponduje z koniecznością uzmysłowienia sobie przez sędziego wartości i zasad stojących za daną sprawą sądową. Brak tej świadomości sprawia, że nawet najlepsze prawo umów upadnie pod ciężarem problemów ze stosowaniem prawa przez sądy. Odnośnie do tego paradoksu, w nauce zwraca się uwagę, że BGB zaskakująco wspierał wykładnię *intra* lub *praeter legem* poprzez promowanie odważnych sędziów i ich twórczego podejścia do unikania niesprawiedliwości, która wystąpiłaby w razie trzymania się tekstu kodyfikacji⁶².

Pomimo różnic w tradycjach systemu *ius civile* i *common law* rozwijają się przez odejście od paradygmatu prawa umów, którym było prawie wyłącznie koncentrowanie się na autonomii prywatnej w XIX w. Współcześnie punkt ciężkości przesunął się w stronę, „ponownego nasycenie treścią” prawa umów, polegającego na jego otwarciu się na lojalność kontraktową, ochronę zaufania, współpracę stron i uwzględnienie interesów drugiej strony oraz materialną uczciwość⁶³. Wymienione aspekty uwzględniania wartości i zasad moralnych nie mogą być zapisane w konkretnych tekstach przepisów, co nakazuje szczególną dbałość w odformalizowaniu regulacji kodeksowych i przyporządkowanie idei realizacji sprawiedliwości materialnej także kodeksowi postępowania cywilnego. Ten ostatni akt prawny jest cyklicznie zmieniany, chociażby w celu regulowania napływu spraw do wymiaru sprawiedliwości, a przez to – niestety – staje się narzędziem koniunkturalnej oraz doraźnej polityki prawa.

Istnieje ponadto pewien rodzaj cykliczności w prawie umów dotyczący rozwiązania problemu w drodze wniosku w konkretnej sprawie, dzięki odwołaniu się do reguł nadrzędnych – ponadczasowych instytucji prawnych w tradycji kontynentalnej. Na gruncie stosowania zasady dobrej wiary R. Zimmermanna zauważył, że owe nadrzędne zasady to niejaki przypomnienie sędziemu tego, co

62 Por. R. Zimmermann, *Roman Law, Contemporary...*, s. 99-101. Autor zwraca m.in. uwagę na aktualną konieczność rozumienia tekstu BGB z wykorzystaniem metody historycznej, aby zrozumieć szereg jego postanowień we właściwy sposób. To zaś prowadzi do uwzględnienia związków z prawem rzymskim, na co szeroko zwraca się uwagę w nauce.

63 Por. tamże, s. 174-176 z analizą stosowania doktryny *good faith* w *common law*.

i tak zamierzał zrobić w danej sprawie⁶⁴. Z takim podejściem powinien zatem być zharmonizowany poziom formalizmu w sądowym stosowaniu prawa. Ważna jest identyfikacja wzoru, który wywołuje cykliczne dekompozycje w spójności stosowaniu kodeksów, by eliminować przypadki kontestowania ustawodawcy i rosnącej niestabilności lub braku kontroli orzecznictwa. Najczęściej powoduje to m.in. wzrost kosztów codziennego funkcjonowania uczestników obrotu prawnego spowodowany potrzebą zabezpieczania się coraz bardziej rozbudowanymi umowami przed dowolną wykładnią przepisów i umów.

⁶⁴ Por. w kwestii zasad nadrzędnych tamże s. 176-177.

INFORMACJA PRZEDKONTRAKTOWA JAKO WYRAZ REALIZACJI STRATEGII EKONOMICZNEJ WE WSPÓŁCZESNYM PRAWIE UMÓW

DOI: 10.5281/zenodo.5590033

dr Magdalena Dziezic

ID 0000-0003-0649-1763

Europejska Wyższa Szkoła Prawa i Administracji

1. Uwagi wstępne

Przedkontraktowy obowiązek informacyjny we współczesnym prawie umów cechuje się doniosłością społeczno-gospodarczą oraz prawną. Jednocześnie problematyka ta budzi kontrowersje w doktrynie zarówno polskiej, jak i zagranicznej. Ze względu na szczególny charakter stosunków konsumenckich zwłaszcza w obszarze, m.in. usług finansowych, zagadnienie to znajduje się w polu zainteresowania ekonomii, socjologii i psychologii.

Na konieczność regulacji prawnych w ww. obszarze, tj. obligatoryjną informację jako oświadczenie wiedzy składane przez przedsiębiorcę przed zawarciem umowy, wskazuje wysoka liczba nieuczciwych praktyk występująca w relacjach z konsumentem, co narusza zaufanie partnerów, w szczególności podmiotu nieprofesjonalnego. Skutkuje to tym, że prawodawca w głębszym stopniu ingeruje w relacje konsumenckie, np. usługi o charakterze finansowym, w celu zapewnienia konsumentom jednolitej ochrony w określonym obszarze.

W współczesnym społeczeństwie informacyjnym podstawowym czynnikiem rozwoju, a jednocześnie dobrem, jest informacja. Wymusza to powstawanie regulacji wzmacniających zaufanie stron oraz autonomię decyzyjną (informacyjną) strony nieprofesjonalnej. W związku z tym prawodawca coraz częściej posługuje się, obok środków o charakterze prywatnoprawnym, środkami publicznoprawnymi, jako tymi, które mają mieć w założeniu funkcję prewencyjną na etapie przedkontraktowym.

Ochrona zaufania podmiotu nieprofesjonalnego, uczciwe postępowanie oraz dobra wiara stanowią podstawowe wartości, w oparciu o które funkcjonuje europejskie prawo konsumenckie. Zaufanie konsumenta do przedsiębiorcy jest determinowane uczciwym zachowaniem ze strony tego drugiego, którego element stanowi rzetelne udzielenie niezbędnej informacji.

Prawo konsumenckie składa się obecnie z coraz większej liczby aktów prawnych, których celem jest ochrona przed ewentualną szkodą podmiotu nieprofesjonalnego jako słabszej strony umowy przez zapewnienie mu silniejszej pozycji przetargowej w stosunkach prawnych z profesjonalistą, w szczególności na etapie przedkontraktowym. Strategia ta realizowana jest przez dostarczanie konsumentowi efektywnych środków prawnych dostosowanych do tworzenia konkurencyjnego europejskiego rynku wewnętrznego.

Od strony aksjologicznej prawna ochrona konsumenta przed szkodą opiera się w dużej mierze na ochronie konsumenta na etapie przedkontraktowym przez obligatoryjną informację (wiedzę) udzielaną *ex lege* przez przedsiębiorcę. Obowiązki informacyjne podmiotu profesjonalnego wobec nieprofesjonalisty na etapie przed zawarciem umowy, odgrywają istotną rolę w sferze motywacyjnej konsumenta, ponieważ w sposób bezpośredni wpływają na decyzję o związaniu się umową. Dane te umożliwią ocenę korzyści i ewentualnych strat oraz ryzyka związanego z określoną transakcją.

Obligatoryjna informacja, tj. oświadczenie wiedzy składane przez profesjonalistę przy zawieraniu umów, jako wyraz realizacji strategii ekonomicznej, przyczynić się ma do budowania bardziej stabilnego i trwałego rynku wymiany dóbr i usług, którego uczestnicy nie będą skłonni do zachowań krótkowzrocznych, ryzykownych czy spekulacyjnych. Powinności te mają też wymuszać zaufanie stron oraz gwarantować przestrzeganie i rozwój idei sprawiedliwości. Przedkontraktowe obowiązki informacyjne mają na celu wzmocnienie ochrony podmiotów nieprofesjonalnych na etapie zawierania umów w stanie znacznej nierównowagi ekonomicznej i społecznej, wobec postępującej globalizacji, wzrostu nieuczciwych praktyk rynkowych oraz nieetycznych zachowań silniejszych uczestników rynku wymiany dóbr i usług.

2. Instytucja przedkontraktowego obowiązku informacyjnego we współczesnym prawie umów

Wskazywanych jest wiele przyczyn, dla których po stronie profesjonalisty powinna istnieć powinność do udzielenia podmiotowi nieprofesjonalnemu informacji na temat umowy przed jej zawarciem. Obowiązek informacyjny może być powodowany szczególnymi okolicznościami osobistymi strony, której ma być udzielona informacja, szczególnym trybem, w którym zawierana jest umowa, lub też charakterem samej umowy. Obowiązek ten jako nośnik treści ma w założeniu umożliwić konsumentowi prawidłowe dokonanie oceny swoich praw i obowiązków wynikających z umowy jeszcze przed jej zawarciem, a także ułatwić ich wykonywanie.

Prawodawca uzasadnia fakt przyznawania nieprofesjonalście zwiększonej ochrony wzmocnieniem zaufania stron, które pozytywnie wpływa zarówno na proces zawierania umowy, jak i późniejsze jej wykonanie¹. W myśl dominującego wśród ekonomistów i socjologów stanowiska, zaufanie czyni współpracę między partnerami transakcji łatwiejszą, a ze względów ekonomicznych w sposób bezpośredni wprost proporcjonalnie oddziałuje na wymianę gospodarczą, efektywnie wpływa na prawidłowe funkcjonowanie mechanizmów rynkowych i konkurencyjność gospodarki². Z tego względu pozytywnie ocenić należy taki kierunek tworzenia prawa, który polega na ochronie i wspieraniu uzasadnionego zaufania stron.

Przedkontraktowy obowiązek informacyjny stanowi przykład – widocznego obecnie w europejskim prawie umów – teoretycznego przesunięcia z ważności umowy, tzw. kwestii proceduralnych związanych ze składaniem przez strony oświadczeniem woli, w kierunku wartości takich jak ochrona zaufania czy uczciwość, czyli kwestii materialnych. Europejskie prawo umów bardziej wspiera podnoszenie standardu zachowania partnerów we wzajemnych stosunkach niż na składanym przez nich oświadczeniu woli. Zgoda strony na zawarcie umowy powinna być wyrazem świadomej decyzji, co rozumieć należy w ten sposób, że nie składa ona oświadczenia woli obciążonego błędem lub podstępem. Ewentualne późniejsze uchylene się przez stronę od swojego wadliwego oświadczenia woli i związane z tym unieważnienie umowy negatywnie wpływają na bezpieczeństwo obrotu i tworzą stan swego rodzaju zawieszenia dla profesjonalisty, a tym samym są mało efektywnym rozwiązaniem. W rezultacie coraz większego znaczenia nabiera posiadanie wiedzy o treści umowy dzięki informacji pochodzącej od drugiego podmiotu. Prawodawcy coraz chętniej ingerują w sposób bardzo szczegółowy w tę fazę kontraktowania, nakładając na profesjonalistę ustawowy obowiązek do złożenia na oświadczenia wiedzy o ustalonej treści. W coraz większej liczbie aktów prawnych faza ta staje się wręcz prawnie relewantną³.

1 P. Machnikowski, *Prawne instrumenty ochrony zaufania przy zawieraniu umowy*, Wrocław 2010, s. 19.

2 D. Gambetta, *Trust. Making and Breaking Cooperative Relations*, Oxford 1988, s. 213 i nast.

3 B. Gnela, *Umowa konsumencka w polskim prawie cywilnym i prywatnym międzynarodowym*, Warszawa 2013, s. 228 i nast.

2.1. Pojęcie prawne i podstawowy cel obowiązkowej informacji przekazywanej konsumentom przez przedsiębiorcę

Oświadczenie wiedzy składane przez podmiot profesjonalny w stosunku do nieprofesjonalisty tworzy obiektywny standard uczciwości kontraktowej, odzwierciedlający wartości takie jak sprawiedliwość i moralny obowiązek mówienia prawdy, podwyższając wzajemne zaufanie partnerów w stosunku do czynności podejmowanych przed i w trakcie zawierania umowy.

Oświadczenia wiedzy mają charakter subsydiarny wobec oświadczeń woli i zbliżone są do czynności prawnych, a ich celem jest przekazanie określonego komunikatu stronom, z którymi składający wspomniane oświadczenie zamierza zawrzeć umowę. W doktrynie europejskiej formę, a więc też obowiązki informacyjne podmiotu profesjonalnego wobec klienta, traktuje się jako element zewnętrzny, nałożony przez ustawodawcę na oświadczenie woli w celu realizacji określonych celów społeczno-gospodarczych. Forma jest elementem celowym i pomocniczym wobec oświadczenia woli. Z uwagi na podobieństwo między oświadczeniami, dopuszcza się stosowanie do tych zdarzeń prawnych niektórych instytucji bezpośrednio dotyczących czynności prawnych. Przykładowo, niezłożenie przez stronę profesjonalną oświadczenia wiedzy o określonych okolicznościach związanych z przedmiotem zawieranej umowy może wywołać dla niej samej negatywne konsekwencje, np. na płaszczyźnie ważności (wadliwości umowy) czy odpowiedzialności z tytułu zawiedzionego zaufania.

Obowiązek informacyjny (oświadczenie wiedzy) najczęściej formułowany jest w sposób pozytywny (jako „pozytywny obowiązek”)⁴, tj. nakaz adresowany do jednej strony do działania polegającego na dostarczeniu drugiej stronie informacji, niezależnie od tego czy jest to obowiązek wyłaniający się na tle ogólnych zasad prawa, czy też powstający w szczególnych określonych prawem okolicznościach. Nie stanowi to jedynie swego rodzaju zachęty dla podmiotu, aby udzielił on tej drugiej informacji, nie przedstawia to również wyboru dla strony co do kwestii działania czy też powstrzymania się od niego⁵.

Nie zawsze jednak przedkontraktowy obowiązek informacyjny ujęty jest jako obowiązek pozytywny. Powinność ta może być również zdefiniowana w sposób pośredni (negatywny) – w sytuacji niedostarczenia drugiej stronie pewnych informacji, na stronę profesjonalną nałożona zostanie sankcja. W stosunkach pomiędzy konsumentem a przedsiębiorcą, w szczególności w przypadku świadczenia usług finansowych, obowiązek informacyjny niewyrażony wprost i dodatkowo nieujęty w postaci ściśle zdefiniowanego katalogu informacji może być mało skutecznym środkiem ochronnym. W przypadku nieprzekazania informacji bądź przekazania jej w sposób mało przejrzysty, podmiotowi nieprofesjonalnemu trudno będzie przeprowadzić dowód na tę okoliczność, a przedsiębiorca będzie twierdził, że nie spoczywał na nim obowiązek prawny, by tę konkretną informację przekazać.

2.2. Formalizacja informacji jako oświadczeń wiedzy

Dla modelu obowiązków informacyjnych charakterystyczna jest także wzrastająca formalizacja oświadczeń towarzyszących dokonaniu czynności prawnej, tj. oświadczeń wiedzy, niestanowiących jednak oświadczeń woli ją tworzących⁶. Rola oświadczeń wiedzy stale wzrasta, co należy łączyć z faktem, że zarówno prawodawca unijny, jak i krajowy dążą do eliminacji asymetrii informacyjnej pojawiającej się u podmiotów obecnych na rynku przez obciążanie podmiotów profesjonalnych obowiązkiem udzie-

4 Należy również zwrócić uwagę na różnicę semantyczną, jaka pojawia się pomiędzy wyrażeniem „obowiązek dostarczenia / udzielenia informacji” (*duty to provide information / information duty*) i wyrażeniem „obowiązek ujawnienia informacji” (*duty to disclose information / disclosure duty*). Ten pierwszy charakterystyczny jest dla języka angielskiego, którym posługuje się prawodawca europejski, oraz używany w językach prawniczych niemieckim, francuskim czy włoskim. Ten drugi natomiast charakterystyczny jest dla języka prawniczego angielskiego. Por. R. Sefton-Green, *General Introduction*, [w:] R. Sefton-Green, *Mistake, Fraud and Duties to Inform in European Contract Law*, Cambridge 2005, s. 1.

5 T. Wilhelmsson, Ch. Twigg-Flesner, *Pre-contractual Information Duties in the Acquis Communautaire*, „European Review of Contract Law” 2006, nr 4, s. 446.

6 Por. M. Grochowski, *Skutki naruszenia wymogów formalnych w prawie prywatnym – proporcjonalność i sposoby jej zapewnienia*, „Kwartalnik Prawa Prywatnego” 2015, nr 4, s. 786.

lenia określonych informacji ich nieprofesjonalnym partnerom. W rezultacie, oświadczenia wiedzy składane przez przedsiębiorców na etapie przedkontraktowym obciążone zostają wieloma szczególnymi wymogami formalnymi, których naruszenie skutkować może poważnymi konsekwencjami prawnymi. W piśmiennictwie zjawisko to określa się mianem „renesansu formalizmu”, „nowym formalizmem” lub „neoformalizmem”⁷.

Istota przedstawionego wyżej zjawiska sprowadza się do wzrostu formalizacji oświadczeń towarzyszących dokonaniu czynności prawnej, niestanowiących jednak równoległe oświadczeń woli, składających się na tę czynność. Przyjmuje się, że dla neoformalizmu charakterystyczne jest m.in. zastrzeganie wymogów formalnych nie dla samej czynności zawarcia umowy, ale np. dla oświadczeń składanych przez strony lub jedną z nich na etapie przedkontraktowym.

Wymóg formy szczególnej podyktowany jest koniecznością wzmocnienia funkcji, które informacja ma spełniać. Zamysłem ustawodawcy jest realizowanie przez obowiązek informacyjny funkcji ochronnych wobec jednego z partnerów, postrzeganego jako modelowo słabszą stroną stosunku. W relacjach konsumenckich forma szczególna zastrzeżona zostaje dla przekazania różnego rodzaju oświadczeń posiadających charakter informacyjny, w szczególności na etapie przed dokonaniem zasadniczej czynności prawnej. Ma to na celu zapewnienie prawidłowego dokonania czynności prawnych przez łagodzenie niebezpieczeństw i deficytów wynikających z niedoskonałości rynku⁸. Natomiast forma szczególna łączona z obowiązkiem przekazania wskazanych przez ustawodawcę informacji ma przede wszystkim stworzyć warunki do zrozumiałego zakomunikowania określonej treści (oświadczeń wiedzy).

Forma oświadczenia, rozumiana jako wymóg złożenia oświadczenia przez „przybranie odpowiedniej szaty prawnej”, stanowi konsekwencję woli ustawodawcy wynikającą z ochrony strony modelowo słabszej, tj. konsumenta, i zapewnienia bezpieczeństwa obrotu prawnego lub z woli stron (*pactum de forma*).

Jedną z podstawowych konsekwencji, które pociąga za sobą neoformalizm, dotyczy skutków naruszeń wymogów formalnych. Ponieważ tradycyjne metody sankcjonowania naruszeń formy szczególnej okazują się w ramach wskazanego zjawiska nieproporcjonalne i nieefektywne, konieczne okazało się wykreowanie nowych instrumentów prawnych, bardziej skutecznych i odpowiadających istocie formy szczególnej, np. wydłużenie terminu do odstąpienia od umowy oraz sankcja kredytu darmowego.

Z drugiej strony, w pewnych sytuacjach prawodawca w ogóle nie podaje jakichkolwiek konsekwencji prawnych niezachowania formy szczególnej. Podejście takie charakteryzuje w większości przypadków wymogi formalne zastrzeżone w dziedzinie stosunków konsumenckich dla obowiązków informacyjnych. W doktrynie przyjmuje się, że naruszenie wymogu formy szczególnej postrzegać można jako przyczynę quasi-nieważności aktu przekazania informacji, ze względu na niespełnienie ustawowego obowiązku informacyjnego⁹, powodującą skutki, wynikające z prawa publicznego (sankcje administracyjno- i karnoprawne). Ponadto, niezachowanie formy szczególnej wskazuje, że jedna ze stron umowy nie otrzymała należytej informacji o okoliczności istotnej z punktu widzenia przeprowadzanej czynności, co daje możliwość skorzystania z cywilnoprawnych środków ochrony, tj. wad oświadczeń woli czy odpowiedzialności *culpa in contrabendo*.

2.3. Przedkontraktowy obowiązek informacyjny jako ograniczenie zasady swobody umów

Masowość obrotu, skutkująca narzucaniem kontrahentom warunków umowy przez wzorce umowne czy umowy adhezyjne, oraz pojawienie się pozycji dominującej jednego z uczestników obrotu spowodowały, że dla realizacji celów ekonomicznych oraz w imię względów moralnych (zasady słuszności)

7 M. Grochowski, *Obowiązki informacyjne w umowach z udziałem konsumentów a nadmierny formalizm prawa*, [w:] M. Jagielska, E. Rott-Pietrzyk, A. Wiewiórkowska-Domagalska (red.), *Wpływ europejskiego prawa konsumenckiego na prawo krajowe*, Warszawa 2012, s. 46.

8 M. Grochowski, *Skutki naruszenia...*, s. 812.

9 Tamże, s. 815.

szacunek dla zasady autonomii woli w stosunkach umownych zaczęto wyrażać przez coraz silniejszą ochronę słabszych uczestników obrotu. Pojawienie się stosunków konsumenckich i przyjmowanie rozwiązań pomocniczych (interwencji prawodawcy) mają na celu wyrównanie nierównowagi stron w sferze zawierania umów, gdyż klasyczne instrumenty prawne (wady oświadczeń woli) nie są już wystarczające.

Celem ustawodawcy nie jest więc odejście od formalnego ujęcia zasady autonomii woli, lecz wykreowanie bardziej elastycznych mechanizmów prawnych, które odpowiadać będą obecnym realiom rynkowym. Różnica w podejściu do autonomii woli stron jest szczególnie widoczna w coraz bardziej zarysowującej się odmienności „reguł gry” z jednej strony dla stosunków konsumenckich, a z drugiej – obrotu profesjonalnego.

Najpełniejszym wyrazem zasady autonomii woli jednostki w sferze obrotu gospodarczego jest uznana normatywnie swoboda umów. Swoboda w zakresie dokonywania czynności prawnych, zwłaszcza umów, determinowana przez przyjęty w danym systemie ustrojowym model gospodarki, nie jest nieskończona, lecz podlega istotnym ograniczeniom, podyktowanym ochroną bezpieczeństwa obrotu (w ramach reguły proporcjonalności).

Swoboda kontraktowania, ujmowana tradycyjnie, staje się niejednokrotnie raczej wyjątkiem niż regułą¹⁰. W literaturze przedmiotu podkreśla się, że w dzisiejszych stosunkach prawno-ekonomicznych nie spełnia ona już swej funkcji, gdyż może być należycie realizowana jedynie w warunkach ekonomicznej równości uczestników na rynku, co nie zdarza się w obliczu masowości transakcji zawieranych na nim, w szczególności w sieci teleinformatycznej.

W piśmiennictwie pojawia się stanowisko, że zasada swobody umów nie stanowi wartości samej w sobie, gdyż ona sama oraz ograniczenia jej stosowania składają się na złożony mechanizm, którego celem jest umożliwienie realizacji określonych prawnie chronionych wartości¹¹. Ograniczenia te dotyczą treści oraz sposobu określania praw i obowiązków podmiotów stosunku zobowiązaniowego, m.in. przez wprowadzenie zakazów lub uzależnienie ich skuteczności od spełnienia określonych wymogów¹².

Intensywny rozwój gospodarki kapitalistycznej skutkuje istotnym zróżnicowaniem faktycznego położenia podmiotów zawierających umowy. Powstających stąd niesprawiedliwości społecznych nie można uzasadniać powołaniem się na formalnie wyrażoną zgodną wolę kontrahentów¹³. Skutkiem takiego stanu rzeczy jest interwencja prawodawcy w proces zawierania umowy przez strony w drodze ustanowienia ograniczeń swobody umów o charakterze zarówno cywilno-, jak i publicznoprawnym¹⁴.

Nakładane na strony ograniczenia ich swobody kontraktowania stanowią wyraz zasady efektywności, wspieranej w Europie łącznie z zasadą autonomii woli. Wprowadzenie rozbudowanego, kazuistycznie uregulowanego obowiązku informacyjnego ze wskazaniem przedmiotu, treści i postaci informacji stanowi przykład istotnego ograniczenia swobody kontraktowania stron przez nałożenie na nie wymogu udzielenia kontrahentowi informacji niezbędnych do podjęcia w pełni świadomej decyzji względem ewentualnego zawarcia umowy¹⁵.

Celem tego ograniczenia jest umożliwienie stronom zawierania umów pozwalających na skuteczną wymianę dóbr czy usług dla każdej z nich. W sytuacji gdy jedna ze stron zawiera umowę pod wpływem błędnych informacji, stanowi to nieuczciwą wymianę pomiędzy nimi. Przy spełnieniu pewnych

10 W. Kocot, *Odpowiedzialność przedkontraktowa*, Warszawa 2013, s. 27; por. K. Zweigert, H. Kötz, *An Introduction to Comparative Law*, t. 2, Oxford 1987, s. 9-10; P.S. Atiyah, *The Rise and Fall of Freedom of Contract*, Oxford 1979, s. 15.

11 R. Trzaskowski, *Granice swobody kształtowania treści i celu umów obligacyjnych*, Warszawa 2005, s. 477.

12 Ustawa o ochronie konkurencji i konsumentów z dnia 16 lutego 2007 r., t.j. Dz.U. 2020, poz. 1076; wyrok SN z 12 maja 1997 r., I CKN 114/97, OSNC 1997, nr 12, poz. 193.

13 Z. Radwański [w:] Z. Radwański, A. Olejniczak, *Prawo cywilne – część ogólna*, System Prawa Prywatnego, t. 2, Warszawa 2002, s. 4.

14 M. Tarska, *Zakres swobody umów w spółkach handlowych*, Warszawa 2007, s. 30; R. Trzaskowski, *Granice...*, s. 45-46.

15 Ch. von Bar, E. Clive, H. Schulte-Nölke (red.), *Principles, Definitions and Model Rules of European Private Law, Draft Common Frame of Reference. Outline Edition*, Munich 2009, s. 66, <https://doi.org/10.1515/9783866537279>; E. Łętowska, *Wspólna polityka ochrony konsumenta*, [w:] W. Czaplinski, R. Ostrihansky, P. Saganek, A. Wyrozumska (red.), *Prawo wspólnot Europejskich. Orzecznictwo*, Warszawa 2005, s. 931-932.

przesłanek podmiot, który złożył oświadczenie woli obciążone błędem, może uchylić się od skutków czynności prawnej, co niewątpliwie stanowi dla niego dodatkowy koszt. Na poziomie społecznym ta błędna decyzja stanowić może zagrożenie dla bezpieczeństwa obrotu i prowadzić do zachwiania prawidłowych mechanizmów rynkowych. Prawo powinno zapewniać stronie zaufanie do informacji, które uzyskuje ona od swojego partnera, po pierwsze w kwestii, że są prawdziwe, a po drugie, że są wystarczające do podjęcia świadomej decyzji.

2.4. Informacja przedkontraktowa w kontekście zasady bezpieczeństwa obrotu i wymagań dobrej wiary

Zasada bezpieczeństwa obrotu pod postacią ochrony zaufania (lojalności kontraktowej) ogranicza swobodę ustawodawcy w obrębie prawa prywatnego przez obciążenie go obowiązkiem formowania mechanizmów prawa prywatnego w taki sposób, aby stronom stosunków prawnych z jednej strony została zagwarantowana pewność ich nawiązywania, a z drugiej – została zapewniona taka interpretacja i stosowanie norm prawa prywatnego, które umożliwią pełne przestrzeganie reguł etycznych w obrocie prawnym.

Przedkontraktowy obowiązek informacyjny łączony jest w tradycji prawa cywilnego w sposób bezpośredni z wymaganiami dobrej wiary¹⁶. W rozumieniu potocznym pod pojęciem dobrej wiary rozumie się zaufanie, lojalność i uczciwość. W praktyce wiele problemów i trudności może wiązać się z zakresem oraz charakterem obowiązków informacyjnych przy próbie wywiedzenia ich z zasad dobrej wiary lub dobrych obyczajów, co wynika z faktu, że pojęcia te są mało stabilne, a w konkretnym przypadku mogą one zależeć od wielu czynników – , w szczególności, od rodzaju zawieranej umowy, przedmiotu świadczenia oraz sposobu kontraktowania.

W tradycji europejskiej treść klauzuli dobrej wiary na etapie przed zawarciem umowy powinna być określona m.in. przez możliwość pozyskania uczciwych i jasnych informacji w zakresie przedmiotu i warunków umowy w trakcie prowadzonych negocjacji, niezależnie od rodzaju obrotu, tj. profesjonalnego lub mieszanego. W polskiej doktrynie przyjmuje się, że „strony powinny zachowywać się względem siebie w sposób przyzwoity i lojalny”¹⁷, a jednym z przykładów nagannego zachowania się stron w trakcie prowadzonych negocjacji jest „nieujawnienie informacji istotnych dla prowadzenie rokowań albo wykorzystanie uzyskanych wiadomości do własnych celów”¹⁸.

W kontekście analizy zasady dobrej wiary należy odnieść się także do zasady słuszności, której realizacji służy wyżej wspomniana klauzula. Zasada słuszności zmierza do wprowadzenia korekty do zbyt rygorystycznego stosowania zasady równego traktowania stron oraz zasady bezpieczeństwa obrotu (ochrony zaufania) na rzecz zasady słuszności. W doktrynie przyjmuje się, że wspomniana zasada otwiera system prawa na wartości naturalne, takie jak np. uczciwe postępowanie¹⁹. Na gruncie krajowego prawa prywatnego zasada ta realizowana jest za pomocą klauzul generalnych oraz zwrotów niedookreślonych. Przy uwzględnieniu aksjologii systemu prawa prywatnego zasada ta stanowi nakaz dokonywania interpretacji regulacji prawa prywatnego zgodnie z normami o charakterze społecznym i etycznym²⁰.

16 S. Grzybowski, *System Prawa Cywilnego, Część Prawa Cywilnego*, t. 1, Warszawa-Wrocław 1974, s. 550; E. Łętowska, *Prawo umów Europejskich*, Warszawa 2002, s. 179; P. Mikłaszewicz, *Obowiązki informacyjne w umowach z udziałem konsumentów na tle prawa Unii Europejskiej*, Warszawa 2008, s. 145.

17 Z. Radwański [w:] Z. Radwański, A. Olejniczak, *Prawo cywilne...*, s. 351.

18 Tamże.

19 A. Bieć, *Zarys prawa prywatnego*, Warszawa 2015, s. 49.

20 Tamże.

3. Przedkontraktowy obowiązek informacyjny wobec zasady efektywności mechanizmów rynkowych

Instytucja przedkontraktowych obowiązków informacyjnych przyczynia się do poprawy dobrobytu społecznego, przez m.in. ochronę prawidłowych mechanizmów konkurencji i wspieranie skutecznego funkcjonowania rynku.

Ekonomiczna efektywność, tj. teoria informacji, która znajduje się u podstaw współczesnego europejskiego modelu ochrony konsumenta ma na celu budowanie konkurencyjnego, europejskiego rynku wewnętrznego. Zasada efektywności stanowi przykład przyjmowania przez prawo prywatne reguł ekonomicznej analizy prawa. Zwolennicy tego podejścia kierują pod adresem prawodawcy i organów stosujących prawo wymóg, aby rozwiązania prawne spełniały kryterium efektywności ekonomicznej, co w konsekwencji ma doprowadzić do zwiększenia dobrobytu społeczeństwa i polepszenia pozycji stron zamierzających zawrzeć umowę.

W myśl ekonomicznej analizy prawa, mowa jest o efektywności ekonomicznej *sensu largo*, mającej za zadanie realizację celów z poziomu społecznego, oraz efektywność *sensu stricto*, pojmowanej jako wspieranie jednostki w realizacji przez nią samą swoich celów indywidualnych, do osiągnięcia których dąży ona przy pomocy norm prawa prywatnego²¹.

Na poziomie społecznym zasada efektywności przyczynić się ma do zmniejszenia kosztów transakcyjnych związanych z zawieraniem umów, wynikających przede wszystkim z asymetrii informacyjnej występującej pomiędzy stronami przyszłej umowy. Przy uwzględnieniu tej zasady prawodawca europejski nakłada na przedsiębiorcę rozbudowany obowiązek informacyjny na etapie przedkontraktowym, który ma na celu redukcję znacznej dysproporcji wiedzy pomiędzy stronami, tak aby strona nieprofesjonalna po otrzymaniu informacji i ich przeanalizowaniu, podjęła świadomą decyzję o ewentualnym związaniu się umową i była świadoma praw, obowiązków oraz zagrożeń z niej wynikających. Wiedza ta pozwoli zminimalizować możliwość błędnej decyzji, która niekorzystna będzie zarówno na poziomie indywidualnym, gdyż powodować może dodatkowe koszty dla podmiotów prywatnych, jak i na poziomie społecznym, z uwagi na możliwe nagromadzenie się w błędnych decyzji na rynku, w efekcie czego podmioty te mogą wycofać się w przyszłości z wymiany rynkowej.

Realizację zasady efektywności *sensu largo* stanowi ustanowiony przez ustawodawcę obszerny obowiązek informacyjny, mający zapewnić uczciwą konkurencję oferującym swe usługi, a tym samym wspierać przejrzystość i prawidłowe funkcjonowanie mechanizmów rynkowych. Instytucja przedkontraktowego obowiązku informacyjnego stanowi w prawie prywatnym także wyraz zasady efektywności *sensu stricto* w ten sposób, że ma za zadanie redukcję dysproporcji wiedzy pomiędzy stronami przyszłej umowy, tak aby po uzyskaniu informacji potrzebnych do podjęcia decyzji, podjęły taką, która stanowić będzie wyraz ich autonomii woli.

4. Informacja przedkontraktowa w kontekście ekonomicznych teorii informacji

Model normatywny przedkontraktowych obowiązków informacyjnych profesjonalisty wobec konsumenta w warunkach gospodarki wolnorynkowej uwzględniać powinien uwarunkowania ekonomiczne. Zdaniem przedstawicieli ekonomicznych teorii informacji, regulacje prawne przyjmowane przez ustawodawców spełniać powinny przede wszystkim kryterium efektywności, a problematyka informacji w wymianie dóbr i usług od wielu lat stanowi przedmiot badań ekonomii.

Założenia i metody ekonomicznej analizy prawa spotkały się z silną krytyką ze strony przedstawicieli różnych nurtów prawnoustawstwa²², którzy kwestionowali przede wszystkim założenie o racjonalności

21 Tamże, s. 52.

22 Zwrócić uwagę należy na przedstawicieli ruchu krytycznych studiów nad prawem (*critical legal studies*). Zob. D. Kennedy, *Law and Economics from the Perspective of Critical Legal Studies*, [w:] P. Newman (red.), *The New Palgrave Dictionary of Economics and the Law*, t. 2, Basingstoke 1998, s. 465.

podmiotów działających na rynku. Ponadto, podkreślali oni pewne podobieństwa ekonomicznej analizy prawa i utylityzmu, co w konsekwencji prowadzić może do przykładania zbyt dużej wagi do kryterium efektywności i pomijać inne znaczące wartości w prawie.

Nurt ekonomicznej analizy prawa rozwinął się przede wszystkim w państwach o systemie *common law*, co nie zmienia faktu, że narzędzia opracowane na jej gruncie stosowane powinny być także w państwach o kontynentalnym systemie prawa, gdyż prawa ekonomii funkcjonują podobnie we wszystkich krajach o gospodarce wolnorynkowej, także w Polsce²³. Analiza ekonomiczna jest instrumentem korzystnym dla badań nad prawem, gdyż umożliwia weryfikację proponowanych przez prawodawcę rozwiązań prawnych pod kątem ich skuteczności czy racjonalności. Podkreślenia wymaga fakt, że instytucja obowiązków informacyjnych w świetle najnowszych badań wynikających z analizy ekonomicznej bardzo pozytywnie wpływa na efektywność transakcji przeprowadzanych pomiędzy podmiotem profesjonalnym a nieprofesjonalnym.

4.1. Struktura rynku a ochrona konsumenta przez informację

Klasyczna ekonomiczna analiza prawa koncentruje się na badaniach struktury rynku i warunkach koniecznych dla powstania stanu doskonałej konkurencji²⁴. Funkcjonowanie rynku ma bezpośredni wpływ na kształtowanie się cen oraz ewentualne nadużywanie przez przedsiębiorców ich dominującej pozycji na rynku. Wykorzystywanie przez podmiot profesjonalny jego przewagi rynkowej tworzy stan niedoskonałej konkurencji i negatywnie oddziałuje na jakość transakcji dokonywanych przez podmioty nieprofesjonalne.

Transparentność rynku znacząco wpływa na stan konkurencji. Tylko podmiot nieprofesjonalny doskonale poinformowany w zakresie nabywanego produktu działa racjonalnie i efektywnie kształtuje popyt, oddziałując na stan konkurencji na rynku, gdyż jest on w stanie porównać dobra tej samej jakości i wybrać ofertę najbardziej korzystną pod względem cenowym.

Początkowo, różnice w wiedzy pomiędzy podmiotem profesjonalnym i jego kontrahentem postrzegane były przede wszystkim w kategorii nierównowagi ich siły przetargowej, co w negatywny sposób kształtowało jakość transakcji dokonywanych przez podmioty nieprofesjonalne. Współczesne ekonomiczne teorie informacji postrzegają ochronę konsumenta przez informację znacznie szerzej niż tylko z perspektywy jej wpływu na strukturę rynku i stan konkurencji²⁵. Rozważania podejmowane w ramach tych teorii obejmują ponadto analizę kosztów uzyskania informacji przez profesjonalnych i nieprofesjonalnych uczestników gry rynkowej oraz wpływ poszczególnych transakcji przez nich dokonywanych na mechanizmy prawidłowego funkcjonowania rynku, co jest istotne w kontekście ich bezpośredniego oddziaływania na dynamikę rynku²⁶.

4.2. Asymetrie informacyjne jako forma niedoskonałości rynku

Jedną z cech charakteryzujących idealny rynek jest założenie, że uczestnicy biorący udział w wymianie handlowej posiadają pełną informację zarówno na temat własnych preferencji, jak i rodzaju i wartości dóbr oraz usług potrzebnych im w celu maksymalizacji zysku. W rzeczywistości jednak, rynki nie zapewniają efektywnej alokacji zasobów, co wynika z zawodności rynku (*market failure*) – zakłóconego funkcjonowania rynku²⁷, tj. *inter alia*, niedoskonałej informacji (wiedzieć mniej niż wymaga tego sytuacja) oraz asymetrii informacyjnej (wiedzieć mniej niż druga strona)²⁸. Zawodności w funkcjonowaniu mechanizmów rynkowych mogą być uzasadnieniem dla interwencji prawodawcy, która ma na celu ich wyeliminowanie.

23 Art. 20 Konstytucji Rzeczypospolitej Polskiej, Dz.U. 1997 Nr 78, poz. 483, z późn. zm.; R.T. Stroiński, *Ekonomiczna analiza prawa czyli w poszukiwaniu efektywności*, „Kwartalnik Prawa Prywatnego” 2002, nr 3, s. 579.

24 Zob. D. Begg, G. Vernasca, S. Fischer, R. Dornbush, *Economics*, London 2020, s. 171-219.

25 P. Miklaszewicz, *Obowiązki informacyjne...*, s. 56.

26 G.K. Hadfield, R. Howse, M.J. Trebilcock, *Information-Based Principles for Rethinking Consumer Protection Policy*, „Journal of Consumer Policy” 1998, nr 1, s. 134, <https://doi.org/10.1023/A:1006863016924>.

27 R. Cooper, T. Ulen, *Law...*, s. 44 i nast.

28 P. Cartwright, *Banks, Consumers and Regulations*, Oxford-Portland-Oregon 2004, s. 64.

Założeniem ekonomicznych teorii informacji w prawie umów jest doprowadzenie do powstania równowagi na rynku przez poinformowane, niezależne decyzje konsumentów o maksymalizacji ich własnej użyteczności oraz przedsiębiorców o maksymalizacji zysku przy spełnieniu określonych warunków²⁹. Przedkontraktowy obowiązek informacyjny jest mechanizmem mającym na celu przeciwdziałanie asymetrii informacyjnej³⁰, jako najczęściej występującej zawodności rynku³¹.

Asymetria informacyjna może występować na rynku łącznie z negatywną selekcją³² oraz hazardem moralnym (pokusą nadużyć)³³. Asymetria informacyjna³⁴ polega na tym, że jedna ze stron umowy nie posiada wszystkich informacji, jakimi dysponuje druga strona. W przypadku obrotu jednostronnie profesjonalnego, strona profesjonalna dysponuje znacznie lepszym przygotowaniem i doświadczeniem niż jej potencjalny kontrahent, przykładowo co do zdolności oceny ryzyka wystąpienia w przyszłości pewnych zjawisk, co przy braku odpowiedniej wiedzy u drugiej może stanowić pokusę wykorzystania tej przewagi dla własnej korzyści. Dysproporcja wiedzy pomiędzy stronami może powodować zmniejszenie się wzajemnego zaufania co do wywiązania się drugiej strony ze zobowiązania.

Negatywna selekcja prowadzi do powstania, tzw. „ryнку bubli”³⁵, który charakteryzuje się tym, że produkty gorszej jakości wypierają z rynku produkty lepszej jakości. W tego typu okolicznościach istnieje pokusa dla sprzedawców, aby oferować produkty niższej jakości jako produkty wysokiej jakości. Kupujący w obawie, że zostanie oszukany, rezygnuje z transakcji lub chcąc uchronić się przed nabyciem produktu o niskiej jakości, będzie oferował z góry niższą cenę. Spowoduje to, że produkty droższe, o wyższej jakości, będą wycofywane z rynku z uwagi na fakt, że sprzedawcom nie będzie się opłacało ich sprzedawać. Dojdzie w ten sposób do negatywnej selekcji. W konkluzji stwierdzić należy, że koszt nieuczciwości to nie tylko kwota, na którą kupujący został oszukany, ale jest nim również strata spowodowana wyeliminowaniem z rynku uczciwie funkcjonujących przedsiębiorców³⁶.

4.3. Analiza kosztów transakcyjnych w kontekście ochrony przez informację

Punktem wyjścia do analizy kosztów transakcyjnych jest model, tzw. doskonałej umowy, czyli takiej, w której następuje efektywne rozłożenie ryzyka pomiędzy stronami – ryzykiem obciążona jest ta strona, która jest w stanie ponieść je niższym kosztem. Ponadto, wszelkie możliwe przyszłe zdarzenia zostały przewidziane, a strony przekazały sobie wszystkie potrzebne im do zawarcia umowy informacje³⁷.

Twierdzenie Coase’a³⁸ zakłada, że podmioty racjonalne są w stanie wynegocjować doskonałą umowę, w sytuacji gdy koszty transakcyjne równają się zeru. W tego typu okolicznościach interwen-

29 P. Mikłaszewicz, *Obowiązki informacyjne...*, s. 56; R. Cooper, T. Ulen, *Law and Economics*, Boston 2004, s. 43 i nast.

30 Zob. A. Postelwaite, *Asymmetric Information*, [w:] J. Eatwell, M. Milgate, P. Newman (red.), *The New Palgrave: A Dictionary of Economics*, t. 1, London-Basingstoke 1987, s. 32 i nast.

31 Wśród innych mechanizmów zakłócających prawidłowe funkcjonowanie rynku wymienić należy stan niedoskonałej konkurencji, efekty zewnętrzne oraz istnienie dóbr publicznych. Zob. P. Mikłaszewicz, *Obowiązki informacyjne...*, s. 57.

32 Negatywna selekcja polega na tym, że w warunkach asymetrii informacyjnej lepiej poinformowani uczestnicy rynku, oferować będą usługi o niższej jakości wypierając z rynku uczestników oferujących usługi na wyższym poziomie, o czym wskutek niedoinformowania strona nieprofesjonalna nie wie, a w konsekwencji uniemożliwi to dokonanie korzystnej dla niej transakcji. C. Wilson, *Adverse Selection*, [w:] *The New Palgrave: A Dictionary of Economics*, J. Eatwell, M. Milgate, P. Newman (red.), t. 1, London-Basingstoke 1987, s. 32 i nast.

33 Hazard moralny dotyczy zazwyczaj sytuacji już po zawarciu umowy, gdy jedna ze stron nie jest w stanie przewidzieć zachowania tej drugiej, ponieważ nie wie ona o jakiejś zmianie, która zaszła u jej kontrahenta. Prowadzić to może u drugiej strony do zachowań oportunistycznych i wykorzystywania swojej przewagi. Pokusa nadużyć najczęściej dotyczy zawierania umów ubezpieczenia, w których ubezpieczony jest bardziej świadomy możliwości wystąpienia po jego stronie pewnych ryzyk niż ubezpieczyciel, co skłaniać go może do wykorzystywania tej przewagi. Y. Kotowitz, *Moral Hazard*, [w:] *The New Palgrave: A Dictionary of Economics*, J. Eatwell, M. Milgate, P. Newman (red.), t. 3, London-Basingstoke 1987, s. 549 i nast.

34 A. Postelwaite, *Asymmetric Information...*, s. 133 i nast.

35 G.A. Akerlof, *The Market for Lemons: Quality Uncertainty and the Market Mechanism*, „The Quarterly Journal of Economics” 1970, t. 84, nr 3, s. 488-500.

36 Tamże, s. 495.

37 R. Cooter, T. Ulen, *Ekonomiczna analiza prawa*, Warszawa 2009, s. 107 i nast.

38 Tamże, s. 101 i nast.

cja prawodawcy staje się zbędna z uwagi na fakt, że regulacje prawne modyfikujące lub eliminujące postanowienia wypracowane przez strony są nieefektywne. W rzeczywistości jednak bardzo rzadko zdarza się, aby podmioty działały racjonalnie lub by koszty były równe zeru.

Analiza kosztów transakcyjnych ma duże znaczenie z uwagi na ocenę zachowań graczy na rynku. Koszty te zazwyczaj obejmują zarówno poszukiwanie odpowiedniej oferty, ocenę produktu lub usługi, ewentualne negocjowanie umowy, jak i dochodzenie swoich praw wynikających z umowy³⁹. Asymetrie informacyjne występujące między kontrahentami stanowią główną przyczynę wzrostu kosztów transakcyjnych, co doprowadzić może do stanu nieefektywności na rynku. Racjonalnie działający podmiot będzie poszukiwał informacji, jeśli koszty poszukiwań nie przekroczą zysków płynących z faktu bycia poinformowanym. Zyski te interpretować należy szeroko jako obniżenie ryzyka związanego z umową, możliwość dokonania weryfikacji stosunku jakości do ceny, obniżenie przyszłych kosztów lub strat mogących powstać w związku z umową.

Koszt transakcyjny związany z oceną produktu lub usługi zależy m.in. od ich charakteru⁴⁰. Oceny większości produktów, w tym ich jakości, dokonać można przed zawarciem umowy w drodze dokonania oględzin (*search goods*). Odrębną grupę produktów stanowią te, o których informacje uzyskuje się przez doświadczenie (*experience goods*), tzn. dopiero ich nabycie pozwala na dokonanie oceny ich jakości. Jednak w przypadku znacznej liczby produktów lub usług dokonanie ich oceny nawet po zawarciu umowy jest zdecydowanie trudne (*credence / confidence goods*). W tego typu okolicznościach podmiot nieprofesjonalny, dokonując oceny jakości dobra, działać musi w zaufaniu do informacji pochodzących z zewnątrz, przede wszystkim od przedsiębiorcy. W sytuacji braku odpowiedniej informacji na temat przyszłej umowy konsument nie widzi sensu w poszukiwaniu tych informacji na własną rękę, a tym samym nie porównuje ofert i nie analizuje postanowień umowy. Ponadto, istnieje duże prawdopodobieństwo, że przy podejmowaniu decyzji posłuży się on technikami heurystycznymi, pod wpływem agresywnych strategii i technik marketingowych przedsiębiorcy.

Asymetria informacyjna między profesjonalistą a nieprofesjonalistą są tym głębsze im wyższe koszty musi ponieść strona nieprofesjonalna, aby zdobyć informacje dotyczące produktu lub usługi w relacji do zysków oczekiwanych z uzyskania tych informacji. Konsument racjonalny będzie maksymalizował swoją użyteczność i poszukiwał informacji przed zawarciem umowy, w sytuacji gdy koszt ten nie będzie wyższy niż korzyść wynikająca z faktu bycia poinformowanym. Przykładowo, w przypadku usług finansowych, będących produktami zaufania, koszty oceny ich właściwości, w szczególności jakości i ryzyka w stosunku do ceny, przed zawarciem umowy są zdecydowanie wysokie, co zniechęcać może potencjalnych nabywców przed pozyskiwaniem tych informacji i zwiększyć prawdopodobieństwo wystąpienia w przyszłości zjawisk takich jak negatywna selekcja.

4.4. Efektywność dysponowania informacją przez podmioty na rynku

Informacja na temat produktu lub usługi jest niezbędna, aby dokonać oceny przedmiotu i warunków transakcji. W sytuacji gdy strony są odpowiednio poinformowane o dobrach oferowanych przez przedsiębiorców, zawierają one efektywne transakcje, a koszty transakcyjne wynikające z niedoinformowania nie powstają, nie dochodzi także do pojawiania się zawodności rynku, w szczególności asymetrii informacji. Informacja ma wartość majątkową⁴¹ – dotyczy to nie tylko sytuacji, gdy stanowi ona przedmiot świadczenia stron, jak np. w umowie o doradztwo⁴². Koszt informacji może obejmować np. zebranie pewnych elementów istotnych dla osiągnięcia konkretnego celu i opracowanie tego materiału, tak aby następnie już jako produkt końcowy przedstawić go drugiej stronie. Uwaga na to została zwrócona również przez przedstawicielkę doktryny polskiej⁴³, która podkreśliła, że obowiązek informacji, postrzegany jako powinność jednej strony transakcji i przedmiot uprawnienia jej kontrahenta, ma swój własny wymiar finansowo-kosztowy.

39 Tamże, s. 101.

40 P. Nelson, *Information and Consumer Behaviour*, „Journal of Political Economy” 1970, nr 1, s. 311 i nast.; G.K. Hadfield, R. Howse, M.J. Trebilcock, *Information-Based...*, s. 142.

41 P. Miłkaszewicz, *Obowiązki informacyjne...*, s. 63.

42 R. Cooter, T. Ulen, *Ekonomiczna analiza...*, s. 113 i nast.

43 E. Łętowska, *Europejskie prawo umów konsumenckich*, Warszawa 2004, s. 128-129.

Model umowy doskonałej zakłada, że strony same rozłożą między siebie ryzyko i korzyści wynikające z umowy. Jednakże w sytuacji pojawienia się asymetrii informacyjnych, które stanowią koszt transakcyjny, umowa nie będzie doskonała. Asymetria będzie tym głębsza, im większe będą różnice między kosztem poszukiwania informacji a oczekiwanymi korzyściami wynikającymi z możliwości ich wykorzystania dla poprawy własnego położenia.

Asymetria informacyjna sama w sobie, nawet ta niekorygowana przez uczestników gry rynkowej może okazać się niewystarczającym argumentem dla stwierdzenia konieczności ingerencji państwa w mechanizmy rynkowe⁴⁴. Interwencja prawodawcy powinna być poprzedzona badaniem ewentualnych korzyści, jakie konsument odniesie z nałożenia na jego kontrahenta obowiązku jakiegoś działania, gdyż może on chcieć zrekomensować sobie ten dodatkowy koszt wzrostem ceny produktu lub usługi, co oznacza, że w efekcie zostanie nim obciążony konsument. W tego typu okolicznościach, z punktu widzenia efektywności umowy, wyższa cena, jaką konsument zapłaci powinna być zrównoważona korzyściami, jakie odniesie on z posiadanej wiedzy⁴⁵. W ramach takiej analizy dotyczącej ewentualnej ingerencji należałoby ponadto uwzględnić kilka czynników, m.in. niezależne dążenie stron do wyeliminowania istniejącej asymetrii informacyjnej, naturę transakcji, jej specjalistyczną wartość i złożoność rodzaj stosunków łączących strony – obrót jednostronnie czy dwustronnie profesjonalny⁴⁶.

W sytuacji stwierdzenia konieczności interwencji istotne jest odpowiednie dobranie instrumentów prawnych mających zmienić ten niepożądany stan rzeczy. Prawodawca nie może promować instrumentów, które eliminują pewne ryzyka czy ciężary, a z drugiej strony prowadzić będą do nierównego rozkładu innych kosztów lub zagrożeń o innym charakterze.

4.5. Obowiązek informacyjny w formie pozytywnej

Najbardziej efektywnym sposobem eliminowania asymetrii informacyjnej występującej na rynku jest nałożenie na stronę poinformowaną prawnego obowiązku udzielenia informacji stronie nieposiadającej tej wiedzy. Zakres tych informacji różni się w zależności od natury transakcji, warunków, w jakich dochodzi do jej dokonania, rodzaju informacji objętych asymetrią oraz jej głębokością. W sytuacji, gdy przedmiotem umowy jest usługa finansowa, powinności informacyjne są znacznie bardziej złożone i rozbudowane niż przy stosunkach prawnych nie wymagających tak specjalistycznej wiedzy. Istotne jest ponadto, aby informacje wyrażone były w sposób czytelny, zrozumiały i bez zbędnego żargonu zawodowego, gdyż tylko takie wywiązanie się z obowiązku informacyjnego prowadzi do eliminacji asymetrii. Dla efektywności obowiązku informacyjnego znaczenie ma także liczba przekazywanych informacji, tak aby nie tworzyć zbędnego szumu informacyjnego, czyli aby strona nie została przeładowana nadmiarem informacji wśród których trudno odróżnić te istotne od tych nieistotnych.

Nałożenie na podmiot profesjonalny prawnego obowiązku informacyjnego w stosunku do jego kontrahenta związane jest w sposób nieuchronny z pewnymi kosztami wynikającymi z konieczności uzyskania, przetworzenia i przekazania określonego katalogu informacji. Koszt zależy od natury i złożoności informacji. W przypadku informacji standardowych, tj. tych które należy przekazać każdemu potencjalnemu klientowi w formie jednolitego dokumentu informacyjnego, np. wszelkich prospektów informacyjnych, podstawowy koszt generowany jest jednorazowo na etapie sporządzania dokumentu, następnie zaś pewne środki przeznaczone zostają na utrwalenie informacji na nośniku i przekazanie ich klientom. Inaczej kształtuje się to przy sporządzaniu dokumentów informacyjnych indywidualnie dla każdego klienta, np. ustandaryzowanego arkusza informacyjnego dotyczącego kredytu konsumenckiego, w którym to przypadku koszt wywiązania się przez przedsiębiorcę z powinności informacyjnych wyraźnie wzrasta. Świadczenie usług finansowych wymaga profesjonalnego przygotowania i obszernej specjalistycznej wiedzy przy zbieraniu i przetwarzaniu informacji, tak aby następnie przekazać je stronie nieprofesjonalnej. Koszty i ryzyko transakcyjne obciążające podmiot, na który nałożony

44 Tamże, s. 67.

45 Tamże, s. 68.

46 G.K. Hadfield, R. Howse, M.J. Trebilcock, *Information-Based...*, s. 155; P. Miklaszewicz, *Obowiązki informacyjne...*, s. 70.

został obowiązek informacyjny rosłą proporcjonalnie do stopnia złożoności informacji i poziomu wiedzy niezbędnej dla spełnienia tych powinności. Nakłady te są szczególnie wysokie, w sytuacji gdy obowiązkowi informacyjnemu towarzyszy asysta przedkontraktowa lub tzw. obowiązek doradczy, które polegają na objaśnieniu swojemu kontrahentowi przekazywanych informacji oraz pomocy przy wyborze opcji najbardziej dla niego korzystnej z uwzględnieniem jego sytuacji finansowej, potrzeby oraz ryzyko, jakie przy uwzględnieniu jego stanu majątkowego jest on w stanie ponieść.

Zgodnie z zasadą efektywności, w przypadku gdy wzrost kosztów i ryzyka transakcyjnego spowoduje wzrost ceny usługi do takiego poziomu, że popyt spadnie poniżej poziomu zyskowności, podmiot obciążony obowiązkiem informacyjnym wycofa się z transakcji.

5. Zakończenie

Prawidłowo działające mechanizmy rynkowe stanowić powinny fundament ekonomicznej strategii rozwojowej, która zapewni społeczeństwu europejskiemu stabilność finansową i ochronę interesów inwestora. Promowanie wartości takich jak ochrona zaufania (bezpieczeństwo obrotu) między stronami stosunków cywilnoprawnych, sprawiedliwość oraz równowaga, stanowiące niezbędny warunek prawidłowego funkcjonowania rynku wymiany dóbr i usług, powinno być celem prawa umów, a odbywać się to powinno już na etapie przedkontraktowym.

Informacja przedkontraktowa, stanowiąc wyraz realizacji strategii ekonomicznej ustawodawcy europejskiego, a następnie krajowego, ma na celu także wsparcie stabilności finansowej oraz związanej z nią przejrzystości w funkcjonowaniu rynku podlegających silnym zmianom wobec procesów globalizacji, liberalizacji i deregulacji oraz towarzyszącemu im postępowi w technologii. Wynika to z faktu, że stabilność i przejrzystość postrzegane są jako dobro publiczne, które podlegać powinno prawnej ochronie, jako stanowiące warunek *sine qua non* dla wzrostu gospodarczego, stabilnego poziomu cen czy też wysokiej pozycji danego kraju na scenie międzynarodowej.

Warto mieć na uwadze, że od współczesnego prawa prywatnego wymaga się, aby zachowało ono równowagę między przynależną podmiotowi stosunków cywilnoprawnych zasadą autonomii woli, która wyraża się poprzez zasadę swobody umów, a zasadą sprawiedliwości kontraktowej, w tym niedyskryminacji, która ma na celu ochronę podmiotu przed nadużywaniem w stosunku do niego przez innych uczestników rynku ich nadrzędnej pozycji rynkowej. Zasada autonomii woli przejawia się m.in. w przewadze informacyjnej oraz ekonomicznej, czy potencjalnym uchylaniu się od nałożonych na nich przez prawodawcę powinności.


Nieodłącznie związane z procesem zawierania umowy ryzyko wynika z deficytów informacyjnych stron oraz z kosztu pozyskania informacji. Prawo umów powinno propagować takie rozwiązania, które prowadzą do efektywnej alokacji dóbr, w szczególności do zawierania umów będących wyrazem autonomii woli strony. Celem prawa powinno być obniżanie kosztów transakcyjnych, tzn. proponowanie takich rozwiązań prawnych, które pomagają w usuwaniu trudności mogących pojawić się na etapie zawierania umów (normatywne prawo Coase'a)⁴⁷. Z drugiej strony, w sytuacji gdy nie da się uniknąć wysokich kosztów transakcyjnych, zastosowanie znaleźć powinno prawo normatywne Hobbes'a, w myśl którego, prawo powinno być kształtowane w taki sposób, aby szkody spowodowane przez niepowodzenia przy zawieraniu umów prywatnych były zminimalizowane. Oznacza to, że odpowiedzialność finansową tych niepowodzeń powinni ponosić ci, którzy mogli ich uniknąć najmniejszym kosztem. Naiwnością byłoby oczekiwać, że koszty transakcyjne da się zredukować całkowicie, niemniej jednak prawo powinno oferować takie rozwiązania, które byłoby w stanie je ograniczać.

Ochrony konsumenta nie należy postrzegać tylko z perspektywy korzyści płynących z ochrony słabszej strony stosunku prawnego. Powinna ona prowadzić do osiągnięcia ogólnego dobrobytu przez wzrost konkurencji i w konsekwencji efektywne funkcjonowanie mechanizmów rynkowych przez eliminację zawodności rynku.

47 R.H. Coase, *The Problem of Social Cost*, „Journal of Law & Economics” 1960, nr 3, s. 2 i nast.

STANDARYZACJA UMÓW JAKO PRZEJAW PUBLICYZACJI PRAWA PRYWATNEGO¹

DOI: 10.5281/zenodo.6022317

Dr Joanna Mucha-Kujawa
 0000-0002-3898-0425
Instytut Nauk Prawnych PAN

1. „Przyleganie do rzeczywistości”, czyli pragmatyzm jako generalny kierunek przemian umowy

Prawo pozostaje pod wpływem stosunków społeczno-gospodarczych, kulturalnych i politycznych, stąd musi być tworzone i przekształcane w sposób adekwatny do zmieniających się potrzeb społeczno-gospodarczych, jeśli ma być skuteczne i efektywne. Dotyczy to również prawa prywatnego, a w szczególności prawa umów. To zadanie jest dziś jednak trudniejsze niż kiedykolwiek².

Zmieniająca się pozycja jednostki w życiu społecznym i gospodarczym, ewolucja obrotu handlowego, a w szczególności pojawienie się i intensywny rozwój obrotu masowego, w tym nowych sposobów zawierania umów (do których przyczyniają się najnowsze narzędzia technologiczne) powodują, że wywodząca się z kontynentalnej tradycji prawnej (opartej na prawie rzymskim) i stanowiąca podstawę krajowego systemu prawa zobowiązań umowa podlega transformacjom. Nie bez znaczenia jest tu także prawo Unii Europejskiej, które dąży do zapewnienia bezpieczeństwa obrotu prawnego (tj. ochrony unijnych interesów oraz przede wszystkim interesów konsumenta), jednak wkracza też na grunt tradycyjnie zastrzeżony dla prawa prywatnego i powoduje jego publicyzację.

Transformacje krajowego prawa prywatnego powodują przewartościowanie w sferze kontynentalnej (pozytywistycznej) myśli prawniczej. Dotyczy to w szczególności konstrukcji prawnych, chroniących interesy jednostkowe. Na ten stan wpływają głównie instytucje o anglosaskim rodowodzie, które wprowadzają do kontynentalnego, w tym krajowego, prawa prywatnego pragmatyzm w postaci m.in. powszechnego już stosowania umów przez przystąpienie (w postaci regulaminów, wzorców itd.) oraz tzw. ekonomicznej analizy prawa (*law and economics*), akcentującej efektywność ekonomiczną regulacji prawnych (ekonomizacja prawa)³.

W praktyce oznacza to powstawanie nowej europejskiej kultury prawnej. Jej istotą jest rezygnowanie z konstrukcji formalnych i dogmatycznych na rzecz konstrukcji pragmatycznych i elastycznych

1 Niniejsza publikacja stanowi zaktualizowaną i uzupełnioną wersję artykułu naukowego opublikowanego w numerze specjalnym „Studia Prawnicze” 2018, nr 5.

2 A. Doliwa, *O istocie i przyszłości umowy na tle współczesnej praktyki obrotu i przepisów kodeksu cywilnego o zawarciu umowy*, [w:] Z. Kuniewicz, D. Sokołowska (red.), *Prawo kontraktów*, Warszawa 2017, LEX; P. Machnikowski, *Prawo zobowiązań w 2025 roku. Nowe technologie, nowe wyzwania*, [w:] A. Olejniczak, J. Haberko, A. Pyrzyńska, D. Sokołowska (red.), *Współczesne problemy prawa zobowiązań*, Warszawa 2015, s. 379 i nast.

3 Ekonomiczna analiza prawa (o anglosaskich korzeniach) przyjmuje, że prawo jest nie tyle faktem kulturowym, chroniącym uniwersalne wartości (sprawiedliwość, słusność), co neutralnym aksjologicznie instrumentem. Służy on ułatwianiu działania mechanizmów wolnego rynku (alokacji dóbr), zwłaszcza osiąganiu wzajemnych korzyści jako symbolu sprawiedliwości. Interesy prywatne jednostek i interes społeczny jako interesy ekonomiczne nie są sprzeczne, gdyż służą osiąganiu dobrobytu społeczeństwa (szczęścia), a kluczem do ich harmonijnego współistnienia jest reguła proporcjonalności. Na znaczeniu zyskuje też prawo sędziowskie jako wyraz roztropnego prawotwórstwa („żywego prawa”), które jest bardziej wrażliwe na społeczne wartości. A. Bierć, *Zarys prawa prywatnego. Część ogólna*, Warszawa 2018, s. 37-38, 61-62. Szerzej zob. zwłaszcza: M.W. Hesselink, *The New European Legal Culture*, Deventer 2001, s. 72 i nast.

(„przyleganie dorzeczywistości”) oraz wzrost znaczenia prawotwórczej roli sądów⁴. Z tego względu ukształtowana w pierwszej połowie XIX w. przez niemieckich pandektystów ogólna konstrukcja umowy (czynności prawnej) podlega w sferze teoretycznej naturalnej transformacji w kierunku konstrukcji pragmatycznej (standaryzacja), stając się instrumentem realizacji autonomii prywatnej, lecz tylko w granicach „społecznie dopuszczalnych”⁵.

2. Przesłanki transformacji umowy

2.1. Anglo-amerykanizacja umowy⁶

W tradycji kontynentalnej, w tym krajowego prawa prywatnego, umowa jest najważniejszym i najczęściej spotykanym rodzajem czynności prawnej. Dochodzi do skutku z chwilą złożenia przez jej strony zgodnych oświadczeń woli (wyraz autonomii woli). Jednocześnie umowa jest najważniejszym instrumentem wyrażania mechanizmów rynkowych, prowadzących do efektywnej alokacji (wymiany) dóbr i usług. Ponadto jest też podstawowym źródłem regulacji prywatnych spraw podmiotów prawa prywatnego – ustanawia ich wzajemne prawa i zobowiązania, gdyż każda umowa tworzy prawo między stronami bez względu na sposób jej zawarcia. Dodatkowo co do zasady jest to układ samoobsługujący się – tzn. państwo w niego nie ingeruje⁷. W odróżnieniu od tradycji kontynentalnej, zwłaszcza germańskiej, preferującej konstrukcję czynności prawnej i oświadczenia woli, tradycja anglosaska (również romańska) w centrum zainteresowania stawia umowę (*consensus*)⁸, postrzegając ją z punktu widzenia procesualistów i praktyków (brak ogólnej teorii prawa umów), zwracając szczególną uwagę na względy funkcjonalne i pragmatyczne⁹.

4 Jest to nawiązanie do podejścia do prawa jako *real living law* zaprezentowanego już w 1900 r. przez H. Hijman-
sa podczas wykładu inauguracyjnego na Uniwersytecie w Amsterdamie. W literaturze wskazuje się, że w wyniku
wylaniającego się nowego europejskiego prawa prywatnego rozwija się kultura prawna, która jest o wiele mniej formalno-dogmatyczna
i znacznie bardziej merytoryczno-pragmatyczna niż krajowe kultury prawne w Europie. Zmiany zachodzą w ustawodawstwie,
orzecznictwie, debacie akademickiej oraz edukacji prawnej i mają wspólną cechę – przesuwają nacisk z formalnego, dedukcyjnego
sposobu uzasadnienia na bardziej merytoryczne podejścia. Szerzej zob. M.W. Hesselink, *The New European...*, s. 27, 37 i nast.

5 Zob. W. Dajczak, *Amerykańska zapowiedź „śmierci umowy” na tle tradycji romanistycznej*, [w:] F. Longchamps de Berier
(red.), *Dekodyfikacja prawa prywatnego. Szkice do portretu*, Warszawa 2017; A. Doliwa, *O istocie...*, LEX.

6 Tzw. anglo-amerykanizacja umów przejawia się zwłaszcza w zamieszczaniu w umowach (dokumentach umownych)
klauzul umownych wywodzących się z systemu *common law*. Szerzej o tym zob. P. Strugała, *Standardowe klauzule
umowne: adaptacyjne, salwatoryjne, merger, interpretacyjne oraz pactum de forma*, Warszawa 2013, s. 7 i nast. Zob. też
sprawozdanie z projektu o wykorzystywaniu anglosaskiego modelu redagowania dokumentów umownych w obrocie
międzynarodowym w sytuacji, gdy umowa podlega prawu systemu *civil law* jako prawu właściwemu: G. Cordero-Moss
i in., *Anglo-American Contract Models and Norwegian or other Civil Law Governing Law (completed)*, <http://www.jus.uio.no/ifp/english/research/projects/anglo> [dostęp: 24.09.2012].

7 E. Łętowska, *Podstawy prawa cywilnego*, Warszawa 1993, s. 29; A. Bień, *Zarys...*, s. 709; W. Dajczak, *Zobowiązania*, [w:]
W. Dajczak, T. Giaro, F. Longchamps de Berier (red.), *Prawo rzymskie. U podstaw prawa prywatnego*, Warszawa 2018, s. 509, 519.

8 J. Halberda, *Podobieństwa między prawem rzymskim i angielskim na przykładzie reguł dotyczących postępowania i zobo-
wiązań*, „Forum Prawnicze” 2012, nr 2, s. 48; T. Giaro, *Historia i tradycja prawa rzymskiego*, [w:] W. Dajczak, T. Giaro,
F. Longchamps de Berier (red.), *Prawo rzymskie...*, s. 37-39.

Angielskie *common law* ma źródła w egipskich i rzymskich początkach prawa europejskiego, natomiast na gruncie
amerykańskim rozwinęło się pod wpływami idei i praktyki kapitalizmu wolnokonkurencyjnego. Zob. R. Tokarczyk,
Przegląd głównych norm amerykańskiego prawa zobowiązań umownych, „Rejent” 1997, nr 1, s. 17.

Umowa jest też punktem odniesienia aktów o charakterze *soft law* w ramach UE, np. Zasady Europejskiego Prawa Umów
(Principles on European Contract Law), Projekt Wspólnego Systemu Odniesienia (Draft Common Frame of Reference),
zasady *acquis*, a także – w skali globalnej – zasady UNIDROIT (International Institute for the Unification of Private Law).

9 Zob. L. Górnicki [w:] M. Safjan (red.), *Prawo cywilne – część ogólna*, System Prawa Prywatnego, t. 1, Warszawa 2012,
s. 80 i nast.; P.S. Atiyah, *The Rise and Fall of Freedom of Contract*, Oxford 1979; R.E. Scott, J.S. Kraus, *Contract Law
and Theory*, „New Providence” 2002, s. 2-4; R.E. Barnett, *Perspectives on Contract Law*, Boston 1995, s. 203 i nast.;
M.A. Chirelstein, *Concepts and Case Analysis in the Law of Contracts*, Nowy Jork 1998, s. 30-35.

2.2. Publicyzacja

Internacjonalizacja i europeizacja krajowego prawa prywatnego, a w szczególności upowszechnianie się aksjologii praw człowieka, masowego obrotu handlowego i komunikacji elektronicznej powodują nasilanie się procesów jego publicyzacji¹⁰. Prawo prywatne posługuje się niewładczą (kooperacyjną) metodą regulacyjną, zakładającą wzajemną autonomiczność i równorzędność podmiotów. Publicyzacja przejawia się w nasycaeniu tego prawa i właściwych mu norm dyspozytywnych (*iuris dispositivi*) przepisami o charakterze publicznoprawnym (*iuris cogentis*) przy użyciu władczej metody regulacyjnej (koordynacyjnej), opierającej się na władztwie i podporządkowaniu. Najszerzej wyraża się to w redefiniowaniu (zawężeniu) autonomii prywatnej (swobody umów) na rzecz ochrony dobra wspólnego¹¹.

Przenikanie regulacji publicznoprawnych na grunt tradycyjnie zastrzeżony dla prawa prywatnego (autonomię prywatną – swobodę umów) uzasadnia się zapewnieniem bezpieczeństwa obrotu prawnego (interesu ogółu), w szczególności ochroną interesów Unii Europejskiej (tj. osiągnięcia nadrzędnych celów wspólnego jednolitego rynku europejskiego)¹².

Nasilający się proces publicyzacji prowadzi do dekodyfikacji prawa prywatnego. Polega to głównie na wzroście znaczenia regulacji pozakodeksowych, a także na pojawianiu się coraz większej ilości źródeł współczesnego prawa prywatnego¹³.

10 Zob. spośród wielu: A. Bierć, *Prawo umów wobec konstytucyjnego zakazu dyskryminacji*, [w:] B. Bajor, P. Saganek (red.), *Wyzwania współczesnego prawa. Księga pamiątkowa dedykowana SSN Tadeuszowi Szymankowi*, Warszawa 2018, s. 115-141; M. Florczak-Wątor, *Horizontalny wymiar praw konstytucyjnych*, Kraków 2014; J. Habermas, *Faktyczność i obowiązywanie. Teoria dyskursu wobec zagadnień prawa i demokratycznego państwa prawnego*, Warszawa 2005; J. Helios, *Podział publiczne/prywatne w prawie Unii Europejskiej*, [w:] U. Kalina-Prasznic (red.), *Stare dogmaty – nowe wyzwania w prawie i ekonomii*, Warszawa 2013, s. 275-288; J. Nowacki, *Prawo publiczne – prawo prywatne*, Katowice 1992; J. Podkowik, *Problem horyzontalnego działania praw jednostki w orzecznictwie sądów w sprawach cywilnych*, [w:] M. Florczak-Wątor (red.), *Sądy i trybunały wobec problemu horyzontalnego działania praw jednostki*, Kraków 2015, s. 91-113; M. Safjan, *Europeizacja prawa prywatnego – ewolucja czy rewolucja? Perspektywa orzecznicza*, [w:] J. Gudowski, K. Weitz (red.), *Aurea praxis, aurea theoria. Księga jubileuszowa profesora T. Erecińskiego*, t. 2, Warszawa 2011, s. 2513-2534; B. Skwara, *Publicyzacja prawa prywatnego na tle niemieckiego orzecznictwa konstytucyjnego poświęconego mocy obowiązującej praw człowieka*, [w:] M. Paździor, B. Szmulik (red.), *Ewolucja demokracji przedstawicielskiej w krajach Europy Środkowej i Wschodniej*, Lublin 2013, s. 339-356; B. Skwara, *Drittuirkung jako przejaw publicyzacji prawa prywatnego*, [w:] R.M. Czarny, K. Spryszak (red.), *Państwo i prawo wobec współczesnych wyzwań. Księga jubileuszowa Profesora Jerzego Jaskierni*, Toruń 2012; R. Szczepaniak, *Granice cywilnoprawnej metody regulacji – glosa do wyroku TK z 27.05.2014 r., PS1/13*, „Państwo i Prawo” 2015, nr 12, s. 130-135; K. Zeidler, *Prawo publiczne a prawo prywatne w relacji sporu pomiędzy liberalizmem a komunitaryzmem*, „Prawo i Więź” 2014, nr 1, s. 51-55; A. Żurawik, *Problem publicyzacji prawa prywatnego w kontekście ustrojowym*, „Państwo i Prawo” 2010, nr 5, s. 32-41; M. Safjan [w:] Z. Radwański (red.), *Prawo cywilne...*, s. 48-51.

11 A. Bierć, *Prawo umów...*, s. 115-141.

12 W unijnej kulturze prawa prywatnego mówi się o instrumentalizacji prawa, gdyż tradycyjne prawo prywatne, realizujące własne cele, staje się tu narzędziem do osiągnięcia celów politycznych, społecznych, gospodarczych i innych. Zob. M.W. Hesselink, *The New European...*, s. 37-38.

13 Na tle zachodzących transformacji, tj. wymagań rzeczywistości i coraz szybciej zachodzących w niej zmian, w literaturze zauważa się, że wprowadzić kodeks jako zbiór przepisów prawa, „normatywny trzon” gałęzi prawa, daje poczucie bezpieczeństwa prawnego oraz gwarancję stabilności zawartych w nim rozwiązań normatywnych, lecz zmiany społeczno-gospodarcze, polityczne i intelektualne, ich tempo oraz charakter, powodują, że „na podstawie doświadczeń wcześniejszych regulowane są potrzeby jutra”. Szerzej zob. P. Święcicka, *Kodeks zdemitologizowany – metafora, w której ciągle żyjemy*, [w:] F. Longchamps de Berier (red.), *Dekodfikacja prawa prywatnego...*, s. 49, 78-79 i nast; W. Dajczak, *Amerykańska zapowiedź „śmierci umowy”...*, s. 101. Zob. też m.in. F. Longchamps de Berier, *Stalosc a zmienność szczegółowych regulacji prawa spadkowego Niepodległej*, „Forum Prawnicze” 2018, nr 2, s. 4; F. Longchamps de Berier, *Myslenie dekodfikacyjne a zjawisko dekodfikacji*, [w:] F. Longchamps de Berier (red.), *Dekodfikacja prawa prywatnego...*, s. 273 i nast.; F. Longchamps de Berier, *Common law a dekodfikacji i globalizacja prawa*, [w:] F. Longchamps de Berier (red.), *Dekodfikacja prawa prywatnego...*, s. 19 i nast.; W. Dajczak, *Współczesne wyzwania prawa rzymskiego*, [w:] F. Longchamps de Berier, T. Giaro, F. Longchamps de Berier, *Prawo rzymskie. U podstaw...*, s. 604; F. Longchamps de Berier A. Parise, L. van Vliet, *Preface*, [w:] A. Parise, L. van Vliet (red.), *Re-De-Co-dification? New Insights on the Codification of Private Law*, Haga 2018, s. VII-IX; L. Górnicki [w:] M. Safjan (red.), *Prawo cywilne...*, s. 104-105.

2.3. Deficyt zaufania

Postępująca globalizacja znacząco i radykalnie wpływa na relacje między ludźmi. Współczesne społeczeństwa odchodzą od stałości i trwałości w kierunku ciągłych zmian, ruchu, braku przywiązania do czegokolwiek i bez możliwości osiągnięcia celu. Cechuje je tymczasowość¹⁴. Fizyczny dystans między podmiotami (brak możliwości bezpośredniego uzyskania informacji lub uzyskiwanie ich przy udziale nie zawsze bezstronnych mediów), różnorodność kulturowa (pluralizm kulturowy) i brak kontekstu lokalnego powodują wzrost anonimowości i bezosobowości. Nie tylko one, lecz także nasilający się konsumpcjonizm i gloryfikowanie indywidualizacji jednostek (hiperindywidualizm) utrudniają ocenę wiarygodności podmiotów społecznych, wpływając na szerzący się brak zaufania między nimi¹⁵. Dynamiczna nowoczesność (zmiennność) wraz z globalizacją powodują, że kulturę współczesnego społeczeństwa określa się mianem kultury ryzyka. Pojawiające się wraz z przemianami cywilizacyjnymi nowe rodzaje ryzyka ograniczają zaufanie w obrocie prywatnoprawnym, w tym – w procesie zawierania umów. Takie działanie jest sprzeczne z ideą stworzenia prawidłowo funkcjonującego rynku wewnętrznego dążącego do zapewnienia wyższego wzrostu gospodarczego¹⁶.

2.4. Masowość obrotu handlowego

Rozpoczęta w XVIII w. w Anglii rewolucja przemysłowa znacząco wpłynęła na kształtowanie się nowej gospodarki, społeczeństw i ładów politycznych na świecie, czego skutki obserwujemy również współcześnie¹⁷. Rozwijająca się na ogromną skalę seryjna produkcja oraz upowszechnienie się świadczenia usług dla anonimowych odbiorców spowodowały masowość zawierania umów. Z czasem wytworzyła się praktyka posługiwania się przez przedsiębiorców szablonami umów. Nie dość, że przyspieszało to obrót, to umożliwiło zawieranie wielu umów w krótkim czasie przy obniżeniu kosztów transakcyjnych i większy zysk¹⁸.

Obecnie standaryzacja umów przyczynia się do rozwoju obrotu transgranicznego w skali Unii Europejskiej (lecz też globalnie)¹⁹. Patrząc przez pryzmat ekonomicznych korzyści, wskazuje się, że dzięki obowiązywaniu jednakowych wzorów formularzy we wszystkich państwach konsumenci mają dostęp do dokładnej informacji na ich temat²⁰. Mogą też w łatwy i przejrzysty sposób porównać umowy proponowane przez konkurujących ze sobą przedsiębiorców, w tym zwłaszcza – w cyfrowym świecie²¹.

Podkreśla się przy tym znaczne korzyści dla przedsiębiorców, którzy nie muszą każdorazowo przygotowywać (negocjować) umowy, a jedynie przedstawić gotowy dokument i dołączyć do niego niezbędne (wymagane przepisami prawa) informacje (tzw. obowiązki informacyjne przedsiębiorcy²²).

14 Z. Bauman, *Płynna nowoczesność*, Kraków 2006, s. 6, 176 i nast.

15 P. Machnikowski, *Prawne instrumenty ochrony zaufania przy zawieraniu umowy*, Warszawa 2010, s. 24-25 z odwołaniem się do P. Sztompka, *Trust. Sociological Theory*, Cambridge 1999, s. 11-13 oraz P. Sztompka, *Zaufanie. Fundament społeczeństwa*, Kraków 2007, s. 45, 381 i nast.

16 P. Machnikowski, *Prawne instrumenty...*, s. 22-25 i przywołana tam literatura. Zob. też M.W. Hesselink, *Europejskie prawo umów: kwestia ochrony konsumenta, obywatelstwa czy sprawiedliwości*, „Nowa Europa” 2008, nr 11 (7), s. 220-258; M. Ziętek, *Europejskie prawo konsumenckie jako wyraz technokratycznej koncepcji prawa umów*, [w:] M. Jagielska, E. Rott-Pietrzyk, A. Wiewiórowska-Domagalska (red.), *Kierunki rozwoju europejskiego prawa prywatnego. Wpływ europejskiego prawa konsumenckiego na prawo krajowe*, Warszawa 2012, s. 283.

17 M. Żejmo, *Istota przemian industrialnych w XIX wieku*, „Studia Gdańskie. Wzjęcie i rzeczywistość” 2015, t. XII, s. 169 i nast.

18 M. Bednarek, *Wzorce umów w prawie polskim*, Warszawa 2005, s. 10.

19 Jednym z obserwowanych skutków globalizacji jest oddziaływanie zjawisk spoza Europy na rozwiązania europejskie. Dzieje się to zwłaszcza dzięki powszechności sprzedaży i świadczenia usług. F. Longchamps de Berier, *Common law...*, s. 28.

20 Jest to przejaw globalizacji prawa, tj. procesu odrywania się prawa od państwa. Prowadzi ona do obowiązujących w skali światowej norm i standardów prawnych lub relevantnych praktyk społecznych. Szerzej zob. W. Cyrul, B. Brożek, *Globalny system prawa*, [w:] J. Stelmach (red.), *Studia z filozofii prawa*, t. 2, Kraków 2003, s. 94.

21 E. Wojtaszek-Mik, *Charakter prawny wzorów formularzy informacyjnych w obrocie konsumenckim*, „Przegląd Prawa Handlowego” 2018, nr 8, s. 24.

22 W literaturze zwraca się uwagę, że jest to przejaw ekonomicznego myślenia o konsumencie. Wskazuje się przy tym, że skutkiem zawodności rynku jest brak informacji po stronie konsumenta. Ochrona konsumenta natomiast jest czynnikiem mającym

2.5. Algoritmizacja praktyki kontraktowej

Rozwój techniki w XIX i XX wieku otworzył przed ludzkością niespotykane dotąd możliwości²³. Podobną sytuację obserwujemy współcześnie. Nowe rozwiązania technologiczne, w tym zwłaszcza DLT *blockchain* (lecz także *smart contracts*, *bitcoin*, *token* itd.), stanowią podwaliny nowej, globalnej gospodarki opartej na wiedzy, w tym gospodarki cyfrowej, oderwanej od tradycyjnych gospodarek krajowych²⁴. Technologia wpływa także na dotychczasowe reguły prawne i powoduje ich unowocześnianie²⁵. Nie bez znaczenia jest tu postępująca cyfryzacja prawa i prawodawstwa²⁶.

Powstanie Internetu zrewolucjonizowało nie tylko nawiązywanie kontaktów, sposób pozyskiwania informacji i wymianę korespondencji, która stała się szybsza, lecz także sposób prowadzenia biznesu, w tym zawieranie umów przez przedsiębiorców (międzynarodowe korporacje). Wzrosła szybkość, wydajność i niezawodność przedsiębiorstw, szczególnie międzynarodowych gigantów internetowych (np. Google, Facebook, Amazon, Microsoft itd.), oferujących swoje usługi masowemu odbiorcy (globalnemu i europejskiemu)²⁷.

Przemocny wpływ na instytucję umowy wywierają rozwijające się i coraz bardziej powszechne technologie nowej generacji (*blockchain*), kreujące sferę inteligentnych kontraktów (*smart contracts*) ukierunkowanych na usprawnienie finansowania czy rozproszoną księgowość. Umowy kreatywne (*smart contracts*), określane jako „samowykonujące się umowy cyfrowe, zaszyte w kodzie komputerowym”, same się zawierają, same tworzą swoją treść i same się kontrolują²⁸. Umowy te pełnią istotną funkcję w procesie zawierania umów, powodując jego algoritmizację²⁹.

popudzić popyt, a w efekcie – zapewnić wyższy wzrost gospodarczy. Zob. R. Mańko, *Idee polityczne i prawne a kultura unijnego prawa prywatnego – przyczynek do dalszych badań*, „Miscellanea Historico-Iuridica” 2017, t. XVI, nr 2, s. 86.

23 M. Drapalska-Grochowicz, *Bliskość czy obcość, czyli o relacjach międzyludzkich w dobie nowych technologii*, [w:] S. Tkacz, Z. Tobor (red.), *Prawo a nowe technologie*, Katowice 2019, s. 25 i nast.

24 D. Szostek, *Blockchain a prawo*, Warszawa 2018, s. 8 i nast.

25 Zdaniem niektórych rewolucjonizują je, dzięki czemu umożliwiają realizację koncepcji związanych z utworzeniem (wyodrębnieniem) odrębnego obszaru prawnego (*lex electronica*), a co za tym idzie – wypracowaniem nowych konstrukcji prawnych właściwych wyłącznie dla gospodarki cyfrowej (D. Szostek, *Blockchain...*, s. 17-19 i wskazana tam literatura). Co więcej Internet był do niedawna raczej wsparciem dla tradycyjnej gospodarki i narzędziem komunikowania się, zawierania umów offline. Obecnie sieć umożliwia wykonywanie umów nawet z poziomu telefonu komórkowego czy innego urządzenia mobilnego. Nie zawsze jednak osoba wykonująca umowę ma świadomość dokonania określonej czynności prawnej, w tym zwłaszcza – według prawa innego niż krajowe (tamże, s. 9-11).

26 Cyfryzacja przejawia się obecnie w powszechnej digitalizacji tekstów prawnych, udostępnianiu ich w systemach informatycznych opartych na aktualizowanych na bieżąco bazach danych i opartej na niej tzw. koncepcji programowania prawa. Zob. M. Safjan, *Prawa Polska*, Warszawa 2005, s. 126-127. Jest to, jak twierdzi się w literaturze, jeden z przejawów dekodyfikacji prawa. Zob. F. Longchamps de Bérier, *Myslenie dekodyfikacyjne...*, s. 281; L. Górnicki [w:] M. Safjan (red.), *Prawo cywilne...*, s. 77 i nast. W literaturze prognozuje się, że „uniformizacja i IT będą kształtować usługi prawnicze XXI wieku i wpływać na ich charakter”. R. Susskind, *Koniec świata prawników? Współczesny charakter usług prawniczych*, Warszawa 2010, s. 13. Zob. też W. Szpringer, *Fintech i blockchain – kierunki rozwoju gospodarki cyfrowej*, „Studia Biura Analiz Sejmowych Kancelarii Sejmu” 2019, nr 1, s. 31; J.J. Szczerbowski, *Lex cryptography. Znaczenie prawne umów i jednostek rozliczeniowych opartych na technologii blockchain*, Warszawa 2018, s. 12, 18 i nast.; D. Szostek, *Blockchain...*, s. 17, 113 i nast.; A. Saveljev, *Contract Law 2.0: 'Smart' Contracts as the Beginning of the End of Classic Contract Law*, „Information & Communications Technology Law” 2017, t. 26, nr 2, s. 116-134.

27 P. Żydkowicz, *Przewodnik po smartkontraktach. Czym jest smart contract?*, <https://cyfrowaekonomia.pl/przewodnik-po-smartkontraktach-czym-jest-smart-contract/> [dostęp: 22.04.2020].

28 W.J. Kocot, *Kontrakty kreatywne – nowy rozdział w cyberewolucji prawa umów*, [w:] P. Kostański, P. Podrecki, T. Targosz (red.), *Experientia docet. Księga jubileuszowa ofiarowana pani profesor Elżbiecie Traple*, Warszawa 2017, s. 946-961.

29 W przyszłości umożliwiłoby to powstanie autonomicznego systemu normatywnego uniezależnionego od instytucjonalizowanych ram i uwarunkowań prawnych. Takie rozwiązanie zapewniłoby jednocześnie automatyzm, ale i nieodwracalność akcji zapisanych w postaci algorytmu. Zob. J.J. Szczerbowski, *Lex cryptography...*, s. 14, 19; D. Szostek, *Blockchain...*, s. 120 i nast.; D. Szostek, *Satuczna inteligencja a kody. Czy rozwiązaniem dla uregulowania sztucznej inteligencji jest smart contract i blockchain?*, [w:] L. Lai, M. Świerczyński (red.), *Prawo sztucznej...*, s. 15 i nast.; M. Hulicki, P. Lustofin, *Wykorzystanie koncepcji blockchain w realizacji zobowiązań umownych*, „Człowiek w Cyberprzestrzeni” 2017, nr 1, s. 38-39, 47 i nast.; J. Cieplak, S. Leeftatt, *Smart Contracts: A Smart Way to Automate Performance*, „Georgetown Law Technology Review” 2017, t. 1, nr 2, s. 417 i nast.; S. Grundmann, P. Hacker, *Digital Technology as a Challenge to European Contract Law: From the Existing to the Future Architecture*, „European Review of Contract Law” 2017, t. 13, nr 3, s. 266.

Obserwujemy obecnie dominację i upowszechnienie usług cyfrowych, w tym głównie działalności platform internetowych, których rodzaje, liczba, funkcje i cele są niezwykle zróżnicowane. Konsumenci mają niemal nieograniczony dostęp do zagregowanych tam produktów i usług (transakcyjnych i nietransakcyjnych). Warto odnotować również globalny wzrost konsumpcjonizmu i przeniesienia życia do świata cyfrowego w obrocie prywatnoprawnym. Z wymienionych wyżej względów coraz powszechniej zawiera się umowy poprzez akceptację, czyli tzw. umowy przez przystąpienie, czemu dodatkowo sprzyja transgraniczność obrotu handlowego (zawieranych umów), tj. faktyczny brak granic dla działań w Internecie³⁰.

3. Standaryzacja umowy

3.1. Od umowy jako klasycznego instrumentu regulacji stosunków prywatnoprawnych ku ustandaryzowanej adhezji

Internacjonalizacja i europeizacja prawa prywatnego, w tym przenikanie się europejskich systemów prawnych, oraz procesy technologiczne sprawiają, że konstrukcja umowy zmienia się. Odchodzi ona od kontynentalnego formalizmu i przestaje opierać się na dotychczasowej (rzymskiej) systemowości, a coraz częściej zwraca się ku anglosaskiej praktyce (nabierając jej cech), która ograniczyła formalizm prawa rzymskiego na rzecz pragmatyzmu, empiryzmu i indukcyjności, stając się prawem praktyków³¹.

Biorąc pod uwagę rzeczywistość obrotu (tj. masowość, szybkość, cyfryzację), dostrzec można, że w praktyce coraz częściej klasyczną, negocjowalną umowę, zawieraną w założeniu przez dwie równe strony, zastępuje się umowami (wzorcami, formularzami) wykreowanymi jedynie przez jedną z nich. Przejawia się to w coraz intensywniejszym zawieraniu umów przez przystąpienie (adhezyjnych)³². Odejście od abstrakcyjnego (rzymskiego) podejścia do umowy, opartego na pozytywizmie prawniczym, w kierunku standaryzacji oznacza, że „pole” negocjacji treści umów zawęża się. To samo dzieje się z rolą umowy w obrocie prywatnoprawnym w jej klasycznym rozumieniu, tj. jako sprawnego narzędzia w rękach podmiotów prawnych dbających o własne interesy, działających na zasadzie równości i wzajemnej autonomności, gdzie źródłem zobowiązania są zgodne oświadczenia woli co najmniej dwóch stron, a swoboda kontraktowania staje się iluzoryczna³³.

Krajowa regulacja wzorców umownych, będąca wyrazem „nowej koncepcji legislacyjnej”, jest odpowiedzią na przemiany społeczno-gospodarcze. Dostosowuje się do regulacji unijnych, narzucających wprowadzanie do krajowych porządków prawnych instrumentów z zakresu prawa publicznego (nakazy i zakazy). Są one ukierunkowane na ochronę wspólnego rynku i na pozostające w związku z tym zapewnienie ochrony podmiotom modelowo słabszym, głównie konsumentom na konkurencyjnym rynku europejskim³⁴. Przyjęte rozwiązania (mechanizmy) miały zapewniać ochronę słabszej stronie umowy przed wykorzystywaniem wzorców do wprowadzania postanowień naruszających (w stopniu rażącym) równowagę kontraktową na niekorzyść tej strony³⁵.

30 Platformy internetowe określa się już mianem „nowego kierunku prawa umów”. Zob. M. Pecyna, *Platformy internetowe – nowy kierunek prawa umów*, [w:] Z. Kuniewicz, D. Sokołowska (red.), *Prawo kontraktów*, Warszawa 2017, s. 345-355. Przeobrażenia są jednak szerzej zakrojone – mówi się o rynkach „nowej gospodarki”. Zob. P. Sitarek, *Odpowiedzialność dominującego przedsiębiorcy na rynku nowych technologii – uwagi na tle wyroku SPI z 17.09.2007 r. w sprawie T-201/04 Microsoft Corp. v. Komisji WE*, „Europejski Przegląd Sądowy” 2010, nr 2, s. 45.

31 P. Świącicka, *Kodeks zdemitologizowany...*, s. 40 i przywołana tam literatura; A. Bierć, *Zarys...*, s. 45.

32 Chodzi tu o jednostronnie przygotowane z góry (przed zawarciem umowy) gotowe klauzule umów przeznaczone do wielokrotnego stosowania. Zob. E. Łętowska, *Nieuczciwe klauzule w prawie umów konsumenckich*, Warszawa 2004, s. 2; M. Bednarek [w:] E. Łętowska (red.), *Prawo zobowiązań – część ogólna*, System Prawa Prywatnego, t. 5, Warszawa 2006, s. 541; Z. Radwański, A. Olejniczak, *Zobowiązania – część ogólna*, Warszawa 2005, s. 145-146; M. Jagielska, *Niedozwolone klauzule umowne*, [w:] E. Nowińska, P. Cybula (red.), *Europejskie prawo konsumenckie a prawo polskie*, Zakamycze 2005, s. 57.

33 A. Bierć, *Zarys...*, s. 70.

34 M. Namysłowska, A. Jabłonowska, *Personalizacja oparta na sztucznej inteligencji – nowe wyzwanie dla prawa konsumenckiego*, [w:] L. Lai, M. Świerczyński (red.), *Prawo sztucznej...*, s. 95 i nast.

35 Warto jednak podkreślić, że ochrona konsumenta ma tak naprawdę na celu ochronę wspólnotowego rynku. Zob. R. Mańko, *Idee polityczne i prawne...*, s. 86.

Zawieranie umów przez przystąpienie (za pomocą wzorców, regulaminów) ma wiele zalet, głównie dla przedsiębiorców. Podkreśla się użyteczność tego sposobu, który przez ujednoczenie treści umów zapewnia szybkość, niższe koszty zawarcia umowy, ułatwia prowadzenie wielkich przedsiębiorstw, w tym planowanie działalności, kalkulację ryzyka, kontrolę wewnętrzną³⁶.

Wskutek rozwoju w skali globalnej masowego obrotu i nowych technologii przedsiębiorcy coraz częściej stosują umowy zawierane przez przystąpienie (akceptację). Takie rozwiązanie jest użyteczne i przynosi ekonomiczne efekty. Warto również wspomnieć o wpływie coraz powszechniejszej algorytmizacji procesów kontraktowania. Wszystko to prowadzi do zachwiania równowagi kontraktowej między stronami, zwłaszcza w zakresie treści umowy. Chodzi tu o dysproporcje między prawami a obowiązkami stron, szczególnie wobec występowania zróżnicowanej pozycji ekonomicznej (lecz także informacyjnej, intelektualnej) stron umowy (konsument a przedsiębiorca). Wprawdzie posługiwanie się umowami opartymi na formularzach jest jednym ze sposobów zawierania umów, to jednak w praktyce umowę zawiera się na warunkach przedsiębiorcy bez możliwości negocjacji jej postanowień (co nie sprzyja budowaniu zaufania w ramach kontraktowania). Proponowana przez przedsiębiorcę umowa jest wzorcem opracowanym przez niego, na który konsument nie ma realnego wpływu i możliwości negocjacji (umowy adhezyjne nie podlegają indywidualnym ustaleniom).

Wskutek zawierania umów adhezyjnych dochodzi do sytuacji, w których tradycyjne miejsce uzgodnienia postanowień umowy zajmuje jednostronny dyktat silniejszego ekonomicznie kontrahenta (zrzeszenia kapitału prywatnego), nierzadko powiązanego interesami (ekonomicznymi, finansowymi) z aparatem organizacyjnym państwa. W ten sposób oparta na założeniu równorzędności zasada swobody umów staje się fikcją i obraca się przeciwko jednej ze stron (modelowo słabszej)³⁷.

Co więcej, rozwój i szybkość obrotu w ostatnich czasach powodują, że proponowane umowy (wzorce, regulaminy itd.) są niezwykle obszerne, rozszerzane obowiązkami informacyjnymi nałożonymi na przedsiębiorcę przez ustawodawcę unijnego, a w ślad za nim krajowego (dla ochrony strony modelowo słabszej). Szczegółowo uregulowane przedkontraktowe obowiązki informacyjne mają za zadanie chronić modelowo słabszą stronę. Jednak realnym skutkiem jest sytuacja, w której konsument zawierający umowę otrzymuje do przeanalizowania obszerne, wielostronicowe dokumenty. Rozwijający się, coraz bardziej wyspecjalizowany i złożony obrót prywatnoprawny wymaga często rozległej wiedzy o zawieranych umowach. Rezultatem braku odpowiednich informacji jest dodatkowe osłabienie pozycji konsumenta (wobec przedsiębiorcy), który często nie ma świadomości skutków prawnych zawieranej umowy. Przedstawione przez przedsiębiorcę umowy (regulaminy, wzorce) stanowią więc dla konsumenta raczej „pułapkę braku informacji lub dezinformacji”³⁸ niż jasną i nie budzącą wątpliwości treść umowy, do której w praktyce może on przystąpić na zaproponowanych (niejasnych) warunkach, albo nie zawrzeć jej w ogóle³⁹.

36 E. Wojtaszek-Mik, *Charakter prawny wzorów formularzy...*, s. 24; R. Trzaskowski, *Przesłanki i skutki uznania postanowień wzorca umowy za niedozwolone* (art. 479³⁶ – 479⁴⁵ k.p.c.), „Prawo w Działaniu” 2008, nr 6, s. 195 i nast. oraz wskazana tam literatura.

37 W. Czachórski, A. Brzozowski, M. Safjan, E. Skowrońska-Bocian, *Zobowiązania. Zarys wykładu*, Warszawa 2004, s. 139. Zob. też komentarz do art. 384 k.c.: W. Popiołek [w:] K. Pietrzykowski (red.), *Kodeks cywilny. T. 1. Komentarz do artykułów 1-449¹*, Warszawa 2008, s. 1070. Należy jednak zauważyć, że mimo iż ustawodawstwo unijne, a w ślad za nim prawo krajowe, dąży do zapewnienia ochrony modelowo słabszym stronom umowy, to w sferze stanowienia prawa nie można nie dostrzec coraz silniejszego związania państwa (sfery politycznej) z prywatnymi interesami przedsiębiorców. Proces ten polega na tworzeniu norm prawnych „na zamówienie” globalnych – także europejskich – grup interesu (lobby), które finansują polityków jako twórców norm prawnych. Być może jest to również skutek posługiwania się ekonomiczną analizą prawa w procesie stanowienia prawa. Zob. A. Bierć, *Zarys...*, s. 49, 73; A. Bierć, *Lobbing w prawodawstwie*, „Nauka” 2000, nr 4, s. 172-182; A. Bierć, *Racjonalna procedura prawodawcza jako podstawa dobrego prawa*, [w:] W. Czaplinski (red.), *Prawo w XXI wieku. Księga pamiątkowa 50-lecia Instytutu Nauk Prawnych Polskiej Akademii Nauk*, Warszawa 2006, s. 85 i nast.

38 Jest to biurokratyczna dystrybucja – przypomina umowę, jednak jest tylko niezrozumiałym dokumentem. Zob. E. Łętowska, K. Pawłowski, *O operze i o prawie*, Warszawa 2014, s. 56-59; A. Doliwa, *O istocie i przyszłości umowy...*, s. 85; E. Wojtaszek-Mik, *Charakter prawny wzorów formularzy...*, s. 24.

39 W literaturze spotyka się głosy aprobujące taką sytuację. Wskazują one, że adherent zawsze ma możliwość odmówienia zawarcia umowy, a także zapoznania się z jej treścią i prawo nie ma potrzeby go chronić przed akceptacją warunków kontraktowych, z którymi się nie zapoznał (M. Szkuta, *Inkorporacja wzorców umownych w postaci elektronicznej*, Wrocławskie

Dążenie do obniżania kosztów transakcji przez stosowanie umów adhezyjnych (z wykorzystaniem wzorców, regulaminów) oznacza, że strony porozumiewają się jedynie co do *essentialia negotii* umowy. Elementy umowy w postaci *accidentalialia negotii* i *naturalia negotii*, tj. to co należy lub może należeć do danego typu umowy (możliwa jej treść), uwzględniające gospodarczy i społeczny kontekst znajdują się we wzorcu, który konsument zaakceptował i którego treścią się związał⁴⁰. Przyjęcie takiej konstrukcji tworzenia treści umowy powoduje wypieranie przepisów ustawowych, które tradycyjnie określają jej treść (*accidentalialia* i *naturalia negotii* danego typu umowy). W klasycznej umowie, w przypadku braku uregulowania *accidentalialia* i *naturalia negotii* przez strony, prawa i obowiązki każdej z nich określałyby dyspozytywne przepisy prawa, uwzględniające interesy obydwu stron. W przypadku umów adhezyjnych, w kwestiach nieuregulowanych w umowie zastosowanie znajdują postanowienia wzorca (formularza, regulaminu) sporządzonego przez jedną ze stron i będące przejawem systemowego deficytu regulacji typów umów w k.c.⁴¹ W praktyce coraz częściej zdarzają się jednak sytuacje, w których żaden z elementów kontraktu nie podlega indywidualnemu uzgodnieniu (np. regulaminy platform internetowych itd.), co przy niejednoznaczności i niejasności zawartych w nich postanowień stanowi istotne zagrożenie praw konsumenta (najczęściej jego dóbr osobistych)⁴².

Opisany sposób zawierania umów ma obecnie miejsce szczególnie często w przypadku korzystania z usług platform internetowych, które są przejawem funkcjonowania w ramach społeczności czy gospodarki cyfrowej⁴³. Serwisy internetowe powszechnie oferują usługi na zasadzie *take-it-or-leave-it*. Oznacza to, że użytkownik albo zaakceptuje wszystkie postanowienia przedstawionej mu umowy (wzorca, regulaminu), albo nie będzie mógł korzystać z usługi, a zazwyczaj – z całego pakietu usług⁴⁴. Konsument pozbawiony jest tym samym możliwości negocjacji treści (postanowień) umowy (regulaminu, wzorca), jak to jest w przypadku klasycznej umowy. Przygotowujący umowę (wzorec, regulamin) przedsiębiorca internetowy (profesjonalista) posiada dokładną wiedzę odnośnie wszystkich elementów jej treści, nierzadko przygotowanej przez specjalistyczne kancelarie prawne. Konsument nie posiada najczęściej takiej wiedzy i z reguły zachęcony pozorną darmowością dostępu do usługi (np. serwisu społecznościowego, konta e-mail, miejsca w chmurze obliczeniowej) automatycznie akceptuje wszystkie postanowienia umowne (formularze, regulaminy) zaproponowane przez przedsiębiorcę, przyjmując tym samym warunki przedsiębiorcy⁴⁵.

Poza brakiem możliwości negocjacji treści umów istotne zagrożenie dla strony słabszej stanowi z reguły sposób ich sformułowania: nieczytelny, niejasny, niejednoznaczny, a nawet umożliwiający platformom internetowym dowolną ich interpretację. Z reguły chodzi o nieograniczone przetwarzania

Studia Sądowe” 2014, nr 3, s. 85). Stanowisko takie, jak się wydaje, nie uwzględnia intensywności i standaryzacji współczesnego obrotu, w tym – nasilającego się procesu algorytmizacji zawierania umów.

40 M. Bednarek, *Wzorce umów...*, s. 15-16; W. Dajczak, *Europejska tradycja prawna – od klasyfikacji przez kodyfikację do ograniczeń i niepewności w typologii umów*, [w:] F. Longchamps de Berier (red.), *Dekodfikacja prawa prywatnego w europejskiej...*, s. 77 i nast.; F. Longchamps de Berier, *The Nature of the Contract of Civilian Jurists*, Poznań 2012, s. 96.

41 M. Bednarek, *Wzorce umów...*, s. 16.

42 W literaturze zwracano uwagę, że w przypadku niektórych umów żaden ich element nie zostaje indywidualnie uzgodniony. Jednak dotyczyło to raczej bagatelnych umów dnia powszedniego jak np. umowa przewozu tramwajowego. Zob. C. Zuławska [w:] G. Bieniek (red.), *Komentarz do Kodeksu Cywilnego. Księga trzecia. Zobowiązania*, t. 1, Warszawa 2001, s. 116.

43 M. Pecyna, *Platformy internetowe jako zjawisko ekonomiczne...*, s. 345; M. Jagielska, A. Kunkiel-Kryńska, *Wybór prawa jako klauzula abuzywna w umowach konsumenckich zawieranych przez Internet*, „Internetowy Kwartalnik Antymonopolowy i Regulacyjny” 2016, nr 3(5), s. 30. Zob. też E. Łętowska, *Europejskie prawo umów konsumenckich*, Warszawa 2004; J. Maliszewska-Nienartowicz, *Ewolucja ochrony konsumenta w europejskim prawie wspólnotowym*, Toruń 2004; A. Kunkiel-Kryńska, *Metody harmonizacji prawa konsumenckiego w Unii Europejskiej i ich wpływ na procesy implementacyjne w państwach członkowskich*, Warszawa 2013.

44 Na przykład dostęp do przeglądarki, system obsługujący pocztę itd.

45 Nieodpłatność jest o tyle pozorna, że wprawdzie nie płaci się w potocznym rozumieniu tego słowa, lecz przekazuje się własne dane osobowe, które nader często są przetwarzane w sposób nieograniczony, stając się „nową walutą Internetu”. I. Małobęcka, *Prawna ochrona konsumenta w sieci na przykładzie zagadnienia darmowych usług platform internetowych*, „Internetowy Kwartalnik Antymonopolowy i Regulacyjny” 2017, nr 3, s. 3, 5, 9-10. Zob. też D. Lubasz, *Zasady legalności, przejrzystości i minimalizacji danych w ogólnym rozporządzeniu o ochronie danych osobowych w kontekście sztucznej inteligencji*, [w:] L. Lai, M. Świerzczyński (red.), *Prawo sztucznej...*, s. 173 i nast.

nie danych osobowych, które w dobie społeczeństwa cyfrowego stają się „nową walutą Internetu”. Takie działanie jest naruszeniem ustawowych obowiązków informacyjnych⁴⁶. Pomimo szczegółowych regulacji prawnych organy państwowe nie posiadają odpowiednich instrumentów prawnych pozwalających na skuteczne przeciwdziałanie praktykom gigantów internetowych, których siedziby zazwyczaj znajdują się poza obszarem Unii Europejskiej⁴⁷.

Wskutek masowo zawieranych umów adhezyjnych dotychczasowe *lex contractus*, tworzone przez równorzędne podmioty po osiągnięciu konsensusu, jest wypierane przez prawo gigantów gospodarczych. Przykładowo na gruncie usług cyfrowych mówi się już np. o *lex Google*, *lex Facebook* itd., które – podobnie jak przepisy publicznoprawne (decyzje) – nie podlegają negocjacji. Obowiązują na warunkach i w zakresie przygotowanym przez proferenta (analogicznie jak w przypadku decyzji organu administracyjnego)⁴⁸. W literaturze formułowane są poglądy, że stosowane na szeroką skalę wzorce mogą stanowić przejaw tzw. *stateless law*, tj. prawa tworzonego nawet bez państwa⁴⁹.

Według niektórych opinii standaryzacja obrotu prywatnoprawnego i przemiany na gruncie prawa umów powodują, że umowy utraciły właściwości samoregulacyjne i nie chronią współczesnych konsumentów przed arbitralnym wykorzystywaniem władzy ekonomicznej przez silniejszą stronę. Wobec wzrostu ilości transakcji wymykających się typowym postaciom umów, braku dogmatycznych kryteriów ich oceny oraz obniżenia poziomu zaufania w obrocie, w sferze teoretycznoprawnej zyskuje znaczenie zagadnienie ochrony uzasadnionych oczekiwań (korzyści) wierzyciela w procesie zawierania umów. Jest to jeden z elementów odejścia od tradycyjnej klasyfikacji umów w kierunku porządkowania transakcji w prawie przez operowanie kryteriami ich sensu ekonomicznego⁵⁰.

46 Przykładowo udzielenie zgody na przyznanie bezwarunkowej licencji na wykorzystanie materiałów użytkownika. Szerzej w tej sprawie zob. I. Małobęcka, *Prawna ochrona konsumenta w sieci...*, s. 5, 9-10.

47 Chodzi tu też o tzw. raje podatkowe, w których stosuje się sprzyjającą przedsiębiorcom księgowość oraz tzw. optymalizację podatkową.

48 W erze globalizacji, cyfryzacji i powszechnej działalności platform internetowych nie jest to zjawisko nieznane. Stanowi ono przedmiot zainteresowania Komisji Europejskiej i TSUE. Organy te zajmują się sprawami dotyczącymi zazwyczaj nadużycia dominującej pozycji na rynku nowej technologii przez gigantów internetowych takich jak Google, Microsoft. Platformy te oferują cyfrowe infrastruktury do różnego rodzaju działalności (handel, reklama) czy umożliwiają interakcje społeczne, jednak z naruszeniami praw do znaku towarowego czy przetwarzania danych osobowych konsumentów. Szerzej zob. np. A. Szmigielski, *Faworyzowanie własnych produktów lub usług przez dominujące platformy internetowe zintegrowane pionowo jako dyskryminacyjne nadużycie pozycji dominującej*, „Internetowy Kwartalnik Antymonopolowy i Regulacyjny” 2018, nr 8, s. 29-49; A. Szmigielski, *Nowe formy nadużycia pozycji dominującej w świetle zasady pewności prawa – rozważania na kanwie sprawy Google Search*, „Europejski Przegląd Sądowy” 2019, nr 10, s. 27-33; P. Sitarek, *Odpowiedzialność dominującego przedsiębiorcy na rynku nowych technologii – uwagi na tle wyroku SPI z 17.09.2007 r. w sprawie T-201/04 Microsoft Corp. v. Komisja WE*, „Europejski Przegląd Sądowy” 2010, nr 2, s. 41-48; K. Kohutek, *Rynki wyszukiwarek internetowych a zarzut nadużycia pozycji dominującej (na tle unijnej sprawy przeciwko Google)*, „Europejski Przegląd Sądowy” 2014, nr 10, s. 33-39; K. Sztobryn, *Naruszenie do znaku towarowego użytego przez reklamodawcę jako słowo kluczowe w wyszukiwarce internetowej – analiza w świetle orzecznictwa TS*, „Europejski Przegląd Sądowy” 2012, nr 9, s. 34-41. W UE podejmowane są również prace nad stworzeniem ram prawnych regulujących zasady funkcjonowania platform internetowych. Zob. komunikat Komisji do Parlamentu Europejskiego, Rady, Europejskiego Komitetu Ekonomiczno-Społecznego i Komitetu Regionów. Platformy internetowe i jednolity rynek cyfrowy. Szanse i wyzwania dla Europy [SWD(2016) 172 final], Bruksela 25.05.2016, COM(2016)288 final, <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PL/TXT/PDF/?uri=CELEX:52016GD0288&from=BG> [dostęp: 1.12.2020] oraz dokument towarzyszący temu komunikatowi – Annexes to COM(2016)288, Communication on Online Platforms and the Digital Single Market, Opportunities and Challenges for Europe, COM(2016) 288), <https://www.eumonitor.eu/9353000/1/j9vvik7m1c3gyxp/vk4l7qztimy6> [dostęp: 1.12.2020].

49 Zob. w tej sprawie Z. Baumann, *Postmodern Ethics*, Oxford-Cambridge 1993, s. 139.

50 Z. Radwański, K. Mularski [w:] Z. Radwański (red.), *Prawo cywilne – część ogólna*, System Prawa Prywatnego, t. 2, Warszawa 2019, s. 36 i nast.; Z. Radwański, *Teoria umów*, Warszawa 1977, s. 46 i nast.; A. Jędrzejewska, *Koncepcja oświadczenia woli w prawie cywilnym*, Warszawa 1992, s. 174 i nast.; A. Doliwa, *O istocie i przyszłości umowy...*, s. 78 i nast.; J. Mazurkiewicz, *„Wszystko na sprzedaż!” Prawo umów wobec mizerii moralnej współczesnego Zachodu*, [w:] Z. Kuniewicz, D. Sokołowska (red.), *Prawo kontraktów*, Warszawa 2017, s. 302-317; W. Dajczak, *Amerykańska zapowiedź „śmierci umowy”...*, s. 95 i nast.; W. Dajczak, *Europejska tradycja prawna...*, s. 94.

W literaturze rozważa się odejście od utrzymywania dotychczasowej typologii (klasyfikacji) umów w kierunku porządkowania transakcji (sytuacji transakcyjnych) według kryterium ich sensu ekonomicznego. Szerzej zob. W. Dajczak, *Europejska tradycja prawna...*, s. 94-95; P. Machnikowski, *Prawo zobowiązań...*, s. 388.

3.2. Ochrona zaufania jako kierunek interpretacji umowy

U aksjologicznych podstaw prawa zobowiązań leżą ochrona interesów jednostek dokonujących czynności prawnych (zawierających umowy), zasada bezpieczeństwa obrotu (autonomii woli) oraz zasada uczciwości i ochrony zaufania w obrocie prawnym⁵¹.

Obok współczesnych przemian społeczno-gospodarczych, masowości i elektronizacji obrotu prawnoprawnego przemianom podlegają również stosunki społeczne (tzw. płynne społeczeństwo)⁵², co powoduje wzrost ryzyka związanego z kontraktowaniem. Z kolei wraz ze wzrostem tych ryzyk maleje zaufanie podmiotów przy zawieraniu umów, które przy wymianie dóbr (korzyści) daje pozytywny efekt gospodarczy, wpływając na rozwój ekonomiczny państwa i konkurencyjność gospodarki narodowej⁵³.

Rozwój gospodarki opartej na wiedzy, w tym gospodarki cyfrowej, uwzględniającej zwłaszcza szybkość i efektywność ekonomiczną zawieranych transakcji powoduje, że na gruncie teoretycznoprawnym ewolucji podlega spojrzenie na umowę, co dokonuje się poprzez jej obiektywizację. Aby zapewnić sprawiedliwość, uczciwość i równowagę kontraktową pomiędzy stronami umowy, w tym zwłaszcza ochronę słabszej strony, odpowiedzialność kontraktowa kształtowana jest przez odnoszenie się do praktycznie rozumianych usprawiedliwionych oczekiwań wierzyciela z chwili zawarcia umowy (ochrona zaufania w procesie zawierania umowy)⁵⁴.

Według nowego spojrzenia odpowiedzialność kontraktową można ocenić – tak, jak do tej pory – na podstawie treści oświadczeń stron i ustawy. Przy tym w coraz większym zakresie bierze się pod uwagę usprawiedliwione oczekiwania wierzyciela (ochrona uzasadnionego zaufania) wynikające w szczególności z natury umowy, tj. jej ekonomicznego otoczenia⁵⁵. Uwzględnia się zatem społeczny (i gospodarczy) kontekst umowy, gdyż konstruowanie ogólnego pojęcia (teorii) umowy, wyizolowane z elastycznych i dynamicznych realiów społeczno-gospodarczych, spowodowałoby znaczne ograniczenie ochrony prawnej, w szczególności w kwestii oczekiwań nieobjętych oświadczeniami stron (dotychczas tzw. możliwa treść umowy)⁵⁶. Dlatego w zakresie środków ochrony wierzyciela w razie naruszenia zobowiązania odchodzi się od ochrony woli (oświadczeń woli) do zastąpienia dotychczasowego dbania o to, co zaplanowano w umowie (treści umowy) elastyczną formułą, nakazującą spełnić to, czego wierzyciel mógł w sposób usprawiedliwiony oczekiwać przy powstaniu zobowiązania⁵⁷. Chodzi więc o ochronę zaufania do oświadczeń i oczekiwanych przez wierzyciela korzyści (czynność prawna nie jest odizolowana od kontekstu społecznego i uwzględnia ekonomiczną i intelektualną nierówność podmiotów). Oznacza to odejście od dualistycznej koncepcji oświadczenia woli na rzecz zobiektywizowanych jej wersji i uznania go za akt społecznej komunikacji, a nie realnie przeżywany akt woli. Za najodpowiedniejszą dla właściwej oceny charakteru prawnego oświadczeń woli składanych automatycznie, w tym w odniesieniu do umów adhezyjnych, uznać należy obiektywną koncepcję oświadczenia opartą na teorii zaufania czy uzasadnionych oczekiwaniach⁵⁸. Jednocześnie należy zauważyć, że przyjęcie „społecznej

51 R. Longchamps de Bériet, *Zasady kodeksu zobowiązań*, „Ruch Prawniczy, Ekonomiczny i Socjologiczny” 1934, nr 1, s. 77 i nast.; A. Bierć, *Zarys...*, s. 104, 139; M. Wilejczyk, *Zagadnienia etyczne części ogólnej prawa cywilnego*, Warszawa 2014, s. 65 i nast.; B. Kaczorowska, *Znaczenie klauzul generalnych prawa prywatnego a algorytmizacja praktyki kontraktowej*, [w:] L. Lai, M. Świerczyński (red.), *Prawo sztucznej...*, s. 81 i nast.

52 Z. Bauman, *Płynna nowoczesność...*, s. 6 i nast.

53 P. Machnikowski, *Prawne instrumenty...*, s. 19.

54 Tamże, s. 79 i nast.; W. Dajczak, *Amerykańska zapowiedź...*, s. 91 i nast.

55 W. Dajczak, *Europejska tradycja prawna...*, s. 95.

56 W. Dajczak, *Amerykańska zapowiedź...*, s. 91 z odwołaniem się do I.R. Macneil, *The Relational Theory of Contracts*, [w:] D. Campbell (red.), *Selected Works of Ian Macneil*, London 2001, s. 4; W. Dajczak, *Europejska tradycja prawna...*, s. 79.

57 Pod wpływem pragmatycznych rozwiązań amerykańskich w literaturze postuluje się, aby zamiast statycznego koncentrowania się na zobiektywizowanej treści oświadczeń stron brać pod uwagę elastyczne i dynamiczne określanie skutków prawnych transakcji wynikające z uwzględnienia jej realnego kontekstu. W. Dajczak, *Amerykańska zapowiedź...*, s. 92.

58 Zob. W.J. Kocot, *Kontrakty kreatywne...*, s. 946 i nast.; J. Janowski, *Kontrakty elektroniczne w obrocie prawnym*, Warszawa 2008, s. 98, 140; W.J. Kocot, *Wpływ Internetu na prawo umów*, Warszawa 2004, s. 65, 91 i nast.; Z. Radwański [w:] Z. Radwański (red.), *Prawo cywilne...*, s. X – § 30, nb 72; H. Köhler, *BGB. Allgemeiner Teil*, Monachium 2003, s. 59, nb 8; W. Dajczak, *Amerykańska zapowiedź...*, s. 97, 99-100; P. Machnikowski, *Prawne instrumenty...*, s. 17 i nast.

konstrukcji czynności prawnej” w praktyce oznacza szerszą ingerencję ustawodawcy i jurysprudencji w treść czynności prawnych (umów)⁵⁹. Wiąże się to z uwzględnianiem przesłanki odpowiedzialności szerszej niż tylko pod kątem treści oświadczeń woli i w konsekwencji ochrony strony modelowo słabszej. Ochrona ta miałaby się dokonać na podstawie rekonstrukcji usprawiedliwionych oczekiwań wierzyciela z czasu powstania zobowiązania w sytuacji występowania zróżnicowanej pozycji ekonomicznej stron umowy⁶⁰. Dlatego w czasach masowego obrotu, powszechnego konsumpcjonizmu, europeizacji (globalizacji), algorytmizacji zawieranych umów reguła równorzędności podmiotów staje się fikcją nie tylko w wymiarze ekonomicznym, lecz także jurydycznym. Aksjologicznie wydaje się więc uzasadnione coraz intensywniejsze wkraczanie metody władczej i właściwych jej imperatywnych przepisów (sankcji) na teren zachowań autonomicznych podmiotów prywatnych, aby chronić podmioty słabsze (ale uczciwe) przed dominacją strony silniejszej (ekonomicznie, intelektualnie)⁶¹.

Ingerencja ustawodawcy (unijnego i krajowego) w tradycyjne regulacje prawa prywatnego polega na wprowadzaniu do niego norm o charakterze publicznoprawnym (przy zmniejszeniu zakresu autonomii podmiotów prywatnych). Ma na celu ochronę strony modelowo słabszej (konsumenta) oraz kontrolę praw i obowiązków dla zapewnienia względnej równości stron. Na gruncie prawa umów przejawia się to w postaci kontroli wzorców pod kątem zawierania tzw. klauzul abuzywnych⁶².

Zachodzące transformacje przyczyniają się do usprawnienia i standaryzacji obrotu, lecz nierzadko z naruszeniem równorzędności podmiotów. Działając na rzecz ochrony bezpieczeństwa i ładu społecznego (dobra wspólnego, interesu ogółu), ogranicza się (zawęża) swobodę umów (autonomię prywatną). Autonomia prywatna w połączeniu z niewładczą metodą regulacji relacji w sferze partykularnych interesów podmiotów prywatnych tradycyjnie stanowiła podstawę tzw. samoregulacji swoich praw przez te podmioty w granicach dozwolonych przez ustawodawcę. Tym samym zmniejsza się sfera, w której regulatorem życia społecznego jest prawo prywatne⁶³.

Podójście takie znane jest od dawna w części prawa UE o charakterze *soft law* i w prawie angielskim, francuskim. Szerzej zob. W. J. Kocot, *Wpływ Internetu...*, s. 946 i nast.; J. Rajski, *Wykładnia kontraktów w świetle zasad europejskiego prawa kontraktów*, [w:] A. Calus, *Studia z prawa prywatnego gospodarczego. Księga pamiątkowa ku czci prof. Ireneusza Weissa*, Kraków 2003; M. Romanowski, *Ogólne reguły wykładni kontraktów w świetle zasad europejskiego prawa kontraktów a reguły wykładni umów w prawie polskim*, „Przegląd Prawa Handlowego” 2004, nr 8, s. 11-18; M. Romanowski, *Szczegółowe reguły wykładni kontraktów w świetle zasad europejskiego prawa kontraktów a reguły wykładni umów w prawie polskim*, „Przegląd Prawa Handlowego” 2004, nr 9, s. 12-18. Zagadnienie ochrony zaufania oczekiwanych przez odbiorcę (wierzyciela) korzyści znane jest w państwach skandynawskich w związku z funkcjonowaniem koncepcji państwa dobrobytu, która była efektem sprzeciwu wobec niekorzystnych zjawisk towarzyszących gospodarce wolnorynkowej w XIX i XX w. Etyczną podstawę koncepcji państwa dobrobytu stanowił ideał sprawiedliwości społecznej, w tym zasady sprawiedliwego podziału bogactwa i równości szans. Państwo stało się odpowiedzialne za zapewnienie ekonomicznego i społecznego dobrobytu obywateli. T. Przybyciński, *Etyczne i ekonomiczne aspekty państwa dobrobytu*, „Annales. Etyka w Życiu Gospodarczym” 2016, t. 19, nr 3, s. 27, 29. Prawo człowieka do szczęścia istniało już w filozofii starożytnej Grecji, (Arystoteles i eudajmonia – życiowy rozkwit). Zob. K. Cikała-Kaszowska, *Ponowoczesna koncepcja szczęścia*, „Logos i Ethos” 2016 (40), nr spec. 1, s. 63-75.

59 A. Bierć, *Zarys...*, s. 589.

60 Tamże, s. 589.

61 J. Mazurkiewicz, „*Wszystko na sprzedaż!*...”, s. 304 i nast.; Z. Radwański, *Prawo cywilne – część ogólna*, Warszawa 2007, s. 152.

62 Dyrektywa Rady 93/13/EWG w sprawie nieuczciwych warunków w umowach konsumenckich, Dz. Urz. UE L 95 z 21.04.1993 r., s. 29. Zob. też M. Skory, *Klauzule abuzywne – zastosowanie przepisów Dyrektywy 93/13 w Polsce i wybranych krajach Unii Europejskiej (Niemcy, Anglia, Francja, Czechy, Słowacja, Węgry)*, Warszawa 2007.

63 A. Doliwa, *O istocie i przyszłości umowy...*, s. 85; A. Bierć, *Zarys...*, s. 55, 69. Więcej na temat funkcji i zasad prawa prywatnego, w szczególności zasady autonomii woli. Szerzej zob. M. Korycka-Zirk, *Teorie zasad prawa a zasada proporcjonalności*, Warszawa 2012; G. Maroń, *Zasady prawa jako składnik kultury prawnej*, [w:] O. Nawrot, S. Sykuna, J. Zajadło (red.), *Konwergencja czy dywergencja kultur i systemów prawnych?*, Warszawa 2012; G. Maroń, *Zasady prawa. Pojmowanie i typologie a rola w wykładni prawa i orzecznictwie konstytucyjnym*, Poznań 2011; S. Tkacz, *O zintegrowanej koncepcji zasad prawa w polskim prawoznawstwie (od dogmatyki do teorii)*, Toruń 2014; M. Wilejczyk, *Zagadnienia etyczne...*, dz.cyt.; M. Czepelak, *Autonomia woli w prawie prywatnym międzynarodowym UE*, Warszawa 2015; B. Gnela (red.), *Ustawowe ograniczenia swobody umów. Zagadnienia wybrane*, Warszawa 2010; A. Hanusz, *Zasada autonomii woli stron stosunków cywilnoprawnych w świetle prawa podatkowego*, „Państwo i Prawo” 1998, nr 12, s. 36-51; S. Mana-Walasek, *Korelacja autonomii jednostki z wolnością w świetle orzecznictwa ETPCz*, „Przegląd Prawniczy UW” 2016,

4. Kontrola wzorców umownych

4.1. „Wspomaganie” zasady autonomii woli jako przejaw ochrony uzasadnionego zaufania

Kształtowanie treści umowy (praw i obowiązków konsumenta) przez jedną, z reguły silniejszą ekonomicznie stronę (przedsiębiorcę) uważa się za sprzeczne z zasadami współżycia społecznego (normami moralnymi) i z usprawiedliwionymi oczekiwaniami wierzyciela⁶⁴. Prowadzi to do nadmiernego uzależnienia jednej strony od drugiej lub wyłączenia ekwiwalentności świadczeń (w sposób sprzeczny z dobrymi obyczajami). Takie działanie zachodzi zwłaszcza w sytuacji, gdy postanowienia umowne nie były indywidualnie uzgadniane z konsumentem (brak negocjacji)⁶⁵.

Zapewnienie równouprawnienia stron umowy stanowi na gruncie prawa Unii Europejskiej istotny element polityki ochrony praw konsumenta, przewidujący szczególne regulacje w tym zakresie⁶⁶. Ekwiwalencja stron umowy ma się objawiać głównie w niedopuszczeniu do nakładania na konsumentów nadmiernych obciążeń lub w przyznaniu profesjonalście uprawnień stawiających go w wysoco uprzywilejowanej wobec konsumenta pozycji⁶⁷.

Krajowe prawo prywatne reguluje obrót prywatnoprawny tradycyjnie, tj. w duchu kontynentalnej jedności etyki i prawa, dążąc do łączenia sprawiedliwości z efektywnością. Jednak współcześnie, w dobie globalizacji oraz zmieniających się niezwykle dynamicznie realiów społeczno-ekonomicznych i technologicznych, priorytetem staje się zwłaszcza ekonomiczna efektywność umowy. Stąd na gruncie teoretycznoprawnym poszukuje się reguł służących zachowaniu równowagi (proporcjonalności) między zapewnieniem ochrony prawnej podmiotom prywatnym, ich zysków (korzyści), a racjonalnością społeczną (komunikacyjną). Zakłada ona, że większe korzyści przynosi wszystkim współpraca oparta na wzajemnym zaufaniu, uwzględniająca etykę społeczną (kapitał społeczny) i uzasadnione oczekiwania⁶⁸.

Umowa (swoboda umów), jako wspólna czynność prawna stron służy realizacji zasady autonomii w obrocie prywatnoprawnym, pozostającej w ścisłym związku z zasadą bezpieczeństwa obrotu prawnego i z zasadą sprawiedliwości. W czasach współczesnych przemian w obrocie masowym z udziałem

nr 2, s. 461-478; B. Lewaszkiewicz-Petrykowska, *Autonomia woli stron a zakres odpowiedzialności ex contractu (kilka refleksji)*, [w:] A. Brzozowski, W. Kocot, K. Michałowski (red.), *W kierunku europeizacji prawa prywatnego. Księga pamiątkowa dedykowana profesorowi J. Rajskiemu*, Warszawa 2007; P. Machnikowski, *Swoboda umów według art. 353¹ k.c. Konstrukcja prawna*, Warszawa 2005; P. Machnikowski, *Zasada swobody umów jako problem kodyfikacyjny*, [w:] M. Sawczuk (red.), *Czterdzieści lat kodeksu cywilnego. Materiały z Ogólnopolskiego Zjazdu Cywilistów w Rzeszowie (8-10 października 2004 r.)*, Kraków 2006, s. 211-234; M. Olechowski, *Porządek publiczny jako ograniczenie swobody umów*, „Państwo i Prawo” 1999, nr 4, s. 60-72; M. Pazdan, *Autonomia woli w prawie prywatnym międzynarodowym – aktualne tendencje*, [w:] M. Pazdan, W. Popiołek, E. Rott-Pietrzyk, M. Szpunar (red.), *Europeizacja prawa prywatnego*, t. 2, Warszawa 2008, s. 139-152; J. Podkowik, *Wolność umów i jej ograniczenia*, Warszawa 2015, s. 139-152; M. Safjan, *Efekt horyzontalny praw podstawowych w prawie prywatnym: autonomia woli a zasada równego traktowania*, „Kwartalnik Prawa Prywatnego” 2009, nr 2, s. 297-356; T. Sokolowski, *Swoboda intercyzy. Zakres małżeńskich umów ustrojów majątkowych*, Warszawa 2013; R. Świrgoń-Skok, *Swoboda dysponowania majątkiem na wypadek śmierci w ujęciu historycznym*, [w:] M. Pecyna, J. Piliński, M. Podreka (red.), *Rozprawy cywilistyczne. Księga pamiątkowa dedykowana prof. E. Drozdowi*, Warszawa 2013, s. 527-538; M. Tarska, *Zakres swobody umów w spółkach handlowych*, Warszawa 2012; E. Traple, *Ochrona słabszej strony umowy a kontrola treści umowy ze względu na przekroczenie granic swobody umów i sposób zawarcia umowy*, „Kwartalnik Prawa Prywatnego” 1997, nr 2, s. 227-248; R. Trzaskowski, *Granice swobody kształtowania treści i celu umów obligacyjnych (art. 353¹ k.c.)*, Kraków 2005.

64 W. Czachórski, A. Brzozowski, M. Safjan, E. Skowrońska-Bocian, *Zobowiązania. Zarys wykładu*, Warszawa 2004, s. 138-139. Silniejsza pozycja przedsiębiorcy wobec kontrahenta może polegać bądź to na lepszym rozpoznaniu sensu zawieranej umowy, jej konsekwencji prawnych i faktycznych (płaszczyzna intelektualna), bądź też na dominacji na rynku w danym zakresie obrotu prawnego. Skutkiem może być faktyczne pozbawienie kontrahenta potrzebnego mu dobra lub usługi, jeżeli nie zaakceptuje zaproponowanego wzorca (płaszczyzna ekonomiczna). Zob. A. Bierć, *Zarys...*, s. 615.

65 Tamże.

66 J. Moskała, *Eliminacja klauzul abuzywnych z polskiego obrotu gospodarczego*, „Glosa” 2006, nr 4, s. 59.

67 Tamże.

68 Do sprawiedliwości jako słuszności o zabarwieniu moralnym (etycznym) odwołuje się także UE w prawie modelowym. Zob. M. Wilejczyk, *Zasady DCFR na tle polskiego prawa prywatnego*, „Państwo i Prawo” 2018, nr 1, s. 51-65.

konsumentów powszechnie występuje zawieranie umów przez przystąpienie, a w rzeczywistości narzucanie drugiej stronie umowy jej warunków (treści) – w duchu zasady użyteczności⁶⁹. Zasada autonomii obecnie także podlega przemianom, które polegają na jej wspomaganie, tj. na interwencji ustawodawcy i wprowadzaniu do prawa prywatnego regulacji o charakterze publicznoprawnym w celu skuteczniejszej ochrony modelowo słabszych uczestników obrotu prywatnoprawnego (konsumentów) przed dominacją strony silniejszej⁷⁰.

Wspomaganie zasady autonomii woli odbywa się z proporcjonalnym uwzględnieniem zasady bezpieczeństwa obrotu prawnego. Stanowi ona fundament współczesnych konstrukcji prawnych i jest ukierunkowana na ochronę uzasadnionego zaufania, tj. uczciwego i lojalnego postępowania w obrocie prywatnoprawnym, oraz na zakaz naruszania etycznych reguł w obrocie w celu ochrony równowagi rynkowej⁷¹.

Na gruncie prawa umów, w tym zwłaszcza umów adhezyjnych, kładzie się nacisk na ochronę dobrej wiary konsumenta i zasad uczciwości w obrocie. Zasada ochrony zaufania przejawia się w:

- 1) przyjęciu zasady *interpretatio contra oponentum* (art. 385 § 2 k.c.), tj. odstąpieniu od ogólnej reguły wykładni oświadczeń woli stron umowy (art. 65 § 2 k.c.);
- 2) określeniu konsekwencji wynikających z istnienia klauzul niedozwolonych (art. 385 § 1 k.c.) w oderwaniu od reguł przyjętych w art. 58 i art. 353 § 1 oraz art. 388 k.c.;
- 3) szerszej ujętej podstawie odstąpienia od umowy niż w obrocie powszechnym (w razie sprzedaży na odległość);
- 4) szerszej zakrojonej ochronie konsumenta w wypadku wad rzeczy sprzedanej (tzw. rękojmia konsumentka)⁷².

4.2. W poszukiwaniu skutecznej i efektywnej kontroli wzorców umownych

Na gruncie prawa krajowego wzorce umów podlegają kontroli administracyjno-sądowej pod kątem przestrzegania zasady słuszności. W szczególności ustala się, czy nie jest nadużywana silniejsza pozycja profesjonalisty w stosunku do modelowo słabszej strony, tj. czy nie narzuca się konsumentom uciążliwych warunków, a zwłaszcza czy nie przerzuca się na nich całego ryzyka umowy⁷³. Obowiązujące regulacje, inspirowane przez ustawodawcę unijnego, zostały podjęte w celu implementacji dyrektywy Rady 93/13/EWG w sprawie nieuczciwych warunków w umowach konsumenckich i miały na celu zapewnienie rzeczywistej równowagi kontraktowej w obrocie konsumenckim⁷⁴.

Kontrola wzorców umów w obrocie z udziałem konsumentów może być dwojakiego rodzaju. Może być prowadzona jako kontrola incydentalna (indywidualna) w razie sporu konsumenta z przedsiębiorcą. Polega wówczas na zbadaniu treści konkretnego stosunku prawnego przez sąd powszechny z punktu widzenia ochrony indywidualnych interesów konsumenta. Natomiast kontroli abstrakcyjnej w interesie publicznym dokonuje prezes Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów (UOKiK). Ma ona na celu wykazanie, że klauzula jako abuzywna godzi w równowagę kontraktową stron i powoduje niesprawiedliwą dysproporcję

69 R. Trzaskowski, *Przestanki i skutki...*, s. 195.

70 Szerzej zob. M. Wilejczyk, *Zagadnienia etyczne...* dz.cyt.; J. Kaczor, *Zasada autonomii woli w świetle filozofii liberalnej*, „Ruch Prawniczy Ekonomiczny i Socjologiczny” 2001, nr 1-2, s. 1-25; M. Safjan [w:] Z. Radwański (red.), *Prawo cywilne...*, s. 389 i nast.

71 Bez ingerencji ustawodawcy (reglamentacji prawnej) samoregulujący się w pełni rynek oparty wyłącznie na normach moralnych jest raczej ekonomiczną utopią. A. Bierć, *Zarys...*, s. 91.

72 Tamże, s. 93; W. Popiołek [w:] K. Pietrzykowski (red.), *Kodeks cywilny...*, s. 1090 i nast.; zob. też komentarze do art. 385 § 1 k.c.: R. Trzaskowski [w:] J. Gudowski (red.), *Kodeks cywilny. Komentarz. Zobowiązania. Część ogólna*, t. 3, Warszawa 2018, LEX; A. Olejniczak [w:] A. Kidyba (red.), *Kodeks cywilny. Komentarz. Zobowiązania. Część ogólna*, t. 3, Warszawa 2014, LEX. Szerzej na temat zasady bezpieczeństwa obrotu prywatnoprawnego zob. B. Brożek, *Pewność prawa jako stabilność strukturalna*, „Forum Prawnicze” 2011, nr 6, s. 23-29; P. Machnikowski, *Prawne instrumenty ochrony zaufania...* dz. cyt.; J. Stelmach, *Czy interpretacja prawnicza może być gwarantem pewności prawa?*, „Forum Prawnicze” 2011, nr 6, s. 17-22.

73 W. Czachórski, A. Brzozowski, M. Safjan, E. Skowrońska-Bocian, *Zobowiązania...*, s. 167.

74 Zob. P. Skorupa, *Nieważność czynności prawnej w prawie polskim na tle prawnoporównawczym*, Warszawa 2019, s. 644.

praw i obowiązków umownych na niekorzyść konsumentów. Na zakończenie postępowania w ramach kontroli abstrakcyjnej prezes UOKiK wydaje decyzję administracyjną. Odnosi ona skutek w stosunku do konkretnego przedsiębiorcy oraz konsumentów, którzy zawarli z tym przedsiębiorcą umowę z użyciem wzorca wskazanego w decyzji⁷⁵. Kontrola abstrakcyjna ma szeroki zakres: obejmuje kontrolę możliwości zapoznania się przez konsumenta z treścią wzorca (inkorporacja wzorca), a także weryfikację postanowień zawartych we wzorcu umów pod kątem klauzul niedozwolonych (abuzywnych). Decyzja prezesa UOKiK, potwierdzona ewentualnym wyrokiem o uznaniu postanowienia wzorca za niedozwolony⁷⁶, „obala domniemanie nieabuzywności” tych postanowień (klauzul), a klauzule abuzywne, jako rażąco naruszające interesy konsumenta, nie wiążą z mocy prawa⁷⁷. Praktyka pokazuje, że obydwa rodzaje kontroli nie są efektywne⁷⁸. Na miejsce zakwestionowanych przez prezesa UOKiK i SOKiK klauzul pojawiają się nowe, ludzko podobne do uznanych za abuzywne⁷⁹.

Wątpliwości budzi samo rozumienie sankcji abuzywności, a zwłaszcza jej wpływu na ważność reszty umowy, dopuszczalność modyfikacji czy reformatorycznej zmiany klauzuli abuzywnej przez sąd na korzyść konsumenta. W literaturze podkreśla się, że istotne znaczenie ma tu zapobieganie nieważności przez uzupełnianie umowy konsumenckiej oraz w jakim trybie mogłoby to nastąpić⁸⁰.

Przemiany społeczno-gospodarcze, rozwiązania prawa europejskiego oraz coraz silniejsze oddziaływanie na prawo kontynentalne tradycji *common law* otwartej na prawotwórczą rolę sądów – wywołują ewolucję umów. Zmianie podlega również współczesny mechanizm kontroli legalizmu w obrocie prywatnoprawnym, zwłaszcza w regulacjach prawnych ukierunkowanych na zapewnienie słuszności i niedyskryminacji, przejawiających się w silniejszej ochronie słabszej strony umów.

W toczących się na tym tle dyskusjach doktrynalnych wskazuje się na słuszność odejścia od tradycyjnej, sztywnej i dogmatycznej sankcji nieważności czynności prawnej z mocy prawa. Zamiast niej postuluje się stosować skuteczną, elastyczną i adekwatną do naruszenia sankcją wadliwych czynności prawnych. Mogłyby one stanowić podstawę współczesnego mechanizmu kontroli legalizmu w obrocie prywatnoprawnym, w tym w regulacjach prawnych ukierunkowanych na zapewnienie słuszności i niedyskryminacji, zwłaszcza skuteczniejszej ochrony słabszej strony umowy⁸¹.

75 Skutki wyroku działają na rzecz innych osób w indywidualnych sprawach z tym przedsiębiorcą. W razie sporu nie zachodzi konieczność, aby inne osoby musiały wszczynać na nowo postępowanie o uznanie za niedozwolone postanowienia wzorca umowy o tej samej treści normatywnej przeciw temu samemu przedsiębiorcy. Zob. uchwałę SN z 20 listopada 2015 r., III CZP 17/15, OSNK 2016, nr 4, poz. 40.

76 Sądem odwoławczym w tego typu sprawach jest sąd okręgowy w Warszawie (Sąd Ochrony Konkurencji i Konsumentów), od którego wyroku możliwa jest apelacja do sądu apelacyjnego w Warszawie, zaś od wyroku tego sądu przysługuje skarga kasacyjna do Sądu Najwyższego.

77 A. Bieć, *Zarys...*, s. 145. Szerzej zob. M. Bednarek, *Wzorce umów...*, s. 217 i nast.; M. Bednarek, P. Mikłaszewicz [w:] K. Osajda (red.), *Prawo zobowiązań – część ogólna*, System Prawa Prywatnego, t. 5, Warszawa 2019, Legalis, nb. 415. Prawomocna decyzja prezesa UOKiK o abuzywności postanowień wzorca umownego podlega publikacji na stronie internetowej Urzędu. Na gruncie prawa krajowego tzw. inny niż nieważność skutek prawny wadliwej czynności prawnej (art. 58 § 3 k.c.) pozwala obecnie na stosowanie do czynności dotkniętej wadą konwersji czy konwalidacji w drodze wykładni funkcjonalnej instytucji. Jak zaznacza się w literaturze, polski ustawodawca zdaje się podążać za europejskimi rozwiązaniami, próbując sankcję sędziowską o kreatywnym (reformatorycznym) charakterze. Upoważnia ona sędziego do prawotwórczej ingerencji w treść czynności prawnych (umów) pod kontrolą normatywną ustawodawcy. Zob. *Księga pierwsza Kodeksu cywilnego. Projekt z uzasadnieniem. Komisja Kodyfikacyjna Prawa Cywilnego*, Warszawa 2008, s. 107 i nast.; zob. też R. Trzaskowski [w:] P. Machnikowski (red.), *Kodeks cywilny. Księga pierwsza. Część ogólna. Projekt Komisji Kodyfikacyjnej Prawa Cywilnego przyjęty w 2015 r. z objaśnieniami*, Warszawa 2017, s. 120 i nast.

78 W doktrynie, lecz przy tym z odniesieniem do orzecznictwa TSUE, określa się kontrolę nieuczciwych warunków umów jako iluzoryczną i faktycznie bez efektu odstraszania. Zob. P. Skorupa, *Nieważność czynności prawnej...*, s. 646 i nast.

79 Są to np. postanowienia umów kredytowych dotyczące ubezpieczenia niskiego wkładu własnego, postanowienia umów turystycznych ograniczających prawo turysty do reklamacji usług określonych w umowie turystycznej, klauzule waloryzacyjne uprawniające banki do wyznaczania kursu waluty waloryzacji wedle swego uznania itd.

80 P. Skorupa, *Nieważność czynności prawnej...*, s. 642 i nast. Zob. też M. Bławat, K. Pasko, *O zakresie zachowania mocy wiążącej umowy po eliminacji klauzul abuzywnych*, „Transformacje Prawa Prywatnego” 2016, nr 3, s. 5-28; zob. też M. Romanowski, *Życie umowy konsumenckiej...*, s. 35 i nast.

81 W tej sprawie zob. A. Bieć, *Towards normatively limited judicial sanction [structured discretion] as a proportional response to the defectiveness of legal action (contract) in modern legal transactions*, „Studia Prawnicze” 2019, nr 4, s. 7 i nast. oraz szerzej M. Gutowski, *Nieważność czynności prawnej*, Warszawa 2017; P. Skorupa, *Nieważność czynności prawnej...*, dz.cyt.;

Na gruncie teoretycznoprawnym oznaczałoby to, że w przypadku niedozwolonych postanowień umownych ma się do czynienia z normą *sui generis*. Wtedy uznać należy rozwiązanie przewidziane w prawie konsumenckim za specyficzną sankcję właściwą tylko dla tego prawa, której istotą jest brak związania konsumenta przy jednoczesnym związaniu niedozwolonym postanowieniem przedsiębiorcy. Dalej idącym rozwiązaniem byłoby otwarcie kompetencji sędziowskiej do modyfikacji treści umowy konsumenckiej (w ramach ograniczonej i uporządkowanej uznaniowości)⁸². Nie wyklucza się przy tym sankcji bezskuteczności zawieszanej jako najbliższej realizacji celu „braku związania konsumenta”.

5. Quo vadis umowo?

Zachodzące przemiany cywilizacyjne wywierają przemożny wpływ na prawo, w tym umowę jako podstawowy regulator stosunków społecznych w sferze prywatnoprawnej, oparty na zasadzie równości.

Konsumpcjonizm, i powiązane z nim dążenie do osiągania coraz to większych zysków, potęgująca się komplikacja obrotu prawnego, a przy tym wzrastający udział nowoczesnych narzędzi technologicznych przy dokonywaniu czynności prawnych sprawiają, że umowę w jej klasycznej postaci i typach zastępuje się zestandaryzowanymi formularzami (systemowy deficyt regulacji typów umów). Zmniejsza się przy tym zakres swobody umów i autonomiczność woli podmiotów, co skutkuje zmniejszeniem zaufania w obrocie.

W obliczu przemian prawa prywatnego, w tym prawa umów, słusznie zauważa się konieczność elastyczniejszego powiązania umowy (prawa umów) z jej ekonomicznym otoczeniem i usprawiedliwionymi oczekiwaniami stron poprzez odejście od tradycyjnej klasyfikacji umów w kierunku porządkowania transakcji w prawie przez posługiwanie się kryteriami ich sensu ekonomicznego i usprawiedliwionymi oczekiwaniami stron. Miałyby się to stać dzięki przesunięciu punktu ciężkości ze szczególnego prawa zobowiązań umownych na ogólne prawo zobowiązań umownych, gdyż to ogólne reguły (klauzule) są instrumentami prawnymi gwarantującymi swobodę umów i pozwalającymi elastycznie wytyczać jej granice⁸³.

Skutkiem dostrzeżenia przewagi kontraktowej jednej strony umowy nad drugą (asymetria informacyjna i istotne różnice pozycji ekonomicznej) jest wprowadzenie do prawa prywatnego publicznoprawnych mechanizmów ochronnych mających zapewnić równowagę stron, tj. sprawiedliwość umowną. Pod względem aksjologicznym ochrona słabszej modelowo strony, jako realizacja podstawowych wartości i zasad prawa prywatnego, znajduje uzasadnienie i zasługuje na aprobatę. W praktyce jednak jest mało skuteczną i nieefektywną reakcją na praktykę obrotu, ograniczającą zasady prawa prywatnego (swoboda umów, równość stron), a dodatkowo powodującą jego publicyzację, co jest skutkiem wprowadzenia do prawa prywatnego rozwiązań władczych.

Jednocześnie na aprobatę zasługuje zyskująca na znaczeniu konstrukcja sankcji sędziowskiej jako proporcjonalnej i elastycznej reakcji na wadliwość umowy. Pozwala ona w sposób skuteczny i efektywny chronić konsumenta przed dominacją przedsiębiorcy w nowoczesnym obrocie prawnym.

R. Trzaskowski, *Skutki sprzeczności umów obligacyjnych z prawem. W poszukiwaniu sankcji skutecznych i proporcjonalnych*, Warszawa 2013.


82 Szerzej zob. zwłaszcza A. Bierć, *Towards normatively limited judicial sanction...*, s. 7 i nast.; R. Trzaskowski, *Skutki sprzeczności umów obligacyjnych z prawem...*, s. 606 i nast.; J. Pisuliński, *Sankcja zamieszczenia w umowie...*, s. 103 i nast.; M. Łemkowski, *Materiałna ochrona konsumenta*, „Ruch Prawniczy, Ekonomiczny i Socjologiczny” 2002, nr 3, s. 67-96.

83 W. Dajczak, *Europejska tradycja prawna...*, s. 94-95; B. Kaczorowska, *Znaczenie klauzul generalnych prawa...*, s. 81 i nast.

DANE JAKO PRZEDMIOT REGULACJI PRAWNYCH I KONTRAKTOWYCH¹

DOI: 10.5281/zenodo.5576903

dr Marcin Z. Zieliński

 0000-0003-0614-1966

Modele komputerowe nie są magicznymi zaklęciami, które mogą przewidywać świat – mogą one tworzyć przewidywania jedynie wtedy, gdy istnieje duża ilość danych, na których można takie przewidywania opierać. Jeśli w systemie nie będzie żadnych danych, nie można tworzyć modeli ani targetować. Byłoby to jak kupowanie samochodu wyścigowego, ale skąpienie na benzynę.

[C. Wylie, *Mindf*ck. Cambridge Analytica and the Plot to Break America*, New York 2019, s. 38.]

1. Wprowadzenie

„Dane to «nowa ropa» w gospodarce przyszłości”². Hasło to, powtarzane chętnie w mediach, w komunikatach firm, organizacji oraz instytucji publicznych, dawno już przestało odnosić się do czasu przyszłego. Jak zauważa Komisja Europejska, w „w gospodarce, która jest w coraz większym stopniu oparta na danych, przepływy danych znajdują się w centrum procesów biznesowych w przedsiębiorstwach różnej wielkości i we wszystkich branżach”³.

Ilość gromadzonych danych przyrasta w oszalałym tempie. W 2003 r. naukowcy uniwersytetu Berkeley szacowali, że ludzkość od początków swojego istnienia zgromadziła ok. 12 eksabajtów (EB) danych, co stanowi odpowiednik 12 milionów terabajtów. Wyliczenia te okazały się jednak grubo niedoszacowane, bowiem jak wykazały kolejne badania, w latach 2006–2011 ilość danych wzrosła już do poziomu 1600 EB, a zatem przekroczyła granicę zettabajt⁴. Najnowsze szacunki wskazują, że w roku 2025 globalny zasób danych wynosić będzie 175 zettabajtów. Przy tak intensywnym wzroście już zapowiadane jest nadejście epoki yottabajtów⁵.

W przeciwieństwie jednak do surowców naturalnych, takich jak ropa czy węgiel, dane nie podlegają zużyciu w procesie ich przetwarzania. Raz pozyskane dane mogą być wykorzystywane w nieskończono-

1 Niniejszy artykuł powstał w znacznej części dzięki wynikom prac prowadzonych w ramach programu badawczego: „Wymiana danych pomiędzy przedsiębiorcami w ramach jednolitego rynku cyfrowego UE” (decyzja UMO-2018/31/B/H55/01192). Autor składa wyrazy podziękowania dla Narodowego Centrum Nauki za wsparcie dla tego projektu.

2 J. Drexler, *Designing Competitive Markets for Industrial Data. Between Propertisation and Access*, „Journal of Intellectual Property, Information Technology and Electronic Commerce Laws” 2017, t. 8, nr 4, s. 3.

3 Komunikat Komisji do Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 29 maja 2019, Wytoczne dotyczące rozporządzenia w sprawie ram swobodnego przepływu danych nieosobowych w Unii Europejskiej, COM(2019)250 final, s. 2, <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PL/TXT/PDF/?uri=CELEX:52019DC0250&from=EN> [dostęp: 7.10.2020].

4 1 ZB = 1 000 EB L. Floridi, *The Logic of Information. A Theory of Philosophy as Conceptual Design*, Oxford 2019, s. 102.

5 D. Bonderud, *Zippping Past the Zettabyte Era. What's Next for the Internet?*, <https://now.northropgrumman.com/zippping-past-the-zettabyte-era-whats-next-for-the-internet/> [dostęp: 7.10.2020].

ność bez szkody dla zgromadzonego zasobu. Ponadto istotny jest tzw. efekt sieci. Oznacza on, że im więcej danych zostanie zgromadzonych, tym więcej informacji można na ich podstawie wygenerować. Efekt ten może zostać dodatkowo wzmocniony, kiedy łączone są dane pochodzące z różnych źródeł⁶. W obrębie wielkich połączonych zbiorów danych nieustannie toczą się procesy wydobywcze (*data mining*), które polegają na wykorzystaniu algorytmów w celu generowania nowych informacji na podstawie nagromadzonych już danych⁷. W zaawansowanych technologicznie gałęziach przemysłu generowanie danych stanowi też niejako produkt uboczny podstawowej działalności przedsiębiorców⁸. Przy całym tym potencjale danych do generowania dodatkowej wartości nie są one więc bynajmniej zasobem rzadkim⁹.

Dane – jak wszystkie dobra intelektualne – posiadają nierywalizacyjny charakter. Z jednej strony oznacza to, że te same dane mogą być wykorzystywane do rozmaitych celów przez różne podmioty. Z drugiej zaś strony, ich wykorzystanie przez kogokolwiek nie powoduje uszczerbku na wartości bądź przydatności dla innych podmiotów¹⁰. Wręcz przeciwnie, utarło się powiedzenie R. Pollocka, że „najfajniejsza rzecz do zrobienia z twoimi danymi zostanie wymyślona przez kogoś innego”¹¹. Te same dane przetworzone przez inne podmioty mogą wygenerować dodatkową wartość, niejednokrotnie przekraczającą korzyści z pierwotnego użycia. Dobrym przykładem są dane lokalizacyjne generowane dzięki amerykańskiemu systemowi GPS, które są wykorzystywane na całym świecie, m.in. w systemach nawigacyjnych, w rolnictwie czy przy prognozowaniu pogody, z reguły w połączeniu z danymi z innych źródeł. Szacuje się, że w samych Stanach Zjednoczonych aplikacje wykorzystujące dane GPS generują ponad 90 miliardów dolarów rocznie¹².

Jak podkreślają autorzy Polityki Rozwoju Sztucznej Inteligencji w Polsce na lata 2019–2027, dane są zasobem, który „może być wykorzystywany jednocześnie, wielokrotnie i niezależnie przez różnych uczestników życia społeczno-gospodarczego”¹³. Pomimo tych właściwości i coraz liczniejszych inicjatyw zachęcających do dzielenia się danymi, nadal jednak dominuje tendencja do ograniczania dostępu do posiadanych danych, zwłaszcza wśród przedsiębiorstw prywatnych. Według badań zleconych przez Parlament Europejski w 2017 r. 78% danych wykorzystywanych w Unii Europejskiej pozostaje niedostępnych dla podmiotów innych niż posiadacze danych. Dalsze 20% danych zostało udostępnione innym podmiotom co najmniej raz, m.in. w drodze sprzedaży danych, nabycia przedsiębiorstwa lub w wyniku zaangażowania we wspólne projekty. Pozostałe 2% danych to tzw. dane otwarte, dostępne dla każdego¹⁴. Ten ostatni niewielki odsetek stanowią w większości dane udostępniane przez instytucje publiczne jako informacja sektora publicznego.

6 P. DiCola, *Legal Problems in Data Management. IT & Privacy at the Forefront. „Big Data”. Ownership, Copyright, and Protection*, „John Marshall Journal of Information Technology & Privacy Law” 2015, t. 31, s. 569.

7 J. Drexler, *Designing Competitive Markets...*, s. 262.

8 A. Wiebe, *Protection of Industrial Data: A New Property Right for the Digital Economy?*, „Journal of Intellectual Property Law & Practice” 2017, t. 12, s. 3.

9 M. Becker, *Rechte an Industrial Data und die DSM-Strategie*, „GRUR Newsletter” 2016, nr 1, s. 7.

10 Komisja Europejska, Dokument roboczy służb Komisji. Wytyczne dotyczące wymiany danych sektora prywatnego. Towarzyszy dokumentowi: Komunikat Komisji do Parlamentu Europejskiego, Rady, Europejskiego Komitetu Ekonomiczno-Społecznego i Komitetu Regionów „W kierunku wspólnej europejskiej przestrzeni danych” COM(2018)-232final, Bruksela, 25.04.2018, SWD(2018)125 final, s. 1, <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PL/TXT/PDF/?uri=CELEX:52018SC0125&from=EN> [dostęp: 7.10.2020].

11 Za: G. Cattaneo, G. Micheletti, D. Osimo, K. Jakimowicz, *How the Power of Data Will Drive EU Economy*. „The European Data Market Monitoring Tool Report” 20.04.2018, s. 30, <http://datalandscape.eu/webinars/how-power-data-can-drive-european-union-economy-european-data-market-study-and-monitoring> [dostęp: 7.10.2020].

12 T. Park, D. Danielson, R. Kauffman, *Open Data for a Clean, Secure Energy Future*, <https://obamawhitehouse.archives.gov/blog/2012/07/12/open-data-clean-secure-energy-future> [dostęp: 7.10.2020].

13 Polityka Rozwoju Sztucznej Inteligencji w Polsce na lata 2019–2027, <https://www.gov.pl/attachment/0aa51cd5-b934-4bcb-8660-bfecb20ea2a9> [dostęp: 7.10.2020].

14 C. Blackman, S. Forge, *Data Flows – Future Scenarios* 2017-04, s. 12, [https://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/IDAN/2017/607362/IPOL_IDA\(2017\)607362_EN.pdf](https://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/IDAN/2017/607362/IPOL_IDA(2017)607362_EN.pdf) [dostęp: 7.10.2020].

Zwłaszcza globalni giganci technologiczni, w tym korporacje zaliczane do tzw. wielkiej czwórki GAFA (akronim utworzony od nazw: Google, Apple, Facebook i Amazon) oraz ich naśladowcy, przywiązują dużą wagę do zastrzeżenia swoich danych. Znamienne jest przy tym, że są to zarazem najwięksi odbiorcy danych, którzy są uzależnieni od ich ciągłego dopływu. Bardzo często też pozyskiwane przez nich dane dotyczą lub pochodzą od osób wykorzystujących ich darmowe bądź komercyjne usługi. Charakterystyczne jest też to, że giganci usług internetowych coraz intensywniej inwestują w gałęzie gospodarki, w których rozwijane są wszelkiego rodzaju tzw. *connected devices*, czyli przedmioty codziennego użytku (od samochodów po wibratory) na stałe połączone z siecią Internet. Zbierają i transmitują one dane dotyczące użytkowników i sposobu korzystania z tych przedmiotów¹⁵. Coraz częściej też zdarzają się transakcje polegające na nabyciu całych przedsiębiorstw. Głównym, jeżeli nie jedynym, celem tych transakcji jest wejście w posiadanie cennych zasobów danych, które zostały nagromadzone przez przejmowane podmioty.

W związku z tym coraz częściej stawiane jest istotne pytanie, do kogo powinien należeć ten cenny zasób, którym są dane. Rozwiązanie tego problemu nie jest jednak łatwe. Problematyczne może okazać się już samo ustalenie źródła pochodzenia danych. Rynek usług i produktów opartych na danych dawno odszedł już od jednokierunkowego modelu przepływu danych, w którym można było jednoznacznie zidentyfikować ich dostawcę. W świecie *Big Data* w ramach tych samych potężnych zbiorów danych przetwarzane mogą być dane pochodzące zarówno od dostawców i użytkowników usług, jak i z mądrych urządzeń, z których tak chętnie korzystamy (np. zegarków, samochodów, smartfonów do zębów). Mogą być również przesyłane przez tzw. metadane generowane przez algorytmy, które niekiedy są tak skomplikowane, że – ze względu na określanie ich mianem sztucznej inteligencji (SI) – rozważa się nadanie im osobowości prawnej¹⁶.

Aby lepiej zrozumieć kompleksowość problematyki regulowania dostępu do danych, w pierwszej kolejności podjęta zostanie próba sprecyzowania tego, jak należy rozumieć pojęcie dane oraz inne terminy, które są z nim ściśle powiązane. Temu zagadnieniu poświęcony zostanie 2. punkt niniejszej publikacji. W dalszej kolejności podjęta zostanie próba skategoryzowania danych. W 3. punkcie wyjaśnione zostanie więc, jakie istnieją podziały danych, w szczególności z uwagi na ich specyfikę. W punkcie 4. została zawarta analiza istniejących obecnie reżimów prawnych, które mogą okazać się przydatne przy regulowaniu dostępu do danych. Przez pryzmat tych rozważań w ostatnim punkcie zostanie przedstawiona analizowana obecnie koncepcja stworzenia nowego prawa własności intelektualnej do danych.

2. Czym są dane?

Przed przejściem do analizy modeli własności danych istotne wydaje się podjęcie próby zdefiniowania tego kluczowego pojęcia. Trudno jest bowiem prowadzić rozważania dotyczące praw do jakiegokolwiek materialnej lub niematerialnej rzeczy bez świadomości, jak należy rozumieć ten przedmiot praw.

2.1. Ogólne pojęcie danych

Pojęcie dane wywodzi się z łacińskiego wyrazu *data* (liczba mnoga od *datum*) oznaczającego coś, co zostało podarowane¹⁷. Zgodnie z regułami języka polskiego wyraz ten powinien być stosowany wyłącznie w liczbie mnogiej¹⁸, niemiej jednak w literaturze pojawia się także jego liczba pojedyncza, czyli dana¹⁹.

W swojej czystej, surowej postaci (ang. *raw data*) dane mogą być tłumaczone jako: „każdy brak jednolitości lub cokolwiek, co robi różnicę”. Definicję tę proponuje prof. L. Floridi, czołowy badacz

15 J. Drexler, *Designing Competitive Markets...*, s. 266.

16 A. Chłopecki, *Sztuczna inteligencja – szkice prawnicze i futurologiczne*, Warszawa 2018, s. 4.

17 *Data* [hasło], <https://en.wiktionary.org/wiki/data#English> [dostęp: 7.10.2020].

18 *Dane*, <https://sjp.pwn.pl/poradnia/haslo/dane;923.html> [dostęp: 7.10.2020].

19 Zob. m.in. W. Turski, *Propedeutyka informatyki*, Warszawa 1985, s. 230.

w dziedzinie filozofii informacji oraz etyki informacji. Przykładem tak rozumianych danych może być światło pojawiające się w ciemności, kropka postawiona na białej kartce lub dźwięk rozbrzmiewający w ciszy²⁰. Tego typu zmiany rejestrowane są w identyczny sposób przez człowieka (za pomocą zmysłów słuchu, węchu, smaku, wzroku lub czucia) i przez maszyny wyposażone w odpowiednie czujniki. Podzespoły tych ostatnich przekładają te różnice na zmiany w napięciu przewodzonych impulsów elektrycznych. Zmiany te z reguły symbolizowane są cyframi 0 lub 1, dzięki czemu przyjęło się określenie kod binarny. Predefiniowane sekwencje takiego kodu przekładają się z kolei na informacje opisujące cyfry, znaki lub operacje do wykonania²¹. Według bardziej rozwiniętych definicji danych należy to pojęcie rozumieć jako: „cechę lub właściwość albo charakterystykę jakiegoś obiektu, które mogą mieć charakter jakościowy lub ilościowy”²² albo: „wartości lub zestawy wartości reprezentujące określoną koncepcję lub pojęcie”²³.

W informatyce pojęcie dane jest nierozzerwalnie związane z nośnikiem, na którym są one zapisane. Są to więc: „obiekty, które mają jednoznaczną nazwę i dobrze określoną wartość”, gdzie „nazwą” będzie: „jednoznaczne określenie pewnego fragmentu nośnika informacji, na który może być zapisany ciąg kodowy”. Tak rozumianą nazwą (adresem) jest zatem określenie miejsca na nośniku pamięci, w którym taka wartość została zapisana²⁴.

Szeroką międzynarodową akceptację, zwłaszcza w obszarze dokumentacji i informatyki, zdaje się posiadać definicja zaproponowana przez amerykański Komitet Konsultacyjny ds. Systemów Danych Kosmicznych. W wydanym przez tę instytucję Modelu referencyjnym dla otwartego systemu informacji archiwalnych, w którym pojęcie danych zostało zdefiniowane jako: „reinterpretowalne przedstawianie informacji w sposób sformalizowany, odpowiedni do komunikacji, interpretacji lub przetwarzania”²⁵. O dużym znaczeniu tej definicji świadczy to, że została ona przejęta przez twórców standardów normalizacyjnych, w tym m.in. normy ISO 5127:2017 Informacja i dokumentacja – Podstawy i słownictwo, która ustala jednolite standardy praktyk dotyczących bibliotek, centrów dokumentacji i informacji, wydawnictw, archiwów, zarządzania dokumentacją, dokumentacji muzealnej, usług indeksowania i syntetyzowania oraz informatyki²⁶.

2.2. Definicje danych w doktrynie prawniczej

Z zaprezentowanych powyżej definicji wynika, że dane należy postrzegać jako techniczną metodę przedstawiania informacji na temat otaczającej nas rzeczywistości w sposób, który umożliwi dalsze przetwarzanie. Bardziej zaawansowane definicje abstrahują przy tym od fundamentalnego rozumienia tego pojęcia jako rejestru zmian (różnic) w sygnałach, zaproponowanego m.in. przez prof. Floridiego. Skupiają się raczej na roli danych jako nośniku informacji.

Powyższy sposób rozumienia danych dominuje również w doktrynie prawnej. W literaturze przytaczane są proste definicje, takie jak: „informacje na etapie magazynowania i transportu”²⁷, „pojemnik do przedstawiania informacji”²⁸, „informacje utrwalone”²⁹. Niekiedy jako element definicji uznaje się

20 L. Floridi, *Philosophy and Computing*, London 1999, s. 106.

21 *Binary Code* [hasło], <https://www.britannica.com/technology/binary-code> [dostęp: 18.10.2020].

22 S. Mitra, *SQL – Data Definition Language*, <https://dwbi.org/pages/31/classifying-data-for-successful-modeling> [dostęp: 7.10.2020].

23 S. Ghosh, *Informing and Reforming the Marketplace of Ideas. The Public-Private Model for Data Production and the First Amendment*, „Utah Law Review” 2012, t. 653 s. 23.

24 W. Turski, *Propedeutyka informatyki...*, s. 43-44.

25 Recommendation for Space Data System Practices. Reference Model for an Open Archival Information System (OAIS). Recommended Practice. CCSDS 650.0-M-2. Magenta Book, czerwiec 2012, s. 10, <https://public.ccsds.org/pubs/650x0m2.pdf> [dostęp: 7.10.2020].

26 Norma ISO 5127:2017, s. 3, <https://www.iso.org/standard/59743.html> [dostęp: 7.10.2020].

27 A. Wiebe, *Protection of Industrial Data...*, s. 6.

28 L. Chrobak, *Proprietary Rights in Digital Data? Normative Perspectives and Principles of Civil Law*, [w:] M. Bakhom, B. Conde Gallego, M. Mackenrodt, G. Surlbyłtė-Namavičienė (red.), *Personal Data in Competition, Consumer Protection and Intellectual Property Law. Towards a Holistic Approach?*, Cham 2018, s. 255.

29 *Polityka Rozwoju Sztucznej Inteligencji w Polsce na lata 2019–2027*, s. 53, wykres nr 23.

możliwość odczytywania maszynowego³⁰. Terminy te bywają również używane do wyrażenia tego samego znaczenia, co jednak jest krytykowane za nadmierne uproszczenie³¹.

2.3. Dane jako element tzw. hierarchii DIKW

Gdy przyjmuje się rozumienie danych jako nośnik informacji, nie sposób nie odnieść się do klasycznej koncepcji tzw. hierarchii DIKW lub piramidy danych, w której obydwie te elementy stanowią dwa pierwsze szczeble.

Rysunek 1: Hierarchia DIKW



Źródło: M. Grabowski, A. Zając, *Dane, informacja, wiedza – próba definicji*, „Zeszyty Naukowe Uniwersytetu Ekonomicznego” 2009, nr 798, s. 5, https://www.cri.agh.edu.pl/uczelnia/tad/APSI/cwiczenia/Dane_informacje_wiedza.pdf [dostęp: 7.10.2020].

Naukowa koncepcja hierarchii DIKW stanowi reinterpretację arystotelesowskiej triady: doświadczenia, wiedzy i mądrości oraz dostosowuje ją do wymogów ery informacyjnej. Jej ponowne zdefiniowanie przypisuje się różnym autorom, m.in. M. Zelenemu³² i M. Cooleyowi³³, zaś – w nieco rozbudowanej postaci – amerykańskiemu teoretykowi organizacji, R.L. Ackoffowi³⁴. Odwołania do poszczególnych elementów piramidy pojawiały się jednak już wcześniej, m.in. w wierszu T.S. Eliota napisanym do sztuki pt. *Skala* z 1934 roku³⁵. W modelu tym poszczególne elementy korespondują ze sobą tak, że odpowiednio przetworzone zasoby z niższego poziomu pozwalają uzyskać zasób z wyższego poziomu.

Według tej koncepcji:

- dane są symbolami, które reprezentują właściwości obiektów i zdarzeń;
- informacje składają się z danych przetworzonych w taki sposób, żeby zwiększyć ich użyteczność dla przetwarzającego;

30 H. Zech, *Data as a Tradeable Commodity*, [w:] A. De Franceschi (red.), *European Contract Law and the Digital Single Market. The Implications of the Digital Revolution*, Cambridge-Antwerp-Portland 2016, s. 53.

31 D. Pombriant, *Data, Information and Knowledge Transformation of data is key*, „Computer und Recht International” 2013, nr 4, s. 97; A. Wiebe, *Protection of Industrial Data...*, s. 6; G. Szpor (red.), *Jauność i jej ograniczenia. Idee i pojęcia*, t. I, Warszawa 2016, s. 19; D. Szostek, *Nowe ujęcie dokumentu w polskim prawie prywatnym ze szczególnym uwzględnieniem dokumentu w postaci elektronicznej*, Warszawa 2012, s. 25.

32 M. Zeleny, *Management Support Systems. Towards Integrated Knowledge Management*, „Human Systems Management” 1987, t. 7, s. 59-70.

33 M. Grabowski, A. Zając, *Dane, informacja, wiedza – próba definicji*, „ZN Uniwersytetu Ekonomicznego” 2009, nr 798, s. 5.

34 R.L. Ackoff, *Re-Creating the Corporation. A Design of Organizations for the 21st Century*, New York 1999, s. 159-160.

35 T.S. Eliott, *Skala*, 1934 r., <https://www.poetrynook.com/poem/choruses-%C3%B4%C3%A7%C2%A3the-rock%C3%B4%C3%A7%C3%B8> [dostęp: 14.10.2020].

- wiedza to informacje przetworzone na instrukcje pozwalające udzielić odpowiedzi na pytania zaczynające się od słowa „jak?”³⁶;
- mądrość to domena wartości. Pozwala podejmować decyzje oceniające, które z natury rzeczy są subiektywne, czyli mogą różnić się w zależności od tego, kto dokonuje wyboru³⁷.

Zdaniem R.L. Ackoffa maszyny są zdolne do pozyskania danych, informacji oraz wiedzy, natomiast osiągnięcie poziomu mądrości wymaga duszy i z natury rzeczy jest możliwe wyłącznie przez ludzi. Zdolność do zdobycia mądrości ostatecznie odróżnia więc człowieka od maszyny³⁸. Niejako naturalną konsekwencją powyższej cechy jest to, że z perspektywy DIKW nie może istnieć coś takiego jak utrwalony zapis mądrości. Decyzje oparte na mądrości zawsze bowiem mogą prowadzić jedynie do kształtowania przyszłości. Zapisana może być natomiast wiedza na temat zastosowania mądrości w określonej sytuacji, np. rozstrzygnięcie sędziego utrwalone w wyroku. Taki zapis nie powinien jednak być traktowany jako mądrość w rozumieniu DIKW, lecz jako dodatek do nieustannie wzbogacanych zasobów wiedzy.

Piramida DIKW jest powszechnie przyjętym standardem prezentowania różnych poziomów zarządzania danymi, zarówno w doktrynie prawa, jak i w dokumentach regulacyjnych. Do wyrażonego w niej podziału odwołują się organy Unii Europejskiej, m.in. w komunikacie zatytułowanym Zarządzanie danymi, informacją i wiedzą w Komisji Europejskiej. W dokumencie tym Komisja deklaruje wolę modernizacji sposobu swego funkcjonowania, czego istotnym elementem ma być „strategiczne wykorzystanie danych, informacji oraz wiedzy”³⁹. Do modelu tego odwołuje się także m.in. australijska Productivity Commission w swoim sprawozdaniu z badania dotyczącego wykorzystania oraz dostępności danych. Proponuje ona jednak nieco zmodyfikowaną wersję hierarchii, która obejmuje: dane, zbiory danych, informacje, wiedzę⁴⁰.

Przywiązanie do hierarchii DIKW widoczne jest także w dokumentach publikowanych przez władze polskie. W dokumencie Polityka Rozwoju Sztucznej Inteligencji w Polsce na lata 2019–2027 międzyresortowy zespół analityczno-redakcyjny prezentuje następującą definicję systemów sztucznej inteligencji, wyraźnie inspirowaną tym podziałem:

systemy sztucznej inteligencji (AI) to systemy oprogramowania (a także urządzeń komputerowych) zaprojektowane przez ludzi w ten sposób, że biorąc pod uwagę założony cel, działa w wymiarze fizycznym lub cyfrowym, postrzegając swoje środowisko za pomocą pozyskiwania danych, interpretacji zebranych danych strukturalnych lub nieustrukturyzowanych, wnioskowania opartego o wiedzę lub przetwarzanie informacji pochodzących z tych danych i decydowania o najlepszych działaniach, jakie należy podjąć, aby osiągnąć dany cel⁴¹.

36 Model Ackoffa obejmuje dodatkową kategorię, a mianowicie – zrozumienie. Została ona umiejscowiona pomiędzy wiedzą a mądrością. Pojęcie to autor tłumaczył jako „uświadomienie sobie przyczyn” (*appreciation of „why”*), podczas gdy mądrość jego zdaniem oznaczała „zrozumienie poddane ocenie” (*evaluated understanding*). Dzięki zrozumieniu można syntetyzować nową wiedzę z tej już wcześniej posiadanej. Większość późniejszych autorów odrzuca jednak tę wartość jako osobną kategorię, ponieważ traktują ją jako zaawansowaną postać wiedzy (G. Bellinger, D. Castro, A. Mills, *Data, Information, Knowledge, and Wisdom*, <http://www.systems-thinking.org/dikw/dikw.htm> [dostęp: 7.10.2020]).

37 R.L. Ackoff, *Re-Creating the Corporation...*, ss. 159 i nast.

38 Tamże, s. 164.

39 Communication to the Commission. Data, Information and Knowledge Management at the European Commission {SWD(2016) 333 final}, Brussels 18.10.2016, C(2016)6626 final, s. 3, <https://ec.europa.eu/transparency/regdoc/rep/3/2016/EN/C-2016-6626-F1-EN-MAIN.PDF> [dostęp: 7.10.2020].

40 Inquiry Report on Data Availability and Use, „Productivity commission Inquiry Report” 2017, nr 81, s. 55, <https://www.pc.gov.au/inquiries/completed/data-access/report/data-access.pdf> [dostęp: 7.10.2020].

41 Polityka Rozwoju Sztucznej Inteligencji w Polsce na lata 2019–2027, s. 84.

2.4. Dane czy informacje?

Mając na uwadze dotychczasowe rozważania, należy podkreślić, że popularne rozumienie pojęcia danych najpełniej mieści się w terminie informacji. W większości obszarów życia społecznego komunikaty odnoszące się do danych w gruncie rzeczy dotyczą informacji, które zostały wygenerowane na ich podstawie. Tłumaczy to, dlaczego te pojęcia tak często stosowane są zamiennie.

Nie inaczej wygląda sytuacja w przypadku wypowiedzi przedstawicieli doktryny prawa, a nawet treści aktów prawnych. Dobrym przykładem jest powszechnie stosowane pojęcie dane osobowe, którego rozumienie na terenie UE zostało ujednoczone przepisami rozporządzenia w sprawie ochrony osób fizycznych w związku z przetwarzaniem danych osobowych (RODO)⁴². Zgodnie z definicją zawartą w § 4 ust. 1 RODO dane osobowe oznaczają: „informacje o zidentyfikowanej lub możliwej do zidentyfikowania osobie fizycznej («osobie, której dane dotyczą»); możliwa do zidentyfikowania osoba fizyczna to osoba, którą można bezpośrednio lub pośrednio zidentyfikować, w szczególności na podstawie identyfikatora takiego jak imię i nazwisko, numer identyfikacyjny, dane o lokalizacji, identyfikator internetowy lub jeden bądź kilka szczególnych czynników określających fizyczną, fizjologiczną, genetyczną, psychiczną, ekonomiczną, kulturową lub społeczną tożsamość osoby fizycznej”.

Żadna z wymienionych powyżej przykładowych danych osobowych nie stanowi danych w takim rozumieniu, jakie podaje definicja tego pojęcia. Weźmy za przykład numer PESEL, czyli ciąg 11 cyfr pozwalający na identyfikację każdej osoby będącej obywatelem Polski. Ponad wszelką wątpliwość numer ten należy traktować jako dane osobowe w rozumieniu RODO. W świetle definicji danych należałoby jednak traktować ten numer raczej jako ciąg predefiniowanych impulsów, z których każdy odpowiada jednemu z 11 kolejnych znaków liczbowych. Sam taki zestaw danych (ciąg cyfr) nie będzie jednak wystarczający do zidentyfikowania osoby fizycznej. Dopiero w połączeniu z kolejnymi danymi, które dotyczą np. lokalizacji takiego ciągu cyfr w rubryce formularza przeznaczonej do podania numeru PESEL, możliwe jest wygenerowanie informacji posiadającej charakter danych osobowych. Powyższe stwierdzenie prowadzi więc do wniosku, że RODO – podobnie jak większość regulacji prawnych – w gruncie rzeczy posługuje się kategoriami informacji, a nie danych⁴³.

Precyzyjne rozróżnienie pomiędzy danymi, informacją oraz wiedzą może mieć doniosłe znaczenie w praktyce obrotu gospodarczego tymi zasobami⁴⁴. Każdy z tych elementów może bowiem być przedmiotem transakcji handlowej. Przeważnie jednak w treści umów nie stosuje się rozróżnienia odpowiadającego hierarchii DIKW. Częściej spotykana jest praktyka określania przedmiotu umowy jako danych niezależnie od tego, czy dotyczy ona danych surowych, informacji, czy wiedzy. Pojęcie informacja bywa natomiast często stosowane w postanowieniach dotyczących zachowania poufności, które stanowią standardowy element większości umów B2B.

2.5. Dane i ich zbiory a bazy danych

Ostatnim elementem wymagającym omówienia w tym miejscu jest relacja pomiędzy danymi a ich zbiorami. Zgodnie z definicją impulsy opisujące określone zjawisko stają się danymi dopiero w momencie ich utrwalenia na nośniku. Utrwaleniu podlega też większa ilość danych dotyczących tego samego zjawiska, w wyniku czego tworzy się zbiór danych (*dataset*). Pojęcie to tłumaczone bywa jako „zbiór

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

43 Na potwierdzenie tej tezy można wskazać, że np. regulacje prawne dot. ochrony danych osobowych obowiązujące w Stanach Zjednoczonych, w tym m.in. w kalifornijska Consumer Privacy Act (CCPA), posługują się właśnie pojęciem informacji osobowe. California Consumer Privacy Act, sekcja 1798.140, Assembly Bill No. 375, [leginfo.legislature.ca.gov/faces/billTextClient.xhtml?bill_id=201720180AB375](http://leginfo.ca.gov/faces/billTextClient.xhtml?bill_id=201720180AB375) [dostęp: 14.10.2020].

44 Mądrość w rozumieniu modelu DIKW jako przejaw ocen dokonywanych przez człowieka z istoty rzeczy nie nadaje się do zapisania na nośniku. Utrwalone mogą być jedynie historyczne zapisy efektów wykorzystania mądrości (np. wybory etyczne), które jednak w takiej sytuacji należy raczej przypisywać do niższej kategorii wiedzy.

odrębnych zestawów informacji, które są traktowane przez komputer jako jedna jednostka⁴⁵, oraz „zbiór powiązanych, odrębnych elementów powiązanych danych, do których można uzyskać dostęp pojedynczo lub w połączeniu albo którymi można zarządzać jako całą jednostką⁴⁶. Przykładowo, prostą formą zbioru danych będzie szpitalna karta temperatur (papierowa lub elektroniczna), na której okresowo wpisywane są wyniki pomiarów temperatury ciała pacjenta.

Baza danych (*database*) rozumiana jest z kolei jako „zorganizowany kontener na dane⁴⁷, „struktura danych przechowująca zorganizowane informacje⁴⁸ albo też „zbiór danych lub informacji, który jest specjalnie zorganizowany w celu szybkiego wyszukiwania przez komputer⁴⁹. Wszystkie powyższe definicje, w odróżnieniu od zbioru danych, koncentrują się na elemencie ich zorganizowania. Dla przykładu, prostą formą elektronicznej bazy danych jest arkusz kalkulacyjny.

Pojedyncze dane raczej nie stanowią przedmiotu obrotu handlowego. Umowy mogą co najwyżej przewidywać ciągłe lub okresowe przekazywanie takich danych do odbiorcy. Samodzielną wartość ekonomiczną mają jednak dopiero dane zgromadzone w zbiorze danych, takim jak np. rejestr czujników urzędu, bądź zorganizowane w bazie danych. Informacja oraz wiedza generowane są w oparciu o bazy danych obejmujące niekiedy bardzo liczne zbiory danych. Regulowanie w umowie możliwości uzyskania dostępu do danych wymaga świadomości, czy porozumienie ma dotyczyć danych surowych czy też informacji, a może wręcz wiedzy, która na podstawie danych została wygenerowana⁵⁰. Przykładowo, porozumienie dotyczące przekazywania danych rejestrowanych przez inteligentne samochody, np. w celu identyfikowania uszkodzeń w drogach, może odnosić się do zbioru danych, który zawiera zapisy wskazań różnych czujników rejestrujących otoczenie w trakcie ruchu pojazdu, ale może również obejmować zorganizowaną bazę pozwalającą na odnajdywanie konkretnych dziur w drogach według współrzędnych lokalizacyjnych, rozmiarów uszkodzeń, rodzaju nawierzchni czy zagegższczenia ruchu w danym miejscu. Z umowy powinno wyraźnie wynikać, co stanowi jej przedmiot.

3. Warstwy danych – syntaktyczna, semantyczna bądź fizyczna

Jedną z przyczyn, dlaczego dane i informacje tak często używane są zamiennie, jest to, że dane mogą być różnie rozumiane w zależności od kontekstu, w którym pojęcie to jest wykorzystywane. Dla określenia tych kontekstów przyjęty został podział inspirowany teorią płaszczyzn lub warstw komunikacji, którą w nauce prawa rozpowszechnili L. Lessig, twórca ruchu Creative Commons⁵¹, oraz Y. Benkler⁵². Podział ten wyróżnia trzy płaszczyzny (*layers*), w których może przebiegać komunikacja, czyli – warstwę kodu (*code*), warstwę logiczną oraz warstwę fizyczną⁵³.

Warstwa kodu dotyczy zapisu danych. Obszaru tego dotyczy syntaktyka, czyli dział nauki zajmujący się stosunkami między znakami należącymi do jakiegoś języka⁵⁴. W płaszczyźnie syntaktycznej dane są więc rozumiane jako bity i bajty (*bits and bytes*), a zatem znaki, za pomocą których informacja została zapisana. W tym wypadku rozumienie danych koncentruje się na kodzie będącym nośnikiem informacji. W tym znaczeniu dane określane są niekiedy mianem surowych (*raw data*)⁵⁵.

Warstwa logiczna obejmuje znaczenie, które zostało zakodowane w danych. Obszaru tego dotyczy nauka semantyki zajmująca się powiązaniem między znakami językowymi a przedmiotami, do

45 *Dataset* [hasło], <https://dictionary.cambridge.org/dictionary/english/dataset> [dostęp: 14.10.2020].

46 *Dataset* [hasło], <https://whatis.techtarget.com/definition/data-set> [dostęp: 14.10.2020].

47 *Database* [hasło], <https://www.techopedia.com/definition/1185/database-db> [dostęp: 14.10.2020].

48 *Database* [hasło], <https://techterms.com/definition/database> [dostęp: 14.10.2020].

49 *Database* [hasło], <https://www.britannica.com/technology/database> [dostęp: 14.10.2020].

50 J. Drexler, *Designing Competitive Markets...*, s. 263.

51 M. Grützner, *Dateneigentum – ein Flickenteppich. Wem gehören die Daten bei Industrie 4.0, Internet der Dinge und Connected Cars?*, „Computer und Recht” 2016, nr 8, s. 486.

52 Y. Benkler, *From Consumers to Users. Shifting the Deeper Structures of Regulation*, „Federal Communications Law Journal” 2000, t. 52, s. 562-563.

53 L. Lessig, *The Future of Ideas. The Fate of the Commons in a Connected World*, New York 2001, s. 23.

54 *Syntaktyka* [hasło], <https://sjp.pl/syntaktyka> [dostęp: 14.10.2020].

55 H. Zech, *Data as a Tradeable...*, s. 53-54.

których one się odnoszą⁵⁶. Istotą warstwy logicznej jest więc poszukiwanie znaczenia. W płaszczyźnie semantycznej dane będą zatem rozumiane jako informacje lub wiedza, które zostały w nich zakodowane⁵⁷.

Wreszcie – w płaszczyźnie fizycznej dane mogą być postrzegane w kontekście przedmiotu, na którym zostały zapisane, np. pamięci przenośnej, płyty CD/DVD lub dysku w chmurze obliczeniowej⁵⁸.

Każdy z powyższych sposobów rozumienia danych tworzy samodzielną warstwę, a każda taka warstwa może być przedmiotem regulacji prawnych osobno lub w połączeniu z pozostałymi.

Poszczególne dziedziny prawa zajmujące się danymi mogą więc odnosić się do różnych warstw danych. Przykładowo, prawo autorskie i prawo ochrony baz danych odwołują się do warstwy syntaktycznej, bowiem treść zakodowana w danych ma tutaj znaczenie drugorzędne. Przepisy dotyczące ochrony tajemnicy przemysłowej lub danych osobowych chronią dane na płaszczyźnie semantycznej. Kluczowe jest tutaj znaczenie zakodowane w danych. Z kolei cywilnoprawne przepisy dotyczące własności z reguły odnoszą się do fizycznego obiektu. Przedmiotem obrotu prawnego tak rozumianymi danymi może być więc nośnik, na którym zostały one zapisane.

4. Zastosowanie tradycyjnych modeli regulacyjnych do danych

W czasach danych analogowych problem zabezpieczenia praw do ich wykorzystywania nie miał większego znaczenia. Dane były przetwarzane przez ten podmiot, który akurat był w posiadaniu ich papierowego egzemplarza. Rozpowszechnienie się technologii umożliwiających tanią i sprawną digitalizację, powielanie oraz przesyłanie cyfrowych kopii danych sprawiło, że te same dane mogły być jednocześnie przetwarzane przez więcej niż jeden podmiot. Z czasem wywołało to, podobnie jak wprowadzenie kaset magnetofonowych i kserokopiarek, wzrost zapotrzebowania na ochronę prawną-autorską twórców. Rozwój i upowszechnienie technologii informatycznych coraz częściej przyczynia się do pytań o potrzebę zabezpieczenia praw do danych w celu ograniczenia zjawiska pasożytnictwa na cudzych danych⁵⁹. Nadal bowiem pozyskanie surowych danych stanowi istotną barierę, której pokonanie wymaga wykorzystania trudno dostępnych i drogich zasobów, takich jak specjalistyczna aparatura pomiarowa, umiejętności programistyczne, czas czy odpowiednio duża baza użytkowników. Niezależnie więc od nierywalizacyjnego charakteru danych, podmiot, który zadał sobie trud, by je zarejestrować i zebrać w zbiorze danych lub skompilować w bazie danych, ma uzasadnione prawo do decydowania, czy chce (i na jakich warunkach) udostępniać ten zasób innym, czy też woli korzystać z niego na wyłączność.

Nie wszyscy jednak widzą potrzebę wprowadzania szczególnych rozwiązań prawnych w celu zapewnienia poszanowania dla zobowiązań kontraktowych stron w zakresie przekazywanych danych. Przykładowo, naukowcy z prestiżowego Instytutu Maxa Plancka do spraw Badań nad Innowacjami i Konkurencją wydali wspólnie stanowisko, w którym przestrzegają przed wprowadzaniem nadmiernie restrykcyjnych ograniczeń prawnych w tym obszarze. Ich zdaniem wystarczające dla zabezpieczenia praw do danych może okazać się stosowanie technicznych zabezpieczeń dostępu (np. indywidualnie przyznawanych uprawnień) w połączeniu z ogólnymi kontraktowymi gwarancjami wykonywania umowy, takimi jak kary umowne⁶⁰.

Powyższe zagadnienie zostanie szerzej omówione w ostatnim punkcie. Przedtem jednak należy zastanowić się, czy istnieją obecnie reżimy prawne, których zastosowanie pozwoliłoby zachować równowagę między prawem do ochrony danych, przysługującym ich posiadaczom a możliwością wykorzystywania

56 *Semantyka* [hasło], <https://sjp.pl/semantyka> [dostęp: 14.10.2020].

57 H. Zech, *Data as a Tradeable...*, s. 53-53.

58 Tamże.

59 N. Duch-Brown, B. Martens, F. Mueller-Langer, *The Economics of Ownership, Access and Trade in Digital Data*, „JRC Digital Economy Working Paper” 2017, nr 1, s. 12.

60 J. Drexler, R. M. Hilty, L. Desautettes, F. Greiner, D. Kim, H. Richter, G. Surblyté, K. Wiedemann, *Data Ownership and Access to Data. Position Statement of the Max Planck Institute for Innovation and Competition of 16 August 2016 on the current European debate*, „Max Planck Institute for Innovation and Competition Research Paper” 2016, nr 16(10), s. 3, https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2833165 [dostęp: 14.10.2020].

potencjału danych przez innych uczestników rynku. Poszukując rozwiązań prawnych pozwalających na zarządzanie nierywalizacyjnymi dobrami, oczywistym wyborem wydają się mechanizmy stworzone na potrzeby ochrony własności intelektualnej. Bądź co bądź cechą wspólną wszystkich regulacji z tej dziedziny prawa – niezależnie od tego, czy mowa jest o prawie autorskim, ochronie baz danych, czy prawie patentowym – jest zarządzanie uprawnieniami do informacji⁶¹.

4.1. Dane jako przedmiot praw autorskich

W związku z tym odpowiedzi wymaga w pierwszej kolejności pytanie, czy dane lub ich zbiory mogą być traktowane jako utwory w rozumieniu prawa autorskiego i – co za tym idzie – czy mają zostać poddane reżimowi ochronnemu tej dziedziny prawa.

Bez wątplenia taka ochrona praw do danych byłaby skuteczna⁶². Regulacje prawa autorskiego, w tym szczególnie dotyczące odpowiedzialności karnej oraz naprawienia szkody, pozwalają podmiotom uprawnionym na przeciwdziałanie naruszeniom. Ponadto cenna mogłaby okazać się możliwość różnicowania uprawnień poszczególnych odbiorców danych za pomocą określenia konkretnych pól eksploatacji⁶³. Przydatność reżimu prawno-autorskiego nie oznacza jednak jeszcze możliwości jego skutecznego zastosowania w odniesieniu do danych.

Regulacje prawa autorskiego z reguły są dosyć restrykcyjne, jeżeli chodzi o ocenę spełnienia przesłanek utworu. Warto pamiętać, że na gruncie poprzednio obowiązującej w Polsce ustawy o prawie autorskim z dnia 10 lipca 1952 r. istniały wątpliwości co do twórczego charakteru fotografii. Stanowiły one przedmiot ochrony prawno-autorskiej jedynie pod warunkiem zamieszczenia na odbitkach wyraźnego zastrzeżenia praw autorskich⁶⁴. W odniesieniu do danych trudność z ustaleniem i przypisaniem ich autorstwa wynika ponadto z faktu, że w obecnych czasach większość danych jest generowanych automatycznie przez inteligentne urządzenia oraz przez algorytmy z minimalnym udziałem człowieka⁶⁵. Tym trudniej jest w takiej sytuacji doszukiwać się w danych twórczego działania ludzkiego umysłu. Słusznie podnoszone są więc wątpliwości dotyczące tego, czy możliwe jest wskazanie relacji pomiędzy danymi a podmiotem, który je pozyskał, na wzór związku zachodzącego między autorem oraz stworzonym przez niego utworem⁶⁶.

Kolejnym problemem jest sam charakter danych jako zapisu otaczającej nas rzeczywistości. Większość definicji utworu odwołuje się bowiem do twórczego i oryginalnego charakteru. Przykładowo, ustawa o prawie autorskim i prawach pokrewnych z 1994 r. definiuje utwór jako: „przejaw działalności twórczej o indywidualnym charakterze, ustalony w jakiegokolwiek postaci”⁶⁷. W przypadku danych zawsze spełniony będzie ostatni element, bowiem ich utrwalenie stanowi istotę tego zasobu. Znacznie bardziej problematyczne może jednak okazać się potwierdzenie twórczego i indywidualnego charakteru⁶⁸, ponieważ dane z natury rzeczy należą do sfery faktów. Powszechny jest zaś pogląd, że same fakty nie mogą mieć cechy oryginalności i nie podlegają ochronie prawno-autorskiej⁶⁹.

61 M. Becker, *Rechte an Industrial...*, s. 7.

62 M. Grützmacher, *Dateneigentum – ein Flickenteppich...*, s. 487.

63 A. Boerding, N. Culik, C. Doepke, T. Hoeren, T. Jueliche, *Data Ownership. A Property Rights Approach from a European Perspective*, „Journal of Civil Law Studies” 2018, t. 11, nr 2, s. 362, <https://digitalcommons.law.lsu.edu/jcls/vol11/iss2/5/> [dostęp: 14.10.2020].

64 Art. 2 § 1 ustawy z dnia 10 lipca 1952 r. o prawie autorskim, Dz.U. 1952 Nr 34, poz. 234.

65 N. Duch-Brown, B. Martens, F. Mueller-Langer, *The Economics of Ownership...*, s. 13.

66 A. Boerding, N. Culik, C. Doepke, T. Hoeren, T. Jueliche, *Data Ownership...*, s. 357.

67 Art. 1 ust. 1 ustawy z dnia 4 lutego 1994 r. o prawie autorskim i prawach pokrewnych, t.j. Dz.U. 2019, poz. 1231; 2020, poz. 288.

68 A. Wiebe, *Protection of Industrial Data...*, s. 3.

69 J.L. Contreras, *Data Sharing, Latency Variables, and Science Commons*, „Berkeley Technology Law Journal” 2010, t. 25, s. 11; T. Scassa, *Public Transit Data Through an Intellectual Property Lens. Lessons about Open Data*, „Fordham Urban Law Journal” 2014, t. 41, s. 9; P. DiCola, *Legal Problems in Data...*, s. 570; J. Drexler, *Designing Competitive Markets...*, s. 267.

Co do zasady również zbiory danych nie będą mogły korzystać z ochrony prawno-autorskiej. W odróżnieniu od baz danych zbiory te z natury rzeczy pozbawione są elementu zorganizowania, więc brak cech utworu będzie stanowić regułę. Zbiór danych to w gruncie rzeczy „pojemnik” na dane określonego typu i podlegać powinien takiej samej kwalifikacji prawnej jak zawarte w nim dane.

Istnieje ponadto szereg włączeń *ex lege* ochrony prawno-autorskiej. Mogą one dotyczyć kategorii danych, nawet takich, które posiadają cechy oryginalności. Przykładowo federalne prawo autorskie Stanów Zjednoczonych nie przyznaje ochrony dla jakichkolwiek danych wytworzonych przez urzędników administracji rządowej w ramach wykonywanych obowiązków⁷⁰. Dane, stanowiące informację sektora publicznego, automatycznie stają się więc częścią domeny publicznej⁷¹. Podobnie, w świetle art. 4 pr. aut. przedmiotu ochrony nie stanowią: akty normatywne lub ich urzędowe projekty, urzędowe dokumenty, materiały, znaki i symbole, opublikowane opisy patentowe lub ochronne czy też proste informacje prasowe.

Powyżej przytoczone argumenty z całą pewnością wykluczają możliwość traktowania utworów jako surowych danych bądź generowanych na ich podstawie prostych informacji służących do opisywania rzeczywistości. Jednak z efektów przetwarzania danych, które plasują się na wyższych szczeblach piramidy DIKW (takich jak wiedza lub mądrość), można wywnioskować, że coraz bardziej prawdopodobne jest posiadanie przez nie cech oryginalności, co świadczy o zasadności ochrony prawno-autorskiej.

Reżim prawno-autorski nie do końca przystaje do potrzeb, które wiążą się z ochroną danych. Prawo autorskie bowiem chroni jedynie artystyczną formę wypowiedzi, nie zaś jej treść. Możliwe jest więc uzyskanie w ten sposób ochrony dla egzemplarzy, w ramach których utrwalone byłyby zaawansowane efekty przetwarzania danych, takie jak oryginalne informacje czy wiedza. W pewnych sytuacjach (o czym niżej) dopuszczalne jest także objęcie ochroną prawno-autorską baz danych, o ile zostały one zorganizowane w nowatorski sposób lub zawierają oryginalną selekcję danych. Przepisy prawa autorskiego będą jednak bezskuteczne wobec przypadków wykorzystania danych wyodrębnionych z takiego egzemplarza lub bazy danych. Celowe jest w związku z tym przyjrzenie się innym regulacjom, które mogą zapewnić taką ochronę.

4.2. Dane jako element chronionej bazy danych

Dominującą praktyką w gospodarce cyfrowej jest gromadzenie danych w zorganizowanych bazach danych. Często też przedmiotem obrotu prawnego są właśnie bazy danych bądź prawa dostępu do nich. Powstaje w związku z tym pytanie, czy reżim prawny, który dotyczy korzystania z tych uporządkowanych magazynów dla danych, jest wystarczający dla zapewnienia ochrony podmiotom uprawnionym do treści zawartych w takich bazach.

Niektóre, cechujące się oryginalnością bazy danych mogą być przedmiotem ochrony prawno-autorskiej. Utworami nie będą w szczególności bazy danych wyposażone w standardowe systemy organizacji, takie jak układ chronologiczny lub alfabetyczny⁷². W myśl dyrektywy 96/9/WE Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 11 marca 1996 r. „bazy danych, które, z powodu wyboru lub uporządkowania ich zawartości, stanowią własną intelektualną twórczość autora, podlegają jako takiej ochronie prawa autorskiego”⁷³. Implementujące tę decyzję prawo autorskie z 1994 r. stanowi, że: „zbiory, antologie, wybory, bazy danych spełniające cechy utworu są przedmiotem prawa autorskiego, nawet jeżeli zawierają niechronione materiały, o ile przyjęty w nich dobór, układ lub zestawienie ma twórczy charakter, bez uszczerbku dla praw do wykorzystanych utworów”⁷⁴.

Zgodnie z orzecznictwem Trybunału Sprawiedliwości UE kryterium oryginalności bazy danych jest spełnione jedynie w przypadku baz, których kształt jest wynikiem „swobodnych i twórczych wyborów”

70 § 105 federalnej ustawy o prawach autorskich (Copyright Act, 17 U.S.C.).

71 T. Scassa, *Public transit data...*, s. 7.

72 P. DiCola, *Legal Problems in Data...*, s. 574.

73 Art. 3 ust. 1 dyrektywy 96/9/WE Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 11 marca 1996 r. w sprawie ochrony prawnej baz danych, Dz. Urz. UE L 77 z 27.03.1996 r., s. 20-28 ze zm.

74 Art. 3 ustawy z dnia 10 lipca 1952 r. o prawie autorskim.

autora. Bez znaczenia jest natomiast wysiłek intelektualny, nakład pracy oraz wykorzystane w tym celu umiejętności⁷⁵. Poza ochroną prawną-autorską pozostają standardowe bazy danych niewykazujące cech oryginalności. Ochrona ta będzie więc dotyczyła jedynie wąskiej grupy baz danych. Nadal też ochrona ta odnosi się do bazy danych, nie do jej zawartości⁷⁶.

Dyrektywa 96/9/WE w sprawie ochrony prawnej baz danych przewiduje również ochronę zbiorów zorganizowanych bądź dobranych w sposób standardowy (tzw. ochrona *sui generis*). Nie chroni jednak każdej bazy danych, lecz jedynie takie, przy których nakład pracy niezbędny do jej wytworzenia był wystarczająco duży. Ochronie podlegają więc wyłącznie bazy danych wymagające inwestycji jakościowej i/lub ilościowej, która jest istotna dla uzyskania weryfikacji lub prezentacji ich zawartości⁷⁷. Niewielkie bazy danych lub bazy posiadające standardowy sposób organizacji znajdują się poza zakresem przedmiotowym tych regulacji⁷⁸.

Ustawa z dnia 27 czerwca 2001 r. o ochronie bazy danych, implementująca dyrektywę 96/9/WE, definiuje bazę danych w sposób następujący: „baza danych oznacza zbiór danych lub jakichkolwiek innych materiałów i elementów zgromadzonych według określonej systematyki lub metody, indywidualnie dostępnych w jakikolwiek sposób, w tym środkami elektronicznymi, wymagający istotnego, co do jakości lub ilości, nakładu inwestycyjnego w celu sporządzenia, weryfikacji lub prezentacji jego zawartości” (art. 2 ust. 1 pkt 1).

Orzecznictwo Trybunału Sprawiedliwości UE każe jednak traktować jako nakłady inwestycyjne na bazę danych wyłącznie te czynione na powstanie zbioru. Wyraźnie podkreślił to Trybunał w wyroku z 9 listopada 2004 r. w sprawie C203/02 wskazując, że pojęcie to nie obejmuje nakładów na tworzenie elementów wchodzących w skład bazy danych⁷⁹. Stanowisko to koresponduje z motywem 39 dyrektywy, zgodnie z którym ma ona: „na celu zabezpieczenie pozycji producentów baz danych przed przywłaszczeniem rezultatów jego finansowych i zawodowych inwestycji, dokonanych w celu uzyskania i zgromadzenia zawartości bazy danych”. Podobnie więc jak w przypadku ochrony prawną-autorskiej, reżim dyrektywy będzie miał zastosowanie do ochrony zorganizowanego magazynu, ale nie do samych danych w nim zawartych. Przez to ograniczenie ochroną nie będą objęte dane pozyskiwane automatycznie i przechowywane w niezorganizowanych zbiorach danych. Dopiero w momencie dołączenia takich danych do bazy danych rozpoczynałaby się ochrona⁸⁰.

W rozumieniu dyrektywy jako nakłady na bazę danych nie będą mogły być traktowane inwestycje poczynione na opracowanie oraz wykorzystanie czujników lub mądrych urządzeń, które rejestrują dane, a także – algorytmów wydobywających nowe dane z danych już istniejących⁸¹. Poza zakresem ochrony pozostają więc zasoby *Big Data*, tworzone przy zastosowaniu obecnie najpowszechniej wykorzystywanych metod⁸². Również zbiory danych nieposiadające cech baz danych, w tym w szczególności zbiory zawierające tzw. surowe dane, generowane przez poszczególne urzędnictwa, nie będą chronione na mocy tych przepisów⁸³. Trudności z wykazaniem istotnych inwestycji w bazę danych będą mieli ponadto przedsiębiorcy, którzy zbierają dane niejako przy okazji prowadzonej przez siebie działalności⁸⁴. Dane bardzo często stanowią produkt uboczny działalności prowadzonej w innych

75 Wyrok TSUE z 1 marca 2020 r., C-604/10, *Football Dataco Ltd v. Yahoo! UK Ltd*, ECLI:EU:C:2012:115, nb. 38 i 46.

76 J. Drexel, *Designing Competitive Markets...*, s. 267.

77 Art. 7 ust. 1 dyrektywy 96/9/WE oraz art. 2 ust. 1 pt. 1, implementującej ją ustawy z dnia 27 lipca 2001 r. o ochronie baz danych, t.j. Dz.U. 2019, poz. 2134; 2020, poz. 288.

78 T. Thalhofer, *Recht an Daten in der Smart Factory*, „GRUR-Prax” 2017, s. 226.

79 Wyrok TSUE z 9 listopada 2004 r., C-203/02, *The British Horseracing Board Ltd i in. v. William Hill Organization Ltd.*, ECLI:EU:C:2004:695, nb. 31.

80 A. Wiebe, *Protection of Industrial Data...*, s. 3.

81 K. Żdanowiecki, *Recht an den Daten*, [w:] P. Bräutigam, T. Klindt (red.), *Digitalisierte Wirtschaft/Industrie 4.0*. BDI, [Berlin] 2015, s. 22, https://bdi.eu/media/themenfelder/digitalisierung/downloads/20151117_Digitalisierte_Wirtschaft_Industrie_40_Gutachten_der_Noerr_LLP.pdf [dostęp: 14.10.2020].

82 H. Zech, *Data as a Tradeable...*, s. 70.

83 T. Thalhofer, *Recht an Daten...*, s. 226.

84 M. Grützmacher, *Dateneigentum – ein Flickenteppich...*, s. 488.

obszarach. Powyższe argumenty stawiają pod znakiem zapytania możliwość postrzegania ochrony przewidzianej dyrektywą 96/9/WE jako skutecznego środka. Jest bowiem oczywiste, że ów reżim ochronny, wywodzący się z ostatniej dekady ubiegłego wieku, nie przystaje do wymagań, które generuje współczesna gospodarka oparta na danych⁸⁵.

4.3. Dane jako przedmiot pośredniej ochrony patentowej

Regulacje dotyczące prawa patentowego mogą wydawać się nietypowym reżimem prawnym, który przyjmuje się w celu zabezpieczenia praw do danych. Nie ma wątpliwości, że współcześnie dane są generowane za pomocą skrajnie nowatorskich i innowacyjnych urządzeń nadających się do patentowania. Jednak co do zasady prawo dotyczące zgłoszenia wynalazku obejmuje wyłącznie określone urządzenie lub proces, ale już nie odnosi się do efektu ich użycia. Nawet więc gdyby udało się uzyskać patent na urządzenie do generowania danych, nadal nie można z tego tytułu obejmować ochroną danych pozyskanych w wyniku zastosowania danego urządzenia.

Wyjątek w tym zakresie stanowią jednak patenty dotyczące sposobu wytwarzania określonego produktu, w przypadku których ochroną objęte są także wytwory uzyskane bezpośrednio tym sposobem⁸⁶. Podmiot, który uzyskałby patent na wynaleziony przez siebie proces generowania danych, mógłby więc objąć pośrednią ochroną patentową również dane generowane przy wykorzystaniu tego procesu⁸⁷.

Podobną regulację zawiera także projekt porozumienia w sprawie Jednolitego Sądu Patentowego. Ten przygotowywany od wielu lat dokument przewiduje, że prawo do zakazania bezpośredniego korzystania z wynalazku może obejmować m.in. również zakaz: „oferowania, wprowadzania do obrotu, używania lub importowania lub przechowywania do wspomnianych celów produktu uzyskanego bezpośrednio w drodze zastosowania sposobu wytwarzania będącego przedmiotem patentu”⁸⁸. Gdyby uznać, że dane mogą stanowić produkt bezpośredniego wykorzystania opatentowanego procesu, regulacje te mogłyby zostać zastosowane w celu kontrolowania możliwości korzystania z takich danych przez innych⁸⁹. Uprawnionemu przysługiwałoby w takiej sytuacji prawo do zakazu zarobkowego lub zawodowego korzystania z danych uzyskanych tym sposobem.

Dopuszczalność kwalifikowania danych jako chronionych pośrednio produktów nie jest jednak oczywista. Przykładowo, sądy niemieckie odrzucały możliwość traktowania czystej informacji jako efektu zastosowania patentu procesowego i negowały m.in. skuteczność zakazu przekazywania do Niemiec wyników testów dla psów. W celu omięcia niemieckiego patentu testy te wykonywane były na Słowacji⁹⁰.

Natomiast nawet gdyby przyjąć, że dane mogą stanowić pośrednio chroniony produkt zastosowania patentu procesowego, dochodzenie dotyczące ich ochrony mogłoby być utrudnione. Podmiot wykorzystujący takie dane mógłby bowiem bronić się tym, że pozyskał je przy wykorzystaniu innych metod. Jednak wiedza na temat tego, o jakie dane chodzi, ułatwiłaby przeprowadzenie dowodu. Nadal także ochroną patentową nie mogłyby zostać objęte produkty wytworzone w wyniku wykorzystania chronionego patentem wynalazku, np. inteligentnego urządzenia.

85 A. Wiebe, *Protection of Industrial Data...*, s. 7.

86 Art. 64 ust. 1 ustawy z 30 czerwca 2000 r. – Prawo własności przemysłowej, t.j. Dz.U. 2020, poz. 286, 288, 1086. Analogiczną regulację przewiduje także § 9 pkt 3 niemieckiego prawa patentowego z 5 maja 1936 r., BGBl. 1981 I S. 1 ze zm.; H. Götting, H. Röder-Hitschkes, *Grundlagen des Patentrechts*, [w:] M. Schulte, R. Schröder (red.), *Handbuch des Technikrechts*, Dordrecht 2011, s. 774.

87 J. Drexel, *Designing Competitive Markets...*, s. 268.

88 Art. 25 lit. c porozumienia w sprawie w sprawie Jednolitego Sądu Patentowego, Dz. Urz. UE C 175 z 20.06.2013 r., s. 1-40.

89 J. Drexel, *Designing Competitive Markets...*, s. 270.

90 Wyrok Landgericht w Düsseldorfie z 16 lutego 2010 r., 4b 0 247/09, <https://www3.hhu.de/duesseldorfer-archiv/?p=813> [dostęp: 14.10.2020]; wyrok Oberlandgericht w München, z 22 października 2015 r., 6 U 4891/14, <https://rewis.io/service/pdf/urteile/jqp-22-10-2015-6-u-489114.pdf> [dostęp: 14.10.2020].

4.4. Dane jako przedmiot tajemnicy przedsiębiorstwa

Kolejnym reżimem prawnym, który mógłby znaleźć zastosowanie w przeciwdziałaniu zarobkowemu lub zawodowemu korzystaniu z posiadanych danych przez osoby trzecie, są regulacje dotyczące ochrony tajemnicy przedsiębiorstwa. Jednolite ramy prawne w tym zakresie w Europie zapewnia dyrektywa 2016/943 z dnia 8 czerwca 2016 r. w sprawie ochrony niejawnego *know-how* i niejawnych informacji handlowych (tajemnic przedsiębiorstwa) przed ich bezprawnym pozyskiwaniem, wykorzystywaniem i ujawnianiem⁹¹. Implementacja do polskiego porządku prawnego została dokonana w 2018 r. w wyniku nowelizacji ustawy z 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji⁹². Prace nad Dyrektywą nie były prowadzone z myślą o danych, a tym bardziej o technologii *Big Data*, której potencjał ekonomiczny nie był jeszcze dobrze rozeznany ani ugruntowany w świadomości prawodawcy unijnego. Bywa to postrzegane jako przyczyna trudności w praktyce jej stosowania w gospodarce cyfrowej⁹³.

Ujawnienie, wykorzystanie lub pozyskanie cudzych informacji będących tajemnicą przedsiębiorstwa stanowi czyn nieuczciwej konkurencji (art. 11 ust. 1 u.z.n.k.). Przedsiębiorca, którego interes został zagrożony lub naruszony w wyniku dokonania takiego czynu, może żądać: zaniechania niedozwolonych działań; usunięcia skutków niedozwolonych działań; złożenia jednokrotnego lub wielokrotnego oświadczenia zawierającego odpowiednią treść i formę; naprawienia wyrządzonej szkody, na zasadach ogólnych; wydania bezpodstawnie uzyskanych korzyści, na zasadach ogólnych; bądź – w razie naruszenia przez zawinionego – zasądzenia odpowiedniej sumy pieniężnej na określony cel społeczny (art. 18 ust. 1 u.z.n.k.).

Posiłkowanie się przepisami dotyczącymi ochrony tajemnicy przedsiębiorstwa ma tę oczywistą zaletę, że ochronie podlega sama informacja jako taka. Przedmiotem ochrony byłyby więc same dane, a nie ich zorganizowane zbiory jak w przypadku regulacji dotyczących baz danych⁹⁴. W ślad za dyrektywą 2016/943, art. 2 ust. 2 u.z.n.k. definiuje pojęcie tajemnicy przedsiębiorstwa w sposób następujący:

informacje techniczne, technologiczne, organizacyjne przedsiębiorstwa lub inne informacje posiadające wartość gospodarczą, które jako całość lub w szczególnym zestawieniu i zbiorze ich elementów nie są powszechnie znane osobom zwykle zajmującym się tym rodzajem informacji albo nie są łatwo dostępne dla takich osób, o ile uprawniony do korzystania z informacji lub rozporządzania nimi podjął, przy zachowaniu należytej staranności, działania w celu utrzymania ich w poufności.

Niezbędnymi cechami informacji stanowiącej tajemnicę przedsiębiorstwa są więc: posiadanie wartości gospodarczej, niejawnosc dla potencjalnych konkurentów oraz podstawowe zabezpieczenie przed dostępem osób trzecich. Dyrektywa 2016/943 wymaga dodatkowo istnienia związku pomiędzy niejawnością informacji a jej wartością gospodarczą (art. 2 ust. 1).

Tak rozumiana tajemnica przedsiębiorstwa bez wątpienia obejmuje dane gromadzone w ramach jego działalności w tradycyjnym ujęciu tego słowa – dane są generowane przez osoby, urzędnika lub algorytmy operujące pod nadzorem podmiotu uprawnionego. W świecie *Big Data* dane są jednak pozyskiwane z bardzo wielu źródeł. Najcenniejsze zasoby danych powstają w wyniku połączenia danych własnych przedsiębiorcy z danymi pozyskanymi poza organizacją, które np. stanowią informację sektora publicznego, są dostarczane przez użytkowników produktów i usług czy też są zebrane przez produkty oraz usługi i zawierają informacje na temat ich użytkowników. Takie skorelowane bazy danych nie będą spełniać wymagań warunkujących ochronę na gruncie dyrektywy 2016/94⁹⁵.

Nazbyt sztywne i wąskie rozumienie informacji stanowiącej tajemnicę przedsiębiorstwa na gruncie

91 Dyrektywa Parlamentu Europejskiego i Rady (UE) 2016/943 z dnia 8 czerwca 2016 r. w sprawie ochrony niejawnego *know-how* i niejawnych informacji handlowych (tajemnic przedsiębiorstwa) przed ich bezprawnym pozyskiwaniem, wykorzystywaniem i ujawnianiem, Dz. Urz. UE L 157 z 15.06.2016 r., s. 1-18.

92 Ustawa z 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, t.j. Dz.U. 2020, poz. 1913.

93 A. Wiebe, *Protection of Industrial Data...*, s. 4.

94 J. Drexel, *Designing Competitive Markets...*, s. 260.

95 Tamże, s. 269.

dyrektywy 2016/94 oraz u.z.n.k. sprawia, że zastosowanie tych przepisów do danych może napotykać na istotne trudności. Podmiot, który bezprawnie znalazł się w posiadaniu takich danych, może bronić się przed zarzutami naruszenia tajemnicy przedsiębiorstwa, wykazując, że dane pozyskał legalnie z innych źródeł. Sztuką jest bowiem umiejętność pozyskania tzw. właściwych danych, czyli takich, które pozwolą na podjęcie decyzji umożliwiającej zrealizowanie założonego celu ekonomicznego. Podmiot, który pozyska taką bazę danych oraz pozna cel przetwarzania, bez trudności może dokonać inżynierii zwrotnej i wydedukować na podstawie jakich danych pierwotnych została wygenerowana taka baza danych. Taka obrona jest możliwa, ponieważ w świetle art. 3 ust. 1 lit. a dyrektywy 2016/94 pozyskiwanie, wykorzystywanie i ujawnianie informacji stanowiącej tajemnicę przedsiębiorstwa uznaje się za zgodne z prawem, gdy została ona ujawniona m.in. za pomocą niezależnego odkrycia lub wytworzenia.

Ochrona tajemnicy przedsiębiorstwa nie przyznaje ponadto praw absolutnie skutecznych wobec wszystkich podmiotów do niej upoważnionych. Koncentruje się w pierwszej kolejności na zabezpieczeniu tajności informacji. W momencie, kiedy dojdzie już do jej publicznego ujawnienia, np. wskutek wycieku danych, ochrona przewidziana na mocy dyrektywy 2016/94 przestaje być skuteczna⁹⁶. Uwzględnienia wymaga ponadto fakt, że dane wymagające ochrony dla zabezpieczenia interesów przedsiębiorców bardzo często są jawne od samego początku, jak np. dane zbierane przez przedmioty Internetu rzeczy⁹⁷.

Stosowanie do danych reżimu prawnego ochrony tajemnicy przedsiębiorstwa napotyka ponadto na dodatkowe trudności w sytuacji, gdy w ramach współpracy pomiędzy różnymi podmiotami posiadane przez nich dane łączone są we wspólne bazy celem zwiększenia ich potencjału. W takim przypadku trudno jest wskazać jeden podmiot uprawniony do ochrony⁹⁸. Skuteczność ochrony danych jako tajemnicy przedsiębiorstwa będzie więc tym mniejsza, im więcej podmiotów będzie miało legalny dostęp do danych⁹⁹.

4.5. Koncepcja odrębnego prawa własności producenta danych

Pomysł na uregulowanie odrębnego prawa własności producenta danych pojawił się jako jedno z możliwych rozwiązań wobec ograniczeń obowiązujących regulacji prawnych, które odnoszą się wyłącznie do wybranych typów danych¹⁰⁰. Ochrona z takiego prawa miałaby przysługiwać twórcy danych rozumianemu jako podmiot, który po raz pierwszy dokonał utrwalonego zapisu danych¹⁰¹ na wzór ustalenia utworu w prawie autorskim. Rozważane jest także ograniczenie wyłącznego prawa jedynie do danych zebranych w wyniku automatycznych pomiarów otoczenia, z wykluczeniem wytworów pracy umysłowej człowieka¹⁰². Wyłączone z zakresu ochrony miałyby być ponadto wykorzystywanie danych do celów prywatnych oraz naukowych. Postuluje się też, by prawo to wymagało zgłoszenia oraz by było ograniczone w czasie, np. przysługiwało przez 5 lat od zarejestrowania zbioru danych, z możliwością przedłużenia¹⁰³.

Idea stworzenia dedykowanego prawa własności producenta danych była intensywnie dyskutowana w szczególności w Niemczech. Spotkała się jednak z silną krytyką ze strony przedstawicieli nauki prawa¹⁰⁴ oraz różnych gałęzi gospodarki¹⁰⁵. Podkreślano, że własność nie jest postrzegana jako koncepcja prawna

96 A. Wiebe, *Protection of Industrial Data...*, s. 4; H. Zech, *Data as a Tradeable...*, s. 60.

97 M. Grützmacher, *Dateneigentum – ein Flickenteppich...*, s. 489.

98 J. Drexler, *Designing Competitive Markets...*, s. 269.

99 A. Wiebe, *Protection of Industrial Data...*, s. 4.

100 T. Hoeren, *A New Approach to Data Property?*, „AMI - Tijdschrift voor Auteurs-, Media- en Informatierecht” 2018, nr 2, s. 58.

101 T. Thalhofer, *Recht an Daten...*, s. 58.

102 H. Zech, *Data as a Tradeable...*, s. 74.

103 A. Wiebe, *Protection of Industrial Data...*, s. 7.

104 T. Hoeren, *Datebesitz statt Dateneigentum*, „Multimedia und Recht“ 2019, nr 1, s. 8; C. Czychowski, L. Siesmayer, *Rechte an Daten*, [w:] W. Kilian, B. Heussen (red.), *Computerrechts-Handbuch*, München 2018, Beck-oline, nb 22; J. Drexler, *Designing Competitive Markets...*, s. 291.

105 H. Zech, *Data as a Tradeable...*, s. 60.

pasująca do potrzeb gospodarki opartej na danych¹⁰⁶. Przyznawanie bowiem komukolwiek praw wyłącznych do danych niesie ze sobą silne ryzyko ograniczania dostępu dla innych¹⁰⁷. Ostatecznie, po obszernej debacie, potrzeba wprowadzenia odrębnej regulacji dla danych została odrzucona we wspólnym stanowisku ministrów sprawiedliwości niemieckich krajów związkowych ze wskazaniem, że istniejące regulacje prawne zapewniają wystarczającą ochronę we wszystkich obszarach związanych z handlem danymi¹⁰⁸.

Odejście od koncepcji wyłącznego prawa wydaje się słuszne. Nieuchronnie musiałyby ono bowiem prowadzić do konfliktów pomiędzy nowymi uprawnieniami a regulacjami dedykowanymi dla innych obszarów własności intelektualnej. Wynika to z samej specyfiki danych jako dobra intelektualnego pozostającego w sferze syntaktyki (znaków). Na takiej płaszczyźnie operuje prawo autorskie, które jednak co do zasady nie będzie miało szerokiego zastosowania do danych, ewentualnie tylko do baz danych. Pozostałe prawa własności intelektualnej plasują się w sferze semantyki (znaczenia), co dotyczy m.in. utworów, wzorów przemysłowych, *know-how*, bądź sytuują się w sferze pragmatyki (celu), co odnosi się chociażby do wynalazków i znaków towarowych¹⁰⁹.

Podobnie – przesyłanie pomiędzy podłączonymi do sieci przedmiotami Internetu rzeczy mogłoby być niezgodne z ochroną danych osobowych użytkowników tych mądrych urządzeń. Dane są przesyłane przez te same urządzenia tymi samymi sieciami. Wprowadzenie do porządku prawnego odrębnego prawa do danych wymagałoby więc wdrożenia systemowych mechanizmów pozwalających na rozwiązywanie tego typu konfliktów i to najlepiej w czasie rzeczywistym. Wśród możliwych rozwiązań zgłaszany był pomysł stosowania punktów clearingowych, gdzie dane byłyby identyfikowane jako osobowe lub nieosobowe. Proponowano też przyznanie użytkownikom prawa do zablokowania przekazywania danych, które ich dotyczą, oraz systemy z możliwością identyfikacji urządzeń pobierających dane na temat użytkowników¹¹⁰.

Niejasny jest także cel, któremu takie wyłączne prawo miałyby służyć. Nowe mechanizmy prawne wprowadza się z reguły po to, aby stymulować rozwój jakiegoś obszaru życia społecznego. Argument ten zdaje się być jednak nietrafiony w odniesieniu do danych ze względu na to, że we współczesnej gospodarce dane gromadzi każdy, kto tylko ma ku temu techniczne możliwości¹¹¹. Częściej pojawiają się zarzuty, że dane są gromadzone w zbyt dużym zakresie na wyrost i bez konkretnego planu na ich przetwarzanie¹¹². Jeżeli istnieje potrzeba wprowadzania prawnych motywatorów, które dotyczą generowania danych, to raczej odnoszą się one do etycznych, społecznych lub ekologicznych aspektów związanych z ich pozyskiwaniem i przetwarzaniem.

Najpoważniejszym – jak się wydaje – argumentem za odrębną regulacją prawa do danych jest pilna potrzeba usystematyzowania zasad pozyskiwania i przetwarzania danych¹¹³. Regulacja pozwoliłaby przełamać dominację najsilniejszych ekonomicznie graczy, takich jak spółki z grupy GAFA, które są w stanie skutecznie blokować dostęp do danych konkurentom. Nadal jednak wymagałoby oceny to, czy wyłączne prawo do danych faktycznie mogłoby się przyczynić do rozwiązania tego problemu.

106 J. Drexl, *Designing Competitive Markets...*, s. 260.

107 A. Wiebe, *Protection of Industrial Data...*, s. 9.

108 Arbeitsgruppe „Digitaler Neustart” der Konferenz der Justizministerinnen und Justizminister der Länder. Bericht vom 15. Mai 2017, s. 98, https://jm.rlp.de/fileadmin/mjv/Jumiko/Fruhjhrskonferenz_neu/Bericht_der_AG_Digitaler_Neustart_vom_15_Mai_2017.pdf [dostęp: 14.10.2020].

109 A. Wiebe, *Protection of Industrial Data...*, s. 7.

110 M. Becker, *Rechte an Industrial...*, s. 9.

111 A. Wiebe, *Protection of Industrial Data...*, s. 6.

112 J. Debussche, J. César, I. De Moortel, *Leveraging Big Data for Managing Transport Operations. Report on Legal Issues*, „Bird&Bird” 2018, s. 25; M. Butterworth, *The ICO and Artificial Intelligence. The role of fairness in the GDPR framework*, „Computer Law & Security Review” 2018, t. 34, nr 2, s. 4, <https://sci-hub.se/10.1016/j.clsr.2018.01.004> [dostęp: 14.10.2020].

113 A. Wiebe, *Protection of Industrial Data...*, s. 6.

5. Dane jako przedmiot regulacji kontraktowych

Wobec braku optymalnego prawnego reżimu ochronnego dla wprowadzania danych do obrotu przedsiębiorcy muszą sami zadbać o zabezpieczenie swoich praw do danych¹¹⁴. Na chwilę obecną jedynym reżimem pozwalającym na jednolitą i spójną regulację wszystkich typów danych na każdej z płaszczyzn jest reżim kontraktowy¹¹⁵. Konstrukcje umowne mogą też być wykorzystywane w celu uzupełniania luk regulacyjnych¹¹⁶.

W porównaniu z regulacjami powszechnie obowiązującymi prawo umów oferuje największą elastyczność. W szczególności w porozumieniu stron można niemalże dowolnie określać przedmiot regulacji kontraktowych. W umowach można regulować zarówno zasady dostępu do danych, jak i do informacji oraz wiedzy. Wolno także określić zasady postępowania dotyczące danych przyszłych. Możliwe jest także odrębne lub łączne regulowanie danych na każdym z poziomów, czyli syntaktycznym, semantycznym bądź fizycznym¹¹⁷. Również podmiot uprawniony do danych może zostać określony z dużą elastycznością. Dopuszczalne są kontrakty wielostronne, w których każda ze stron zostanie wyposażona w osobny zakres uprawnień¹¹⁸.

Przedmiotem umów mogą przy tym być same dane, ich zbiór lub też baza danych, w której są one zapisane. Nic nie stoi także na przeszkodzie, żeby umowa regulowała zasady postępowania z niezorganizowanymi danymi surowymi, pochodzącymi prosto z urządzenia lub algorytmu wydobywczego. Regulowanie takich działań w umowach jest wręcz bardzo zalecane¹¹⁹. Porozumienia mogą obejmować możliwość korzystania z danych znajdujących się w tak niedookreślonych zbiorach, jak chmura czy *Big Data*. Cechy bazy danych, takie jak innowacyjny sposób organizacji, kreatywny dobór danych lub pracochłonność tworzenia, mają znaczenie drugorzędne. Istotne jest jedynie wystarczająco precyzyjne opisanie przedmiotu umowy, aby umożliwić jej stosowanie. Tworzenie specjalnych zobowiązań kontraktowych lub regulowanie dostępu do danych za pomocą ogólnych warunków umów jest szczególnie zalecane dla podmiotów pobierających tzw. surowe dane z inteligentnych urządzeń, które z reguły wymykają się istniejącym reżimom prawnym.

Prawo umów dysponuje szerokim wachlarzem gotowych mechanizmów, które pozwalają na ograniczenie ryzyka niewykonania bądź nienależytego wykonania zobowiązań kontraktowych dotyczących danych. Zastosowanie odpowiednio dobranych kar umownych pozwala w szczególności na pokonanie trudności z ustaleniem wysokości szkody, która może być rezultatem nienależytego postępowaniem kontrahentów z danymi¹²⁰. A straty dla przedsiębiorców wywołane przez bezprawne ujawnienie bądź zniszczenie danych mogą być ogromne.

Trudności związane z regulowaniem obrotu prawnego niedookreślonymi zbiorami danych, w szczególności w zakresie transferu *know-how* lub danych objętych tajemnicą przedsiębiorstwa, mogą zostać pokonane dzięki wprowadzeniu umownego obowiązku szyfrowania danych¹²¹. Od strony kontraktowej regulowanie obrotu prawnego bazami danych, które są zabezpieczone hasłem, jest znacznie prostsze, bowiem wiele regulacji, m.in. dotyczących zapewnienia poufności danych, nie wymaga rozbudowywania.

Szyfrowanie hasła dostępu pozwala także na ominięcie podstawowego ograniczenia rozwiązań kontraktowych w stosunku do powszechnie obowiązujących regulacji prawnych. Umowy wiążą jedynie zaangażowane w to strony i nie wywołują skutków wobec osób trzecich. Jednak wprowadzenie technicznych zabezpieczeń pozwalających na kontrolowanie dostępu do danych w praktyce umożliwia rozciągnięcie zakresu stosowania umów także na osoby postronne¹²².

114 M. Grützmacher, *Dateneigentum – ein Flickenteppich...*, s. 486.

115 K. Zdanowiecki, *Recht an den Daten...*, s. 26.

116 M. Grützmacher, *Dateneigentum – ein Flickenteppich...*, s. 494.

117 H. Zech, *Data as a Tradeable...*, s. 60.

118 K. Zdanowiecki, *Recht an den Daten...*, s. 26.

119 T. Thalhofer, *Recht an Daten...*, s. 227.

120 K. Zdanowiecki, *Recht an den Daten...*, s. 26.

121 H. Zech, *Data as a Tradeable...*, s. 60.

122 K. Zdanowiecki, *Recht an den Daten...*, s. 26–27.

6. Podsumowanie

Ujmowanie danych jako przedmiotu regulacji prawnych i kontraktowych nie jest proste. Pomimo tego, że definicje tego pojęcia z reguły są zbieżne ze sobą, dane okazują się być zjawiskiem trudnym do trwałego i jednolitego określenia. Tzw. surowe dane stanowią formę zapisu dla informacji oraz wiedzy, plasujących się na wyższych poziomach hierarchii DIKW. Same dane są na tyle skomplikowane, że wyodrębnia się trzy płaszczyzny, na których mogą one być niezależnie postrzegane, czyli płaszczyznę syntaktyczną (znaki), semantyczną (znaczenie) oraz fizyczną (nośnik). Każda z tych płaszczyzn może podlegać osobnym regulacjom prawnym.

Powszechnie obowiązujące regulacje prawne, które dotyczą zarządzania informacją, w tym danymi, z reguły były tworzone w czasie, kiedy pojęcia *Big Data* i gospodarka oparta na danych nie należały jeszcze do głównego nurtu rozwoju globalnej ekonomii. Próby stosowania istniejących reżimów prawnych, które dotyczą ochrony utworów, baz danych, patentów czy tajemnicy przemysłowej, do regulowania stosunków prawnych związanych z funkcjonowaniem danych w obrocie prawnym napotykały na liczne trudności. Brak optymalnego rozwiązania wywołał dyskusję na temat potrzeby odrębnej kodyfikacji tzw. prawa własności twórców danych. To jednak nie spotkało się z przychylnym odzewem zarówno ze strony doktryny prawa, jak i przedstawicieli gospodarki.

W Unii Europejskiej nie ma już też, jak się wydaje, dobrych warunków do prac nad prawami wyłącznymi do danych. Ostatnimi czasy koncentruje się ona szczególnie na działaniach promujących otwartość danych oraz dzielenie się nimi pomiędzy przedsiębiorcami w ramach wspólnego rynku cyfrowego¹²³. Państwa członkowskie są zachęcane do rozciągania krajowych reżimów dostępu do informacji sektora publicznego także na informacje, w tym dane, znajdujące się w posiadaniu przedsiębiorstw prywatnych¹²⁴. Komisja Europejska coraz poważniej rozważa także podejmowanie środków prawnych, które mają skłonić największych monopolistów przetwarzania danych do dzielenia się swoimi zasobami z konkurentami¹²⁵. Te kierunki rozwoju nie idą w parze z tworzeniem rozwiązań prawnych pozwalających na wyłączność w przetwarzaniu danych.

Koniec końców, skutecznym zabezpieczeniem dla danych wprowadzanych do obrotu pozostają regulacje kontraktowe, które przewidują zachowanie przez strony fizycznej kontroli nad danymi (własnością nośnika lub serwerów) oraz wykorzystanie technik kryptograficznych dla zabezpieczenia dostępu¹²⁶. Należy pamiętać, że również dzielenie się danymi z innymi uczestnikami rynku lub skuteczne uwolnienie danych do powszechnego użytku wymaga stosownych regulacji kontraktowych.

123 Zob. rozporządzenie 2018/1807 z dnia 14 listopada 2018 r. w sprawie ram swobodnego przepływu danych nieosobowych w Unii Europejskiej, Dz. Urz. UE L 303 z 28.11.2018 r., s. 59.

124 Motyw 19 dyrektywy 2019/102 z dnia 20 czerwca 2019 r. w sprawie otwartych danych i ponownego wykorzystywania informacji sektora publicznego, Dz. Urz. UE L 172 z 26.06.2019 r., s. 56.

125 K. Szymielewicz, *Mleko się wylało. Unia chce odebrać władzę GAFAs*, <https://www.polityka.pl/tygodnikpolityka/tynek/1974466,1,mleko-sie-wylalo-unia-chce-odebrac-wladze-gafa.read> [dostęp: 14.10.2020].

126 M. Becker, *Rechte an Industrial...*, s. 8.

OCHRONA KONSUMENTA A OCHRONA DANYCH OSOBOWYCH W „KAPITALIZMIE INWIGILACJI”

DOI: 10.5281/zenodo.5576910

dr Mateusz Grochowski
 0000-0001-5013-4830
Instytut Nauk Prawnych PAN

1. Wprowadzenie

Gromadzenie i przetwarzanie danych osobowych znalazły się obecnie w centrum zainteresowania porządku prawnego w Polsce i innych krajach członkowskich UE. Najbardziej bezpośrednim źródłem tego stanu rzeczy stała się bardzo wysoka aktywność prawotwórcza UE, obejmująca to nie tylko ogólne rozporządzenie o ochronie danych osobowych (RODO)¹ – przełomowe pod względem zakresu objętych nim zagadnień i techniki regulacji – lecz także rosnącej liczby bardziej szczegółowych aktów prawnych, orzeczeń TSUE oraz reguł należących do szeroko rozumianego *soft law*. Przywiązywanie tak dużej wagi do kwestii ochrony danych osobowych i prawa do prywatności wynika z równie szybko zmieniającej się rzeczywistości społecznej, w której dane osobowe okazują się jednym z kluczowych instrumentów budowania polityki państwa, relacji międzyludzkich oraz, co równie istotne, stosunków rynkowych. W tym ostatnim zakresie dane osobowe w coraz szerszym stopniu stają się nie tylko źródłem wiedzy, lecz także wymierną ekonomicznie wartością rynkową *per se*, której kształtowanie się, o czym będzie jeszcze mowa, nie odbywa się jednak w pełni klasyczną drogą.

Wraz ze wzrostem ekonomicznej roli danych osobowych rosnącego znaczenia nabiera także ochrona różnych kategorii uczestników obrotu, którzy mogą być uważani za „słabszych”² w relacjach związanych z gromadzeniem i wykorzystywaniem danych osobowych. Kieruje to przede wszystkim uwagę ku pojęciu „konsumenta”, rozumianego jako jednostka angażująca się w relację z przedsiębiorcą poza zakresem swojej specjalizacji rynkowej (poza ramami działalności gospodarczej lub aktywności zawodowej), t.j. przekazywanie danych osobowych oraz ich późniejsze wykorzystanie przez przedsiębiorcę.

Problematyka prawna powstająca na styku zagadnień bezpieczeństwa danych osobowych i ochrony słabszych uczestników obrotu jest jednak daleka od oczywistości. Dotyczy to nie tylko instrumentów ochrony, lecz także jej ogólnego celu oraz identyfikacji, kto zasługuje na tę ochronę. Klasyczne kategorie i narzędzia prawa konsumenckiego – łącznie z samą definicją konsumenta – a także typowe metody rozstrzygania konfliktów interesów między uczestnikami obrotu nie są w pełni adekwatne do opisu problemów występujących pod wpływem rosnącego znaczenia danych osobowych³.

Ochrona danych osobowych, jako nowa i pod wieloma względami atypowa sfera zagadnień konsumenckich, jest w coraz szerszym stopniu dostrzegana na gruncie prawa polskiego. Tak jak przeważająca większość przepisów o ochronie konsumenta (a także sama idea ochrony konsumenta), ochrona danych osobowych w obrocie konsumenckim w polskim porządku prawnym kształtuje się przede wszystkim pod wpływem rozwiązań prawa UE – zarówno poświęconych jej ogólnej problematyce, jak i tworzonych bezpośrednio na potrzeby obrotu konsumenckiego oraz uzupełnianych przez orzecznictwo TSUE. Rozwiązania tworzone na szczeblu UE i implementowane do krajowego porządku prawnego kształtują ogólny standard ochrony konsumenta jako dysponenta danych osobowych

1 Rozporządzenie Parlamentu Europejskiego i Rady (UE) 2016/679 z dnia 27 kwietnia 2016 r. w sprawie ochrony osób fizycznych w związku z przetwarzaniem danych osobowych i w sprawie swobodnego przepływu takich danych oraz uchylenia dyrektywy 95/46/WE (ogólne rozporządzenie o ochronie danych), Dz. Urz. UE L 119 z 4.05.2016 r., s. 1-88.

2 O stosunku „siły” i „słabości” w relacjach związanych z przetwarzaniem danych osobowych zob. także uwagi w punkcie 6.

3 Ogólniej o problemach rodzących się na styku rynku elektronicznego i ochrony konsumenta por. H.-W. Micklitz, *Squaring the Circle? Reconciling Consumer Law and the Circular Economy*, „Journal of European Consumer and Market Law” 2019, nr 6, s. 231.

i jako podmiotu podlegającego skutkom przetwarzania tych danych⁴. Pod względem aksjologicznych i celowościowych założeń, jak również natury instrumentów regulacji, zagadnienia te lokują się na pograniczu klasycznego prawa konsumenckiego (należącego w przeważającej mierze do prawa prywatnego) i publicznoprawnych zagadnień ochrony danych osobowych. Częściowo czerpią one z każdej z tych sfer, choć w pewnej mierze przyjmują autonomiczne założenia i rozwiązania⁵.

Dalsze – z konieczności ogólne – uwagi podejmują próbę zarysowania problematyki powstającej na styku bezpieczeństwa danych osobowych i ochrony konsumenta z perspektywy jej kształtu we współczesnym prawie UE, a w konsekwencji – także na gruncie prawa polskiego. W punkcie 2 omówiona została ogólna specyfika danych na rynku konsumenckim i zasadnicze źródła zagrożeń, jakie rodzą się w tej sferze dla nieprofesjonalnych uczestników obrotu. Przedstawiony został także ogólny sposób postrzegania sfery tych zagadnień w prawie UE *de lege lata*.

W dalszej części tekst skupia uwagę na wybranych instrumentach prawa UE organizujących tę relację (punkty 3–5). W ostatniej części (punkt 6) zostały zaproponowane bardziej ogólne wnioski co do możliwych sposobów regulacji tego zagadnienia – oraz ewolucji, jaką przeszło w tym zakresie w ostatnich latach unijne *acquis*. Zagadnienia powstające współcześnie w obszarze prawa konsumenckiego i ochrony danych osobowych mają wiele płaszczyzn i nie posiadają wyraźnie określonych granic. Równocześnie pozostają one w stanie ciągłej ewolucji wynikającej, z jednej strony, z kolejnych zmian unijnego *acquis*, z drugiej zaś – ze stałych przeobrażeń rzeczywistości rynkowej. Z tego powodu publikacja stara się zarysować jedynie główne i najbardziej charakterystyczne elementy współczesnego podejścia prawa UE do ochrony konsumenta jako dysponenta danych osobowych – ze świadomością, że sformułowanie wyczerpujących i definitywnych konkluzji nie byłoby w istocie rzeczy możliwe.

2. Dane osobowe i ich wartość rynkowa w obrocie konsumenckim

Informacja od zawsze stanowiła dobro o znaczeniu ekonomicznym, często stając się przedmiotem obrotu. Dotyczy to także danych osobowych. Informacja o rynku od początku była istotnym elementem o wymiernej i znacznej wartości⁶. Jej znaczenie rosło wraz z rozwojem nowych technik ułatwiających gromadzenie oraz analizę danych. Szczególnie istotną rolę odegrała w tym zakresie rewolucja informatyczna i rozwój technik związanych z maszynową (algorytmiczną) analizą dużych zbiorów danych (*big data*). W miejsce ogólnych informacji o procesach rynkowych i uczestnikach obrotu jako grupie, znaczenia zaczęły nabierać informacje o konkretnym konsumencie, pozwalające nie tylko na stworzenie jego charakterystyki, lecz także na skonstruowanie behawioralnych przewidywań co do jego przyszłych zachowań w określonej sferze rynkowej lub pozarynkowej⁷.

Rosnące znaczenie danych osobowych jako źródła wiedzy nie tylko o konkretnej jednostce, lecz także o szerszym fragmencie rzeczywistości rynkowej – zmienia także kryteria oceny ich wartości ekonomicznej. Coraz większego znaczenia nabiera zgromadzenie możliwie dokładnych danych o szerokich grupach osób działających na rynku, pozwalające na stworzenie szerokiego i możliwie zróżnicowanego zbioru, w którego ramach algorytm będzie mógł skonstruować bardziej precyzyjne korelacje między danymi i stworzyć na tej podstawie charakterystykę obecnych lub przyszłych zachowań danej osoby. W ten sposób wzrasta rola nie tylko danych o ogólnych procesach zachodzących w życiu społecznym,

4 Por. P. Rott, *Data Protection Law as Consumer Law. How Consumer Organisations Can Contribute to the Enforcement of Data Protection Law*, „Journal of European Consumer and Market Law” 2017, nr 3, s. 113 i nast. oraz D. Clifford, *Data Protection and Consumer Protection: The Empowerment of the Citizen Consumer*, „Australian National University College of Law Research Paper” 2019, t. 1, nr 20, <https://ssrn.com/abstract=3537935> [dostęp: 11.10.2020].

5 O relacji tej zob. N. Helberger, F. Zuiderveen Borgesius, A. Reyna, *The Perfect Match? A Closer Look at the Relationship Between EU Consumer Law and Data Protection Law*, „Common Market Law Review” 2017, t. 54, nr 5, s. 1435-1464.

6 W polskiej literaturze por. np. E. Łętowska, *Prawo umów konsumenckich*, Warszawa 2002, s. 217.

7 Szerzej o przewidywaniach behawioralnych jako jednym z zasadniczych celów gromadzenia i przetwarzania danych osobowych we współczesnym obrocie por. m.in. S. Zuboff, *The Age of Surveillance Capitalism. The Fight for a Human Future at the New Frontier of Power*, New York 2019, s. 499 i nast. (polskie wydanie: S. Zuboff, *Wiek kapitalizmu inwigilacji. Walka o przyszłość ludzkości na nowej granicy władzy*, Poznań 2020).

lecz także szczegółowych informacji dotyczących konkretnej jednostki – a tym samym, rola samej jednostki jako źródła informacji, które mogą zostać włączone do analizy.

Kształująca się w ten sposób wartość rynkowa danych osobowych przekłada się także na praktyki ich obrotu rynkowego. Dane coraz częściej są traktowane jako ukryta lub bezpośrednia postać świadczenia w stosunkach kontraktowych, w tym przede wszystkim jako zapłata za inne dobro – zwykle za dostęp do określonego produktu lub usługi⁸. W praktyce zjawisko to może przybierać różne formy np. „darmowej” rejestracji na portalach społecznościowych, podania podstawowych danych osobowych w celu skorzystania z sieci wi-fi prowadzonej przez przedsiębiorcę, po wymaganie utworzenia osobistego profilu w sklepie internetowym w celu uzyskania dostępu do dodatkowej oferty towaru czy bardziej zaawansowanej obsługi klienta⁹. Zjawisko to dotyczy przede wszystkim relacji z nieprofesjonalnymi uczestnikami obrotu przy okazji codziennych spraw o ekonomicznym lub pozaekonomicznym charakterze.

Rodzi ono kilka podstawowych zagrożeń z perspektywy konsumenta. Po pierwsze, samo traktowanie jednostki jako źródła informacji wywołuje pytanie o skalę dopuszczalnej ingerencji w prywatność – a w konsekwencji o zakres cech, które powinny zostać włączone w ramy analizy prowadzonej przez algorytm. Prowadzi to do drugiego pytania – o istnienie i granice suwerenności konsumenta jako podmiotu udostępniającego swoje dane, stanowiące następnie przedmiot analizy. Dotyczy to zwłaszcza zakresu, w jakim zachowuje on rzeczywistą kontrolę nad swoimi danymi, zarówno przed zaangażowaniem się w relację kontraktową z przedsiębiorcą jak i na późniejszym etapie – w ramach wykonania zobowiązania lub po przedterminowym zakończeniu stosunku prawnego. Problem ten dotyczy przy tym nie tylko samego sposobu gromadzenia danych konsumenta i administrowania nimi, lecz także pytania, w jakim stopniu autonomia konsumenta w wyrażeniu zgody na pobranie i określone operacje na danych jest rzeczywista i pozwala na dokonywanie w pełni świadomych i przemyślanych wyborów. Po trzecie, istotnym wyzwaniem dla prawa konsumenckiego pozostaje pytanie o granicę między traktowaniem danych osobowych jako elementu szeroko pojętej sfery prywatności konsumenta oraz jako dobra o wartości rynkowej. Współczesna gospodarka rynkowa w wielu swoich aspektach staje się w coraz silniej oparta na danych osobowych jako jednym z głównych tworzyw kreowania wartości oraz budowy konkurencyjności¹⁰. W tym sensie współczesny model rynku konsumenckiego w rosnącym stopniu nabiera cech „kapitalizmu inwigilacji” (*surveillance capitalism*)¹¹. Istotna część działań rynkowych koncentruje się w jego ramach na rozbudowie sposobów pozyskiwania danych od jednostek, ich gromadzenia i przetwarzania – m.in. zautomatyzowanej analizy ich dużych zespołów w celu konstruowania prognoz behawioralnych co do zachowania się danej jednostki w przyszłości (jej podatności na określoną reklamę, gotowości do zapłaty ceny itp.)¹².

Zarówno bezpieczeństwo danych osobowych, jak i ochrona konsumenta są konstruowane w porządku prawnym UE jako prawa podstawowe – deklarowane, odpowiednio, w art. 8 i art. 38 Karty Praw Podstawowych UE¹³. Z faktu tego wynika szereg dalszych konsekwencji. Po pierwsze, między obiema sferami działań ochronnych nie występuje hierarchia – ani na poziomie aksjologicznym ani instrumentalnym. Powinny być one traktowane równorzędnie i obejmowane ochroną w sposób

8 Por. m.in. C. Langhanke, M. Schmidt-Kessel, *Consumer Data as Consideration*, „Journal of European Consumer and Market Law” 2015, nr 6, s. 218 i nast.; A. Metzger, *Data as Counter-Performance What Rights and Duties do Parties Have?*, „Journal of Intellectual Property, Information Technology and Electronic Commerce Law” 2017, t. 8, nr 1, s. 1 i nast.

9 O dalszych przykładach nabywania dostępu do dóbr rynkowych w zamian za dane osobowe por. punkt 24 preambuły dyrektywy Parlamentu Europejskiego i Rady (UE) 2019/770 z dnia 20 maja 2019 r. w sprawie niektórych aspektów umów o dostarczanie treści cyfrowych i usług cyfrowych, Dz.Urz. UE L 136 z 22.05.2019 r., s. 1-27.

10 J.E. Cohen, *Between Truth and Power. The Legal Constructions of Informational Capitalism*, Oxford 2019, s. 80-83 i nast.

11 S. Zuboff, *Big Other: Surveillance Capitalism and the Prospects of an Information Civilization*, „Journal of Information Technology” 2015, nr 1, s. 85 i nast.

12 S. Zuboff, *The Age...*, s. 29-31 i kolejne; podobnie J.E. Cohen, *The Biopolitical Public Domain: the Legal Construction of the Surveillance Economy*, „Philosophy & Technology” 2018, nr 2, s. 224-230.

13 Karta praw podstawowych Unii Europejskiej, Dz.Urz. UE C 326 z 26.10.2012 r., s. 391-407.

możliwie synergiczny, w razie zaś konfliktów między nimi należy poszukiwać między nimi proporcji. Po drugie, ochrona omawianych praw powinna być traktowana jako wartość nadrzędna w stosunku do innych wartości i elementów porządku prawnego UE, które nie stanowią praw podstawowych. Po trzecie – z perspektywy krajowych porządków prawnych, których elementem jest KPP – podniesienie ochrony konsumenta i danych osobowych do rangi praw podstawowych oznacza zarazem konieczność traktowania ich jako składnika aksjologicznej podstawy systemu prawa – co powinno znaleźć swoje odbicie w wykładni przepisów prawa umów (w tym umów konsumenckich), zwłaszcza klauzul generalnych. Nie ulega przy tym wątpliwości, że pozycja, jaką ochronie danych osobowych nadaje prawo UE, powinna znaleźć odbicie także w stosowaniu testu abuzywności postanowień umownych na poziomie krajowym.

3. Autonomia konsumenta jako dysponenta danych osobowych

3.1. Ochrona przez informację i jej granice

Kolejna grupa instrumentów ochrony prawnej konsumenta opiera się na obowiązkach informacyjnych, zakładających że w stosunkach związanych z dysponowaniem danymi osobowymi powinien zostać zapewniony dostateczny poziom transparentności. Pierwszoplanowym celem omawianych instrumentów jest umożliwienie konsumentowi podjęcia świadomej decyzji o udostępnieniu przedsiębiorcy swoich danych osobowych. Konstruowana w ten sposób transparentność działa także *ex post*, zmierzając do ułatwienia konsumentowi zrozumienia sposobu wykorzystania i przechowywania danych osobowych oraz pozwalając na podjęcie ewentualnych działań mogących służyć ochronie jego interesu. Obowiązki przekazania informacji w związku z gromadzeniem i przetwarzaniem danych nie odbiegają, co do swoich podstawowych funkcji, od ogólnych obowiązków informacyjnych w prawie konsumenckim¹⁴, opartych na założeniu, że prawidłowe dysponowanie przez konsumenta swoimi danymi (*ex ante* i *ex post*) wymaga posiadania przez niego dostatecznych informacji o zakresie i celach pobierania tych danych oraz o tym, w jaki sposób zostały one następnie wykorzystane przez przedsiębiorcę¹⁵.

Przy bliższym spojrzeniu okazuje się jednak, że proste założenie o konieczności wyrównywania deficytów informacyjnych między stronami, w odniesieniu do danych osobowych ma nieco inne źródła i opiera się na częściowo odmiennych założeniach funkcjonalnych. Konsument jako dysponent danych osobowych chroniony jest nie tylko – jak ma to miejsce na gruncie klasycznego prawa konsumenckiego – jako podmiot uczestniczący w grze rynkowej, wymagający ochrony przede wszystkim w zakresie suwerenności swoich decyzji ekonomicznych¹⁶, a więc stworzenia takich warunków, w których mógłby on dokonywać swoich wyborów w możliwie świadomy i racjonalny¹⁷ sposób. Podlega on przede wszystkim ochronie w związku z udostępnieniem wiedzy o swojej osobie i życiu prywatnym – a tym

14 Szerzej m.in. E. Łętowska, *Prawo...*, s. 216 i nast.; E. Łętowska, *Europejskie prawo umów konsumenckich*, Warszawa 2004, s. 123 i nast.; M. Ebers, *Informations- und Beratungspflichten bei Finanzdienstleistungen: Allgemeine und besondere Rechtsgrundsätze*, [w:] R. Schulze, M. Ebers, H.C. Grigoleit (red.), *Informationspflichten und Vertragsabschluss im Acquis Communautaire*, Tübingen 2003, s. 174-179.

15 Warto zauważyć, że sama ochrona danych osobowych w typowych wypadkach nie stanowi granicy dla realizacji ogólnych konsumenckich obowiązków informacyjnych – por. szerzej N. Reich, H.-W. Micklitz [w:] N. Reich, H.-W. Micklitz, P. Rott, K. Tonner, *European Consumer Law*, Cambridge-Antwerp-Portland 2014, s. 25 i nast.

16 Szerzej J. Drexler, *Die wirtschaftliche Selbstbestimmung des Verbrauchers. Eine Studie zum Privat- und Wirtschaftsrecht unter Berücksichtigung gemeinschaftsrechtlicher Bezüge*, Tübingen 1998, s. 186-205.

17 Osobnym problemem, jaki rodzi klasyczne założenie o celu i narzędziach ochrony konsumenta (a które ma także znaczenie z perspektywy zagadnień danych osobowych), jest rzeczywista zdolność konsumenta do podejmowania racjonalnych decyzji, nawet wówczas, gdy zostanie mu udostępniona odpowiednia ilość danych koniecznych do prawidłowego zrozumienia uwarunkowań i skutków dokonywanego wyboru. Behawioralne (zwłaszcza kognitywne) badania zachowań konsumenckich dowodzą istnienia szeregu czynników, które w naturalny sposób ograniczają racjonalność decyzyjną. Dotyczy to zwłaszcza istnienia różnorodnych ograniczeń poznawczych upraszczających postrzeganą rzeczywistość lub budujących fałszywe powiązania między faktami. W polskiej literaturze zob. m.in. P. Miklaszewicz, *Obowiązki informacyjne w umowach z udziałem konsumentów na tle prawa Unii Europejskiej*, Warszawa 2008, s. 79-81.

samym z częściową rezygnacją z ochrony przez ingerencją innych osób we własne życie, jaką w naturalny sposób stwarza prywatność. Oprócz tego ochrona konsumenta jako dysponenta danych osobowych to także, pośrednio, ochrona podmiotu tworzącego nową wartość rynkową i udostępniającego ją jako świadczenie (zapłatę) za inne dobra na rynku. W tym zakresie – luźno nawiązującym do znanej z innych obszarów prawa konsumenckiego koncepcji konsumenta-wytwórcy (prosumenta)¹⁸ – ochrona konsumenta skupia się przede wszystkim na zapewnieniu ogólnej ekwiwalentności świadczeń i ochronie przed nadużyciami ze strony przedsiębiorcy żądającego danych jako zapłaty.

Wśród instrumentów opartych na koncepcji transparentności na pierwszy plan wysuwają się przede wszystkim rozbudowane obowiązki informowania o fakcie i zakresie przetwarzania danych osobowych. *De lege lata* wynikają one przede wszystkim z ogólnych przepisów RODO (zwl. art. 13–15), uzupełnianych częściowo o bardziej szczegółowe rozwiązania dyrektyw konsumenckich, o których będzie mowa w kolejnych punktach. Wszystkie te przepisy opierają się na wspólnym założeniu, że konsument jako dysponent danych osobowych musi – jeszcze przed udostępnieniem danych – uzyskać informację o zakresie, w jakim zostaną one pobrane oraz o operacjach, jakich następnie może dokonać na nich przedsiębiorca.

Tak jak inne instrumenty oparte na obowiązkach informacyjnych, rozwiązania te zakładają, że konsument prawidłowo poinformowany o fakcie gromadzenia danych osobowych będzie mógł podjąć świadomą decyzję o ich udostępnieniu. Założenie to ma jednak co najmniej trzy zasadnicze słabości (w znacznej mierze wspólne z ogólnymi słabościami koncepcji „ochrony przez informację” w prawie konsumenckim). Po pierwsze, samo udostępnienie konsumentowi informacji – nawet przy zachowaniu dostatecznego stopnia ich transparentności – nie gwarantuje jeszcze, że zostaną one prawidłowo zrozumiane przez adresata. Barięą w tym zakresie może okazać się zarówno sam nadmiar informacji, utrudniający ich selekcję i zhierarchizowanie (*information overflow*)¹⁹, jak również stopień skomplikowania materii, której one dotyczą (mogący poważnie utrudniać nieprofesjonalnemu uczestnikowi rynku zrozumienie konsekwencji, jakie pociągnie za sobą udostępnienie jego danych osobowych). Po drugie, racjonalność wyborów konsumenta może być obniżona w związku z ogólnymi ograniczeniami procesów kognitywnych i decyzyjnych, jakim z natury poddany jest każdy człowiek²⁰. Po trzecie, sama możliwość odmowy wyrażenia zgody na określone dyspozycje danymi osobowymi nie oznacza jeszcze, że w rzeczywistości zgoda ta miała w każdych warunkach istotne znaczenie dla konsumenta. Odmawiając zgody na gromadzenie i przetwarzanie swoich danych, konsument zwykle pozbawia się dostępu do określonej oferty rynkowej przedsiębiorcy. Może to dotyczyć przy tym zarówno sytuacji, w których zgoda konsumenta jest warunkiem spełnienia określonego świadczenia (np. wówczas, gdy dane osobowe są konieczne, by przedsiębiorca mógł wykonać obowiązki wynikające z umowy, np. przesłać konsumentowi nabyty przez niego plik czy wystawić fakturę VAT), jak również wówczas, gdy dane miałyby stanowić świadczenie wzajemne, spełniane w zamian za określone dobra czy usługi. W obu wypadkach wybór, z jakiego korzysta konsument, może w praktyce okazać się iluzoryczny – a realna skuteczność informacji i zgody jako instrumentów ochrony może w wielu wypadkach być znacznie bardziej ograniczona niż wynikałoby to ze stojących za nimi założeń teoretycznych. Można z dużym prawdopodobieństwem założyć, że stając przed wyborem między uzyskaniem konkretnego dobra oraz ochroną swojej prywatności konsument będzie z reguły wybierał to pierwsze, uznając

18 Por. także m.in. K. Grzybczyk, *Nowy typ konsumenta w kulturze konwergencji*, [w:] M. Boratyńska (red.), *Ochrona słabszej strony stosunku prawnego. Księga jubileuszowa ofiarowana Profesorowi Adamowi Zielińskiemu*, Warszawa 2016, s. 213–215.

19 W odniesieniu do obowiązków informacyjnych w ramach przepisów o ochronie danych osobowych por. szerzej m.in. S. Larsson, *Algorithmic Governance and the Need for Consumer Empowerment in Data-Driven Markets*, „Internet Policy Review. Journal on Internet Regulation” 2018, t. 7, nr 2, s. 5 i nast., <https://doi.org/10.14763/2018.2.791>. Ogólniej o ograniczonej skuteczności obowiązków informacyjnych jako narzędzia ochrony konsumenta O. Ben-Shahar, C.E. Schneider, *More Than You Wanted to Know: The Failure of Mandated Disclosure*, Princeton 2014, s. 55–118.

20 Zob. również N. Reich, H.-W. Micklitz [w:] N. Reich, H.-W. Micklitz, P. Rott, K. Tonner, *European Consumer Law*, Cambridge-Antwerp-Portland 2014, s. 25 i nast.

częściową utratę kontroli nad swoimi danymi za mniej znaczący koszt, którego skutki (w perspektywie indywidualnej) są trudne do natychmiastowego i pełnego uchwycenia²¹.

3.2. Prawo do bycia zapomnianym – znaczenie z perspektywy konsumenta

Problem autonomii jednostki wobec jej danych osobowych, stanowiący fundament przepisów o obowiązkach informacyjnych oraz skorelowanej z nimi regulacji zgody i sprzeciwu, znalazł swój wyraz także na innym poziomie unijnego *acquis*, w ramach koncepcji „prawa do bycia zapomnianym”. Rozwiązanie to zostało wyrażone po raz pierwszy w orzeczeniu TSUE w sprawie *Google Spain SL i Google Inc. v. Agencia Española de Protección de Datos (AEPD) i Mariowi Costesze Gonzálezowi*²², w którym przyznano każdej²³ osobie, której dane osobowe pojawiają się w wynikach wyszukiwania generowanych przez wyszukiwarki internetowe, prawo do żądania usunięcia powiązania między tymi danymi a jej imieniem i nazwiskiem. Formuła ta, w bardziej rozbudowanej postaci, została następnie inkorporowana do przepisów RODO (art. 17). W obu swoich postaciach prawo do bycia zapomnianym służy przede wszystkim wzmocnieniu *ex post* autonomii decyzyjnej jednostki w stosunku do jej danych osobowych, które znalazły się już w przestrzeni publicznej²⁴. Pozwala to na wtórną ochronę prywatności przez utrudnienie dostępu do informacji i ich częściową depersonalizację.

Choć samo prawo do bycia zapomnianym nie wynika wprost z aksjologii konsumenckiej – ani nie zostało stworzone jako instrument ochrony konsumenta – wykazuje ono szereg bezpośrednich związków z sytuacją rynkową nieprofesjonalisty. Po pierwsze, w realiach „kapitalizmu inwigilacji” każde dane dostępne na temat konsumenta zyskują wartość rynkową, mogą stanowić podstawę formułowania prognoz behawioralnych. Przyznanie konsumentowi prawa do żądania usunięcia powiązań między danymi i jego osobą, to także – obok ściśle rozumianej sfery prywatności – umożliwienie kontroli nad danymi jako dobrem o wymiernej wartości ekonomicznej (a tym samym silniejsze upodmiotowienie go jako aktora gry rynkowej w warunkach „kapitalizmu inwigilacji”). Po drugie, co bardziej istotne, prawo do bycia zapomnianym kształtuje także relację między jednostką (jako konsumentem) a przedsiębiorcą przetwarzającym dane osobowe. Związek ten ma ze swej istoty częściowo odmienny charakter niż na gruncie typowych relacji konsumenckich. Korzystanie z danych osobowych nie zawsze opiera się nie tylko na umowie (jak ma to miejsce np. w wypadku platform społecznościowych opierających swój model działalności rynkowej na przetwarzaniu danych uczestników), lecz ma miejsce także przez wykorzystanie danych pozostawionych przez konsumenta w sieci i dostępnych dla wyszukiwarek online. W tym sensie konstrukcja prawa do bycia zapomnianym pozwala na objęcie także dodatkowych, mniej klasycznych płaszczyzn relacji między przedsiębiorcą i jednostką w gospodarce cyfrowej. Relacje konsumenta z przedsiębiorcami „kapitalizmu inwigilacji” przybierają także inne formy i mogą być opisywane z perspektywy klasycznych instrumentów prawa cywilnego.

4. Dane osobiste jako świadczenie – problem ochrony konsumenta

Odrębnym problemem powstałym na styku bezpieczeństwa danych osobowych i ochrony konsumenta pozostaje wspomniana już wcześniej komodyfikacja danych poprzez traktowanie ich jako formy zapłaty w umowach konsumenckich²⁵. Praktyka traktowania danych osobowych jako sposobu spełnienia

21 Otwiera to – obok innych problemów ochrony konsumenta jako dysponenta danych osobowych – bardziej zasadnicze pytanie o wybór prywatno- i publicznoprawnych instrumentów regulacji. O kwestii tej będzie także mowa w punkcie 6.

22 Wyrok z 13 maja 2014 r., C-131/12, *Google Spain SL i Google Inc. v. Agencia Española de Protección de Datos (AEPD) i Mariowi Costesze Gonzálezowi*, ECLI:EU:C:2014:317.

23 W późniejszym wyroku z 24 września 2019 r., C-50717 *Google LLC v. Commission nationale de l’informatique et des libertés (CNIL)*, ECLI:EU:C:2019:772 TSUE stanął na stanowisku, że terytorialny zakres prawa do bycia zapomnianym ogranicza się do sfery prawnej UE (*verbatim* do „tych wersji wyszukiwarki, które odpowiadają wszystkim państwom członkowskim”).

24 Jak zauważa S. Zuboff, wraz z rozwojem Internetu i zaawansowanych narzędzi wyszukiwania, „informacja, która normalnie starzałaby się i zostawała zapomniana, obecnie pozostaje wiecznie młoda, uwypuklona na pierwszym planie tożsamości cyfrowej każdej osoby” (S. Zuboff, *The Age...*, s. 59).

25 Por. także H. Zech, *Data as a Tradeable Commodity*, [w:] A. De Franceschi (red.), *European Contract Law and the Digital Single Market. The Implications of the Digital Revolution*, Cambridge–Antwerp–Portland 2016.

świadczenia co do swojej istoty nie stoi w sprzeczności z koncepcją świadczenia w prawie polskim. Przepisy części ogólnej prawa zobowiązań nie definiują elementów, które mogą stać się świadczeniem (art. 353 k.c.²⁶), pozwalając stronom na wybór jednej z jego postaci w ogólnych granicach swobody umów. Równocześnie polskie prawo umów wychodzi z dość jasnego założenia, że decyzja o ustaleniu relacji między wartością wzajemnych świadczeń (innymi słowy: o wycenie określonego dobra lub usługi) z wyjątkiem wypadków skrajnej dysproporcji leży z zasady w sferze swobodnej oceny stron i nie powinna podlegać kontroli. Badanie czy wartość danych przekazywanych przez konsumenta pozostaje ekwiwalentna do wartości otrzymywanych w zamian dóbr lub usług, w konsekwencji pozostaje poza bezpośrednim zakresem oceny na gruncie prawa umów. Nie oznacza to jednak, by praktyka tego rodzaju była z definicji – i w każdych okolicznościach – dopuszczalna. Uchwycenie tego problemu wymaga jednak bardziej wyrafinowanych i nieco mniej oczywistych instrumentów²⁷.

Przepisy prawa UE stwarzają *de lege lata* kilka punktów odniesienia dla wykorzystania danych konsumenta jako świadczenia. Obok ogólnej regulacji RODO, dotyczącej wszelkich postaci pobierania i przetwarzania danych jednostki, do problemu tego odnosi się wprost dyrektywa 2019/770²⁸, której jednym z przedmiotów regulacji jest dostarczanie konsumentom treści cyfrowych w zamian za dane osobowe (art. 3 ust. 1). W odniesieniu do samego administrowania danymi, dyrektywa niemal w całości odsyła jednak (w art. 16 ust. 2) do ogólnych przepisów RODO. Bardziej istotna dla zrozumienia sposobu, w jaki prawo unijne postrzega relację między ochroną konsumenta a świadczeniem spełnianym przez przekazanie danych osobowych, pozostaje jednak preambuła dyrektywy. Wskazuje ona (w motywie 24), że z uwagi na traktowanie ochrony danych osobowych jako prawa podstawowego w prawie UE, „dane osobowe nie mogą być traktowane jak towar”. W konsekwencji konsumenci powinni uzyskać instrumenty prawne pozwalające na ochronę danych przekazywanych przedsiębiorcy jako świadczenie wzajemne²⁹. Wyznaczając ten ogólny standard, dyrektywa wskazuje zarazem (również w motywie 24 preambuły), że reguły określające przesłanki ważności i skuteczności umów, w których ramach świadczeniem są dane osobowe konsumenta, mogą być samodzielnie ustalane przez państwa członkowskie. W konsekwencji zasadnicza część problemów dotyczących konstrukcyjnych elementów spełnienia świadczenia z wykorzystaniem danych osobowych, a także ocena ważności i skuteczności tej formy przesunięcia majątkowego w ramach danej relacji konsumenckiej, pozostają domeną krajowego prawa umów.

Wymaga to bardziej precyzyjnego spojrzenia na regulacje polskiego prawa prywatnego odnoszące się do spełnienia świadczenia z wykorzystaniem danych osobowych. Jak była mowa, przekazanie danych osobowych jako świadczenie może zostać wprowadzone w ogólnych ramach swobody umów. Prawo cywilne *de lege lata* nie zastrzega żadnych szczególnych instrumentów, które określałyby sposób spełnienia świadczenia mającego postać danych osobowych – zastosowanie w tym zakresie będą więc miały ogólne reguły księgi trzeciej k.c. odnoszące się do wykonania zobowiązań, w których świadczenie zostało oznaczone w postaci niepieniężnej³⁰. Równocześnie polskie prawo umów z dość dużym dystansem podchodzi do możliwości kontroli relacji między ceną a wartością świadczenia wzajem-

26 Ustawa z dnia 23 kwietnia 1964 r. – Kodeks cywilny, t.j. Dz.U. 2020, poz. 1740, 2320.

27 Por. także F. Zoll, *Personal Data as Remuneration in the Proposal for a Directive on Supply of Digital Content*, [w:] R. Schulze, D. Staudenmayer, S. Lohsse (red.), *Contracts for the Supply of Digital Content: Regulatory Challenges and Gaps*, 2017, <https://doi.org/10.5771/97833845281391>; C. Bedir, *Data As Counter-Performance: Yet Another Point Where Digital Content Contracts and the GDPR Conflict*, Tilburg 2020, https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=3648092 [dostęp: 11.10.2020].

28 Dyrektywa Parlamentu Europejskiego i Rady (UE) 2019/770 z dnia 20 maja 2019 r. w sprawie niektórych aspektów umów o dostarczanie treści cyfrowych i usług cyfrowych, Dz. Urz. UE L 136 z 22.05.2019 r., s. 1-27.

29 Polskie tłumaczenie dyrektywy błędnie posługuje się w tym kontekście określeniem „umowne środki ochrony prawnej”. Jest ono nieprecyzyjne i może wywoływać błędne przekonanie co do istoty omawianego rozwiązania. Dyrektywa nie odnosi się do środków wynikających z jakiegokolwiek umowy (ustanowionych w drodze umowy), lecz do narzędzi ochrony wynikających z prawa stanowionego, które jedynie odnoszą się do stosunku prawnego kreowanego za pośrednictwem umowy. Wskazują na to także inne wersje językowe aktu, w których mowa o „contractual remedies”, „vertragliche Rechtsbehelfe” itd.

30 Por. szerzej Ł. Golba, *Personal Data “Trading” Under Polish Contract Law*, „Osteuropa Recht” 2017, nr 2.

nego³¹. Badanie takie jest dopuszczalne jedynie w nielicznych wypadkach, w których dysproporcja ta przybiera szczególnie rażącą skalę (kontrola słuszności kontraktowej na podstawie art. 58 § 2 i art. 353¹ k.c.) lub gdy wynika ona z niewiedzy (błąd, podstęp) albo celowego wywołania lub wykorzystania przymusowej sytuacji kontrahenta (groźba, wyzysk)³². W większości wypadków, w których obecnie dochodzi do przekazania przez konsumenta danych osobowych jako świadczenia, nie wydaje się, aby możliwość zastosowania jednego z opisywanych instrumentów była szczególnie częsta w praktyce. Co szczególnie istotne, wartość danych osobowych jako dobra rynkowego jest z istoty rzeczy trudno wymierna z perspektywy konkretnej umowy. Dane zyskują wartość z reguły dopiero wówczas, gdy zostaną włączone w ramy znacznie szerszego zbioru informacji (*big data*), w oparciu o które algorytm może określać korelacje i budować na ich podstawie zindywidualizowane charakterystyki i prognozy. Stosowanie klasycznych mechanizmów kontroli cen, opartych na ocenie jednostkowej ceny ustalonej w umowie, staje się tym samym nieoperatywne w odniesieniu do świadczenia spełnianego w postaci danych osobowych³³.

W jeszcze silniejszym stopniu bezpośrednią ingerencję w relację cena-wartość wyklucza unijne prawo konsumenckie. Kluczową rolę z tego punktu widzenia odgrywa art. 4 ust. 2 dyrektywy 93/13 EWG³⁴ (implementowany w art. 385¹ § 1 zd. 2 k.c.), który wyłącza możliwość kontroli niedozwolonych postanowień umownych określających główne świadczenia stron, w tym przede wszystkim cenę (o ile zostały one sformułowane transparentnie). Rozwiązanie to będzie obejmowało przede wszystkim te umowy konsumenckie, w których dane osobowe konsumenta są przekazywane w zamian za konkretne dobro lub usługę (a więc wówczas, gdy kształt danego stosunku prawnego pozwoli na stwierdzenie, że przekazanie danych może być traktowane jako cena w klasycznym rozumieniu). W pozostałym zakresie należałoby, jak się wydaje, dopuszczać pełną kontrolę postanowień zastrzegających główne świadczenia stron. Wyjątek wprowadzony w art. 385¹ § 1 zd. 2 k.c. ma ze swojej istoty wyjątkowy charakter, wyłączając kontrolę abuzywności wyłącznie w odniesieniu do relacji jakości i ceny – którą prawodawca unijny zdecydował się pozostawić swobodnemu kształtowaniu przez mechanizmy rynkowe. Nie wydaje się, by zakres tego wyjątku powinien być ujmowany zbyt szeroko³⁵, przez włączenie w jego ramy klauzul, które zastrzegają obowiązek przekazania danych powiązanych jedynie pośrednio ze świadczeniem wzajemnym przedsiębiorcy³⁶.

31 Por. ogólnie Ł. Węgrzynowski, *Ekwiwalentność świadczeń w umowie wzajemnej*, Warszawa 2011.

32 Por. szerzej m.in. A. Fermus-Bobowiec, I. Szpringer, *Z problematyki „iustum pretium” – normatywne odzwierciedlenie idei słuszności w prawie*, „Studia Iuridica Lublinska” 2011, nr 15, s. 99-106.

33 W dalszej konsekwencji może to prowadzić także do rozwoju konkurencji, mającej za przedmiot sposób sformułowania „polityki prywatności” i innych elementów systemu ochrony danych osobowych – a tym samym, do zachęcania konsumentów, by zawarli umowę z przedsiębiorcą oferującym najbardziej korzystny sposób administrowania danymi osobowymi. Ogólnie o zjawisku konkurencji rynkowej opartej na sposób skonstruowania umowy por. m.in. D. Gilo, A. Porat, *Viewing Unconscionability Through a Market Lens*, „William & Mary Law Review” 2012, t. 52, nr 1, s. 162-170; F. Marotta-Wurgler, *Competition and the Quality of Standard Form Contracts: The Case of Software License Agreements*, „Journal of Empirical Legal Studies” 2008, nr 3, s. 474 i nast.

34 Dyrektywa 93/13/EWG w sprawie nieuczciwych warunków w umowach konsumenckich, Dz. Urz. UE L 95, 21.04.1993 r., s. 29-34.

35 Por. m.in. G. Heirman: *Core terms: interpretation and possibilities of assessment*, „Journal of European Consumer and Market Law” 2017, nr 1, s. 30 i nast.

36 Osobno, do szczegółowych problemów rynkowej roli danych przekazywanych przez konsumenta odnosi się regulacja nieuczciwych praktyk rynkowych, wprowadzona w dyrektywie 2005/29/WE (implementowanej w prawie polskim ustawą o przeciwdziałaniu nieuczciwym praktykom rynkowym) – Dyrektywa 2005/29/WE Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 11 maja 2005 r. dotycząca nieuczciwych praktyk handlowych stosowanych przez przedsiębiorstwa wobec konsumentów na rynku wewnętrznym oraz zmieniająca dyrektywę Rady 84/450/EWG, dyrektywy 97/7/WE, 98/27/WE i 2002/65/WE Parlamentu Europejskiego i Rady oraz rozporządzenie (WE) nr 2006/2004 Parlamentu Europejskiego i Rady („dyrektywa o nieuczciwych praktykach handlowych”), Dz. Urz. UE L 149 z 11.06.2005 r., s. 22-39; ustawa z dnia 23 sierpnia 2007 r. o przeciwdziałaniu nieuczciwym praktykom rynkowym, t.j. Dz.U. 2017, poz. 2070.

5. Decyzje zautomatyzowane w obrocie konsumenckim

5.1. Personalizacja a ochrona konsumenta

Ogólne obowiązki informacyjne wynikające z RODO i przepisów szczegółowych są uzupełniane przez szereg bardziej szczegółowych wymogów informacyjnych. Należą do nich między innymi obowiązki przekazania konsumentowi informacji o fakcie poddania go zabiegom personalizującym z wykorzystaniem zautomatyzowanych narzędzi analizy danych. Generalny obowiązek w tym zakresie został wprowadzony w art. 14 ust. 2 lit. g RODO, przyznającym ogólne prawo do informacji o zautomatyzowanym przetwarzaniu danych, w tym o dokonanej na tej podstawie personalizacji³⁷. Przepis ten obejmuje w praktyce szeroką i różnorodną gamę decyzji podejmowanych z wykorzystaniem algorytmów analizujących dane osobowe i podejmujących na tej podstawie decyzje o spersonalizowaniu określonych decyzji w odniesieniu do konkretnej jednostki³⁸. Obecnie decyzje tego rodzaju są podejmowane m.in. w sektorze bankowym (zautomatyzowana ocena zdolności kredytowej), ubezpieczeniowym (algorytmiczne określenie ryzyka ubezpieczeniowego) oraz w odniesieniu do niektórych umów nabycia towarów i usług (zwłaszcza w zakresie personalizacji cen, o której będzie mowa szerzej w kolejnym punkcie). Istotą tego rozwiązania stanowi przeciwstawienie jednostki, na której temat algorytm posiada dane, ze zbiorem danych (*big data*) dotyczącym pewnej populacji, do której jednostka ta należy. Rozwiązanie to bazuje więc innymi słowy na budowie korelacji między danymi o jednostce (przede wszystkim jej danymi osobowymi) i ogółem pozostałych danych, do których dostępem dysponuje algorytm³⁹.

Mechanizm ten wywołuje kilka rodzajów zastrzeżeń, zarówno o charakterze pragmatycznym jak i etycznym. Po pierwsze, zautomatyzowana personalizacja pociąga za sobą, między innymi, dość oczywiste (i potwierdzone empirycznie⁴⁰) ryzyko oparcia decyzji na uproszczeniach i stereotypach, replikujących klisze poznawcze już funkcjonujące w przestrzeni społecznej⁴¹. Po drugie podejmowanie spersonalizowanych decyzji z wykorzystaniem algorytmów pociąga za sobą silne wątpliwości co do słuszności ocen opartych na pewnym stopniu dehumanizacji jednostki i postrzegania jej jako zbioru danych konfrontowanego z szerszym zbiorem informacji z wykorzystaniem mechanizmu analizy danych i podjęcia ostatecznej decyzji⁴². Problem ten staje się szczególnie wyraźny wówczas, gdy algorytm personalizujący decyzje dotyczące konsumentów opiera się na sztucznej inteligencji i uczeniu maszynowym (*machine learning*), a więc na rozwiązaniach zakładających ewolucję algorytmu na przestrzeni czasu, wraz z konfrontowaniem programu z kolejnymi porcjami danych i wytwarzaniem przez niego coraz bardziej złożonych wewnętrznych schematów decyzyjnych⁴³.

37 Szerzej w m.in. S. Wachter, B. Mittelstadt, C. Russell, *Counterfactual explanations without opening the black box: Automated decisions and the GDPR*, „Harvard Journal of Law & Technology” 2018, nr 31, s. 880 i nast.; por. także punkt 63 preambuły RODO.

38 Szerzej o koncepcji transparentności w algorytmicznym podejmowaniu decyzji por. F. Pasquale, *Beyond Innovation and Competition: The Need for Qualified Transparency in Internet Intermediaries*, „Northwestern University Law Review” 2010, t. 104, nr 1, s. 105 i nast., https://digitalcommons.law.umaryland.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=2348&context=fac_pubs [dostęp: 11.10.2020]; D.K. Citron, F.A. Pasquale, *The Scored Society: Due Process For Automated Predictions*, „Washington Law Review” 2014, t. 89, s. 1-35, https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2376209 [dostęp: 11.10.2020].

39 Por. także J.E. Cohen, *Turning Privacy Inside Out*, „Theoretical Inquiries in Law” 2019, nr 1, s. 11.

40 Szerzej w m.in. A. Chander, *The Racist Algorithm?*, „Michigan Law Review” 2017, t. 115, nr 6, s. 1034–1039, <https://repository.law.umich.edu/mlr/vol115/iss6/13> [dostęp: 11.10.2020]; K. Crawford, *The Hidden Biases of Big Data*, „Harvard Business Review” z 1.04.2013 r.

41 Por. także T. Zarsky, *The Trouble with Algorithmic Decisions: An Analytic Road Map to Examine Efficiency and Fairness in Automated and Opaque Decision Making*, „Science, Technology, & Human Values” 2016, nr 1, s. 126 i nast.

42 Por. także J.E. Cohen, *Turning Privacy...*, s. 11.

43 W polskiej literaturze o ochronie konsumenta w kontekście umów zawartych za pośrednictwem algorytmu sztucznej inteligencji także A. Chłopecki, *Sztuczna inteligencja – szkice prawnicze i futurologiczne*, Warszawa 2018, s. 33-37.

Z tego punktu widzenia obowiązek ujawnienia faktu, że decyzja została podjęta w sposób spersonalizowany, służyć ma przede wszystkim zapewnieniu konsumentowi rzeczywistej autonomii wobec oceny dokonywanej wobec niego przez system maszynowy i pozwolić mu zarówno na sprzeciwienie się *ex ante* podjęciu tej decyzji, jak i kwestionowanie jej rezultatu *ex post*. Założenie to ma swoje ogólne odbicie w art. 22 RODO, który ustanawia generalne „prawo do tego, by nie podlegać decyzji, która opiera się wyłącznie na zautomatyzowanym przetwarzaniu, w tym profilowaniu, i wywołuje wobec tej osoby skutki prawne lub w podobny sposób istotnie na nią wpływa”⁴⁴. Na bardziej szczegółowym poziomie, ten sam mechanizm został także zawarty⁴⁵ w przepisach dyrektywy 2011/83/UE⁴⁶, dotyczących personalizacji cen. Jest to jedno z najbardziej wyraźnych i interesujących pól, na których dochodzi do styku ochrony konsumenta i ochrony danych osobowych⁴⁷. Z tego powodu warto poświęcić mu nieco więcej uwagi.

5.2. Personalizacja cen w obrocie konsumenckim

Personalizacja cen stanowi jedno z najbardziej charakterystycznych zjawisk będących następstwem rozwoju „kapitalizmu inwigilacji”. Praktyka ta jest szczególnie rozpowszechniona wśród platform internetowych pośredniczących w zawieraniu z konsumentami umów o nabycie dóbr i usług (lub oferujących te dobra i usługi wprost). Dotyczy to między innymi niektórych platform sprzedażowych (jak Amazon) oraz większości platform oferujących usługi przewozowe (jak Uber, Lyft i Bolt). Posługują się one algorytmami w celu ustalenia spersonalizowanych⁴⁸ cen, dopasowanej do specyfiki konkretnego konsumenta – ustalonej przez porównanie danych na jego temat, zgromadzonych przez platformę, ze zagregowanymi danymi populacji wszystkich użytkowników platformy. Dokładny zbiór przesłanek, jakie są brane w tym zakresie pod uwagę, nie jest z reguły⁴⁹ ujawniany przez przedsiębiorcę. Równocześnie istnieją silne przesłanki, by sądzić, że algorytmiczna kalkulacja cen może prowadzić do dyskryminacji cenowej i innych form segregacji konsumentów na rynku⁵⁰. Podobnie jak w innych

44 O rozumieniu personalizacji na gruncie tego przepisu w polskiej literaturze por. także M. Ciechomska, *Prawne aspekty profilowania oraz podejmowania zautomatyzowanych decyzji w ogólnym rozporządzeniu o ochronie danych osobowych*, „Europejski Przegląd Sądowy” 2017, nr 5, s. 37-39; W. Chomiczewski, *Profilowanie w ogólnym rozporządzeniu o ochronie danych*, [w:] E. Bielik-Jomaa, D. Lubasz (red.), *Polska i europejska reforma ochrony danych osobowych*, Warszawa 2017; M. Sakowska-Baryła [w:] M. Sakowska-Baryła (red.), *Ogólne rozporządzenie o ochronie danych osobowych. Komentarz*, Warszawa 2018, s. 270 i nast.

45 Przepis został wprowadzony w art. 4(4)(ii) dyrektywy Parlamentu Europejskiego i Rady (UE) 2019/2161 z dnia 27 listopada 2019 r. zmieniająca dyrektywę Rady 93/13/EWG i dyrektywę Parlamentu Europejskiego i Rady 98/6/WE, 2005/29/WE oraz 2011/83/UE w odniesieniu do lepszego egzekwowania i unowocześnienia unijnych przepisów dotyczących ochrony konsumenta, Dz. Urz. UE L 328 z 18.12.2019 r., s. 7-28.

46 Dyrektywa Parlamentu Europejskiego i Rady 2011/83/UE z dnia 25 października 2011 r. w sprawie praw konsumentów, zmieniająca dyrektywę Rady 93/13/EWG i dyrektywę 1999/44/WE Parlamentu Europejskiego i Rady oraz uchylająca dyrektywę Rady 85/577/EWG i dyrektywę 97/7/WE Parlamentu Europejskiego i Rady, Dz. Urz. UE L 304 z 22.11.2011 r., s. 64-88.

47 O nakładaniu się na siebie obu sfer zob. także F.Z. Borgesius, J. Poort, *Online Price Discrimination and EU Data Privacy Law*, „Journal of Consumer Policy” 2017, nr 3, s. 356-363.

48 Rozumiana w ten sposób personalizacja cen jest zjawiskiem odmiennym od cen „zdynamizowanych”, zmieniających się na określonej przestrzeni czasu – jednak bez doboru ceny do charakterystyki konkretnego konsumenta. To ostatnie zjawisko ma znacznie dłuższą historię na współczesnym rynku konsumenckim i od dawna występowało w wielu sferach obrotu, w których ceny ulegają zmianom w pewnych interwałach czasowych (praktyka ta jest obecnie charakterystyczna m.in. dla sektora turystycznego). Personalizacja w ścisłym rozumieniu zakłada natomiast dobór ceny do konkretnych elementów indywidualnej charakterystyki konsumenta. Tak rozumiana cena jest zatem wynikiem korelacji między indywidualnymi cechami konsumenta i szerszym zbiorem danych o rynku, określanych z wykorzystaniem algorytmu.

49 Jednym z wyjątków na tym tle pozostaje narzędzie „Smart Price”, stworzone przez Airbnb jako sposób kalkulowania wysokości czynszu najmu za konkretne nieruchomości i przedstawiania ich wynajmującym jako niewiążących propozycji. Wiąże się to z przedstawianiem dość szczególnych kryteriów, które są uwzględniane przez algorytm przy kalkulacji ceny – por. m.in. E. Huet, *How Airbnb Uses Big Data And Machine Learning To Guide Hosts To The Perfect Price*, „Forbes” z 5.06.2015 r.

50 O. Bar-Gill, *Algorithmic Price Discrimination. When Demand Is a Function of Both Preferences and (Mis)perceptions*, „The University of Chicago Law Review” 2019, nr 2, s. 242-245; G. Wagner, H. Eidenmüller, *Down by Algorithms? Siphoning Rents, Exploiting Biases, and Shaping Preferences: Regulating the Dark Side of Personalized Transactions*, „The

wypadkach posługiwania się algorytmami, wywołują one także zwykle ogólne poczucie niesłuszności praktyki personalizacji⁵¹ i zauważalnie niższą społeczną akceptacją dla ustalonej w ten sposób ceny⁵².

Z tych powodów problem personalizacji cen na rynku konsumenckim budzi od pewnego czasu zainteresowanie nie tylko naukowe, lecz także na poziomie określenia celów politycznych dalszej regulacji rynku konsumenckiego⁵³. W prawie UE do kwestii tej odnosi się wprost⁵⁴ art. 6 ust. 1 lit. e dyrektywy 2011/83/UE⁵⁵, który zastrzega obowiązek ujawnienia konsumentowi, że cena została określona w sposób zautomatyzowany. Rozwiązanie to zakłada innymi słowy, że tak długo jak długo fakt personalizacji pozostanie transparentny dla konsumenta⁵⁶, sama wysokość ceny czy przesłanki jej ustalenia pozostają poza zakresem zainteresowania prawa konsumenckiego. Wymaganie to jest skorelowane ze wspomnianym już uprawnieniem do sprzeciwu wobec podlegania decyzji opartej na zautomatyzowanym profilowaniu⁵⁷.

Rozwiązanie to łączy w sobie tym samym elementy dwóch opisywanych już założeń prawa konsumenckiego UE: ochrony autonomii decyzyjnej konsumenta przez informację oraz braku bezpośredniej ingerencji w mechanizm kształtowania się cen w obrocie⁵⁸. Dzieli ono jednak ich podstawowe słabości. Przede wszystkim można mieć poważną wątpliwość, czy oparcie się na prostym mechanizmie transparentności umożliwi skuteczną ochronę interesu konsumenta – a przede wszystkim, czy w rzeczywistości pozwoli na dokonanie świadomego wyboru ceny lub samego faktu podlegania personalizacji⁵⁹. W warunkach, w których konkurencja między przedsiębiorcami pozostaje na ograniczonym poziomie (często w obrocie online), faktyczna możliwość dokonania przez konsumenta pełnego i świadomego wyboru staje się w znacznej mierze iluzoryczna. Podobna sytuacja występuje w innych sferach ochrony

University of Chicago Law Review” 2019, nr 2, s. 583 i nast.; O. Lynskey, *Grappling with “Data Power”: Normative Nudges from Data Protection and Privacy*, „Theoretical Inquiries in Law” 2019, nr 1, s. 198.

- 51 Por. także A.A. Miller, *What Do We Worry about When We Worry about Price Discrimination – The Law and Ethics of Using Personal Information for Pricing*, „Journal of Technology Law & Policy” 2014, nr 19, s. 84-90, <http://awa2015.concurrences.com/IMG/pdf/ssrn-id2315315.pdf> [dostęp: 25.10.2020].
- 52 Por. m.in. L. Xia I in., *The Price Is Unfair! A Conceptual Framework of Price Fairness Perceptions*, „Journal of Marketing” 2004, t. 68, s. 3-6, <https://www.doi.org/10.1509/jmkg.68.4.1.42733>; M. Fassnacht, S. Unterhuber, *Consumer Response to Online/Offline Price Differentiation*, „Journal of Retailing and Consumer Services” 2016, nr 28, s. 146 i nast.; T.J. Richards, J. Liaukonyte, N. Streletskaia, *Personalized Pricing and Price Fairness*, „International Journal of Industrial Organization” 2016, t. 44, nr C, <https://www.doi.org/10.1016/j.ijindorg.2015.11.004>.
- 53 Por. m.in. M. Bourreau, A. de Stree, OECD Directorate for Financial and Enterprise Affairs Competition Committee, *The Regulation of Personalised Pricing in the Digital Era*, DAF/COMP/WD(2018)150, 25.09.2018 [https://one.oecd.org/document/DAF/COMP/WD\(2018\)150/en/pdf](https://one.oecd.org/document/DAF/COMP/WD(2018)150/en/pdf) [dostęp: 11.10.2020].
- 54 Obok tego do problemu algorytmicznej kalkulacji cen można odnosić także art. 6 ust. 1 lit. d dyrektywy 2005/29/WE Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 11 maja 2005 r. dotyczącej nieuczciwych praktyk handlowych stosowanych przez przedsiębiorstwa wobec konsumentów na rynku wewnętrznym oraz zmieniająca dyrektywę Rady 84/450/EWG, dyrektywy 97/7/WE, 98/27/WE i 2002/65/WE Parlamentu Europejskiego i Rady oraz rozporządzenie (WE) nr 2006/2004 Parlamentu Europejskiego i Rady, Dz. Urz. UE L 149 z 11.06.2005 r., s. 22-39, który za praktykę wprowadzającą w błąd uznaje brak przekazania konsumentowi wyczerpującej informacji o przesłankach wziętych pod uwagę przy kalkulacji ceny.
- 55 Wprowadzony w art. 4 ust. 4 lit. a punkt ii 2019/2161 dyrektywy Parlamentu Europejskiego i Rady (UE) 2019/2161 z dnia 27 listopada 2019 r. zmieniającej dyrektywę Rady 93/13/EWG i dyrektywy Parlamentu Europejskiego i Rady 98/6/WE, 2005/29/WE oraz 2011/83/UE w odniesieniu do lepszego egzekwowania i unowocześnienia unijnych przepisów dotyczących ochrony konsumenta, Dz. Urz. UE L 328 z 18.12.2019 r., s. 7-28.
- 56 O transparentności algorytmów tworzonych w celu podejmowania decyzji por. szerzej m.in. F. Pasquale, *The Black Box Society. The Secret Algorithms That Control Money and Information*, Cambridge-Massachusetts-London 2015, s. 218-219.
- 57 Por. także R. Steppe, *Online Price Discrimination and Personal Data: A General Data Protection Regulation perspective*, „Computer Law & Security Review” 2017, nr 33, s. 776 i nast.
- 58 O regulacjach prawa UE dotyczących personalizacji cen por. także P. Rott, *A Consumer Perspective on Algorithms*, [w:] L. de Almeida, M. Cantero Gamito, M. Djurovic, K. Purnhagen (red.), *The Transformation of Economic Law. Essays in Honour of Hans-W. Micklitz*, Oxford 2019, s. 48-55 oraz A. de Stree, F. Jacques, *Personalized Pricing and EU Law* [referat konferencyjny, 2019], <https://www.econstor.eu/bitstream/10419/205221/1/de-Stree-Jacques.pdf> [dostęp: 11.10.2020].
- 59 Por. szerzej m.in. M. Grochowski, *European Consumer Law after the New Deal: A Tryptich*, „Yearbook of European Law” 2020, s. 402-407, 421 i nast. oraz przywołane tam dalsze publikacje.

danych osobowych, w których prawo UE przyjmuje paradygmat ochrony przez informację. Można mieć wątpliwość, w jakim stopniu treść informacji przekazanej konsumentowi pozwala mu na prawidłowe zrozumienie decyzji o zaakceptowaniu ceny ustalonej przez algorytm. Prosta informacja o fakcie personalizacji ceny z istoty rzeczy nie stwarza konsumentowi konkretnego punktu odniesienia, który pozwalałby na ustalenie ceny niespersonalizowanej – a tym samym może stawiać pod znakiem zapytania faktyczne wzmocnienie tą drogą racjonalności decyzji rynkowej konsumenta.

Mimo słabości, podejście oparte na transparentności pozostaje podstawową koncepcją rozwiązywania problemów związanych z algorytmiczną kalkulacją cen⁶⁰. Nie jest to jednak jedyna teoretyczna możliwość rozwiązania omawianych problemów. W aktualnie prowadzonej dyskusji o analizie danych konsumenta z wykorzystaniem algorytmów na pierwszy plan wysuwa się pytanie o przesunięcie akcentu w konstruowaniu instrumentów ochronnych z transparentności opartej na udostępnieniu informacji o samym zastosowaniu zautomatyzowanego procesu decyzyjnego na udostępnienie bardziej szczegółowych wskazówek pozwalających jednostce na zrozumienie przyczyn, jakie stoją za podjęciem decyzji o określonej treści⁶¹. Ujmowana w ten sposób „wyjaśnialność” (*explainability*) algorytmu nie została jak dotąd ujęta w ramy konkretnej regulacji, jest jednak obecna w coraz szerszym zakresie w dyskusji nad dalszymi kierunkami rozwoju regulacji prawa konsumenckiego w UE⁶². „Wyjaśnialność” wydaje się także interesującą perspektywą dla algorytmicznej regulacji cen. Sprzyjałaby ona przede wszystkim wyraźniejszemu wskazaniu przesłanek, które zostały wzięte pod uwagę przy obliczaniu wysokości ceny. Równocześnie nie ulega wątpliwości, że również ten instrument ma ograniczoną skuteczność i może jedynie wzmacniać możliwość skorzystania przez konsumenta z autonomii w podjęciu decyzji. Wymaga zarówno zrozumienia przez konsumenta ekonomicznych skutków personalizacji, jak i rzeczywistej możliwości zrezygnowania z personalizacji lub wyboru ceny spersonalizowanej z użyciem innej metody lub przez innego przedsiębiorcę. Bez wątpienia dyskusja o regulacji algorytmicznej kalkulacji cen jest na obecnym etapie daleka od konkluzji. Trudności ze wskazaniem typowych instrumentów prawa konsumenckiego (lub prawa cywilnego), które starzałyby bezpośrednią odpowiedź wobec problemów algorytmicznej kalkulacji cen, kierują jednak uwagę ku rozwiązaniom hybrydowym, łączącym elementy czysto prywatnoprawne (skupione na regulacji swobody stron umów i ogólnej słuszności kontraktowej) z elementami publicznego nadzoru nad przejrzystością posługiwania się algorytmami w relacji z konsumentem.

6. Zamiast podsumowania

Nakładanie się na siebie problematyki danych osobowych i obrotu konsumenckiego pozostaje w pełni naturalne z perspektywy ogólnego funkcjonowania mechanizmów rynkowych. Zasadnicza część danych, których dotyczą współczesne regulacje UE, to dane konsumentów pobierane w celu budowy

60 Osobne pytanie odnosi się na tym tle do możliwości uznania algorytmów określających elementy umów konsumenckich – w tym stanowiących podstawę ustalenia cen dynamicznych lub spersonalizowanych – za niedozwolone postanowienia umowne w rozumieniu art. 385¹ § 1 k.c. (oraz dyrektywy 93/13/EWG). Ponieważ prawo UE – a w ślad za nim prawo polskie – nie definiuje, czym jest „tworzywo” klauzuli kontraktowej i jaką powinna ona przybrać formę. Z ogólnego konstrukcyjnego punktu widzenia brak wyraźnych przeszkód, by za klauzule w takim rozumieniu uznać także fragmenty kodu tworzącego algorytm (równieżw sytuacji, gdy w oparciu o bazowy kod algorytm przechodzi następnie proces treningu). Osobnym pytaniem na tym tle pozostaje sama dopuszczalność kontroli elementów umowy konsumenckiej, które określają główne świadczenia stron, w tym cenę. Ogólna możliwość kontroli algorytmów z punktu widzenia przesłanek ważności umowy była już przy tym – z ogólnie pozytywnymi konkluzjami – rozważana w dotychczasowej literaturze poza kontekstem prawa konsumenckiego UE: zob. M.S. Gal, *Algorithms as Illegal Agreements*, „Berkeley Technology Law Journal” 2019, nr 1, s. 105-118. Z konstrukcyjnego punktu widzenia rozwiązania tego rodzaju wywołują jednak szereg szczegółowych wątpliwości dogmatycznych, dotyczących zwłaszcza sposobu stosowania przepisów o – por. T. de Graaf, *Consequences of Nullifying and Agreement on Account of Personalized Pricing*, „Journal of European Consumer and Market Law” 2019, nr 5, s. 185.

61 Por. m.in. A. Selbst, S. Barocas, *The Intuitive Appeal of Explainable Machines*, „Fordham Law Review” 2018, nr 3, s. 1099-1109.

62 Por. m.in. C. Twigg-Flesner, *The EU’s Proposals for Regulating B2B Relationships on online platforms – Transparency, Fairness and Beyond*, „Journal of European Consumer and Market Law” 2018, nr 6, s. 230.

wiedzy o rynku i tworzenia zindywidualizowanych profili, o większym lub mniejszym stopniu kompletności. Profilowanie ma z kolei na celu stworzenie bardziej precyzyjnej oferty rynkowej adresowanej do konsumentów, opartej na wykorzystaniu ich specyfiki behawioralnej i prognozowanych zachowań (np. podatności na określoną reklamę czy gotowości do zapłaty określonej ceny).

O ile jednak przenikanie się obu tych sfer w praktyce nie budzi jakichkolwiek wątpliwości, znacznie mniej oczywista pozostaje odpowiedź, jakiej może (lub powinien) udzielić w tym zakresie system prawa. Przez długi czas ochrona konsumenta i ochrona danych osobowych pozostawały niemal zupełnie odrębne na płaszczyźnie celów politycznych i rozwiązań legislacyjnych. Sytuacja ta zaczęła ulegać zmianie z biegiem czasu, przede wszystkim wraz z pojawieniem się na rynku przedsiębiorców – takich jak Google, Amazon czy Facebook – prowadzących globalną działalność, której głównym lub jednym z głównych elementów jest gromadzenie i analiza danych użytkowników⁶³. Doprowadziło to, w dalszej kolejności, do rosnącej komodyfikacji danych osobowych i coraz szerszego wykorzystywania informacji o jednostce jako świadczenia w obrocie konsumenckim.

Rosnąca świadomość ryzyk, jakie tworzy „kapitalizm inwigilacji” pociągnęła za sobą częstsze dostrzeżenie potrzeby kompleksowej i skoordynowanej regulacji obu tych sfer. Znalazło to odbicie zarówno w przepisach RODO, jak również w bardziej szczegółowych rozwiązaniach konsumenckich – zwłaszcza wprowadzonych w ramach reformy konsumenckiego *acquis* UE w latach 2018–2019⁶⁴. Jak była już mowa, zasadniczym założeniem, na którym opierają się te instrumenty, jest wzmocnienie autonomii konsumenta w stosunku do jego danych osobowych oraz decyzji podejmowanych na podstawie ich analizy. Inaczej niż w klasycznych sytuacjach regulowanych jak dotąd przez prawo konsumenckie, źródeł słabości konsumenta w tej sferze wykładnia prawa UE upatruje nie tyle w narażeniu go na zawarcie niekorzystnej ekonomicznie umowy przez wykorzystanie jego słabości rynkowej w celu uzyskania od niego danych osobowych (i ingerencji tą drogą w sferę jego prywatności), a w dalszej konsekwencji – w celu poddania go decyzji opartej na analizie wiedzy zgromadzonej na jego temat przez przedsiębiorcę. Pozwala to inaczej odczytywać źródła i stopień słabości konsumenta na rynku online oraz w obrocie tradycyjnym.

Klasyczne problemy prawa konsumenckiego (zwłaszcza kwestia ekwiwalentności świadczeń) mają znaczenie także dla sfery danych osobowych, przede wszystkim w tych aspektach, w których wykazują one wymierną wartość rynkową i stają się przedmiotem obrotu między konsumentem i przedsiębiorcą⁶⁵. Jednak nawet w tych wypadkach (czego jasno dowodzi dyrektywa 2019/770) uwaga regulacji unijnej skupia się na zachowaniu autonomii konsumenta w sferze jego prywatności i informacji na swój temat, nie zaś na ochronie interesów o *stricte* ekonomicznym charakterze.

Jak wspomniano wcześniej, podstawową odpowiedzią unijnej legislacji wobec wspomnianych problemów jest zwiększanie transparentności procesów związanych z gromadzeniem i analizą danych, której służyć ma zwłaszcza nakładanie na przedsiębiorców obowiązków informacyjnych. Rozwiązania te są skorelowane z przyznaniem konsumentowi prawa do wyrażenia zgody lub sprzeciwu wobec gromadzenia i przechowywania swoich danych oraz wobec podlegania konsekwencjom wynikającym z ich analizy. Instrumenty te wyrastają tym samym z klasycznego paradygmatu ochrony konsumenta, opartego na postrzeganiu go jako podmiotu słabszego na poziomie decyzyjnym, dysponującego mniejszym zasobem informacji i mniejszą siłą negocjacyjną niż przedsiębiorca. Pociąga to za sobą tworzenie instrumentów ochronnych, opartych z jednej strony na dostarczeniu konsumentowi informacji koniecznych do podjęcia świadomej decyzji o sposobie swojego udziału w rynku, z drugiej zaś, na przyznaniu mu jednostronnych uprawnień pozwalających na zmianę lub anulowanie relacji z przedsiębiorcą (zwłaszcza w postaci konsumenckiego prawa odstąpienia). Rozwiązania te mają w swoim tle milczące założenie o konieczności minimalnego ingerowania w dynamikę mechanizmów rynkowych, a pośrednio – w autonomię stron stosunków konsumenckich.

63 Szerzej m.in. N. Srnicek, *Platform Capitalism*, Cambridge–Malden 2017, s. 36 i nast.

64 Dotyczy to zwłaszcza wspomnianych wyżej dyrektyw 2019/2161 i 2019/770.

65 O pojęciu konsumenta w odniesieniu do „kapitalizmu inwigilacji” (oraz platform społecznościowych) por. wyrok TSUE z 25 stycznia 2018 r., C-498/16, *Maximilian Schrems v. Facebook Ireland Limited*, ECLI:EU:C:2018:37.

Ten ogólny model regulacyjny wywołuje jednak kilka zastrzeżeń. Po pierwsze, można wysunąć pod jego adresem te same ogóle wątpliwości co do koncepcji „ochrony przez informację”, jakie występują na gruncie klasycznych obowiązków informacyjnych w prawie konsumenckim. Wynikają one z opisywanych już wątpliwości co do rzeczywistego wpływu informacji przekazywanych konsumentowi na możliwość podjęcia przez niego racjonalnej decyzji rynkowej, zarówno z perspektywy jego indywidualnych procesów poznawczych jak i sytuacji konkurencyjnej na rynku. Po drugie, nie jest także w pełni przesądzone, czy model oparty na skorelowaniu obowiązków informacyjnych i uprawnienia do wyrażenia zgody lub sprzeciwu pozostaje najbardziej adekwatnym sposobem odniesienia się do problemów regulacyjnych występujących w kontekście ochrony danych osobowych. Ryzyka wynikające z nieprawidłowego gromadzenia lub posługiwania się danymi danej osoby nie zawsze mają wymiar czysto jednostkowy. Generowane przez nie koszty społeczne są często znacznie wyższe wówczas, gdy nieprawidłowe obchodzenie się z danymi konsumenta staje się stałą praktyką przedsiębiorcy i obejmuje szerszy obszar rynku lub większą grupę konsumentów.

W konsekwencji o ile samo uprawnienie jednostki do decydowania o sposobie udostępniania i przetwarzania swoich danych pozostaje bez wątpienia naturalną konsekwencją osobistej autonomii i prawa do decydowania o własnej prywatności, o tyle ochrona danych osobowych we współczesnym obrocie konsumenckim to w znacznej mierze problem interesów zbiorowych⁶⁶. Z tej perspektywy mechanizmy oparte na przekazaniu jednostce informacji i uzyskaniu jej zgody – konstruowane w ramach prywatnoprawnego paradygmatu autonomii prywatnej – wydają się raczej uzupełniającym instrumentem ochrony konsumenta, o ograniczonym zasięgu działania i dość dyskusyjnej skuteczności. Jak można sądzić, powinny być one uzupełniane instrumentami publicznoprawnymi, opartymi na bardziej bezpośredniej ingerencji w praktyki przedsiębiorców dotyczące danych osobowych konsumenta.

W konsekwencji nie ulega wątpliwości, że wiele problemów wywoływanych przez naruszenie danych osobowych (także wówczas, gdy ich przedmiotem staje się jednostka) jest łatwiejszych do uchwycenia i operacjonalizacji z perspektywy interesów zbiorowych i opartych na nich instrumentów publicznoprawnych⁶⁷. Prawo prywatne (zarówno na poziomie prawa umów, jak i prawa deliktów) jest z tej perspektywy przydatne jako instrument ochrony interesów indywidualnych tam, gdzie sytuacja jednostki jest z różnych względów mniej typowa lub gdzie jednostkowe interesy są rozproszone i trudniejsze do ujęcia w jednolite i uogólniające ramy regulacji prawa publicznego. Nie można wykluczyć, że z biegiem czasu problematyka powstająca na styku ochrony konsumenta i danych osobowych będzie regulowana w prawie UE z coraz silniejszym udziałem pierwiastka publicznoprawnego – na co, pośrednio, wydają się wskazywać propozycje legislacyjne ogłoszone w ostatnich miesiącach przez Komisję Europejską⁶⁸. Bardziej szczegółowe przewidywania co do dalszego kierunku tej ewolucji są jednak w znacznej mierze niepewne. Prawo unijne – a w ślad za nim także prawo polskie – nadal wydaje się poszukiwać właściwego „głosu” wobec problemów, jakie rodzi rynek konsumencki oparty na danych osobowych.

66 Interes ten jedynie manifestuje się przez interesy poszczególnych jednostek, których dane stają się przedmiotem naruszenia – por. m.in. wyrok TSUE z 29 lipca 2019 r., C-40/17, *Fashion ID GmbH & Co.KG v. Verbraucherzentrale NRW eV*, ECLI:EU:C:2019:629.

67 O. Ben-Shahar, *Data Pollution*, „Journal of Legal Analysis” 2019, t. 11, s. 110-131; S. Grundmann, P. Hacker, *Digital Technology as a Challenge to European Contract Law*, „European Journal of Contract Law” 2017, t. 13, nr 3, s. 288, <https://doi.org/10.1515/ejcl-2017-0012>.

68 Dotyczy to zwłaszcza projektu rozporządzenia odnoszącego się wprost do pozycji jednostki (przede wszystkim konsumenta) wobec przedsiębiorców na rynku elektronicznym, tj. rozporządzenia Parlamentu Europejskiego i Rady w sprawie jednolitego rynku usług cyfrowych (akt o usługach cyfrowych) i zmieniające dyrektywę 2000/31/WE (COM/2020/825 final). Pośrednio na sytuację konsumenta w gospodarce opartej na danych osobowych wpływać będzie także projektowane rozporządzenie Parlamentu Europejskiego i Rady w sprawie kontestowalnych i uczciwych rynków w sektorze cyfrowym (akt o rynkach cyfrowych) (COM/2020/842 final). W projektach wszystkich tych regulacji kluczowa rola została przypisana publicznoprawnym instrumentom oddziaływania na rynek, stosowanym przez organy regulacyjne na poziomie UE i państw członkowskich.

UMOWA TIMESHARINGU JAKO WYRAZ EKONOMII WSPÓLDZIELENIA

DOI: 10.5281/zenodo.5576925

dr Marta Romanowska

1. Wprowadzenie

Timesharing, prawo związane z usługami dotyczącymi jakości życia, w tym z turystyką i wypoczynkiem, stał się szczególnie rozpowszechniony w obecnych czasach, które cechuje szeroko rozwinięta konsumpcja. Obecna gospodarka współdzielona, przechodziła różne stadia rozwoju od konsumowania ponad potrzeby do zjawiska dekonsumpcji.

W procesie globalizacji wzrost integracji ekonomicznej i społecznej w świecie jest spowodowany szybką ekspansją turystyki. Timesharing reprezentuje relatywnie nową koncepcję i nowy sposób świadczenia usług turystycznych¹.

Podaż zapewniają podmioty świadczące usługi dotyczące jakości życia, które mają na celu dostarczenie przyjemności, radości z poznania i doświadczania. Nazwa *timesharing* dosłownie oznacza dzielenie czasem, podział czasu. Polega na korzystaniu dzielnym na różne odcinki czasowe, przez wiele podmiotów, z rzeczy znajdujących się w atrakcyjnych pod względem turystycznym miejscach, jak apartamenty wakacyjne, łódzie, itp.

Kwalifikacja prawna timesharingu jest zróżnicowana na płaszczyznach światowej, europejskiej i krajowej. Jego amorficzność prawna na poziomie europejskim umożliwia implementację przy wykorzystaniu różnych figur prawnych, rzeczowych lub obligacyjnych².

Na skutek tego zjawiska timesharing przyjmuje wiele postaci. Dostrzegalne są także różnice w definiowaniu tego pojęcia. Część doktryny akcentuje jego wymiar czasowy³, kolejna podkreśla aspekt identyczności praw przysługujących obok siebie⁴, a jeszcze inna – koncentruje się na charakterze nieruchomościowym i na usługach towarzyszących korzystaniu timesharingowemu⁵.

Dotychczasowy sposób definiowania nie wskazuje na zasadniczą funkcję omawianego typu umowy, czyli dostarczenie wartości niemajątkowej w postaci przyjemności z udanego wypoczynku. Istotę timesharingu można odczytać w terminologii *leisure timesharing*. Termin ten wskazuje na fakt korzystania z niego w czasie wolnym od pracy, przeznaczonym na odpoczynek od obowiązków służbowych⁶.

Umowy timesharingu mają co do zasady charakter międzynarodowy. Siedziba przedsiębiorcy albo miejsce zamieszkania nabywcy prawa znajdują się w państwie innym niż państwo, na terenie,

1 Zob. D. Glusac, J. Vojnovic, M. Stankovic, *Modern Tendencies in the Development of Tourism – Timesharing – With Reference to Legal Aspect*, [w:] M.L. Jakšić, S. B. Rakočević (red.), *Proceedings of the XIII International Symposium SYM Org 2012: Innovative Management and business performance*, Belgrade 2012, s. 1896 i nast., <http://symorg.fon.bg.ac.rs/proceedings/SYMORG-Proceedings-2012.pdf> [dostęp: 5.02.2020].

2 L.J. Capote Pérez, *El tiempo compartido en España. Un análisis de la formula club-trustee desde la perspectiva del Derecho español*, Valencia 2009; T. Pfeiffer (red.), *Analyse verbraucherpolitischer Defizite beim Erwerb von Teilzeitnutzungsrechten. Projektnummer 04HS058; Laufzeit vom 17. Mai 2005 bis zum 31. Januar 2006*, https://www.bmel.de/SharedDocs/Downloads/DE/Service/AnWis/Heft515.pdf?__blob=publicationFile&v=2 [dostęp: 29.11.2020]; *Abschlussbericht*, Schriftenreihe des Bundesministeriums für Ernährung, Landwirtschaft und Verbraucherschutz, nr 515, Filderstadt 2007, https://www.bmel.de/SharedDocs/Downloads/DE/Service/AnWis/Heft515.pdf?jsessionid=C6D2F26AA186F8C177B368C9B3C5D57B.internet2852?__blob=publicationFile&v=2 [dostęp: 5.02.2020].

3 S. Pierracini, *La 'propriete temporaire', essai d'analyse des droits de jouissance a temps partagé*, Sud Toulon Var 2008, s. 12-13, <http://tel.archives-ouvertes.fr/tel-00365379> [dostęp: 22.02.2020].

4 Tamże, s. 13, 14; zob. także J. Edmonds, *International timesharing*, Londyn 1991, s. 11.

5 S. Pierracini, *La 'propriete temporaire'...*, s. 14-15.

6 Zob. L. Stecki, *Timesharing*, Toruń 2002, s. 86.

którego położony jest przedmiot umowy, kraju obcym dla nabywcy prawa timesharingowego⁷. Dlatego z przytoczonymi umowami wiąże się problem kolizji praw różnych państw⁸. W zależności od reżimu prawnego danego państwa, nabywca prawa na podstawie zawartej umowy staje się członkiem stowarzyszenia, współnikiem spółki, współwłaścicielem lub podmiotem uprawnionym rzeczowo czy zobowiązaniowo. Najczęściej stosowaną konstrukcją prawną jest anglosaski trust, na podstawie którego stworzono timesharing, lub jego kontynentalny odpowiednik.

Istnienie instytucji trustu w systemie *common law* i jej brak w kontynentalnym prawie cywilnym wynika z różnic pomiędzy tymi dwoma systemami prawnymi. Trudno jednak pominąć zastosowania pewnych elastycznych rozwiązań prawnych w czasach wzmożonej integracji prawa. W systemach anglo-amerykańskich instytucja trustu charakteryzuje się szerokim zastosowaniem. Uważa się, że będzie ona ogromnym wkładem systemu *common law* do europejskiego prawa prywatnego⁹.

2. Od konsumpcjonizmu do ekonomii dzielenia

Timesharing, czyli dzielenie czasu pomiędzy konsumentami – nabywcami przedmiotu umowy – powstał w wyniku przemian w zakresie konsumpcji. Zamiast nabywać dobro na własność nabywano usługę dzieloną w czasie z innymi nabywcami. Konsumpcja dzielona stała się przyczynkiem dla funkcjonowania tego typu umów. Różne są daty powstania samego założenia zrównoważonego rozwoju, a potem konsumpcji dzielonej, jednak są to idee, które kształtują się na przestrzeni lat, a ich powstanie wynika z faktycznego zapotrzebowania społecznego.

Spółeczeństwo konsumpcyjne pojawiło się w Stanach Zjednoczonych, gdzie zastosowano marketing i reklamę jako zachętę do nabywania dóbr. Masowa produkcja została udostępniona z przeznaczeniem dla konsumpcji poprzez wprowadzony w tym celu system kredytowania¹⁰. Aby konsumować bez barier, rozgraniczono czas pracy od czasu wolnego. Czas pracy miał się wiązać z ograniczeniem swobody i zdolności twórczych człowieka, a czas wolny dawać swobodę i możliwości samorealizacji, przede wszystkim za pośrednictwem konsumpcji¹¹. W urynkowanym społeczeństwie wszelkie relacje międzyludzkie nabierają rynkowego charakteru. Człowiek całościowy – rozwinięty jednocześnie fizycznie, emocjonalnie, intelektualnie i moralnie – nie ma racji bytu. Niezbędny jest człowiek zaabsorbowany sobą, żądny wrażeń, niedojrzały, konsumujący wszystko, co mu zostanie podane, przekonany o niezależności swoich wyborów i zachowań, podczas gdy w istocie jest bezwolnym przedmiotem wielorakiej manipulacji¹². W kulturze społeczeństwa konsumpcyjnego kultywuje się wartości materialne, obiektywnie niższe od wartości duchowych. Następuje relatywizacja wartości duchowych wypieranych przez wartości utylitarne i praktyczne¹³.

Błędem ekonomizmu i materializmu nazywał Ojciec Święty Jan Paweł II myślenie, w którym ekonomizm zawiera przekonanie o pierwszeństwie i nadrzędności tego, co materialne, natomiast to, co duchowe i osobowe, jak działanie człowieka, wartości moralne, ustawia wprost lub pośrednio na pozycji podporządkowanej w stosunku do rzeczywistości materialnej¹⁴.

Pochodną kultu wartości materialnych jest powszechny w społeczeństwie konsumpcyjnym modus posiadania, traktowanie przedmiotu jako symbolu statusu dającego poczucie siły, podbudowujące-

7 Zob. M. Jagiela, *Timesharing jako międzynarodowy stosunek prywatnoprawny*, „Kwartalnik Prawa Prywatnego” 2011, nr 4, s. 11.

8 Zob. P. Mostowik, *Kolizyjnoprawne problemy dostosowania prawa polskiego do dyrektyw Unii Europejskiej (cz. I)*, „Rejent” 2002, nr 7, s. 107-124; P. Mostowik, *Kolizyjnoprawne problemy dostosowania prawa polskiego do dyrektyw Unii Europejskiej (cz. II)*, „Rejent” 2002, nr 9, s. 59-78.

9 J. Smits, N. Kornet, *The Making of European Private Law. Towards a Ius Commune Europaeum as a Mixed Legal System*, Antwerp 2002, s. 262.

10 Zob. K. Romaniszyn, *O siłę konsumpcjonizmu*, [w:] K. Romaniszyn (red.), *Nowa droga do zniewolenia? O życiu w społeczeństwie konsumpcyjnym*, Kraków 2011, s. 16, 18.

11 Tamże, s. 18.

12 Tamże, s. 23.

13 Tamże, s. 25.

14 Jan Paweł II, *Encyklika Laborem Exercens*, [w:] *Encykliki Ojca Świętego Jana Pawła II*, Kraków 2000, s. 175.

go¹⁵. Posiadanie E. Fromm przeciwstawia „byciu” – zaznaczając, że „bycie” to radość, zadowolenie z wykonywania rzeczy lubianych bez oczekiwania w zamian czegoś stałego¹⁶. Ten model został zatarty poprzez nieustanną chęć posiadania. W literaturze wskazuje się, że model *cogito ergo sum* został zastąpiony modelem *consumo ergo sum* – jestem tym co posiadam, konsumuję¹⁷.

Konsumizm w ubiegłym wieku stał się zjawiskiem społecznym ocenianym – nie zawsze pozytywnie – jako konsumpcjonizm, czyli forma konsumpcji niezrównoważonej, nieuzasadnionej potrzebami biologicznymi czy kulturowymi¹⁸, utrzymującej się w stanie ciągłego niezaspokojenia i skłaniającej do zaspokajania bardziej pragnień i pożądań niż prawdziwych potrzeb¹⁹. Konsumpcja o charakterze niezrównoważonym doprowadziła do kryzysu ekologicznego, który zapoczątkował ideę równoważenia konsumpcji i przemian w zakresie konsumpcjonizmu.

Podstawowym celem równoważenia rozwoju jest trwała poprawa jakości życia²⁰. Zrównoważony rozwój to nie tylko przeciwdziałanie degradacji środowiska, ale też nastawienie na zaspokojenie potrzeb ogółu społeczeństwa, dążenie do stworzenia systemu rynkowego opartego bardziej na współpracy niż konkurencji i przeciwstawienie się degradacji tradycji kulturowej i różnorodności²¹.

Zrównoważony rozwój – a co za tym idzie, zrównoważona konsumpcja – może się ujawnić poprzez serwicyzację konsumpcji²². Konsumpcja usług niematerialnych to korzystanie z usług o niematerialnym efekcie, bezpośrednio skierowanych na człowieka, na jego organizm lub psychikę. Są to usługi: kulturowe, edukacyjne, medyczne, pielęgnacyjne, wirtualne i rekreacyjne. Te ostatnie powiązane są przede wszystkim z turystyką, która stanowi ulubiony sposób spędzania czasu wolnego²³. H. Zawistowska wskazuje, że usługi turystyczne to wszelkie czynności związane z zaspokajaniem potrzeb turystów, niesłużące do produkowania, a o tym, czy mamy z nimi do czynienia, decyduje to, komu są one świadczone²⁴. Jeżeli zatem przyjmujemy, że nabywca praw timesharingowych jest turystą, to niewątpliwie jest na jego rzecz świadczona usługa turystyczna, bo zaspokaja jego potrzeby związane z turystyką i wypoczynkiem.

Obok cechy niematerialności usługi w literaturze z zakresu marketingu wymienia się aktywność usług, ale także wskazuje się na brak możliwości przeniesienia prawa własności rzeczy²⁵. Jest to działalność, korzyści oraz satysfakcja oferowana na sprzedaż lub połączona z innymi dobrami, dostarczana w odpowiednim czasie i miejscu z udogodnieniami i starannością jej wykonania, która decyduje o ja-

15 K. Romaniszyn, *O sile konsumpcjonizmu...*, s. 26; E. Fromm, *Mieć czy być*, Poznań 1995, s. 128.

16 Tamże, s. 67-70.

17 Zob. B. Mróz, *Wszystko na sprzedaż? Pułapki i manowce konsumpcjonizmu*, „Psychologia Ekonomiczna” 2015, nr 7, s. 26, <https://doi.org/10.15678/PJOEP.2015.07.02>.

18 Zob. B. Jaros, *Zrównoważona konsumpcja w świetle wyzwań XXI wieku*, „Handel Wewnętrzny” 2012, t. 2, nr 7-8, s. 67.

19 Zob. tamże, s. 72.

20 Tamże, s. 64.

21 A. Dąbrowska, F. Byłok, M. Janoś-Kresto, D. Kielczewski, I. Ozimek, *Kompetencje konsumentów – innowacyjne zachowania, zrównoważona konsumpcja*, Warszawa 2014, s. 82. Zrównoważony rozwój zdefiniowany został także przez Światową Komisję do Spraw Środowiska obradującą w 1987 r. w Bergen – Komisję Brundtland. Według niej jest to taki sposób zaspokajania potrzeb współczesnego pokolenia, który nie ogranicza możliwości zaspokojenia potrzeb przez przyszłe generacje, tak: D. Kielczewski, *Zrównoważony rozwój – istota, interpretacje, związki ze społeczeństwem wiedzy*, [w:] B. Poskrobko (red.), *Ekonomia zrównoważonego rozwoju w świetle kanonów nauki*, Białystok 2011, s. 15.

22 Zob. D. Kielczewski, *Konsumpcja a perspektywy zrównoważonego rozwoju*, Białystok 2008, s. 161. Definicja zrównoważonej konsumpcji została przyjęta w 1994 r. podczas sympozjum nt. zrównoważonej konsumpcji w Oslo. Według niej zrównoważona konsumpcja to: „taki proces korzystania z dóbr i usług, który zaspokaja podstawowe potrzeby i przynosi lepszą jakość życia wraz z równoczesnym obniżaniem zużycia zasobów naturalnych, materiałów toksycznych oraz emisji odpadów i zanieczyszczenia w całym cyklu życia (produktu) tak, aby nie ograniczyć możliwości przyszłych pokoleń do zaspokojenia własnych potrzeb”. B. Jaros, *Sharing economy jako ważny trend w obszarze zrównoważonej konsumpcji*, „Handel Wewnętrzny” 2016, t. 5, nr 9-10, s. 84.

23 D. Kielczewski, *Konsumpcja a perspektywy...*, s. 165-169.

24 Zob. H. Zawistowska, *Nowe zasady świadczenia usług turystycznych*, Warszawa 2005, s. 7-8; M. Nesterowicz, *Usługi turystyczne*, „Państwo i Prawo” 1999, nr 12, s. 46-55; P. Cybula, *Usługi turystyczne. Komentarz*, Warszawa 2012. Usługi definiowane są w różny sposób – zob. A. Dąbrowska, *Konsument na rynku usług w Polsce*, Warszawa 2013, s. 9.

25 Zob. tamże, s. 10-11.

kości usługi²⁶. Konsumpcja poprzez wspólne używanie ukazuje sens przynależności do wspólnoty, kształtuje zaufanie. Usługodawcy powinni cieszyć się dobrą reputacją, być poważani i szanowani, a usługobiorcy czerpać korzyści z dóbr i usług otrzymywanych w bardziej efektywny sposób²⁷.

Mając zatem na uwadze wymienione cechy usługi, takie jak niematerialność, działanie, brak możliwości przeniesienia własności rzeczy, a także staranność przy jej wykonaniu dla zapewnienia jakości usługi, można wskazać, że są to cechy, które musi spełniać prawidłowo realizowany timesharing, by ochrona konsumenta – nabywcy prawa timesharingowego – była rzeczywista.

Konsumpcja zrównoważona jest oparta na odpowiedzialnej świadomości własnych potrzeb, a tym samym na podejmowaniu przez konsumentów racjonalnych decyzji, angażując społeczeństwo w nowe formy współpracy²⁸. Teoria „jesteś tym co posiadasz” traci na znaczeniu na rzecz „jesteś tym, czym się dzielisz”²⁹.

Ważnym trendem w obszarze zrównoważonej konsumpcji jest zatem ekonomia dzielenia – *sharing economy*, określona zamiennie: *collaborative economy*, *peer economy*, *peer-production economy*, *peer-to-peer economy*, *collaborative consumption*³⁰. System ten jest oparty o dzielenie się nie w pełni wykorzystanymi zasobami lub usługami. Ta współdzielona konsumpcja to model przeciwstawny do tradycyjnego modelu konsumpcji opartego na własności, a jej istotę stanowi współpraca. Obejmuje takie zachowania jak: dzielenie się, wymiana towarów, pożyczanie, wynajmowanie, ponowne używanie, wolontariat, naprawianie, wspólne kupowanie³¹. Umożliwia odmaterializowanie sektora konsumpcji i promowanie w większym stopniu usług, korzystnie wpływając na podtrzymanie nowoczesnych relacji społecznych oraz kształtowanie wzajemnego zaufania³².

Wypożyczanie, dzielenie (*sharing*) dobra zamiast nabywania jego własności przyczynia się do wzrostu komfortu życia. Mobilność ludzi sprawia, że nieruchomości są chętniej dzierżawione niż nabywane na własność. Pozwala to na uniknięcie formalności związanych z kupnem i sprzedażą oraz wyższymi w stosunku do dzierżawy kosztami ich nabycia na własność³³.

Ekonomia dzielenia to jeden z relatywnie nowych trendów, który spowodował, że na rynku turystycznym pojawiły się przedsięwzięcia polegające na pośrednictwie w wymianie dóbr i usług pomiędzy konsumentami³⁴. Za takie można uznać usługi w zakresie timesharingu. W takich instytucjach jak turystyczny timesharing, wyróżniający się rotacyjnym korzystaniem z rzeczy dzielonej z innymi nabywcami, konsument zostaje zaangażowany w strukturę społeczną z powodu zapewnianej możliwości wymiany nabytych praw z pozostałymi uczestnikami systemu.

Potrzeby turystów nieustannie ewoluują, co potwierdza istniejący w turystyce paradygmat 3E (*entertainment* – rozrywka, *excitement* – ekscytacja, *education* – edukacja)³⁵, oznaczający poszukiwanie przez ludzi rozrywki, wiedzy, nowych doświadczeń, ale także coraz lepszych i – czasami również – tańszych sposobów zaspakajania swoich potrzeb³⁶.

26 Tamże, s. 10, 11.

27 B. Jaros, *Sharing economy...*, s. 83.

28 Tamże, s. 85. Wskazuje na uwzględnienie zrównoważonej konsumpcji spośród 17 celów zrównoważonego rozwoju na lata 2016–2030 jako celu 12: zapewnienie wzorców zrównoważonej konsumpcji i produkcji, co ma stanowić o wadze tego zagadnienia.

29 Zob. tamże, s. 88.

30 Zob. A. Krajewska-Smardz, I. Gruszka, K. Szalonka, *Znaczenie koncepcji sharing economy na rynku turystycznym*, „Ekonomiczne Problemy Turystyki” 2016, t. 33, nr 1, s. 33.

31 Zob. A. Burgiel, *Wspólna konsumpcja jako alternatywny model spożycia i jej przejawy w zachowaniach konsumentów*, [w:] E. Kieźel, S. Smyczek (red.), *Zachowania konsumentów. Procesy unowocześniania konsumpcji*, Warszawa 2015, s. 153.

32 Zob. B. Jaros, *Sharing economy...*, s. 82.

33 Zob. D. Kielczewski, *Konsumpcja a perspektywy...*, s. 161.

34 K. Majchrzak, *Ekonomia dzielenia się i jej przejawy w turystyce*, „Ekonomiczne Problemy Turystyki” 2016, t. 33, nr 1, s. 21.

35 B. Meyer (red.), *Obsługa uczestników turystyki i rekreacji. Wybrane aspekty*, Warszawa 2015, s. 33. Wskazuje się, że paradygmat 3E zastąpił wcześniejszy 3S (*sun* – słońce, *sand* – piasek, *sea* – morze).

36 A. Krajewska-Smardz, I. Gruszka, K. Szalonka, *Znaczenie koncepcji...*, s. 32.

3. Geneza timesharingu

Literatura prawnicza, psychologia czy ekonomia nazywają zjawiska, które już nastąpiły, najczęściej z oddolnej inicjatywy ludzi. Wydaje się, że po latach kreowania postawy humanistycznego indywidualizmu, powracamy do istoty społeczności i tego, co pozytywnego niesie ze sobą współdzielenie.

Zastosowanie *sharingu*, dzielenia się, miało miejsce w XIX w., gdy współwłaściciele rzeczy uzgadniali między sobą, że będą mogli korzystać na zasadzie wyłączności ze wspólnej rzeczy corocznie, w określonym czasie³⁷. Wskazuje się, że idea wspólnego korzystania w zakresie timesharingu sięga lat 50-tych. Wiązała się ze zmianami społecznymi, które zachodziły w społeczeństwach po II wojnie światowej. Utrudzeni wojną i odbudową zniszczeń powojennych w różnych sferach życia ludzie zaczęli więcej czasu poświęcać wypoczynkowi, rekreacji, a formy spędzania czasu wolnego zaczynały mieć duże znaczenie. Był to okres rozdzielania czasu wolnego od czasu pracy. Wprowadzony został 5-dniowy czas pracy i urlopy, a także finansowanie kredytowe. Kapitalistyczny etos pracy został zastąpiony etosem konsumpcji. Praca stała się środkiem do realizowania celu – konsumpcji³⁸.

Z wypoczynku zaczęto korzystać w rejonach odległych od miejsc zamieszkania. Urozmaicony został krajobraz wypoczynkowy³⁹. W czasie urlopów zainteresowaniem zaczęły się cieszyć rezerwacje pomieszczeń hotelowych, corocznie w tych samych apartamentach hotelowych czy w całych domach wakacyjnych. Taki sposób spędzania czasu wolnego stanowił prototyp timesharingu. W doktrynie prawniczej nie ma zgodności co do kwestii, czy idea timesharingu została zapoczątkowana w Europie Zachodniej, w Stanach Zjednoczonych Ameryki czy w Japonii. Można spotkać się z poglądami, że natura jurydyczna timesharingu ukształtowała się w Stanach Zjednoczonych Ameryki, na Hawajach, w Berlinie, w Szwajcarii, a nawet we Francji⁴⁰.

Czasowe, turystyczne korzystanie z nieruchomości rozwijało się w Stanach Zjednoczonych Ameryki pod nazwą timesharing oraz we Francji pod pojęciem *multipropriété*, jako projekt realizowany przez spółkę Grands Travaux de Marseille w 1965 r. Projekt ten zakładał możliwość dostępu do wszelkich miejscowości położonych w Alpach francuskich, w drodze podziału tzw. „własności” mieszkania, unikając faktycznego podziału tychże nieruchomości. W piśmiennictwie wskazywany jest fakt udostępniania czasowego rzeczy służących różnym celom np.: apartamentów, pokoi hotelowych, bungalowów, samolotów, łodzi, jachtów, statków, basenów, saun, kortów tenisowych, miejsc parkingowych, przyczep kempingowych, samochodów, hal targowych, kiosków, pól golfowych, ale również komputerów, praw własności intelektualnej⁴¹. Rozwiązanie to odniosło spektakularny sukces w krajach *common law*, prawdopodobnie z uwagi na elastyczność tej instytucji prawnej⁴².

W związku z dużą popularnością zastosowania timesharingu⁴³, a także z uwagi na fakt, że umowy timesharingu charakteryzowała w większości dysproporcja uprawnień stron, najczęściej przez rażące

37 Przykład takiego podziału rzeczy podaje L. Stecki, *Timesharing...*, s. 31.

38 Zob. K. Romaniszyn, *O sile konsumpcjonizmu...*, s. 27.

39 Zob. L. Stecki, *Timesharing...*, s. 27.

40 Tamże, s. 27-28.

41 Zob. M. Paszkowska, *Timesharing w świetle treści i implementacji dyrektywy 94/97/WE i prawa polskiego*, „Zeszyty Naukowe Zakładu Europeistyki Wyższej Szkoły Informatyki i Zarządzania w Rzeszowie” 2008, t. 7, nr 2, s. 1-25.

42 S. Pierracini, *La 'propriete temporaire'...*, s. 3-5.

43 Timesharing charakteryzuje się dużym potencjałem gospodarczym, który wpływa na wagę rozważanych zagadnień oraz ma istotne znaczenie z punktu widzenia ekonomicznej analizy prawa. Sektor timesharingowy wygenerował przychody w wysokości ponad 1,24 biliona euro w 2010 r., a wydatki poniesione przez nabywców prawa timesharingowego przeznaczone na zarządzanie i utrzymanie kompleksów timesharingowych w Europie wyniosły około 290 mln euro w tym samym roku (dane Resort Development Organisation). Zgodnie z danymi przedstawionymi przez European Timeshare Industry 2011, przygotowanymi przez the Market Research Group (MRG) for Bournemouth University w 2012, w Europie istnieje 1,345 timesharingowych kompleksów, które oferują 85 tysięcy miejsc noclegowych, zob. Report from the Commission to the European Parliament and the Council Report on the evaluation of Directive 2008/122/EC of the European Parliament and of the Council of 14 January 2009 on the protection of consumers in respect of certain aspects of timeshare, long-term holiday product, resale and exchange contracts, Brussels, 16.12.2015 COM(2015)644final, <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/PDF/?uri=CELEX:52015DC0644&from=pl> [dostęp: 31.12.2020]. Na świecie istnieje około 20 mln nabywców prawa timesharingowego, z których ponad półtora miliona przebywa w samej Europie (dane RDO).

pokrzywdzenie nabywców⁴⁴, na płaszczyźnie ponadnarodowej stworzono regulacje prawne, których głównym celem miała być ochrona słabszej strony umowy, a mianowicie nabywcy prawa.

Zagadnienie timesharingu uregulowano w dyrektywie Parlamentu Europejskiego i Rady 94/47/WE 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 czasie⁴⁵, a następnie w dyrektywie Parlamentu Europejskiego i Rady 2008/122/WE z dnia 14 stycznia 2009 r. w sprawie ochrony konsumentów w odniesieniu do niektórych aspektów umów *timeshare*, umów o długoterminowe produkty wakacyjne, umów odsprzedaży oraz wymiany, która zastąpiła dyrektywę 94/47/WE⁴⁶. Dyrektywa 2008/122 podobnie, jak dyrektywa 94/47 nie przesądza o charakterze prawnym umów *timeshare*. Jak podkreśla się w doktrynie, istnieje różnorodna praktyka w zakresie nadawania charakteru prawa nabywanego w drodze umowy timesharingu w poszczególnych państwach członkowskich Unii⁴⁷. Wskazuje się dalej, że gdyby natura prawna timesharingu została określona na szczeblu europejskim, proces ujednoczenia charakteru prawnego umowy stwarzałaby ogromne trudności z wdrożeniem dyrektywy przez poszczególne państwa członkowskie. Problemy mogłyby wystąpić najszerzej w przypadku regulacji formy prawnorzeczowej, ze względu m.in. na zasadę *numerus clausus* ograniczonych praw rzeczowych obowiązującą w niektórych państwach członkowskich⁴⁸. Dyrektywa wiąże jedynie co do założonego rezultatu, pozostawiając państwom członkowskim wybór formy i środków do jego osiągnięcia⁴⁹.

Nieokreślona przez ustawodawcę unijnego natura prawna timesharingu skutkuje w praktyce jego wielopostaciowością⁵⁰. Zaletą takiego rozwiązania jest możliwość objęcia zakresem unormowania dyrektywy wszelkich konstrukcji prawnych przyjętych w prawie wewnętrznym, z których wynika uprawnienie do korzystania z nieruchomości przez pewien czas, corocznie. Zgodnie z dyrektywą, umowa *timeshare* oznacza umowę zawartą na ponad rok, na podstawie której konsument nabywa odpłatnie prawo do korzystania „z co najmniej jednego noclegowego miejsca zakwaterowania przez ponad jeden okres korzystania”⁵¹.

44 Zob. orzeczenie sądu SSAP Santa Cruz, Teneryfa (JUR 2002,162056) z dnia 11 marca 2001 r., za: M. Dziedzic, *Regulacja prawna timesharingu w Hiszpanii*, „Studia Prawnicze” 2010, nr 1, s. 95, <http://e-bp.inp.pan.pl:8080/xmlui/bitstream/handle/123456789/105/1%202010.pdf?sequence=1&isAllowed=y> [dostęp: 19.10.2020].

45 Dyrektywa 94/47/WE 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. Dz. Urz. UE L 280 z 29.10.1994 r., s. 83.

46 Dyrektywa Parlamentu Europejskiego i Rady 2008/122/WE z dnia 14 stycznia 2009 r. w sprawie ochrony konsumentów w odniesieniu do niektórych aspektów umów *timeshare*, umów o długoterminowe produkty wakacyjne, umów odsprzedaży oraz wymiany. Dz. Urz. UE L 33 z 3.02.2009 r., s. 10-30, implementowana w drodze ustawy z dnia 16 września 2011 r. o *timeshare*, Dz.U. 2011 Nr 230, poz. 1370.

47 Zob. E. Łętowska, *Timesharing, Europejskie prawo umów konsumenckich*, Warszawa 2004, s. 344; J. Gołaczyński, *Timesharing-zagadnienia kolizyjnoprawne*, „Rejent” 2001, nr 7-8, s. 62, 67; J. Loranc, *Timesharing w polskim prawie cywilnym*, „Rejent” 2002, nr 11, s. 71; K. Zasadkiewicz, *Ochrona nabywców w projekcie ustawy Komisji Kodyfikacyjnej Prawa Cywilnego*, „Przegląd Legislacyjny” 2000, nr 1, s. 31; K. Grzyb, *Umowa timesharingu w prawie polskim*, „Rejent” 2004, nr 9, s. 32; M. Welnic, *Timesharing w świetle najnowszych zmian w prawie*, [w:] S. Dąbrowa, M. Czakowski (red.), *Porządek prawnospołeczny a problemy współczesnego świata*, Bydgoszcz 2011, s. 65.

48 E. Łętowska, *Timesharing...*, s. 344; zob. też N. Downes, *More about Timeshare: A Revised Directive or a Regulation? Incidence of Other Instruments of Consumer Protection*, „European Review of Private Law” 2008, t. 16, nr 4, s. 609, która twierdzi, że tendencja do nadawania timesharingowi charakteru rzeczowego powoduje nieporozumienia pomiędzy państwami członkowskimi.

49 Art. 288 traktatu o funkcjonowaniu Unii Europejskiej, Dz. Urz. UE C 326 z 26.10.2012 r., s. 47-390.

50 Odnośnie zjawiska multicytryczności systemu prawa zob. E. Łętowska, *Multicytryczność współczesnego systemu prawa i jej konsekwencje*, „Państwo i Prawo” 2005, nr 4, s. 3 i nast.

51 Art. 2 ust. 1 a) dyrektywy Parlamentu Europejskiego i Rady 2008/122/WE. Podobnie zgodnie z definicją zawartą w art. 2 ust. 1 ustawy o *timeshare*: „umowa *timeshare* to umowa, na podstawie której konsument, odpłatnie, nabywa prawo do korzystania, w okresach wskazanych w umowie, z co najmniej jednego miejsca zakwaterowania, zawarta na okres dłuższy niż rok”.

W praktyce uprawnienie do korzystania z takiego miejsca noclegowego przyjmuje postać prawa rzeczowego⁵², prawa obligacyjnego⁵³, członkostwa w klubie lub udziałów w spółce⁵⁴.

Wadą wielopostaciowości prawnej timesharingu są utrudnienia, które pojawiają się podczas dokonywania sądowej interpretacji prawnej umowy, w przypadku zaistnienia transgranicznego sporu pomiędzy stronami umowy. Podtrzymanie koncepcji braku regulacji natury prawnej timesharingu na poziomie unijnym może skutkować ograniczeniem możliwości egzekwowania praw nabywców przed sądem⁵⁵. Sytuację taką może powodować pozbawienie konsumenta dostępu do jurysdykcji sądu państwa jego pobytu na rzecz zasady *forum rei sitae*. W zależności od tego, jaki charakter ma dane prawo timesharingu w konkretnej sprawie, taki reżim zostanie względem niego zastosowany. Efektywność ochrony praw konsumenta jest zatem uwarunkowana również przez ujednoczenie charakteru prawnego umowy *timeshere*.

4. Istota timesharingu

Umowa timesharingu pozwala na długotrwałe, bo nawet kilkudziesięcioletnie, korzystanie z rzeczy bez konieczności nabycia jej na własność oraz uniknięcie związanego ze sprzedażą rzeczy obowiązku zapłaty wysokiej ceny⁵⁶. Coraz wyraźniej rysuje się kategoria umów, których przedmiotem jest świadczenie mające niemajątkowy charakter w postaci dostarczenia bezpieczeństwa, spokoju psychicznego, przyjemności, komfortu, satysfakcji, a nawet wygody, czy innych wartości o charakterze sentymentalnym⁵⁷.

Umowa timesharingu stanowi wyraz konsumpcji dzielonej pomiędzy wieloma konsumentami w różnym czasie, nie tylko poprzez realizację celu, dla którego jest zawierana, ale także dla funkcji, które pełni. Przede wszystkim są to funkcje turystyczna i wypoczynkowa, bowiem używanie rzeczy stanowiącej przedmiot timesharingu to korzystanie z niej w celach wypoczynkowych, urlopowych⁵⁸. Funkcja konsumpcyjna ma wyraz w dostarczaniu przez timesharing przyjemności, zadowolenia. Niewielka cena nabycia prawa czyni to rozwiązaniem bardziej interesującym niż nabycie prawa własności czy najmu rzeczy⁵⁹. Konsument uprawniony z tytułu zawarcia umowy, nie jest zainteresowany nabyciem własności rzeczy, a jedynie uzyskaniem prawa do korzystania z niej. Z punktu widzenia właściciela rzeczy istotna jest funkcja gospodarcza. Timesharing nie pozbawia właściciela możliwości korzystania z rzeczy, a sprzedając prawo do niej, właściciel dokonuje tej sprzedaży wielokrotnie. Dlatego też rzecz zostaje optymalnie wykorzystana zarówno w zakresie używania, jak i rozdziału kosztów z tytułu jej używania⁶⁰.

52 Współwłasność, służebność, ciężar realny. Por. E. Łętowska, *Timesharing...*, s. 343; B. Fuchs, *Timesharing*, „Rejent” 1997, nr 4, s. 43.

53 Preambuła w pkt 6), stanowi jednak, że: „pojęcie umowa *timeshare* nie powinno obejmować wielokrotnych rezerwacji miejsca zakwaterowania, w tym pokoi hotelowych, o ile wielokrotne rezerwacje nie powodują powstania praw i obowiązków innych niż te powstałe w wyniku dokonania pojedynczych rezerwacji. Zwykle umowy najmu również nie powinny zostać objęte pojęciem umowy *timeshare*, ponieważ odnoszą się do jednego ciągłego okresu korzystania, a nie do okresów wielokrotnych”.

54 H. Van der Beek, *Implementacja unijnych dyrektyw dotyczących ochrony konsumenta przez Holandię. Przykład dyrektywy timesharingowej*, „Transformacje Prawa Prywatnego” 2006, nr 2, s. 15.

55 N. Downes, *More about Timeshare...*, s. 609.

56 Zob. K. Grzyb, *Umowa timesharingu...*, s. 47; K. Zaradkiewicz, *Timesharing – szczególnie stosunek prawa rzeczowego*, [w:] E. Gniewek (red.), *Prawo rzeczowe*, System Prawa Prywatnego, t. 4, Warszawa 2007, s. 403 i nast.

57 Umowy mające na celu dostarczenie *pleasure, relaxation, peace of mind or freedom from molestation*. Zob. M. Łolik, *Odpowiedzialność za szkodę niemajątkową w ramach reżimu kontraktowego*, „Kwartalnik Prawa Prywatnego” 2012, nr 1, s. 132; zob. M. Ciemiński, *Odszkodowanie za szkodę niemajątkową w ramach odpowiedzialności ex contractu*, Warszawa 2015, s. 77; M. Sekula-Lelono, *Odpowiedzialność za szkodę niemajątkową wyrządzoną niewykonaniem umowy o imprezę turystyczną*, Warszawa 2014, s. 215-216.

58 K. Ludwichowska, *Dyrektywy UE o timesharingu a konieczność reformy prawa polskiego*, „Państwo i Prawo” 2010, nr 4, s. 66; M. Nesterowicz, *Timesharing. Wprowadzenie*, „Kwartalnik Prawa Prywatnego” 1997, nr 3, s. 563. O tym, że pojęcie timesharingu ogranicza się do wakacyjnej nieruchomości zob. M. Martinek (red.), *Leasing (Kaufrecht und Leasingrecht)*. T. 2. §§ 433-487, [w:] M. Martinek (red.), *J. von Staudinger Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen*, T. 433. Neubearbeitung, Berlin 2004, §§ 481-487, nb. 2

59 Zob. C. Mostin, B. Feron, *Le timesharing: une nouvelle forme de propriété? Analyse en droit belge et en droit compare*, „Annales de droit de Louvain” 1994, t. 54, nr 1, s. 19.

60 Zob. M. Martinek (red.), *Leasing...*, §§ 481-487, nb. 4.

Poprzez zagwarantowanie rezerwacji przedmiotu umowy w umówionym miejscu i czasie, timesharing pełni funkcję rezerwacyjno-gwarancyjną. Nabywca prawa uzyskuje pewność co do możliwości wypoczynania w konkretnych miejscach i terminach. Długotrwałe inwestowanie majątku przez zbywcę wypełnia funkcję finansującą i inwestycyjną. Zbywca nie traci władzy nad rzeczą ani tytułu własności do niej i czerpie korzyści prawne w postaci opłat za korzystanie z rzeczy. Odpłatne używanie rzeczy zabezpiecza przedsiębiorcę timesharingowego poprzez długoletnie finansowanie i możliwość inwestowania majątku.

5. Prawa i obowiązki, odpowiedzialność stron umowy

Polska ustawa o *timeshare*, implementująca dyrektywę 2008/122, w rozdziale 7 określa obowiązki i odpowiedzialność przedsiębiorcy za ich ewentualne niewypełnienie. Przedsiębiorca jest zobowiązany utrzymywać miejsce zakwaterowania oraz inne obiekty udostępniane konsumentowi na podstawie umowy *timeshare* w stanie zdatnym do umówionego użytku przez cały czas trwania umowy, dokonywać napraw i innych koniecznych nakładów. O przydatności do umówionego użytku decyduje zgodność z opisem zawartym w umowie. Co do zasady konsument nie jest zobowiązany do ponoszenia nakładów na miejsce zakwaterowania oraz na inne obiekty udostępniane mu na podstawie umowy *timeshare*. Jednak umowa może w tym zakresie stanowić inaczej. Jeżeli w czasie trwania umowy miejsce zakwaterowania lub inne udostępniane konsumentowi obiekty wymagają napraw, bez których stają się nieprzydatne do użytku, a które zgodnie z umową nie obciążają konsumenta, może on wyznaczyć przedsiębiorcy odpowiedni termin do ich dokonania. Po bezskutecznym upływie terminu wyznaczonego na naprawy konsument może dokonać koniecznych napraw na koszt przedsiębiorcy (art. 39 ustawy o *timeshare*).

Jeżeli miejsce zakwaterowania lub inne udostępniane konsumentowi obiekty mają wady, które ograniczają przydatność do umówionego użytku, konsument może żądać odpowiedniego obniżenia wynagrodzenia za czas trwania wad rzeczy. W sytuacji, gdy miejsce zakwaterowania lub inne udostępniane konsumentowi obiekty w chwili wydania miały wady uniemożliwiające przewidziany w umowie użytek albo wady te powstały później, a zawiadomiony przedsiębiorca nie usunął ich w odpowiednim czasie, oraz w przypadku, gdy wady nie dadzą się usunąć, konsument może nawet wypowiedzieć umowę ze skutkiem natychmiastowym. Uprawnienie konsumenta do żądania obniżenia wynagrodzenia z powodu wad lub wypowiedzenia umowy ze skutkiem natychmiastowym nie jest skuteczne w sytuacji, gdy konsument wiedział o wadach w chwili zawarcia umowy. Obowiązkiem przedsiębiorcy jest dbanie o udostępniane miejsce zakwaterowania. Z tym obowiązkiem związana jest konieczność zarządzania i administrowania miejscem zakwaterowania.

A zatem obowiązkiem przedsiębiorcy jest świadczenie usług wymienionych wyżej oraz stałe udostępnianie miejsc zakwaterowania i dbanie o nie. Usługi te mają na celu dostarczenie udanego wypoczynku korzystającemu konsumentowi. Konsument jest zobowiązany do zapłaty ceny. Dyrektywa obciąża przedsiębiorcę lub osobę działającą w imieniu własnym, ale na rachunek przedsiębiorcy, do udostępniania miejsca zakwaterowania przez czas trwania umowy i w okresach w niej wskazanych. Tego rodzaju udostępnianie powinno mieć charakter stały ze względu na to, że co do zasady umowy są zawierane na wiele lat. Stałe udostępniane miejsce zakwaterowania musi także spełniać określone umową wymogi. Przede wszystkim musi być utrzymywane przez właściciela w stanie nadającym się do użytku. Ponadto miejscem tym zawiaduje i zarządza przedsiębiorca, udostępniając je kilkanaście razy w ciągu roku różnym konsumentom. W tej sytuacji, konieczne staje się sprawowanie stałego i profesjonalnego zarządu rzeczą, z której korzystanie dostarczyłoby konsumentowi świadczenia niemajątkowego w postaci satysfakcji z udanego wypoczynku.

Uregulowanie odpowiedzialności przedsiębiorcy timesharingowego w ustawie o *timeshare* (art. 7 i 39) nie wyczerpuje tego zagadnienia. Odpowiedzialność stron umowy z tytułu niewykonania postanowień umowy bądź nienależytego ich wykonania regulują przepisy kodeksu cywilnego⁶¹, zgodnie z art. 8 ustawy o *timeshare*.

61 Ustawa z dnia 23 kwietnia 1964 r. – Kodeks cywilny, t.j. Dz.U. 2020, poz. 1740, 2320.

Umowa *timeshare* tworzy stosunek zobowiązaniowy, a prawa nabywane przez konsumenta na jej podstawie mają naturę obligacyjną⁶². Odpowiedzialność stron umowy jest odpowiedzialnością *ex contractu* z tytułu niewykonania lub nienależytego wykonania zobowiązania. W ramach odpowiedzialności *ex contractu* co do zasady na podstawie art. 471 k.c. można dochodzić wyłącznie naprawienia szkody majątkowej. Ponieważ jednak celem umowy *timeshare* jest dostarczenie satysfakcji z udanej podróży wypoczywającemu turyście, a zatem przede wszystkim zaspokojenie interesów niemajątkowych nabywcy praw timesharingowych, w przypadku niewykonania lub nienależytego wykonania umowy mamy do czynienia także z ewentualnym zaistnieniem szkody niemajątkowej.

Z pewnością takie ukształtowanie odpowiedzialności przedsiębiorcy timesharingowego zwiększa ochronę korzystającego konsumenta. Zakwalifikowanie uszczerbku w postaci utraconej przyjemności z urlopu jako szkody majątkowej ogranicza co do zasady wysokość odszkodowania do wartości świadczenia wzajemnego – ceny zapłaconej przez konsumenta, nabywcę prawa *timeshare*, podczas gdy odszkodowanie z tytułu zmarnowanego urlopu jest odrębnym odszkodowaniem. Prawo europejskie zobowiązuje do przyznawania odszkodowania za krzywdę w reżimie *ex contractu*, jeżeli głównym celem umowy jest interes niemajątkowy, zaakceptowany przez strony i społecznie uznany za podlegający ochronie. Takie założenie jest zgodne ze standardami europejskimi, m.in. wykładnią art. 5 dyrektywy 90/314/EWG i powoduje, że należy szeroko interpretować obowiązujące rozwiązania prawne⁶³. Kwestia dopuszczalności naprawienia szkody niemajątkowej w reżimie kontraktowym w odniesieniu do umowy o usługę turystyczną została przesądzona wyrokiem Trybunału Sprawiedliwości Unii Europejskiej z dnia 12 marca 2002 r. w sprawie *Simone Leitner v. TUI Deutschland GmbH & Co. KG* i miała odniesienie w orzecznictwie polskim, które dopuściło przyznanie zadośćuczynienia pieniężnego z tytułu szkody niemajątkowej, polegającej na utracie przyjemności z urlopu⁶⁴. W przypadku roszczenia o naprawienie szkody niemajątkowej powstałej w związku z nienależytym wykonaniem umowy o imprezę turystyczną, zadośćuczynienie za zmarnowany urlop ma podstawę prawną w przepisie art. 50 ust. 2 i 3 ustawy o imprezach turystycznych⁶⁵. Dopuszczalność naprawienia szkody niemajątkowej wynikającej z naruszenia postanowień innej umowy niż umowa o imprezę turystyczną może stanowić dla polskiej judykatury zagadnienie problematyczne⁶⁶. Nie można jednak nie zauważyć, że w prawie UE objęcie pojęciem szkody także szkody niemajątkowej zostało potwierdzone w zasadach europejskiego prawa umów, UNIDROIT i DCFR⁶⁷.

62 Orzecznictwo francuskie obecnie potwierdza stanowisko ustawodawcy francuskiego kwalifikującego prawa timesharingowe jako obligacyjne, zob. np. wyrok C.A. Aix-en-Provence, 5ème ch., z 11 grudnia 1997 r., nr 761, „Bulletin judiciaire de l'arrondissement d'Aix” 1998, nr 1, s. 183-194; tak też S. Pieraccini, *La 'propriete temporaire'...*, s. 140-141; podobnie orzeczenie TSUE z 13 października 2005 r., C-73/04 *Brigitte and Marcus Klein v. Rhodos Management Ltd*, Dz. Urz. UE C 315 z 10.12.2005 r., s. 6; zob. też orzeczenia niemieckich sądów cytowane w M. Jagielska, *Ewolucja ochrony konsumenta w prawie kolizyjnym UE w zakresie zobowiązań umownych*, Warszawa 2010, s. 75 i nast.

63 Dyrektywa nr 90/314/EWG z dnia 13 czerwca 1990 r. w sprawie zorganizowanych podróży, wakacji i wycieczek, Dz. Urz. WE L 158 z 23.06.1990 r., s. 59, obecnie uchylona przez dyrektywę Parlamentu Europejskiego i Rady (UE) 2015/2302 z dnia 25 listopada 2015 r. w sprawie imprez turystycznych i powiązanych usług turystycznych, zmieniająca rozporządzenie (WE) nr 2006/2004 i dyrektywę Parlamentu Europejskiego i Rady 2011/83/UE, Dz. Urz. UE L 326 z 11.12.2015 r., s. 1 (dalej: dyrektywa w sprawie imprez turystycznych).

64 Zob. uchwałę SN z 19 listopada 2010 r., III CZP 79/10, OSNC 2011, nr 4, poz. 41. Przepis art. 11a ust. 1 ustawy z dnia 29 sierpnia 1997 r. o usługach turystycznych, t.j. Dz.U. 2004 Nr 223, poz. 2268 ze zm. może być podstawą odpowiedzialności organizatora turystyki za szkodę niemajątkową klienta w postaci tzw. zmarnowanego urlopu. Wyrok TSUE z 12 marca 2002 r., C-168/00, *Simone Leitner v. TUI Deutschland GmbH & Co. KG*, EurLex 62000J0168.

65 Ustawy z dnia 24 listopada 2017 r. o imprezach turystycznych i powiązanych usługach turystycznych, Dz.U. 2017, poz. 2361, ze zm. (dalej: ustawa o imprezach turystycznych), implementowała do prawa polskiego dyrektywę w sprawie imprez turystycznych.

66 Zob. B. Gneta, *Umowa konsumencka w polskim prawie cywilnym i prywatnym międzynarodowym*, Warszawa 2013, s. 265.

67 Zob. A. Bierć, *Zarys prawa prywatnego. Część ogólna*, Warszawa 2015, s. 238. Także w państwach europejskich istnieje możliwość kompensacji szkody niemajątkowej, zob. M. Ciemiński, *Odszkodowanie...*, s. 63-86; E. Kwaśniewska, *Umowa o podróż w prawie niemieckim*, Toruń 2002, s. 68-70.

W doktrynie zgłaszano postulat, aby nie ograniczać rozumienia przepisu art. 471 k.c. do prawa turystycznego, twierdząc, że przepisy art. 471 i nast. k.c. obejmują także szkodę niemajątkową, a jej naprawienia można dochodzić na podstawie zobowiązań, które zaspokajają interesy niemajątkowe z mocy umowy, ustawy lub natury zobowiązania⁶⁸. Na uwagę zasługują także postulaty zgłaszane przy okazji prac nad nowym kodeksem cywilnym. Projekt przewiduje obowiązek naprawienia szkody niemajątkowej, która wynika z naruszenia zobowiązania, gdy jest to usprawiedliwione właściwością zobowiązania zmierzającego do zaspokojenia niemajątkowego interesu wierzyciela⁶⁹. Regulacje prawne mogłyby dotyczyć szkód niemajątkowych z umowy o imprezę turystyczną, umowę *timeshare* i umów o usługi kosmetyczne, edukacyjne, medyczne i inne⁷⁰. Odpowiedzialność podmiotu, który miał obowiązek dostarczyć świadczenie niemajątkowe stanowiące cel podjętego zobowiązania, kształtować się będzie nie tylko na zasadzie winy, ale też ryzyka i względach słuszności⁷¹.

6. Koncepcja powiernicza

Umowa *timesharingu* stanowi umowę o świadczenie usług i rodzi z tego tytułu odpowiedzialność za szkodę majątkową i niemajątkową. Odpowiedzialnością w tak szerokim zakresie może skutkować umowa zarządu powierniczego, która jest odpowiednikiem anglosaskiego trustu. To w drodze umowy powierniczej możliwe jest zrealizowanie celu i funkcji *timesharingu*.

Wpływ kultury *common law* w systemach prawa stanowionego jest na tyle duży, że w sytuacji, gdy ustawodawca kontynentalny tworzy ustawę bazując na uwarunkowaniach systemu *ius civile*, to często praktyka obrotu zadawała się rozwiązaniami elastycznego systemu *common law*. Zjawisko to jest dostrzegalne w *timesharingu*, gdzie najczęściej stosowaną konstrukcją prawną jest anglosaski trust lub jego kontynentalny odpowiednik – umowa zarządu powierniczego⁷².

Umowę *timesharingu* charakteryzują oryginalne rozwiązania, które pozwalają na realizację funkcji typowych dla umowy powierniczej. Jej celem jest dostarczenie świadczenia niematerialnego w postaci prawa do wypoczynku, stąd czynności faktyczne i prawne podejmowane dla realizacji tego celu nie mogą obarczać korzystającego konsumenta. W przeciwnym razie zmniejszałaby się atrakcyjność wypoczynku. Ustawa o *timeshare*, stanowiąc o utrzymywaniu przedmiotu *timesharingu* w stanie przydatnym do umówionego użytku, zawiera zobowiązanie przedsiębiorcy do zarządzania i administracji tym przedmiotem. Odpowiedzialność przedsiębiorcy uwarunkowana jest starannym działaniem. Świadczenie usług z uwzględnieniem szczególnie wysokiego stopnia staranności, ale także zaufania do profesjonalnego podmiotu – powiernika, charakteryzuje przede wszystkim umowy powiernicze⁷³. Powiernik jest co do zasady zobowiązany do realizacji interesów innej osoby, działa w cudzej sferze praw-

68 Zob. B. Gneta, *Umowa konsumenta w polskim prawie cywilnym i prywatnym międzynarodowym*, Warszawa 2013, s. 268.

69 Art. 19 tytuł II; M. Pecyna (red.), *Wykonanie i skutki naruszenia zobowiązań. Projekt z uzasadnieniem pod kierunkiem Jerzego Pisulińskiego oraz Fryderyka Zolla*, Kraków 2009.

70 Zob. A. Bierć, *Zarys prawa prywatnego...*, s. 44, 45.

71 Tamże, s. 241.

72 W praktyce *timesharing* jest realizowany w Hiszpanii w drodze formuły: *club-trustee* - 82%, członkostwo w spółce - 2 %, własność/współwłasność - 4 %, umowa hotelowa/inne - 1%. Za: L.J. Capote Pérez, *El tiempo compartido...*, s. 45 i nast. Stąd Hiszpania zdecydowała się na uregulowanie ustawowe polegające na uznawalności konstrukcji *timesharingu*owych tworzonych na podstawie trustu. W Niemczech - *Treühandkonstruktion, Treühandmodelle*, ma w praktyce duże znaczenie, zob M. Martinek (red.), *Leasing...*, §§ 481-487, nb 24. We Francji na gruncie bazowej koncepcji *timesharingu* w formie angielskiego *club-trustee* stworzono francuską spółkę cywilną - *societe civil d'attribution*, a także uchwalono ustawę o *fiduci*. Na szczeblu międzynarodowym większość operacji *timesharingu*owych konstruowana była na podstawie powierniczego *club trustee*, tak C. Mostin, B. Feron, *Le timesharing...*, s. 7-59; o tym, że *timesharing* w formie trustu jest koncepcją najbardziej rozpowszechnioną na świecie S. Pierracini, *La 'proprieté temporaire'...*, s. 179.

73 Zob. J. Gómez Garrido, *Introducción a la mal llamada multipropiedad*, „Noticias Jurídicas” 2010, nr 4, <https://noticias.juridicas.com/conocimiento/articulos-doctrinales/4540-introduccion-a-la-mal-llamada-multipropiedad/> [dostęp: 31.12.2020]. Sąd w Maladze orzeczeniem z 7 grudnia 1995 r. uznał, że z powodu braku w stanowiącej przedmiot postępowania sprawie, osoby *trustee* - podmiotu zewnętrznego, jaki występuje zawsze w przypadku formuły *club-trustee*, konstrukcja prawna nie dawała gwarancji realizacji praw wynikających z umowy *timesharingu*. Za: M. Romanowska, *Regulacja prawna timesharingu w wybranych państwach europejskich*, „Studia Prawnicze” 2017, nr 1, s. 73, <https://doi.org/10.37232/sp.2017.1.3>.

nej⁷⁴. Powiernictwo timesharingowe, jako trójpodmiotowy stosunek prawny (założyciel, powiernik, beneficjent), oddaje zaletę trustu angloamerykańskiego w postaci współistnienia i elastycznej wymiany w truscie wielu beneficjentów⁷⁵. Beneficjent jest uprawniony do żądania naprawienia szkody w majątku powierniczym, wyodrębnionym od majątku osobistego powiernika, gdy szkoda ta nastąpiła w związku z naruszeniem postanowień umowy i powiększenia majątku powierniczego o wszelkiego rodzaju korzyści uzyskane na skutek tego naruszenia, ale także z tytułu szkody niemajątkowej w postaci utraconej przyjemności z wypoczynku. Istotą trustu, a w konsekwencji każdego stosunku powierniczego, jest wzmocniona ochrona przysługująca beneficjentowi. Zagrożenie niewłaściwego zarządu rzeczą przez powiernika jest niwelowane poprzez profesjonalny charakter podmiotu świadczącego usługi na podstawie szczegółowych zobowiązań jako podmiotu zaufania publicznego oraz wyodrębnienie majątku powierniczego. Umowa powiernicza jest umową tworzoną w oparciu o elastyczne prawo anglosaskie, stąd rozwiązania *flexible* timesharingu mogą najpełniej znaleźć odniesienie w jej postanowieniach⁷⁶.

7. Zakończenie

Z punktu widzenia przedsiębiorcy, przyczyną zawarcia umowy timesharingowej jest chęć otrzymania zapłaty ceny umowy i możliwość stałego otrzymywania takiej ceny w stosunku do jednej rzeczy przez wiele lat. Z drugiej strony, kupujący konsument przystępuje do umowy z zamiarem otrzymania świadczenia w postaci prawa do wypoczynku zagwarantowanego na przestrzeni lat. Realizacja prawa odbywa się z wykorzystaniem miejsca zakwaterowania, do korzystania w celach turystycznych. Poprzez taką formę korzystania zaspokojona zostaje potrzeba konsumpcyjna polegająca na odbyciu wypoczynku na właściwych warunkach, bez konieczności ponoszenia nakładów na rzecz i dbania o nią jak właściciel.

Ochrona konsumenta realizowana jest w drodze odpowiedzialności *ex contractu* nie tylko za szkodę majątkową, ale przede wszystkim za szkodę niemajątkową w postaci utraty prawa do wypoczynku lub jego istotnego naruszenia. Umowa timesharingu polega na powierniczym zarządzaniu rzeczą na rzecz konsumenta w celu zapewnienia mu odpowiednich usług związanych z wypoczynkiem. Konsument korzysta ze swojego prawa w sposób cykliczny, lecz jednorazowy i nie jest zainteresowany udziałem w zarządzaniu rzeczą. Po sezonie korzystania rzecz zostaje udostępniona innemu podmiotowi wyposażonemu w równorzędne prawa korzystania.

W przypadku nienależytego wykonania umowy, odpowiedzialność ponosi powiernik z majątku powierniczego, stworzonego z przeznaczeniem na zaspokojenie roszczeń wynikających z umowy z beneficjentami prawa. W ten sposób nabywca chroniony przed wierzycielami założyciela nie odczuwa niekorzystnych zmian w jego strukturze własnościowej. Wyeliminowane zostaje także ryzyko braku środków na pokrycie ewentualnej szkody majątkowej i niemajątkowej spowodowanej niewykonaniem lub nienależytym wykonaniem umowy. Ponadto powiernik jako podmiot profesjonalny, cieszący się zaufaniem, dąży do minimalizacji ryzyka niewykonania lub nienależytego wykonania umowy wyważając pomiędzy interesami założyciela i beneficjentów. Staranność wykonania usługi świadczy o jakości świadczenia. W konsumpcji współdzielonej, z której czerpie timesharing, ta jakość i zaufanie mają największe znaczenie.

Kwestia kompensacji szkody niemajątkowej nie tylko w reżimie *ex delicto*, ale szczególnie w reżimie *ex contractu* w Europie jest uregulowana. W Polsce doktryna potwierdza prawidłowość tych założeń. Wskazuje, że ograniczenie kompensacji pełnej szkody osłabia skuteczność odpowiedzialności w reżimie *ex contractu*, a każde ograniczenie prawa do odszkodowania w pełnej wysokości powinno mieć uzasadnienie w wartościach płynących z konstytucji⁷⁷.

74 Zob. R. Rykowski, *Pojęcie powiernictwa – konstrukcja prawna zarządu powierniczego*, Warszawa 2005, s. 235.

75 Odnosnie trustu zob. M. Zachariasiewicz, *Trust i inne stosunki powiernicze – potrzeba zmian w polskim prawie prywatnym?*, [w:] M. Pazdan, W. Popiołek, E. Rott-Pietrzyk, M. Szpunar (red.), *Europeizacja prawa prywatnego*, t. 2, Warszawa 2008, s. 745-746.


76 Uprawniony może według różnych zasad określać termin corocznego korzystania i wskazywać na różne nieruchomości, które mogą być przedmiotem tego prawa – *floating, flexible, mixed timeshare*.

77 Zob. A. Bierć, *Zarys prawa prywatnego...*, s. 240.

UMOWA FAKTORINGU JAKO PRZYKŁAD EMPIRYCZNEGO KSZTAŁTOWANIA SIĘ STOSUNKÓW OBLIGACYJNYCH W DOBIE KONWERGENCJI SYSTEMÓW PRAWA¹

DOI: 10.5281/zenodo.6035251

dr Robert Siwik

 0000-0002-3815-0819

Instytut Nauk Prawnych PAN

1. Wstęp

Internacjonalizacja współczesnych stosunków gospodarczych sprawia, że prawnicy zajmujący się prawem prywatnym coraz częściej stykają się z instytucjami obcych systemów prawnych. Jest to konsekwencja idei konwergencji kultur prawnych, rozumianej jako niwelowanie różnic kulturowych, zbliżanie prawa i koncentracja trendów unifikujących². Można ją obserwować w perspektywie prawnej odnoszącej się zarówno do konkretnych systemów prawnych, jak i ich typów. W przypadku europejskiej integracji prawnej jest to nawiązanie do kultury anglosaskiej i romańsko-germańskiej.

Wraz z ewolucją wzorców kulturowych dokonuje się zmiana przekonań normatywnych dotyczących działań prawnych związanych z obszarem tworzenia prawa. Powszechnie utarło się przekonanie, że znacznie młodsza i mniej rozwinięta, ale na wskroś pragmatyczna kultura *common law* czerpie więcej ze starszej i bardziej rozwiniętej kultury prawa stanowionego niż odwrotnie³. Przyjmuje się, że każdy rozwinięty system prawny zawiera mniej lub więcej zapożyczeń z innych systemów prawnych. Do czasu globalizacji prawo prywatne funkcjonowało w ramach prawa krajowego i międzynarodowego prawa prywatnego. Obecnie podlega przeobrażeniom znacznie bardziej niż kiedyś.

Przenikanie współczesnego systemu *common law* do prawa kontynentalnego przejawia się zasadniczo poprzez próbę włączenia do krajowych systemów prawa kontraktowego nowych typów stosunków prawnych, które wykształciły się i rozwinęły w systemie anglosaskim. Przykładem takich stosunków jest chociażby leasing, franchising, czy faktoring, które swoją genezę mają w Ameryce Północnej i są przykładem empirycznego kształtowania się stosunków prawnych.

2. Geneza i ewolucja faktoringu

Nazwa „faktoring” wywodzi się według jednych od łacińskiego słowa *facere*, czyli robić, czynić⁴, według innych bezpośrednio od angielskiego pojęcia *factoria*, które oznacza osadę handlową europejskich kupców na zamorskich obszarach⁵ oraz *factor*, określającego osobę działającą lub prowadzącą transakcje w czyimś imieniu⁶.

W literaturze przedmiotu można znaleźć różne opinie na temat genezy faktoringu. Jedni autorzy twierdzą, że historia faktoringu jest tak stara jak historia pieniądza, a pierwsze transakcje faktoringowe były znane już w starożytnej Babilonii (w epoce Hammurabego w latach 1850–1792 p.n.e.⁷), gdzie działały osoby pośredniczące w zarządzaniu wierzytelnościami oraz zajmujące się inkasem, zabezpiec-

1 Niniejszy tekst opiera się na rozprawie doktorskiej autora, obronionej w 2018 r. w INP PAN (promotor prof. A. Bierć). Pierwotnie został opublikowany w numerze specjalnym „Studia Prawnicze” 2018, nr 5.

2 W piśmiennictwie polskim zob. R. Tokarczyk, *Tworzenie prawa: pomiędzy kulturą prawa stanowionego i kulturą common law*, [w:] O. Nawrot, S. Sykuna, J. Zajadło (red.), *Konwergencja czy dywergencja systemów prawnych?*, Warszawa 2012, s. 5 i nast.

3 H. Duszka-Jakimko, *Idea konwergencji kultur prawnych w perspektywie integracyjnej*, „Przegląd Prawa i Administracji” 2011, nr 86, s. 33.

4 J. Grzywacz, *Faktoring*, Warszawa 2005, s. 32.

5 S. Rutberg, *Factoring North of the Border*, „Secured Lender” 1993, t. 49, nr 4, s. 52.

6 K. Kreczmańska-Gigol, *Oplacalność faktoringu dla przedsiębiorcy i faktora*, Warszawa 2007, s. 13.

7 A. Rogacka-Łukasik, *Faktoring w obrocie krajowym i międzynarodowym*, Warszawa 2011, s. 17.

czeniu i finansowaniem należności. Znaleźli oni następnie swoich naśladowców wśród Fenicjan oraz w hellenistycznym świecie Greków i Rzymian⁸. Uważa się też, że w III tysiącleciu przed naszą erą kupcy z Mezopotamii sprzedawali towary na zasadach kredytu kupieckiego (z odroczonym terminem płatności) i w sytuacji, gdy potrzebowali gotówki, nie czekali, aż upłynie termin zapłaty, lecz za zgodą dłużnika sprzedawali wierzycelności osobie trzeciej⁹.

Badacze historii prawa prywatnego twierdzą, że rozwój instytucji faktora przypada na wiek XIV (pierwowzorem ma być w tym okresie agent lub komisant działający w handlu kolonialnym)¹⁰ bądź na wiek XVIII, kiedy nastąpiła intensywne kolonizacja Indii przez Imperium Brytyjskie¹¹. W czasie tej kolonizacji angielscy faktorzy pośredniczyli w sprzedaży towarów oraz udzielali pożyczek na przyszłe dostawy towarów z Anglii.

Początki podmiotów faktoringowych datować należy – moim zdaniem – na XVI w., kiedy to rozwijał się handel z koloniami zamorskimi. Lokalni producenci korzystali wówczas z usług pośredników lub komisarzy, którzy zajmowali się wieloma różnymi interesami handlowymi w jednej lub kilku zagranicznych spółkach. Dało to początek „klasycznemu” czy „kolonialnemu” faktoringowi. Wielu europejskich producentów chciało znaleźć dla swoich towarów rynki zbytu w koloniach. Nie znali jednak nowych lokalnych rynków i nie mieli tam magazynów. Rozwiązaniem tego problemu okazała się współpraca z faktorami.

Formuła ta została opracowana ze szczególnym uwzględnieniem relacji Wielkiej Brytanii z wybrzeżem Stanów Zjednoczonych, stanowiącym ważny kierunek dla przemysłu tekstylnego (głównie produkcji wełny) Wielkiej Brytanii. Ich przedstawiciele handlowi napotykali trudności, w tym spowolnienie komunikacji, jaką implikował handel zamorski, ułatwiając pracę handlowcom, którzy sprzedawali swoje towary na dalekich i nieznanym rynkach (*agent factoring*). Faktorzy pełnili przy tym inne funkcje marketingowe i dystrybucyjne, w tym doradztwo w kwestii popytu na produkty i ich składowania, tak, aby manufaktury mogły wysyłać towar do faktorów, którzy przekazaliby towar docelowemu odbiorcy.

„Bawelniani faktorzy” z czasem zaczęli pełnić kolejne funkcje. W imieniu manufaktur sprawowali niektóre decydujące funkcje finansowe. Udzielali porad kredytowych odnośnie ilości towarów sprzedawanych potencjalnemu klientowi. Co najważniejsze, byli również gwarantami płatności na rzecz manufaktur, przejmując pełną odpowiedzialność za zdolność kredytową klientów (*credit factoring*). W celu własnego zabezpieczenia, faktorzy ustanowili rezerwy na pokrycie roszczeń dotyczących wadliwego towaru oraz wszelkich spowodowanych tym sporów. Wreszcie, co równie ważne z historycznego punktu widzenia, faktorzy wzbogacili finansowanie na rzecz manufaktur na bazie wartości sprzedanych towarów. Tak więc, faktoring, w kształcie w jakim go znamy obecnie, znajduje pełne odzwierciedlenie gospodarcze w finansowej działalności faktoringowej, która istniała już 600 lat temu¹².

W XIX w., kiedy faktoring stawał się coraz powszechniejszy w Stanach Zjednoczonych, a więc w kraju, w którym się pierwotnie rozpowszechnił, zaczął popadać w nieład. Pod koniec XIX w. Stany Zjednoczone wprowadziły wysokie cła ochronne (tzw. *McKinley tariffs*) na wiele wyrobów importowanych. Między innymi w 1890 r. tekstylia obłożono cłem w wysokości 49,5%¹³. Polityka mająca na celu forsowanie rozwoju przemysłu amerykańskiego doprowadziła do wyeliminowania prawie całego importu produktów tekstylnych z Europy. Chcąc pozostać na rynku, faktorzy w Stanach

8 K. Kreczmańska-Gigol, *Faktoring w teorii i w praktyce*, Gliwice 2007, s. 7; L. Stecki, *Umowa faktoringu*, Toruń 1994, s. 5 i nast.

9 C. Livijn, *Factoring – with a View to History*, [w:] K.F. Hagenmüller, H.J. Sommer (red.), *Factoring – Handbuch*, Frankfurt am Main 1987, s. 13.

10 B.A. Diehl-Leistner, *Internationales Faktoring. Eine Rechtsvergleichende Darstellung zum Recht der Bundesrepublik Deutschland, Frankreich und der USA unter Einschluss der UNIDROIT Konvention über das Internationale Faktoring*, Monachium 1992, s. 29 i nast.

11 Szerzej A. Calus, *Prawo cywilne i handlowe państw obcych*, Warszawa 1985, s. 20-238.

12 P. Fiscoeder, *Factoring in Deutschland*, Köln 1963, s. 5 i nast.; K. Bette, *Das Factoring-Geschäft Praxis und Rechtsnatur in Deutschland im Vergleich zu anderen Formen der Forderungsfinanzierung*, Stuttgart–Wiesbaden 1973, s. 21 i nast.

13 W. Schwarz, *Factoring*, Stuttgart 1993, s. 14.

Zjednoczonych musieli zaoferować swoje usługi producentom krajowym, zmieniając zasady i zakres swej działalności. W 1890 r. nowojorski faktor Oelbermann, Dommerick & Co. pierwszy zrezygnował ze składowania towarów i ich sprzedaży w imieniu producenta w zamian oferując nowoczesne usługi faktoringowe, takich jak prowadzenie ksiąg handlowych klienta, kontrola kredytowa czy inkasowanie należności. Wkrótce potem inni amerykańscy faktorzy poszli za jego przykładem. Można zatem powiedzieć, że nowoczesna działalność faktoringowa została zapoczątkowana pod koniec XIX w., kiedy to faktorzy przestali odgrywać rolę agentów handlowych.

Dzięki szybkiemu wzrostowi konkurencji, usługi faktoringowe były już dobrze rozwinięte w latach 30. XX stulecia¹⁴. Proces industrializacji, wraz z ogromną poprawą w sektorach transportu i komunikacji, umożliwił dostawcom rozprowadzanie swoich produktów bezpośrednio do klientów w ramach własnej sieci dystrybucji, co oznaczało to cofnięcie się do początkowej funkcji handlowej podmiotów faktoringowych. Zamiast tego podmioty te specjalizowały się ogólnie w kwestiach finansowych, w szczególności w udzielaniu kredytów. Nowe podmioty faktoringowe również musiały dostosować się do zmieniającej się rzeczywistości. Z jednej strony, gdy nie były już w posiadaniu produktów, nie mogły czerpać zysków z „zastawów”. Z drugiej zaś, założenie ryzyka niewypłacalności było postrzegane jako forma zabezpieczenia, a zatem działalność ta mogła być wykonywana wyłącznie przez zakłady ubezpieczeń, a nie podmioty faktoringowe.

Dopiero w roku 1930, po części wskutek wielkiego kryzysu, faktorzy rozszerzyli swoją działalność poza włókiennictwo, docierając do hurtowników oraz sprzedawców detalicznych innych towarów. Po 1931 r., spółki faktoringowe skorzystały na kryzysie monetarnym i bankowym, który dotknął lokalne banki handlowe. Faktorzy nie podlegali nadzorowi i regulacjom nałożonym na banki komercyjne, o ile nie byli częścią holdingu bankowego. W ten sposób podmioty faktoringowe mogły być bardziej elastyczne przy udzielaniu kredytów czy ustalaniu stopy procentowej. Dało to początek tzw. nowemu faktoringowi i podmiotom faktoringowym, jakie znamy obecnie¹⁵.

W latach 50. i 60. XX stulecia wielu producentów w Stanach Zjednoczonych dostrzegło szansę swego rozwoju w handlu z Europą, której rynek stał się szczególnie atrakcyjny po utworzeniu w 1957 r. Europejskiej Wspólnoty Gospodarczej. W ślad za przedsiębiorcami poszły amerykańskie instytucje finansowe. Jedną z nich był First National Bank of Boston (FNBB), mający dobrze rozwinięty departament faktoringowy. W 1961 r. otworzył on w Wielkiej Brytanii wraz z lokalnym partnerem spółkę International Factors Ltd. Była to pierwsza instytucja faktoringowa działająca poza Ameryką Północną. Spółka ta wraz z FNBB były określane mianem International Factors Group (IF-Group, IFG) i uznawane za pierwszą międzynarodową sieć instytucji faktoringowych¹⁶.

W porównaniu do rozwoju faktoringu w Wielkiej Brytanii i Stanach Zjednoczonych, w Europie jego rozwój nastąpił dopiero w późnych latach 50. XX w., a faktoring jako taki zaistniał w Europie na dobre dopiero w latach 70.¹⁷

3. Stosunek zobowiązaniowy faktoringu

Zarysowana powyżej geneza faktoringu potwierdza dużą ewolucję tej instytucji prawnej, której ramy prawne były (i nadal są) budowane poprzez lata praktyki. Powtarzalność w obrocie transakcji faktoringowych i systematyczne ujednocnianie się praktyki zawierania transakcji faktoringowych drogą zwyczajów, a następnie jej analiza na gruncie orzecznictwa i doktryny prawa, wykształciło na odrębny typ umowy – umowę faktoringu.

Pojęciem faktoringu określa się transakcje pomiędzy profesjonalnymi uczestnikami obrotu gospodarczego, z których jeden z nich – faktor jest wyspecjalizowanym w tym zakresie przedsiębiorstwem (głównie

14 D. Hawkins, *The Business of Factoring*, Londyn 1993, s. 8.

15 K. Bette, *Das Factoring...*, s. 22 i nast.

16 J. Kohnstamm, *The Geographic Spread of Factoring*, [w:] K.F. Hagenmüller, H.J. Sommer (red.), *Factoring – Handbuch...*, s. 186.

17 L. Stecki, *Umowa...*, s. 13-14.

bankiem, ale także odrębnymi spółkami faktoringowymi), a wierzycelności, jakimi jest zainteresowany, pochodzą głównie z umów o dostawę towarów lub świadczenie usług. Powyższe cechy wyróżniają – indywidualizują też wierzycelności faktoringowe w obrocie. Faktor nabywa od faktoranta wierzycelności z określonych rodzajów stosunków prawnych, takich jak umowa dostawy, sprzedaży, świadczenia usług.

Faktor nabywa w ramach transakcji tyle praw, ile przysługuje jego poprzednikowi prawnemu. W wyniku nabycia wierzycelności, przechodzi na niego ogół uprawnień przysługujących dotychczasowemu wierzycielowi (faktorantowi), który zostaje wyłączony ze stosunku zobowiązaniowego, jaki łączył go z dłużnikiem. Wierzycelność faktoringowa przechodzi na nabywcę w takim stanie, w jakim była w chwili zawarcia umowy faktoringu. Wraz z wierzycelnością główną przechodzą prawa związane z jej właściwością, a więc wszelkie prawa związane, uboczne i akcesoryjne¹⁸.

Przedmiotem faktoringu są jeszcze niewymagalne wierzycelności istniejące oraz pieniężne wierzycelności przyszłe. Mniej popularny jest natomiast obrót wierzycelnościami już wymagalnymi albo czysta nadzieja na powstanie wierzycelności¹⁹.

4. Modele faktoringu

W praktyce obrotu gospodarczego wyróżnia się różne postacie faktoringu²⁰. W zależności od umiejscowienia ryzyka wypłacalności dłużnika faktoringowego wskazuje się najczęściej:

- a) faktoring pełny (klasyczny, bez regresu; *non recourse factoring*, *echtes Factoring*, *Factoring ohne Regress*, *l'affacturage classique*) – wraz z cesją wierzycelności na faktora przechodzi ryzyko niewypłacalności dłużnika i w przypadku, gdy dłużnik nie jest w stanie spłacić wierzycelności, faktor nie ma prawa regresu w stosunku do zbywcy wierzycelności. Ta forma faktoringu jest korzystna dla zbywcy wierzycelności, bowiem po dokonaniu transakcji sprzedaży towaru lub usługi na rzecz dłużnika, faktorant od razu dysponuje środkami finansowymi i wyzbywa się odpowiedzialności za ewentualną niewypłacalność dłużnika. Ciężar odpowiedzialności za niewypłacalność dłużnika spoczywa na faktorze, który przy tej formie faktoringu analizuje głównie sytuację finansową dłużnika jako zobowiązanego do zapłaty.
- b) faktoring niepełny (z regresem; *recourse factoring*, *unechtes Factoring*, *Factoring mit Regress*, *l'affacturage avec mandat de gestion*, *l'affacturage avec recours*) – dokonanie zbycia wierzycelności nie obejmuje przejścia ryzyka niewypłacalności dłużnika wobec faktora. Jest to *de facto* zaciągnięcie kredytu krótkoterminowego przez faktoranta, bowiem w przypadku niedokonania zapłaty przez dłużnika, musi on to uczynić na rzecz faktora. Ta forma faktoringu powinna w pierwszej kolejności znaleźć zastosowanie przy finansowaniu kredytów kupieckich, udzielanych przez dostawcę dla godnych zaufania odbiorców, kiedy wydłużone terminy płatności wynikają ze specyfiki prowadzonej działalności. Faktorant ponosi odpowiedzialność wobec faktora. Obciążają go skutki niespłacenia kwoty wierzycelności w terminie.
- c) faktoring mieszany – połączenie faktoringu pełnego i niepełnego. W umowie faktoringowej strony ustalają wysokość tzw. kwot granicznych, wyrażonych kwotowo bądź procentowo, za które faktor przejmuje na siebie odpowiedzialność, zobowiązując się ponieść ryzyko w razie niewypłacalności kontrahenta. Oznacza to, że zadłużenie do określonej wartości pokrywa faktor, natomiast powyżej ustalonego limitu odpowiedzialność ponosi faktorant, który zobowiązuje się do sfinansowania pozostałego długu z własnych środków. Faktorant ma również możliwość zachowania pełnego regresu wobec przedsiębiorstwa, gdy występują kwestie sporne między dostawcą a odbiorcą towarów lub usług.

18 Ograniczeniem może być jednoczesne przeniesienie wraz z wierzycelnością praw osobistych i rzeczowych. Zob. W.J. Kocot [w:] W.J. Katner (red.), *Prawo zobowiązań – umowy nienazwane*, System Prawa Prywatnego, t. 9, Warszawa 2015, s. 298.

19 W.J. Kocot [w:] W.J. Katner (red.), *Prawo zobowiązań...*, s. 330-331.

20 Na temat różnych modeli faktoringu zob. w szczególności A. Rogacka-Łukasik, *Factoring w obrocie...*, s. 75-91; D. Podedworna-Tarnowska, *Factoring w Polsce. Szanse i zagrożenia*, Warszawa 2007, s. 20-29; I. Heropolitańska, P. Kawaler, A. Koziol, *Skup i sprzedaż wierzycelności przez banki (cesja, faktoring, dyskonto, sprzedaż publiczna i niepubliczna)*, Warszawa 2000, s. 89 i nast.

Mając na względzie zawiadomienie dłużnika wyróżnia się:

- a) faktoring jawny (notyfikowany, otwarty; *open factoring, disclosed factoring, offene Factoring*) – dłużnik zawiadamiany jest natychmiast o zawarciu umowy faktoringu; sama notyfikacja umowy nie ma wpływu na jej ważność, jednak ma wpływ na ryzyko faktora, który staje się nowym wierzycielem dłużnika faktoringowego. Jeśli dłużnik nie zostanie zawiadomiony o zawarciu umowy lub też zostanie zawiadomiony zbyt późno, tzn. wtedy gdy dokonał już płatności na ręce dotychczasowego wierzyciela, to faktor nie ma prawa dochodzić od niego zapłaty należności. Płatności takiej może domagać się jedynie od faktoranta.
- b) faktoring tajny (nienotyfikowany, ukryty; *confidential factoring, undisclosed factoring, stilles-verdeckets-factoring, l'affacturage confidentiel*) – polega na niezawiadomieniu dłużnika o zawarciu umowy faktoringowej. Przy takiej konstrukcji faktoringu, dług spłacany jest przez dłużnika faktorantowi, który następnie przekazuje go faktorowi.
- c) faktoring półjawny (półotwarty; *l'affacturage semi-confidentiel*) – polega na zawiadomieniu dłużnika o zawarciu umowy faktoringu dopiero w momencie wezwania go przez faktora do uregulowania wierzytelności, tj. gdy zbliża się termin płatności.

Ze względu na moment dokonania zapłaty za sprzedaną wierzytelność wyróżnia się:

- a) faktoring dyskontowy (przyspieszony; *advance factoring*) – przypomina z reguły dyskonto weksli; faktorant otrzymuje wierzytelność od faktora w momencie zawarcia umowy faktoringowej, czyli bez względu na datę zapłaty wierzytelności przez dłużnika.
- b) faktoring zaliczkowy (*collection factoring, l'affacturage forfaitaire*) – polega na otrzymaniu przez faktoranta określonej zaliczki od faktora. Zależy ona od wartości oraz terminu spłaty wierzytelności. Pozostałą część wierzytelności faktorant otrzymuje w rzeczywistym terminie płatności lub w momencie, kiedy dłużnik ureguluje zobowiązania.
- c) faktoring wymagalnościowy (zwany terminowym; *maturity factoring, Fälligkeits-Factoring*) – polega na otrzymaniu przez faktoranta wierzytelności w momencie faktycznego uregulowania zobowiązania przez dłużnika.

Ponadto ze względu na zasięg terytorialny transakcji faktoringowych wyróżnia się faktoring krajowy (w którym strony transakcji mają swoje siedziby w tym samym kraju) oraz międzynarodowy (w którym co najmniej jeden z podmiotów ma swoją siedzibę w innym kraju niż pozostałe podmioty). W faktoringu międzynarodowym można z kolei wskazać na faktoring bezpośredni (importowy i eksportowy) oraz pośredni (system dwóch faktorów)²¹.

Jednocześnie należy wskazać, że transakcje faktoringowe mogą przybierać różne formy w zależności od indywidualnych potrzeb klientów, jak też samej gotowości do ich zaspokajania przez faktorów. Do najczęściej spotykanych, szczególnych form zalicza się faktoring powierniczy, w którym faktor upoważniony jest przez bank faktoranta do ściągania wierzytelności i wykonywania określonych usług bez jednoczesnego przejęcia ryzyka wypłacalności (wówczas działania faktora odbywają się na rzecz banku faktoranta a nie na rzecz jego samego). Innym rodzajem jest metafaktoring, w którym ryzyko wypłacalności dłużnika rozkłada się pomiędzy bank faktora a faktoranta dzięki przelewowi wierzytelności, dokonaniem przez faktoranta w jego banku, który z kolei zawiera umowę z określoną instytucją faktoringową²².

W praktyce obrotu spotyka się również faktoring odwrotny (*reverse factoring*), który w swoich cechach ma niewiele wspólnego ze zwykłym faktoringiem. Klasyczny faktorant staje się tu dłużnikiem faktoringowym, w którego imieniu faktor opłaca zobowiązania. Dzięki temu, że zapłatę za faktury gwarantuje faktor, faktorant ma szansę wynegocjować dłuższe terminy płatności lub otrzymać większy upust z racji wcześniejszej spłaty. Dostawca również korzysta na przystąpieniu do umowy – otrzymuje

21 Blżej co do systemu dwóch faktorów zob. H.J. Sommer, *Grenzüberschreitendes Factoring im Zwei-Factor-Verfahren*, [w:] K.F. Hagenmüller, H. Sommer, J. Heinrich, U. Brink (red.), *Handbuch des nationalen und internationalen Factoring*, Frankfurt am Main 1997, s. 29.

22 K. Kreczmańska-Gigol, *Faktoring w świetle prawa cywilnego, podatkowego i bilansowego*, Warszawa 2006, s. 38-39.

zapłatę w terminie lub nawet przed jego zapadnięciem. Znaczącą różnicą jest tu też umiejscowienie ryzyka transakcji – całe pozostaje po stronie faktoranta – dłużnika. Podwyższone wymagania wpływają na ograniczenie możliwości uzyskania finansowania faktoringiem odwrotnym. Jednak ze względu na to, że inicjatorem współpracy jest odbiorca produktów/usług, o wiele łatwiejsza jest analiza jego sytuacji finansowej, a jej koszty są niższe. Podobnie jak w przypadku klasycznego faktoringu, istnieje kilka odmian faktoringu odwrotnego. Głównym czynnikiem różnicującym jest moment dokonania zapłaty przez faktora. Wyróżnia się przykładowo:

- a) faktoring odwrotny dyskontowy – faktor opłaca fakturę przed terminem płatności, natomiast faktorant względem faktora – w terminie płatności;
- b) faktoring odwrotny wymagalnościowy – faktor opłaca należność w terminie zapadalności dokumentu, a faktorant oddaje pieniądze w dodatkowym terminie zawartym w umowie;
- c) faktoring odwrotny dyskontowo-wymagalnościowy (będący połączeniem dwóch wcześniej wymienionych rodzajów) – faktor opłaca fakturę przed terminem, a faktorant – w dłuższym, ustalonym terminie.

5. Układ interesów stron faktoringu

Niezależnie jednak od określonego typu (modelu) faktoringu, za typowy układ interesów majątkowych stron umowy należy uznać nabywanie i ewentualnie finansowanie istniejących i bezspornych wierzytelności handlowych faktoranta. Tak też powinien być definiowany społeczno-gospodarczy cel i funkcja faktoringu.

Zawierając umowę faktoringu, faktor jest w głównej mierze zainteresowany wyłącznie zakupem wierzytelności faktoringowych, a więc takich, których termin płatności nie upłynął, zaś ich zbywalność nie została w żaden sposób wyłączona lub ograniczona. Dotyczy to wierzytelności przysługujących faktorantowi w stosunku do kontrahentów i znajdujących się na liście kontrahentów, która zwykle stanowi załącznik do umowy faktoringu.

Przystępując do umowy, faktorant jest zainteresowany zbyciem swoich wierzytelności w celu otrzymania za nie zapłaty (funkcja finansowa faktoringu), umożliwiającym otrzymanie środków obrotowych na bieżącą działalność. Zasadniczą motywacją faktoranta w zbyciu swoich wierzytelności – obok pozyskania środków – jest także skrócenie cyklu rotacji należności, usprawnienie zarządzania należnościami, zwiększenie dyscypliny płatniczej kontrahentów (dłużników faktoringowych – funkcja administracyjna), a w przypadku faktoringu pełnego także, zmniejszenie ryzyka płatniczego (funkcja *del credere*) i poprawienie tym samym struktury swojego bilansu.

6. Trudności w klasyfikacji empirycznych typów umów

Umowa faktoringu, jako przykład empirycznego kształtowania się stosunków obligacyjnych, nie poddaje się jednoznacznej klasyfikacji zarówno na gruncie polskiego prawa prywatnego, jak i większości obcych systemów prawnych. Panuje w tym zakresie znaczna rozbieżność poglądów odnośnie kwalifikacji prawnej umowy faktoringu, co z jednej strony wynika z położenia przez poszczególnych autorów akcentu na różne elementy jej treści, a z drugiej – braku precyzyjnego określenia przez nich, jaki model stosunku zobowiązaniowego umowy faktoringu poddają kwalifikacji, czy chociażby pod względem jakich jego elementów będzie prowadzona kwalifikacja²³. Pojawiają się poglądy, że faktoring należy uznać za umowę nienazwaną²⁴, umowę nienazwaną o cechach umowy mieszanej²⁵ lub też

23 P. Katner, *Przeniesienie wierzytelności w umowie faktoringu*, Warszawa 2011, s. 84-85.

24 M. Pyziak-Szafrancika [w:] K. Osajda (red.), *Prawo zobowiązań – część ogólna*, System Prawa Prywatnego, t. 5, Warszawa 2013, s. 451; A. Kidyba, *Prawo bankowe*, Warszawa 2008, s. 995; K. Kruczałak, *Faktoring i jego gospodarcze zastosowanie*, Warszawa 1997, s. 80; G. Sikorski, *Faktoring*, „Problemy Egzekucji Sądowej” 1997, nr 23, s. 65; K. Kreczmańska-Gigol, *Faktoring w teorii i w praktyce*, Gliwice 2007, s. 14; M. Chaszczyńska, *Pojęcie, rodzaje i charakter prawny faktoringu*, „Przegląd Prawa Handlowego” 1998, nr 1, s. 29.

25 L. Stecki, *Umowa faktoringu*, Toruń 1994, s. 25; J. Grzywacz, *Faktoring*, Warszawa 2005, s. 38; J. Ignaczewski, *Umowy nienazwane*, Warszawa 2004, s. 105; R.W. Kaszubski, A. Kurowska, *Faktoring*, „Przegląd Politologiczny” 1997, nr 12, s. 33.

umowę mieszaną²⁶. Często uznaje się go też za zespół umów (umowy sprzedaży, pożyczki), w skład których wchodzi powiązane ze sobą funkcjonalnie, ale niezależne pod względem prawnym, umowa przelewu oraz inne nazwane lub nienazwane umowy, które regulują pozostałe usługi faktora na rzecz faktoranta (np. umowa zlecenia). Wreszcie umowę faktoringu kwalifikuje się jako samodzielną umowę nazwaną (tj. umowę sprzedaży, pożyczki, zlecenia).

Powyższe rozbieżności w określeniu charakteru prawnego empirycznego typu stosunku zobowiązaniowego są odzwierciedleniem specyfiki kształtowania się takiego stosunku prawnego jako odpowiedzi na potrzeby praktyki obrotu. Najpełniej można to dostrzec w zakresie empirycznych typów umów o anglosaskim rodowodzie, takich jak umowa faktoringu.

Instytucje prawa anglosaskiego, które cechuje pragmatyzm ich stosowania, w dobie konwergencji systemów prawa (jego globalizacji) i, co za tym idzie, ich recepcji do prawa kontynentalnego, wymuszają zmianę myślenia o prawie jako zhierarchizowanym systemie pochodzącym od państwa narodowego²⁷.

Proces charakteryzowania recypowanych tego typu umów o rodowodzie anglosaskim do prawa kontynentalnego wymaga przeprowadzenia oddolnej analizy określonego stosunku prawnego, aby można było przede wszystkim uchwycić jego cel społeczno-gospodarczy, by następnie ustalić, czy mieści się on w celach znanych umów typowych, oraz przyjąć, że cel ten jest obiektywnie uzasadniony²⁸.

Powodem określenia w treści danej umowy głównych praw i obowiązków stron, jest zawiązanie stosunku zobowiązaniowego, odpowiadającego społeczno-gospodarczemu celowi umowy. Bez ich wskazania, pozostałe prawa i obowiązki stron, składające się na treść stosunku prawnego pomiędzy nimi, byłyby zawieszane w próżni (poniekąd wyjęte z kontekstu). Są one zatem fundamentem dla innych, wynikających z umowy obowiązków stron i stanowią istotę, sens wchodzenia przez strony w określony stosunek zobowiązaniowy²⁹. Z tego względu postanowienia umowy można uznać za jej najważniejsze składowe, kształtujące jej zasadniczą postać. Wyznaczają bowiem elementy charakterystyczne dla danej kształtowanej w praktyce obrotu umowy (np. faktoringu). W odniesieniu do umowy faktoringu, społeczno-gospodarczy cel i funkcja faktoringu wynikają z typowego układu interesów majątkowych faktora i faktoranta, do których należy sprzedaż wierzytelności w zamian za świadczenie pieniężne. Oferowane przez faktora świadczenia dodatkowe nie są nigdy celem samym w sobie, ale są związane z nabywaną wierzytelnością.

7. Świadczenia charakterystyczne stron umowy faktoringu

Podstawowym kryterium pozwalającym na określenie świadczenia charakterystycznego dla całej umowy powinna być jej funkcja społeczno-gospodarcza. Z racji tego, że stanowi ona główny wyznacznik treści owego stosunku, powinna także decydować o jego przynależności do określonego typu umowy. Wskazanie to następuje nie tyle poprzez wybór najważniejszego składnika (świadczenia) umowy, co raczej przez ustalenie, poprzez które z nich (lub ich zespół) realizuje się funkcja danej umowy czyli które świadczenie lub ich zespół pozwala odróżnić daną umowę od stosunków podobnych. Odnosząc powyższe do obowiązku faktora z umowy faktoringu, czyli finansowania przedsiębiorcy w zamian za wierzytelności faktoringowe, uznać należy to świadczenie za charakteryzujące całą umowę. Niezależnie od tego czy mamy do czynienia z faktoringiem pełnym czy niepełnym, typowy układ interesów majątkowych faktora i faktoranta wskazuje, że bez świadczenia związanego ze sprzedażą wierzytelności nie doszłoby do nawiązania tego stosunku zobowiązaniowego.

Zarówno w nauce, jak i w praktyce gospodarczej, przyjmuje się także, że nieodzownym elementem umowy faktoringu jest wykonywanie przez faktora dodatkowych usług, wykraczających niejednokrotnie poza samo finansowanie. W obrocie gospodarczym faktoring pełni bowiem – oprócz funkcji

26 J. Jacyszyn, *Faktoring – zasady ogólne*, „Edukacja Prawnicza” 1997, nr 4, s. 14; L. Opiola, *Charakter prawny faktoringu*, „Przegląd Prawa Handlowego” 2000, nr 9, s. 34-40; K. Socha, *Faktoring – nowa instytucja prawno-gospodarcza*, „Glosa” 1997, nr 5, s. 7.

27 A. Bierć, *Zarys prawa prywatnego. Część ogólna*, Warszawa 2018, s. 178-179.

28 E. Węgrzynowski, *Ekwiwalentność świadczeń w umowie wzajemnej*, Warszawa 2011, s. 233.

29 Z. Radwański, *Teoria umów*, Warszawa 1977, s. 248.

finansowej, która jest niewątpliwie jego cechą wyróżniającą – również inne funkcje: administracyjną (zarządzanie wierzytelnościami, płynnością, windykacja itp.), zabezpieczającą (przejęcie ryzyka niewypłacalności dłużnika), a niekiedy również inne funkcje usługowe (np. księgowo).

Wykonywanie przez faktora niejednokrotnie licznych czynności dodatkowych o charakterze usługowym wynika wyłącznie z istnienia należności pieniężnych będących przedmiotem umowy sprzedaży wierzytelności i nie powinno ono wpływać na kwalifikację umowy. Nie jest ono elementem niezbędnym dla każdego stosunku kwalifikowanego jako faktoring³⁰. Znaczenie gospodarcze i prawne tego typu umowy wyraża się zawsze w transferze wierzytelności³¹.

8. Ponadnarodowe regulacje jako przejaw globalizacji prawa

Postępujący proces globalizacji i związane z nimi swobody w zakresie przepływu osób, towarów, usług i kapitału ułatwiają i przyspieszają transgraniczny obrót gospodarczy. Do szerszego zakresu tego obrotu należy również obrót wierzytelnościami przedsiębiorców w handlu międzynarodowym. Niezależnie od form takiego transferu wierzytelności, ważne stało się zapewnienie w tym zakresie pełnej efektywności oraz bezpieczeństwa podejmowanych działań. W miarę wzrostu zainteresowania obrotem wierzytelnościami, a w szczególności faktoringiem, już na początku lat 70. ubiegłego wieku pojawiła się potrzeba wypracowania ponadnarodowych regulacji ułatwiających przeprowadzanie transakcji faktoringowych. Sam faktoring stał się w 1974 r. przedmiotem zainteresowania Międzynarodowego Instytutu Unifikacji Prawa Prywatnego (UNIDROIT), kiedy to jego Rada uznała, że w następnych latach to właśnie przelew wierzytelności w ramach umowy faktoringu będzie jednym z głównych przedmiotów jej prac³². Prace te zakończono w dniu 28 maja 1988 r. na konferencji dyplomatycznej w Ottawie, podczas której zatwierdzono konwencję o faktoringu międzynarodowym³³.

Postępujący wzrost znaczenia obrotu wierzytelnościami w handlu międzynarodowym spowodował, że również Komisja Narodów Zjednoczonych ds. Międzynarodowego Prawa Handlowego (*United Nations Commission on International Trade Law – UNCITRAL*) podjęła prace nad stworzeniem międzynarodowej umowy dotyczącej przelewu wierzytelności, która miałaby wyeliminować istniejące bariery prawne w przypadku finansowania opartego na przelewie wierzytelności. Właściwe prace w ramach UNCITRAL zostały zainicjowane podczas 28. sesji UNCITRAL, odbywającej się w Wiedniu od 2 do 26 maja 1995 r. Ostatecznie w dniu 12 grudnia 2001 r. w Nowym Jorku została przyjęta przez Zgromadzenie Ogólne Narodów Zjednoczonych (rezolucja 56/81) konwencja o przelewie wierzytelności w handlu międzynarodowym³⁴.

30 M. Rytwińska, *Przelew wierzytelności na zabezpieczenie*, Warszawa 2007, s. 103.

31 L. Stecki, *Umowa...*, s. 25.

32 Na temat genezy rozpoczęcia prac nad faktoringiem w ramach UNIDROIT zob. K. Zawada, *Faktoring. Uwagi o pojęciu, funkcjach i konstrukcji prawnej*, [w:] A. Oleszko, R. Szyk (red.), *Księga pamiątkowa: I Kongres Notariuszy Rzeczypospolitej Polskiej*, Kluczbork 1993, s. 344.

33 UNIDROIT convention on international factoring (Ottawa, 28 May 1988), <https://www.unidroit.org/instruments/factoring> [dostęp: 14.12.2020]. Na tej samej konferencji dyplomatycznej w Ottawie przyjęto również tekst Konwencji o międzynarodowym leasingu finansowym. Szerzej na temat Konwencji ottawskiej zob. K. Zawada, *Faktoring międzynarodowy*, „Kwartalnik Prawa Prywatnego” 1996, nr 4, s. 794 i nast.; A. Wowerka, *Umowa faktoringu w świetle konwencji ottawskiej o faktoringu międzynarodowym*, „Problemy Prawa Prywatnego Międzynarodowego” 2009, t. 5, s. 57 i nast.; A. Wowerka, *Faktoring w obrocie międzynarodowym ze szczególnym uwzględnieniem regulacji konwencji ottawskiej o faktoringu międzynarodowym*, [w:] A. Smoczyńska (red.), *Polskie prawo prywatne w dobie przemian. Księga jubileuszowa dedykowana Profesorowi Jerzemu Młynarczykowi*, Gdańsk 2005, s. 126 i nast.; W literaturze zagranicznej zob. w szczególności C. Rudolf, *Einheitsrecht für internationale Forderungsabtretungen*, Wiedeń 2005; B.A. Diehl-Leistner, *Internationales Factoring: eine rechtsvergleichende Darstellung zum Recht der Bundesrepublik Deutschland, Frankreichs und der Vereinigten Staaten unter Einschluss der UNIDROIT-Konvention über das Internationale Factoring (1988)*, Monachium 1992.

34 United Nations Convention on the assignment of receivables in international trade, <https://uncitral.un.org/en/texts/securityinterests/conventions/receivables> [dostęp: 14.12.2020]. Szerzej na temat UNCITRAL zob. W. Kurowski, *Przelew wierzytelności w prawie prywatnym międzynarodowym*, Kraków 2005, s. 60 i nast.; W. Kurowski, *Przelew wierzytelności w handlu międzynarodowym. Wprowadzenie*, „Kwartalnik Prawa Prywatnego” 2004, nr 4, s. 1133 i n.; A. Wowerka, *Zakres zastosowania konwencji nowojorskiej o przelewie wierzytelności w handlu międzynarodowym*, „Gdańskie Studia Prawnicze”

Powyższe przykłady tworzenia ponadnarodowych regulacji w odniesieniu do określonych empierycznych typów umów (podobnie jak w odniesieniu do faktoringu czy leasingu) miały na celu usuwanie przeszkód prawnych dla pewnych międzynarodowych praktyk handlowych, ujednoczenie prawa w odniesieniu do określonych kwestii – takich jak skuteczność cesji pomiędzy cedentem a cesjonariuszem oraz wobec dłużnika. Ich celem jest również zwiększenie pewności i przewidywalności w odniesieniu do prawa właściwego dla kluczowych zagadnień, takich jak wskazanie prawa pierwszeństwa do wierzytelności w sytuacji dwóch bądź więcej typów cesji.

Na przykładzie umowy faktoringu i jej upowszechniania się w poszczególnych krajach można zaobserwować tendencję do przyswajania przez kontynentalne (europejskie) prawo prywatne (kształtowane pod wpływem recepcji prawa rzymskiego) instytucji z rodowodem anglosaskim. Zdaniem niektórych autorów powoduje to „erozję” rzymskiej tradycji prawnej, lecz jej nie eliminuje³⁵. Prawo rzymskie zawsze będzie uniwersalnym systemem odniesień, stanowiąc element dziedzictwa kulturowego Europy³⁶.

Ponadnarodowe regulacje prawne niejednokrotnie stanowią uogólnienie najnowszych doświadczeń międzynarodowej praktyki kontraktowej, zachowując przy tym cechy modelowej regulacji obrotu kontraktowego (tzw. *soft law*). Mogą służyć jako model dla ustawodawcy w zakresie prawa kontraktów, rozwijanego w harmonii z prawem europejskim i międzynarodowym.

9. Podsumowanie

Nie ulega wątpliwości, że w dobie konwergencji systemów prawnych (globalizacji prawa) paradygmat rozumienia i funkcjonowania prawa jako systemu istotnie się zmienia. Zachodzących obecnie przeobrażeń – w zakresie chociażby amerykańskiej prawa prywatnego – nie da się już w dostateczny sposób wyjaśnić za pomocą kategorii wywodzących się tylko z klasycznego pozytywizmu prawniczego. Podejmuje się próby rewizji poglądów na temat Kelsenowskiego czy Hartowskiego monistycznego przedstawiania systemu prawa na rzecz multcentrycznego bądź globalnego³⁷.

Dostrzegając te przeobrażenia, należy przyjąć, że współczesne prawo staje się bardziej systemem porozumień różnych partnerów społecznych niż autorytatywnym rozkazem skierowanym przez państwo (zwierzchnika) do swoich podwładnych. Takie pojmowanie prawa jest wynikiem dokonujących się przekształceń współczesnych społeczeństw, a w szczególności rosnącej autonomii obywateli, ich korporacji i zrzeszeń, np. branżowych organizacji i związków faktoringowych³⁸. Określone grupy inte-

2011, t. XXV, s. 659 i nast.; K. Zawada, *Faktoring...*, s. 79. W literaturze zagranicznej zob. F. Ferrari, *UNIDROIT-Übereinkommen über Internationales Factoring* (Ottawa 1988), [w:] *Münchener Kommentar zum Handelsgesetzbuch*, Bd. 5. *Viertes Buch. Handelsgeschäfte Erster Abschnitt. Allgemeine Vorschriften §§ 343372 Recht des Zahlungsverkehrs, Effektengeschäft, Depotgeschäft, Ottawa Übereinkommen über Internationales Factoring*, Monachium 2001; A. Zaccaria, *Internationales Factoring nach Inkrafttreten der Konvention von Ottawa*, „Praxis des Internationalen Privat und Verfahrensrechts“ 1995, nr 5, s. 279-5.

35 Tak A. Bierć, *Zarys prawa prywatnego...*, s. 178.

36 A. Bierć, *Stopniowa unifikacja prawa umów w skali europejskiej*, [w:] A. Janik (red.), *Księga jubileuszowa dedykowana profesorowi Andrzejowi Calusowi*, Warszawa 2009, s. 314.

37 Tak M.J. Golecki, B. Wojciechowski, *Ekonomiczna analiza stosowania prawa wspólnotowego*, [w:] J. Stelmach, M. Soniewicka (red.), *Analiza ekonomiczna w zastosowaniach prawnych*, Warszawa 2007, s. 118-121; J. Helios, W. Jedlecka, *Legitymizacja pozytywistyczna czy prawnonaturalna prawa europejskiego?*, Wrocław 2010, s. 120-121.

38 International Factors Group (IFG) było do 2016 r. jedną z dwóch międzynarodowych organizacji faktoringowych z siedzibą w Brukseli powstałą w 1963 r. Drugą organizacją jest powstała w 1968 r. Faktors Chain International (FCI) z siedzibą w Amsterdamie. 19 października 2015 r., członkowie IFG w Wiedniu na dorocznym kongresie podjęli w jednomyślnym głosowaniu decyzję o utworzeniu unii z FCI, zrzeszającą obecnie z ponad 400 członków z 90 krajów. W 2016 r. zakończono formalne zjednoczenie obu organizacji w wyniku czego IFG włączono do FCI, określanej odąd jako „FCI+”. Organizacja ta przede wszystkim stanowi wspólny głos o sprawach rynku faktoringowego, w tym o potrzebach regulacji prawnych. Zob. E. Timmermans, *Świat faktoringu w 2015 roku. Co warto zapamiętać?*, [w:] T. Biernat (red.), *Faktoring. Almanach Polskiego Związku Faktorów*, Warszawa 2016, s. 39. Ponadto należy jeszcze wskazać na istniejące od 2009 r. Europejskie Forum Branży Faktoringowej i Finansowania Należności Handlowych (Forum for the Faktoring and Commercial Finance Industry – EUF). Forum powstało z inicjatywy IFG i największych związków faktoringowych działających w poszczególnych krajach UE (w tym Polskiego Związku Faktorów). Celem Forum jest reprezentowanie branży faktoringowej w strukturach unijnych, promowanie jej rozwoju, a także podejmowanie działań prowadzących do zharmonizowania unormowań prawnych usługi faktoringu na poziomie unijnym.

resów są często inicjatorami ponadnarodowych regulacji prawnych, stanowiących następnie podstawy regulacji krajowych, odnoszących się do określonych stosunków prawnych. Takim przykładem jest skodyfikowanie w kilku krajach Europy Środkowej i Wschodniej instytucji faktoringu.

Obecna ewolucja prawa (w szczególności prawa kontraktów) przebiega w zmiennym tempie, będąc przy tym procesem niezaprzeczalnym i ciągłym. Aktualnie dominującą tendencją jest przenikanie współczesnego systemu *common law* (prawa powszechnego) do prawa kontynentalnego (*der Rechtsstaat*). Dostrzega się wręcz recypowanie tradycyjnych instytucji amerykańskiego systemu prawnego. W tym aspekcie można mówić także o procesach amerykanizacji prawa kontynentalnego. Powodem takiej praktyki są m.in. obawy przy tworzeniu nowych i abstrakcyjnych regulacji. Przykładowo można wskazać włączenie do kontynentalnego prawa kontraktowego nowych typów stosunków prawnych, wykształconych w amerykańskiej praktyce gospodarczej, takich jak faktoring. Analizując potrzeby teorii i praktyki, w klasyfikacji określonych empirycznie typów umów należy obecnie w szczególny sposób uwzględnić przede wszystkim kontekst kulturowy oraz funkcję jaką pełnią³⁹.

39 W tym kontekście zob. P. Stec, *O anglosaskim i kontynentalnym pojmowaniu powiernictwa*. „Problemy Współczesnego Prawa Międzynarodowego, Europejskiego i Porównawczego” 2003, t. 1, s. 7-27.

PROSTA SPÓŁKA AKCYJNA – SZERSZY ZAKRES SWOBODY TREŚCI UMÓW W PRAWIE SPÓŁEK HANDLOWYCH

DOI: 10.5281/zenodo.5579838

dr hab. Paweł Podrecki, prof. INP PAN

 0000-0002-1865-3689

Instytut Nauk Prawnych PAN

1. Uwagi wprowadzające

Wprowadzenie do systemu prawa spółek handlowych prostej spółki akcyjnej (PSA) ma na celu powołanie trzeciej formy spółki kapitałowej, która ma ułatwiać prowadzenie działalności gospodarczej, w szczególności w zakresie struktury majątkowej oraz instrumentów ochrony wierzycieli spółki. W PSA można wyróżnić współistnienie elementów spółki z ograniczoną odpowiedzialnością oraz spółki akcyjnej. Przede wszystkim istotne jest nowe podejście do przepisów dotyczących kapitału zakładowego. Ten kierunek zmian zasadniczo nawiązuje do reformy struktury majątkowej spółek kapitałowych. W założeniu PSA ma być więc nowoczesną formą niepublicznej spółki kapitałowej przeznaczoną dla innowacyjnych przedsięwzięć. Korporacyjny charakter spółki jako osoby prawnej i wyłączenie osobistej odpowiedzialności wspólników za jej zobowiązania został w PSA połączony ze znaczną swobodą kształtowania umowy spółki, zarówno jeśli chodzi o relacje pomiędzy wspólnikami, jak i zarządzanie spółką oraz nadzór nad nią. Nową konstrukcją spółki można więc próbować ogólnie scharakteryzować wskazując na dopuszczalność nowych kategorii wkładów na pokrycie obejmowanych praw członkowskich, a także zasady ochrony wierzycieli spółki, odstępujące od konstrukcji kapitału zakładowego na korzyść elastycznych ograniczeń wypłat na rzecz akcjonariuszy, uwzględniających nie tylko wielkość zagregowanego zadłużenia spółki, lecz także stopień jej wypłacalności¹.

W Europie od kilkunastu lat obserwuje się podobne działania zmierzające do zmiany ograniczeń towarzyszących konieczności wnoszenia kapitału zakładowego. Jako przykład mogą posłużyć regulacje francuskie dotyczące uproszczonej spółki akcyjnej (SAS), niemieckiej *Haftungsbeschränkte Unternehmungsgesellschaft* (UG), będącej podtypem spółki z ograniczoną odpowiedzialnością, luksemburskiej uproszczonej spółki z ograniczoną odpowiedzialnością (*S.à.r.l.-S*), czy też słowackiej prostej spółki akcyjnej (*Jednoduchá Spoločnosť na Akcie*). Wspólną cechą tych spółek jest możliwość ukształtowania minimalnego kapitału zakładowego oraz duża elastyczność wspólników w zakresie kształtowania stosunków wewnętrznych². Nowatorskie w tych regulacjach jest również wnoszenie wkładów w postaci pracy lub usług.

Wyniki obserwacji rynku pozwalają sformułować wniosek, że potrzeba wprowadzenia do polskiego porządku prawnego nowego typu spółki kapitałowej jest związana z analizą funkcjonowania tzw. startupów – przedsięwzięć, które mają potencjał bardzo szybkiego wzrostu dzięki przewadze technologicznej lub nieodkrytej i niezagospodarowanej niszy rynkowej³. Przedsięwzięcia te są realizowane najczęściej w obszarze nowych technologii, w warunkach dużej niepewności rynkowej, na etapie poszukiwania powtarzalnego i skalowalnego modelu biznesowego⁴. Warunki instytucjonalno-prawnej działalności startupów są natomiast postrzegane w kontekście trudności w rozpoczynaniu działalności gospodarczej, w pozyskiwaniu kapitału czy w likwidacji spółek w razie niepowodzenia przedsięwzięcia.

1 Por. uzasadnienie rządowego projektu ustawy z dnia 19 lipca 2019 r. o zmianie ustawy – Kodeks spółek handlowych oraz niektórych innych ustaw, Druk sejmowy nr 3236.

2 M. Przychoda, *Francuska spółka akcyjna uproszczona (SAS)*, „Przegląd Prawa Handlowego” 2017, nr 2, s. 53-58.

3 Polskie Startupy 2017, http://startuppoland.org/wp-content/uploads/2017/09/SP_raport2017_single_fix.pdf [dostęp: 25.04.2021].

4 Por. Druk sejmowy nr 3236.

w ocenie obserwatorów rynku, dotychczasowe regulacje dotyczące zakładania i funkcjonowania spółek kapitałowych, mimo wprowadzanych nowelizacji, nie zabezpieczały tworzenia i działania startupów⁵. Należy jednak zauważyć, że przepisy określające nową formę spółki kapitałowej, uwzględniając potrzeby obrotu gospodarczego, nie są dedykowane wyłącznie startupom i spółkom technologicznym. PSA jest konstrukcją o charakterze uniwersalnym, a zatem inwestorzy – co do zasady – mogą rozważać podjęcie działalności w takiej formie, w każdym sektorze. Poza tym, charakter prawny PSA nie jest ograniczony: czasem trwania, przedmiotem działalności, czy też składem osobowym uczestników i może oferować trwałą i funkcjonalną podstawę prowadzenia działalności.

Warto przypomnieć, że celowość wprowadzenia spółki łączącej elementy spółek osobowych i kapitałowych była przedmiotem prac polskiego ustawodawcy od kilku lat. W czerwcu 2016 r. Ministerstwo Rozwoju przedstawiło Zarys koncepcji Prostej Spółki Akcyjnej (PSA). Zwrócono przy tym uwagę na problemy ograniczające rozwój tego modelu biznesowego w Polsce⁶. W lutym 2019 r. do Sejmu wpłynął rządowy projekt ustawy o zmianie ustawy – Kodeks spółek handlowy oraz niektórych innych ustaw, dotyczący wprowadzenia do obrotu prawnego nowego typu spółki kapitałowej – prostej spółki akcyjnej⁷. Podjęta w toku postępowania ustawodawczego ustawa z dnia 19 lipca 2019 r. o zmianie ustawy – Kodeks spółek handlowych oraz niektórych innych ustaw została podpisana przez prezydenta w dniu 2 sierpnia 2019 r., a 30 sierpnia ogłoszona w Dzienniku Ustaw⁸. Pierwotnie wejście w życie nowelizacji było przewidziane na 1 marca 2020 r., jednak termin ten uległ przesunięciu na mocy przepisów ustawy z dnia 13 lutego 2020 r. o zmianie ustawy – Kodeks postępowania cywilnego oraz niektórych innych ustaw⁹ w związku z odroczeniem wprowadzenia elektronicznego postępowania rejestracyjnego KRS w ramach tej samej nowelizacji. Jeżeli nie dojdzie już do dalszych zmian terminu, PSA zaistnieje w obrocie prawnym począwszy od 1 marca 2021 r.¹⁰

2. Autonomia woli założycieli PSA w odniesieniu do umowy spółki

Do podstawowych założeń PSA należy swoboda kształtowania stosunku spółki. Na ogólnych zasadach, umowa PSA może zawierać postanowienia odmienne niż przewiduje ustawa albo postanowienia dodatkowe, chyba że byłyby one sprzeczne z ustawą albo z naturą stosunku PSA. Wiele zagadnień może zatem zostać odmiennie uregulowanych w umowie spółki lub – w odniesieniu do kwestii związanych z działaniem organów spółki – w regulaminie tego organu. Przyjęta w projekcie technika polega więc na egzemplifikacji, a nie na wyczerpującym wyliczeniu przepisów o charakterze dyspozytywnym¹¹. Dzięki egzemplifikacji zbieżnej z dokonaną w przepisach o spółce z ograniczoną odpowiedzialnością, podmioty stosujące nowe przepisy, w szczególności założyciele PSA, znacznie łatwiej zrekonstruują zakres autonomii woli w odniesieniu do umowy spółki. Należy również zgodzić się z założeniem, że przy ocenie, czy dany przepis dotyczący PSA ma charakter dyspozytywny czy bezwzględnie obowiązujący, należy, zgodnie z ogólnymi regułami wykładni stosowanymi w prawie prywatnym, brać pod uwagę jego funkcję, zwłaszcza to, czy służy on ochronie interesów wierzycieli spółki, akcjonariuszy

5 Por. *Diagnoza ekosystemów startupów w Polsce*, czerwiec 2016 r., https://www2.deloitte.com/content/dam/Deloitte/pl/Documents/Reports/pl_DeloitteRaport_startupy.pdf [dostęp: 25.04.2020].

6 Zarys koncepcji Prostej Spółki Akcyjnej (PSA), Warszawa, czerwiec 2016 r., s. 2, https://www.adwokatura.pl/admin/wgrane_pliki/file-psa-koncepcja-opisowaost-27-06-2016-16101.pdf.

7 Druk sejmowy nr 3236, s. 5.

8 Ustawa z dnia 19 lipca 2019 r. o zmianie ustawy – Kodeks spółek handlowych oraz niektórych innych ustaw, Dz.U. 2019, poz. 1655.

9 Ustawa z dnia 13 lutego 2020 r. o zmianie ustawy – Kodeks postępowania cywilnego oraz niektórych innych ustaw, Dz.U. 2020, poz. 288.

10 Por. P. Podrecki, M. Toroń, B. Pyka, M. Sobolewski, *Kształtowanie umowy prostej spółki akcyjnej*, „Krakowski Przegląd Notarialny” 2020, nr 2, s. 103 i nast.

11 Np. art. 300⁹ § 3, 300²³ § 2, 300²⁸ § 2, art. 300³⁸ § 3, art. 300⁴⁰ § 2, art. 300⁴¹, 300⁵⁴, art. 300⁵⁵, 300⁵⁷ § 3 i 4, art. 300⁶³ § 1, art. 300⁶⁸ § 3, art. 300⁷⁰ § 2, art. 300⁷² § 3, art. 300⁸⁷ § 1, art. 300¹⁰⁵ § 1. Ustawa z dnia 15 września 2000r. – Kodeks spółek handlowych, t.j. Dz.U. 2020, poz. 1526, 2320.

mniejszościowych, względnie zabezpieczeniu interesów ogółu uczestników obrotu¹². Można więc przyjąć, że w przypadku PSA sytuacja prawna kształtuje się przeciwnie do regulacji spółki akcyjnej, w której ograniczono swobodę założycieli w kształtowaniu spółki poprzez niemożność zmiany regulacji o wyczerpującym charakterze i w pozostałym zakresie niedopuszczalność wprowadzania rozwiązań sprzecznych z jej naturą lub dobrymi obyczajami.

W kontekście rozważań nad zwiększeniem zakresu swobody treści umów w prawie spółek handlowych szczególną uwagę należy zwrócić na możliwość wnoszenia wkładu pracy i usług przez akcjonariuszy PSA w zamian za obejmowane akcje. Tym samym w prawie polskim dopuszczono przyznawanie praw członkowskich spółki kapitałowej w zamian za wkłady inne niż kapitałowe. Stanowi to systemową zmianę, wyznaczającą ważny element ustroju majątkowego PSA, w ramach którego odstąpiono od instytucji kapitału zakładowego¹³.

W uzasadnieniu projektu ustawy zostało wyraźnie podkreślone, że dopuszczenie możliwości wnoszenia wkładów zwłaszcza w postaci pracy i usług na pokrycie akcji wyznacza, obok odstąpienia od instytucji kapitału zakładowego i wprowadzenia akcji beznominałowych, jedną z najważniejszych zmian, jakie wprowadza projekt w stosunku do dotychczasowych ugruntowanych założeń konstrukcyjnych polskich spółek kapitałowych. Takie rozwiązanie jest dostosowane również do specyfiki spółek typu startup, w których łączone są umiejętności, wiedza, pomysły z kapitałem dostarczanym na rozwijanie działalności przez inwestorów finansowych. Obie grupy partycypujące w PSA zyskują możliwość zaangażowania w przedsięwzięcie w drodze objęcia akcji w zamian za świadczenia spełniane na rzecz spółki. Z akcjami emitowanymi w zamian za wkłady pieniężne i niepieniężne są związane takie same prawa członkowskie (por. m.in. art. 300¹⁵ § 1 k.s.h.). Odmiennie rozwiązania może jednak wprowadzić umowa spółki¹⁴.

3. Zawiązanie umowy PSA

Przepisy Kodeksu spółek handlowych, poza określeniem elementów obligatoryjnych umowy PSA, nie wprowadzają żadnych dodatkowych wymogów, które mogłyby bezpośrednio świadczyć o ograniczeniu swobody założycieli PSA w kształtowaniu postanowień umowy. Można więc raz jeszcze podkreślić, że swoboda kształtowania treści umowy PSA powinna podlegać jedynie ogólnym ograniczeniom wynikającym z zasady swobody umów (art. 353¹ k.c.¹⁵), która w stosunku do PSA znajdzie zastosowanie na podstawie art. 2 k.s.h.¹⁶ Zawiązanie PSA następuje na podstawie umowy. W konsekwencji nie znajdują zastosowania przepisy ustanawiające zasadę surowości statutu (art. 304 § 3 i 4 k.s.h.) wykluczające możliwość zawierania w statucie postanowień odmiennych od tych wymaganych ustawą, w sytuacji gdy ustawa na to wprost nie zezwała, jak również dodatkowych postanowień przekraczających wyczerpujące uregulowanie ustawowe lub sprzeczne z naturą spółki akcyjnej albo dobrymi obyczajami.

Do zawarcia umowy PSA wymagane jest zachowanie formy szczególnej. Zgodnie z art. 300⁶ k.s.h., umowa spółki akcyjnej powinna być zawarta pod rygorem nieważności w formie aktu notarialnego. Ustawodawca wskazuje, że zawarcie aktu konstytuującego PSA wymaga udziału osoby zaufania publicznego (art. 2 u.p.n.¹⁷), która będzie czuwać nad zgodnością umowy z przepisami prawa (art. 81 u.p.n.) oraz zabezpieczeniem interesów założycieli spółki oraz pozostałych interesariuszy¹⁸.

Alternatywną możliwością zawarcia umowy PSA z pominięciem formy aktu notarialnego jest podobnie jak w przypadku spółki jawnej, spółki komandytowej oraz spółki z ograniczoną odpowiedzialnością zarejestrowania PSA przy wykorzystaniu systemu S24. Da zawarcia umowy spółki dochodzi

12 Por. Druk sejmowy nr 3236.

13 Por. A. Opalski, *Prosta spółka akcyjna - nowy typ spółki handlowej*, „Przegląd Prawa Handlowego” 2019, nr 11, s. 5 i nast.

14 Por. Druk sejmowy nr 3236.

15 Ustawa z dnia 23 kwietnia 1964 r. – Kodeks cywilny, t.j. Dz.U. 2020, poz. 1740, 2320.

16 M. Dumkiewicz, *Kodeks spółek handlowych. Komentarz*, Komentarze Praktyczne, Warszawa 2020, LEX – komentarz do art. 300⁷ k.s.h.

17 Ustawa z dnia 14 lutego 1991 r. – Prawo o notariacie, t.j. Dz.U. 2020, poz. 1192, 2320.

18 Por. Druk sejmowy nr 3236, s. 15.

wówczas przy wykorzystaniu wzorca umowy za pośrednictwem formularza udostępnionego w systemie teleinformatycznym, zaś sama umowa podpisywana jest przez założycieli spółki przy użyciu jednej z trzech dopuszczalnych form podpisu elektronicznego: kwalifikowanego podpisu elektronicznego, profilu zaufanego lub podpisu osobistego¹⁹. Podstawowym ograniczeniem przy zawieraniu umowy PSA przy pomocy wzorca w systemie teleinformatycznym, wynikającym z art. 300⁷ § 4 k.s.h., jest natomiast wymóg wniesienia wkładów wyłącznie pieniężnych na pokrycie akcji pierwszej emisji, co pozbawia założycieli możliwości skorzystania z podstawowego elementu wyróżniającego PSA, jakim jest możliwość wniesienia do spółki wkładów w postaci pracy lub usług świadczonych przez akcjonariuszy²⁰. Potrzeba dostosowania struktury PSA do indywidualnych potrzeb akcjonariuszy oraz umieszczenia w jej treści fakultatywnych postanowień, umożliwiających skorzystanie z większości cech wyróżniających PSA spośród pozostałych spółek handlowych, oznacza konieczność zawarcia umowy spółki w formie aktu notarialnego.²¹

Katalog elementów obligatoryjnych wymaganych do zawiazania umowy spółki zawarty jest w art. 300⁵ § 1 k.s.h. W przypadku braku uwzględnienia któregośkolwiek z tych postanowień umowa spółki byłaby nieważna. Zawarcie umowy PSA niezawierającej wszystkich elementów obligatoryjnych stanowiłoby czynność sprzeczną z prawem w rozumieniu art. 81 u.p.n. Do elementów obligatoryjnych, które muszą znaleźć się w każdej umowie PSA, należy firma spółki, która stanowi indywidualne oznaczenie wyróżniające daną spółkę i którą spółka posługuje się w obrocie gospodarczym. Podobnie jak w przypadku pozostałych spółek, firma PSA powinna składać się z korpusu oraz dodatkowego oznaczenia formy prawnej spółki, obejmującego sformułowanie „prosta spółka akcyjna” (art. 300⁸ § 1 k.s.h.). Ponadto, przepisy k.s.h. dopuszczają również posługiwanie się w obrocie skrótem formy prawnej „p.s.a.”. Kolejnymi elementami obligatoryjnie występującymi w każdej umowie spółki jest wskazanie siedziby spółki oraz określenie przedmiotu jej działania. Ponadto, w umowie PSA należy określić czas trwania spółki, jednakże wyłącznie wtedy, jeśli jest on oznaczony.

Odrębną kategorię postanowień, które muszą znaleźć się w treści umowy PSA, stanowią postanowienia dotyczące akcji spółki. Zgodnie z treścią art. 300⁵ § 1 pkt 3 k.s.h. w umowie spółki należy określić:

- 1) liczbę, serie i numery akcji;
- 2) uprzywilejowania związane z akcjami (jeśli występują);
- 3) akcjonariuszy obejmujących poszczególne akcje;
- 4) cenę emisyjną akcji.

PSA w założeniu ustawodawcy powinna być ponadto tzw. spółką zamkniętą²², czyli spółką o relatywnie niewielkiej liczbie wspólników/akcjonariuszy, w której nie występuje wyraźny podział pomiędzy wspólnikami (właścicielami) a członkami organów odpowiedzialnych za zarządzanie spółką. Stanowi to element charakterystyczny dla spółek osobowych oraz spółki z ograniczoną odpowiedzialnością²³.

Wymóg określenia w treści umowy spółki liczby, serii i numerów akcji oraz ceny emisyjnej akcji związany jest z nowym rozwiązaniem na gruncie prawa polskiego, jakim jest rezygnacja z kapitału zakładowego. W PSA kapitałem podstawowym jest kapitał akcyjny, którego wysokość nie jest określona w umowie spółki. Brak powiązania pomiędzy akcjami a wysokością kapitału akcyjnego oznacza, że akcje w PSA są akcjami beznominałowymi, tzn. nie posiadają wartości nominalnej (art. 300² § 3 k.s.h.), a w konsekwencji stosowania takiego rozwiązania pojawia się konieczność określenia w umowie spółki

19 Por. P. Podrecki, M. Toroń, B. Pyka, M. Sobolewski, *Kształtowanie umowy...*, s.103 i nast.

20 Art. 300⁷ § 4 k.s.h. wskazuje wyraźnie, że ograniczenie to dotyczy wyłącznie wniesienia wkładów na pokrycie pierwszej emisji. Późniejsza zmiana umowy spółki i emisja nowych akcji będzie wymagała formy aktu notarialnego przy braku odmiennej regulacji umożliwiającej dokonanie zmiany przy pomocy uchwały podjętej w systemie teleinformatycznym. Możliwe będzie wówczas wniesienie wkładów niepieniężnych. Tak również M. Dumkiewicz, *Kodeks spółek handlowych...*, LEX, teza nr 3.

21 Por. P. Podrecki, M. Toroń, B. Pyka, M. Sobolewski, *Kształtowanie umowy...*, s.103 i nast.

22 Por. A. Opalski, *Prosta spółka akcyjna...*, s. 5.

23 Por. P. Podrecki, M. Toroń, B. Pyka, M. Sobolewski, *Kształtowanie umowy...*, s.103 i nast.

ceny emisyjnej akcji²⁴. Określenie ceny emisyjnej w umowie spółki ma natomiast na celu umożliwienie następczej weryfikacji adekwatności świadczenia wnoszonego przez akcjonariusza do spółki w zamian za objęcie akcji, co ma szczególne znaczenie, zwłaszcza ze względu na dopuszczenie możliwości wnoszenia wkładów niepieniężnych w postaci świadczenia pracy lub usług przez akcjonariuszy, które z natury rzeczy są trudno mierzalne²⁵.

Obowiązkowa jest ponadto dematerializacja akcji. Akcje w PSA nie mają formy dokumentu (art. 300²⁹ § 1 k.s.h.) i podlegają zarejestrowaniu w rejestrze akcjonariuszy (art. 300³⁰ § 1 k.s.h.). Rejestracja wszystkich akcji oraz akcjonariuszy, którzy je posiadają, w rejestrze akcjonariuszy skutkuje tym, że akcjonariusze stanowią zamkniętą, zidentyfikowaną grupę osób. W konsekwencji nie wystąpi podział na akcje na okaziciela oraz akcje imienne.

W treści umowy spółki można jednak dokonać rozróżnienia akcji na akcje zwykłe oraz uprzywilejowane. Akcjami zwykłymi są akcje, z którym niezwiązane jest żadne szczególne uprawnienie (lub obowiązek) akcjonariusza względem tych zagwarantowanych mu z mocy ustawy. Posiadacz akcji zwykłej jest uprawniony do jednego głosu z akcji, do wykonywania prawa kontroli, do dywidendy w podstawowej wysokości. Emisja akcji uprzywilejowanych zgodnie z art. 300²⁵ § 1 k.s.h. musi zostać bezwzględnie określona w umowie spółki. W ten sposób tzw. „postanowienia obligatoryjne warunkowe” znajdują się w umowie PSA jedynie wtedy, gdy założyciele (akcjonariusze) chcą uzyskać określony skutek prawny²⁶. Uprzywilejowanie akcji może dotyczyć w szczególności prawa głosu, prawa do dywidendy lub podziału majątku w przypadku likwidacji spółki (art. 300²⁵ § 2 k.s.h.). Jest to jedynie wyliczenie przykładowe i dotyczy typowych rodzajów uprzywilejowania – katalog potencjalnych uprawnień związanych z akcjami jest zasadniczo otwarty, ograniczony tylko ogólnymi zasadami funkcjonowania w zgodzie z charakterem spółki oraz obowiązkiem ochrony praw mniejszościowego akcjonariatu w spółce²⁷.

W PSA uprzywilejowanie w zakresie prawa głosu może zostać ukształtowane dowolnie, o ile nie stoi w sprzeczności z naturą spółki (art. 2 k.s.h. w zw. z art. 353¹ k.c.). Regulacje kodeksowe dotyczące PSA pozwalają na ukształtowanie uprzywilejowania w zakresie dywidendy także w wyższych granicach, ograniczonych w zasadzie jedynie naturą PSA²⁸. Nie ma również przeszkód, aby akcjom uprzywilejowanym w zakresie dywidendy przyznać równoległe prawo do pierwszeństwa zaspokojenia względem pozostałych akcji. Umowa spółki może także przewidywać wyrównanie z zysku w następnych latach (nie później niż w ciągu 5 kolejnych lat) dla akcjonariusza, któremu w danym roku obrotowym nie wypłacono w pełni lub częściowo dywidendy z akcji uprzywilejowanych w tym zakresie (art. 300¹⁸ k.s.h.). Akcje uprzywilejowane w zakresie dywidendy w PSA mogą być również akcjami niemymi, tj. z wyłączonym prawem głosu²⁹.

Regulacje dotyczące PSA przewidują ponadto możliwość utworzenia (emisji) specjalnego typu akcji, tzw. akcji założycielskich. Jest to szczególnie rodzaj akcji uprzywilejowanych, przeznaczonych co do zasady dla założycieli spółki w celu ochrony ich interesu na kolejnych etapach jej rozwoju. Uprzywilejowanie akcji założycielskich polega na tym, że każda kolejna emisja nowych akcji w spółce nie może naruszać określonego (także w sposób minimalny) stosunku liczby głosów, które przypadają na akcje założycielskie, do ogólnej liczby głosów przypadających na wszystkie akcje spółki (art. 300²⁶ § 1 k.s.h.). Akcjonariuszom uprawnionym z tytułu posiadania akcji założycielskich uprzywilejowanie to pozwala na zachowanie określonego wpływu na funkcjonowanie spółki, także w przypadku, w którym np. do spółki w przyszłości dołączą kolejni inwestorzy. Akcje założycielskie mają również znaczenie

24 Tamże.

25 Zob. G. Kozieł, *Prosta spółka akcyjna. Komentarz do art. 300¹ – 300¹³⁴ KSH*, Krótkie Komentarze Becka, Warszawa 2020, Legalis – komentarz do art. 300⁵ k.s.h., teza nr 2.

26 Tak L. Modzelewska [w:] Z. Jara (red.), *Kodeks spółek handlowych. Komentarz*, Warszawa 2020, Legalis – komentarz do art. 300³, teza nr 5.

27 Por. P. Podrecki, M. Toroń, B. Pyka, M. Sobolewski, *Kształtowanie umowy...*, s.103 i nast.

28 Tak również M. Dumkiewicz, *Kodeks spółek handlowych...*, LEX – komentarz do art. 300²⁵ k.s.h., teza nr 2.

29 Por. P. Podrecki, M. Toroń, B. Pyka, M. Sobolewski, *Kształtowanie umowy...*, s.103 i nast.

dla rozwoju spółki. Potencjalni inwestorzy muszą bowiem liczyć się z szczególną pozycją założycieli. Uprzywilejowanie może także gwarantować kontynuację kierunku działalności gospodarczej spółki zgodnie z jej pierwotnymi założeniami.

4. Wkłady do spółki

Na podstawie dotychczas obowiązującego art. 14 § 1 k.s.h. niedopuszczalne było wnoszenie wkładów do spółek kapitałowych w postaci świadczenia pracy lub usług, a w konsekwencji – obejmowanie akcji lub udziałów w spółkach kapitałowych w zamian za ten rodzaj wkładu, charakterystyczny dla spółek osobowych. Na gruncie znowelizowanego k.s.h., powyższa zasada została zmodyfikowana w stosunku do PSA. O ile nadal nie jest dopuszczalne, aby wkładem przeznaczonym na kapitał akcyjny było świadczenie pracy bądź usług, o tyle w art. 300² k.s.h. wprost wskazano, że wkładem niepieniężnym na pokrycie akcji może być wszelki wkład mający wartość majątkową, w szczególności świadczenie pracy lub usług. W konsekwencji umowa spółki może wyróżniać dwa zasadnicze rodzaje aportów³⁰:

- 1) wkłady niepieniężne, z uwzględnieniem art. 14 § 1 k.s.h., których wniesienie zwiększa kwotę kapitału akcyjnego (art. 300³ § 1 k.s.h.);
- 2) wkłady niepieniężne w postaci prawa niezbywalnego, świadczenia pracy bądź usług oraz inne wkłady, które nie mają zdolności aportowej w świetle art. 14 § 1 k.s.h., i które w konsekwencji nie zasilają kapitału akcyjnego.

Drugi rodzaj aportu jest zbliżony swoim charakterem do wkładów niepieniężnych dokonywanych przez współników spółek osobowych (art. 48 § 1 i 2 k.s.h. w zw. z art. 89, 103 i 126 § 1 pkt 1 k.s.h.). Przepisy kodeksu nie przewidują dla niej szczególnych ograniczeń, wymagając jedynie, by posiadały wartość majątkową (art. 300²). Ich katalog jest otwarty.

Aportem na pokrycie akcji mogą być prawa niezbywalne, wśród których można wymienić przykładowo użytkowanie (art. 254 k.c.), prawo odkupu (art. 594 k.c.) i pierwokupu (art. 602 k.c.), służebności osobiste (art. 300 k.c.), prawo dożywocia (art. 912 k.c.), autorskie prawa osobiste (art. 16 pr.aut.³¹). Są to prawa, których nie można przenieść na inny podmiot w drodze czynności prawnej, nie posiadają zatem zdolności aportowej, która mogłaby pozwolić na pokrycie kapitału akcyjnego. Prawa te nie będą wykazywane w ujęciu bilansowym spółki. Jednakże, fakt przysługiwania określonych praw osobistych akcjonariuszowi może zostać uznany przez spółkę jako szczególnie korzystny dla jej powstania, funkcjonowania i dalszego rozwoju. PSA posiada możliwość wynagrodzenia tego rodzaju uprawnień poprzez przyznanie akcji, które pozwolą na wykonywanie praw i obowiązków w spółce, mimo ich beznominalowego charakteru. Wycena ich wartości dokonywana będzie w drodze negocjacji akcjonariusza ze spółką i będzie mieć przełożenie na cenę emisyjną obejmowanych w ten sposób akcji³².

Podobnie wygląda kwestia obejmowania akcji w zamian za świadczenie pracy lub usług. W uproszczeniu można przyjąć, że obydwa pojęcia odnoszą się w zasadzie do tożsamego rodzaju czynności – są to świadczenia wykonywane przez współnika, a ich wyłączną podstawą jest umowa spółki i wykonywane są na rzecz spółki oraz w jej interesie³³. Zarówno praca, jak i usługi w odniesieniu do wkładu do spółki powinny być traktowane jako dokonywanie określonych czynności na rzecz spółki, które mogą mieć przy tym charakter jednorazowy, okresowy lub ciągły³⁴. Ich wartość, w szczególności w odniesieniu do np. startupów, może opierać się – przykładowo – na wykorzystywaniu swoich umiejętności, kompetencji, doświadczenia, lub na wszystkich tych cechach jednocześnie. Szczegółowe zasady wykonywania pracy lub usług – ich częstotliwość, wymiar, dopuszczalność wykonania zastępczego, kwestia odpowiedzialności za należyte wykonanie lub niewykonanie – powinna być uregulowana w umowie spółki³⁵.

30 Druk sejmowy nr 3236, s. 23.

31 Ustawa z dnia 4 lutego 1994 r. o prawie autorskim i prawach pokrewnych, t.j. Dz.U. 2019, poz. 1231; 2020 poz. 288.

32 Por. P. Podrecki, M. Toroń, B. Pyka, M. Sobolewski, *Kształtowanie umowy...*, s. 103 i nast.

33 K. Kopaczyńska-Pieczniak, *Świadczenie pracy lub usług na rzecz spółki a wniesienie wkładu*, [w:] U. Promińska (red.), *Wkłady niepieniężne do spółek handlowych*, Warszawa 2017, Legalis.

34 Tamże.

35 Por. M. Grześkow, *Akcje obejmowane za wkłady pozbawione zdolności aportowej w prostej spółce akcyjnej (PSA)*, „Zeszyty

W praktyce rzeczywistą wartość tego rodzaju wkładu trudno obiektywnie wycenić – w znacznym zakresie zależna jest bowiem od danej osoby, jej zaangażowania, stosunku do spółki, czy czynników zewnętrznych, jak choćby jej zdrowia i kondycji – dlatego też nie może stanowić o pokryciu kapitału akcyjnego. Ocena zakresu przydatności pracy lub usług akcjonariusza, podobnie jak w przypadku praw niezbywalnych, może zostać przeprowadzona z wyważeniem interesów obydwu stron (gdzie drugą stroną jest spółka w rozumieniu jej założycieli lub akcjonariuszy). Warto przy tym zwrócić uwagę, że przyznanie praw akcjonariusza w zamian za wykonywane świadczenia będzie mogło stanowić jednocześnie czynnik motywujący – jakość ich wykonywania będzie często miała bezpośrednie przełożenie na wyniki spółki, a co za tym idzie, na wysokość zysku pobieranego przez tego akcjonariusza³⁶.

Można także zgodzić się, że wykładnię pojęcia wkładu w postaci świadczenia usług lub pracy z przyczyn systemowych należy dokonać w sposób analogiczny, jak ma to miejsce na gruncie spółek osobowych. Czynności w ramach tego wkładu niekoniecznie muszą być nakierowane na osiągnięcie określonego celu. O ile w odniesieniu do spółek osobowych wskazuje się, iż nie powinny się one pokrywać z prawami i obowiązkami prowadzenia spraw spółki albo reprezentowania jej, ponieważ w myśl art. 29 i 39 k.s.h. zasadniczo wpisane są one w naturę współnika spółki osobowej, o tyle na gruncie PSA taki wymóg nie jest ustanowiony³⁷.

Wkłady niepieniężne (zarówno te posiadające zdolność aportową w rozumieniu znowelizowanego art. 14 § 1 k.s.h., jak i pozostałe) muszą zostać określone w umowie spółki poprzez wskazanie ich przedmiotu, serii i numerów akcji za nie obejmowanych, oraz akcjonariuszy, którzy te akcje obejmują (art. 300⁵ § 1 pkt 4 k.s.h.). Dodatkowo, jeżeli przedmiotem wkładu niepieniężnego jest świadczenie pracy lub usług, w umowie spółki należy wskazać także ich rodzaj i czas (art. 300⁵ § 1 pkt 5 k.s.h.).

Umowa spółki może określać terminy wniesienia wkładów i zawierać upoważnienie do ich określenia w uchwale akcjonariuszy. Jeżeli w umowie brak jest takiego uregulowania, to zgodnie z art. 305 § 2 k.s.h. terminy wniesienia wkładów powinny zostać określone przez zarząd (radę dyrektorów). Co do zasady, wkłady do PSA powinny zostać wniesione w całości w ciągu trzech lat od dnia wpisu spółki do rejestru, co jest następnie niezwłocznie potwierdzane uchwałą zarządu (rady dyrektorów). O ile umowa spółki nie stanowi inaczej, wkłady powinny być zaliczane równomiernie na pokrycie wszystkich akcji akcjonariusza (art. 300⁹ k.s.h.).

O ile art. 14 § 1 k.s.h. nie znajdzie zatem zastosowania w przypadku PSA, to w pojęciu aportu, w kontekście nowej formy spółki mieścić się będą różne rodzaje aportów, które wywoływały już wcześniej w praktyce i doktrynie liczne problemy kwalifikacyjne i interpretacyjne.

W szczególności aportem mogą być prawa własności intelektualnej i przemysłowej, wśród których znaczenie mają przede wszystkim: majątkowe prawa autorskie, patenty, prawa ochronne na wzory użytkowe i prawa ochronne na znaki towarowe, prawo z rejestracji wzoru przemysłowego i topografii układów scalonych oraz prawa do baz danych i nowych odmian roślin. Wątpliwości są natomiast zgłaszane w kwestii charakteru prawnego *know-how*. W przypadku ochrony informacji stanowiącej tajemnicę przedsiębiorstwa, w szczególności określaną jako techniczne i technologiczne *know-how*, podnoszony może być zwłaszcza zarzut braku bezwzględnych praw podmiotowych posiadacza (dysponenta). Taka kwalifikacja prawna obecnie jednoznacznie wynika z dyrektywy Parlamentu Europejskiego i Rady UE 2016/943 z 8 czerwca 2016 r. w sprawie ochrony niejawnego *know-how* i niejawnych informacji handlowych (tajemnic przedsiębiorstwa) przed ich bezprawnym pozyskiwaniem, wykorzystywaniem i ujawnianiem³⁸. Implementacja Dyrektywy UE nastąpiła na mocy ustawy

Naukowe Towarzystwa Doktorantów UJ. Nauki Społeczne” 2017, nr 2(17), s. 177-195, <https://depot.ceon.pl/bitstream/handle/123456789/13734/Mateusz%20Grze%C5%9Bk%C3%B3w%20Akcje%20obejmowane%20za%20wk%C5%82ady%20pozbawione%20zdolno%C5%9Bci.pdf?sequence=1&isAllowed=y> [dostęp: 25.04.2021].

36 Por. P. Podrecki, M. Toroń, B. Pyka, M. Sobolewski, *Kształtowanie umowy...*, s.103 i nast.

37 Por. M. Grześkow, *Akcje obejmowane...*, s. 186.

38 Dyrektywa Parlamentu Europejskiego i Rady UE 2016/943 z 8 czerwca 2016 r. w sprawie ochrony niejawnego *know-how* i niejawnych informacji handlowych (tajemnic przedsiębiorstwa) przed ich bezprawnym pozyskiwaniem, wykorzystywaniem i ujawnianiem, Dz. Urz. UE L 157 z 15 czerwca 2016 r., s. 1.

z dnia 5 lipca 2018 r. o zmianie ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji³⁹. Wśród problemów związanych z *know-how*, które ograniczają lub wyłączają zdolność aportową, można wymienić ponadto brak trwałości stanu poufności tajemnicy oraz trudności w wycenie wartości informacji poufnych.

5. Brak postanowień dotyczących wysokości kapitału akcyjnego

W PSA w miejsce kapitału zakładowego w dotychczasowym rozumieniu, wprowadzono pojęcie kapitału akcyjnego, który ma stanowić nową kategorię kapitału własnego, która nie występowała dotychczas w spółkach kapitałowych⁴⁰. Zgodnie z przepisami art. 300³ § 2 k.s.h., kapitału akcyjnego nie wskazuje się w umowie spółki, a tym samym zmiana jego wysokości może być dokonywana bez zachowania procedury zmiany umowy spółki. Jednak utworzenie kapitału akcyjnego, choćby w jego minimalnej wysokości jest bezwzględny warunkiem powstania PSA.⁴¹

Funkcjonowanie kapitału akcyjnego w PSA jest zasadniczo oderwane od akcji. Kapitał akcyjny nie dzieli się na akcje o wartości nominalnej i są niepodzielne. Utworzenie lub zasilenie kapitału akcyjnego następuje w wyniku wnoszenia przez akcjonariuszy wkładów na pokrycie akcji w celu ich objęcia. Jednakże, nie wszystkie wkłady pozwalające na objęcie akcji w spółce mogą być przeznaczone na pokrycie kapitału akcyjnego. Na kapitał akcyjny PSA przeznacza się wyłącznie wkłady pieniężne oraz niepieniężne, posiadające zdolność aportową z uwzględnieniem art. 14 § 1 k.s.h. w znowelizowanym brzmieniu.⁴²

Warto również podkreślić, że dysponowanie kapitałem akcyjnym przez spółkę nie jest tak ograniczone, jak ma to miejsce w przypadku kapitału zakładowego sp. z o.o. i spółki akcyjnej. PSA ma możliwość, przy zachowaniu określonych wymogów, dokonywania wypłat z majątku, który został utworzony z wkładów wniesionych na pokrycie kapitału akcyjnego, bez konieczności przeprowadzenia sformalizowanej procedury związanej ze zmianą umowy spółki, tak jak to ma miejsce w innych spółkach kapitałowych. Zgodnie z art. 300¹⁵ § 2 k.s.h. kwota, którą spółka zdecydowała się przeznaczyć akcjonariuszom do podziału, nie może przekraczać sumy zysku za ostatni rok obrotowy, oraz niepodzielonych zysków z lat ubiegłych, a także utworzonych z zysku kapitałów rezerwowych przeznaczanych na wypłatę dywidendy. Suma ta może zostać dodatkowo powiększona o kwotę kapitału akcyjnego, która została przeznaczona do wypłaty dywidendy. Osiągniętą w ten sposób sumę trzeba następnie pomniejszyć o niepokryte straty i akcje własne oraz o kwoty przeznaczane umownie lub ustawowo na kapitały rezerwowe. Oznacza to, że kapitał akcyjny, może w istocie stanowić jeden ze składników tworzących nadwyżkę bilansową, i w konsekwencji pozostawać w swobodnej dyspozycji akcjonariuszy. Wypłata wspomnianej powyżej kwoty kapitału akcyjnego przeznaczonej na dywidendę nie może naturalnie doprowadzić do zmniejszenia kwoty tego kapitału poniżej jego wymaganej ustawowo minimalnej wysokości. Spółka zasadniczo bez ograniczeń może przeznaczyć do wypłaty w drodze dywidendy kwotę kapitału akcyjnego w części stanowiącej aż do 95% sumy zobowiązań spółki za ostatni rok obrotowy (wynikającej z zatwierdzonego sprawozdania finansowego)⁴³.

W przypadku, w którym kapitał akcyjny nie osiągnął przynajmniej 5% sumy zobowiązań spółki za ostatni rok obrotowy, spółka zobowiązana jest przeznaczyć co najmniej 8% zysku za dany rok obrotowy na zasilenie kapitału akcyjnego w celu pokrycia strat (art. 300¹⁹ k.s.h.). Oznacza to, że wskazane 8% stanowi wysokość obowiązkowej rezerwy, którą spółka zobowiązana jest utworzyć i która również pomniejsza będzie kwotę zysku przeznaczoną do podziału w przypadku, w którym kapitał akcyjny będzie zbyt niski w stosunku do zobowiązań spółki. Wypłata tych środków wymagać będzie przeprowadzenia postępowania konwokacyjnego. Niezależnie od powyższego, akcjonariusze mogą również zdecydować w drodze uchwały o przeznaczeniu na kapitał akcyjny środków przeznaczonych

39 Ustawa z dnia 5 lipca 2018 r. o zmianie ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, Dz.U. 2018, poz. 1637.

40 Por. Druk sejmowy nr 3236, s. 20.

41 Por. P. Podrecki, M. Toroń, B. Pyka, M. Sobolewski, *Kształtowanie umowy...*, s.103 i nast.

42 Tamże.

43 Por. M. Mazgaj [w:] Z. Jara (red.), *Kodeks spółek handlowych...*, Legalis – komentarz do art. 300¹⁵ k.s.h., teza nr 38.

do podziału (art. 300²⁰ k.s.h. w zw. z 300¹⁵ § 2 k.s.h.). Przy założeniu występowania normalnych okoliczności biznesowych, wypłaty dokonywane na rzecz akcjonariuszy nie mogą doprowadzić do utraty przez spółkę – zdolności do wykonywania wymagalnych zobowiązań pieniężnych w terminie sześciu miesięcy od dnia dokonania wypłaty (art. 300¹⁵ § 5 k.s.h.). Jest to tzw. test wypłacalności, który spółka powinna przeprowadzić przed podjęciem decyzji o wypłacie środków akcjonariuszom⁴⁴.

6. Elementy fakultatywne umowy spółki

Jak już wcześniej wspomniano, w przypadku PSA, podobnie jak w sp. z o.o., nie znajduje zastosowania charakterystyczna dla spółki akcyjnej zasada surowości statutu. Oznacza to, że akcjonariusze PSA posiadają dużą swobodę w kształtowaniu treści postanowień umowy spółki i regulowaniu zasad ładu korporacyjnego. Konsekwencją przyjętego przez ustawodawcę paradygmatu jest umożliwienie akcjonariuszom-założycielom spółki wprowadzenie do treści umowy spółki dodatkowych postanowień⁴⁵.

Dodatkowe postanowienia, które mogą znaleźć się w treści umowy PSA, można podzielić na dwie kategorie. Pierwszą z nich stanowią postanowienia, których dopuszczalność zastosowania wynika wprost z przepisów k.s.h. Regulujące zasady funkcjonowania PSA przepisy tytułu III działu Ia k.s.h. zawierają liczne odesłania do treści umowy spółki. Odesłania te zawarte są w normach o charakterze dyspozytywnym lub semiimperatywnym. Normy o charakterze dyspozytywnym wskazują na możliwość uregulowania dodatkowej instytucji prawnej w umowie spółki, jak np. ustanowienie rady nadzorczej w PSA w systemie organów dualistycznych, pozostawiając jednak tę kwestię uznaniu akcjonariuszy. Normy semiimperatywne umożliwiają natomiast modyfikację zasad kodeksowych określających pewien warunek brzegowy, wskazując zazwyczaj jednocześnie „kierunek” tych zmian (tj. czy dopuszczalne jest poluzowanie lub podwyższenie danego rygoru). Przykładem normy o charakterze semiimperatywnym może być norma dekodowana z art. 300⁹⁸ § 1 oraz innych przepisów k.s.h., która umożliwia zmianę większości wymaganej na walnym zgromadzeniu do podjęcia uchwał⁴⁶.

Do postanowień fakultatywnych, które mogą zostać umieszczone w umowie spółki zgodnie z wolą wspólników, w oparciu o upoważnienie zawarte w przepisach kodeksu, należą m.in.:

- 1) zmiana sposobu zaliczenia wkładów wniesionych na pokrycie akcji;
- 2) modyfikacja zasad dotyczących wypłaty dywidendy;
- 3) możliwość pozbawienia lub ograniczenia prawa głosu zastawnika lub użytkownika akcji;
- 4) przyznanie uprawnień indywidualnych akcjonariuszom⁴⁷;
- 5) rozszerzenie zakresu informacji podlegających ujawnieniu w rejestrze akcjonariuszy;
- 6) ograniczenie zbywalności akcji, w szczególności umowna winkulacja akcji;
- 7) ograniczenie możliwości wstąpienia spadkobierców akcjonariusza do spółki;
- 8) wprowadzenie pierwszeństwa akcjonariusza w nabyciu zbywanych akcji spółki;
- 9) możliwość umorzenia akcji;
- 10) regulacje dotyczące ładu korporacyjnego, ustroju organów, np. ograniczenie prawa odwołania

44 Tamże – teza nr 31 i nast.

45 Por. P. Podrecki, M. Toroń, B. Pyka, M. Sobolewski, *Kształtowanie umowy...*, s.103 i nast.

46 Jest to przykład normy semiimperatywnej o charakterze „dwukierunkowym”, ponieważ umożliwia (za wyjątkiem uchwał w sprawach, co do których inne przepisy k.s.h. przewidują wymóg określonej wysokości) zarówno „obniżenie” wymogu z bezwzględnej do zwykłej większości, jak i „podwyższenie” go z bezwzględnej na kwalifikowaną większość głosów. Podobnie M. Bieniak [w:] J. Bieniak (red.), *Kodeks spółek handlowych. Komentarz*, Komentarz Kompaktowe, Warszawa 2019, Legalis – komentarz do art. 300⁹⁸ k.s.h., teza nr 2 oraz G. Kozioł, *Prosta spółka akcyjna...*, Legalis – komentarz do art. 300⁹⁸ k.s.h., teza nr 2.

47 Warto zwrócić uwagę na to że uprawnienia indywidualne nie są tożsame z uprawnieniami osobistymi przyznawanymi wspólnikom lub akcjonariuszom w sp. z o.o. lub S.A. Brzmienie art. 300²⁸ § 2 k.s.h. wskazuje na to, że uprawnienia indywidualne przyznane konkretnej osobie nie muszą być powiązane z posiadaniem przez nią statusu akcjonariusza. Należy zatem uznać, że nie jest wykluczone zawarcie w umowie PSA postanowienia, które umożliwi określonej osobie kontynuowanie wykonywania uprawnienia (przykładowo: do powoływania członka zarządu czy rady nadzorczej) nawet po wyzbyciu się przez nią ostatniej akcji w spółce. Zob. M. Mazgaj [w:] Z. Jara (red.), *Kodeks spółek handlowych...*, Legalis – komentarz do art. 300²⁸ k.s.h., teza nr 4.

członków zarządu lub rady dyrektorów, dopuszczalność uczestnictwa w walnym zgromadzeniu przy wykorzystaniu środków komunikacji elektronicznej;

11) wprowadzenie różnych typów emisji nowych akcji.

Brak wprowadzenia zasady surowości statutu w odniesieniu do PSA oznacza, że akcjonariusze mają co do zasady swobodę ukształtowania stosunku spółki w sposób odpowiadający ich preferencjom i potrzebom. Zagadnienia, których uregulowania w drodze fakultatywnych „pozakodeksowych” postanowień w umowie spółki mogą oczekiwać założyciele zawierający PSA, mogą dotyczyć przykładowo: przyznania uprawnień indywidualnych osobom niebędącym akcjonariuszami spółki, ograniczenia obrotu akcjami w sposób inny niż określony w przepisach k.s.h., np. prawo pierwokupu dotychczasowych akcjonariuszy czy prawo ciągnięcia lub przyłączenia się do zbycia akcji, udziału w spółce małżonka akcjonariusza czy współdziałania akcjonariuszy w ramach spółki, np. w zakresie sposobu głosowania na walnym zgromadzeniu, czy ustalania budżetu spółki⁴⁸.

7. Podsumowanie

Forma prawna prowadzonej działalności gospodarczej powinna zapewniać zarówno twórcom i wynalazcom, jak i inwestorom, odpowiednie warunki do realizowania różnego typu przedsięwzięć. System prawa handlowego powinien dopuszczać regulacje dostosowujące się do założeń i potrzeb partnerów w ramach projektów, które zapewniają zarówno bezpieczne lokowanie kapitału, uzyskiwanie zysków, oraz ochronę wyników prac badawczo-rozwojowych i praw własności intelektualnej. Rozwój inwestycji realizowanych w ramach instytucji prawa handlowego musi gwarantować ochronę wierzycieli i innych uczestników rynku. Rosnące znaczenie nowych technologii w gospodarce prowadzi więc w oczywisty sposób do poszukiwania nowych form organizacyjnych, które powinny znaleźć się w katalogu spółek prawa handlowego.

PSA jest niewątpliwie przykładem wprowadzenia szerszego zakresu swobody treści umów w prawie handlowym. Tworzenie niejednokrotnie nowatorskich i innowacyjnych rozwiązań wyrażających się w wiedzy i kreatywności osób biorących udział w przedsięwzięciach biznesowych, poprzez ich pracę zapewnia im atrakcyjną formułę uczestniczenia w spółce i partycypację kapitałową. Swoboda ukształtowania relacji pomiędzy poszczególnymi stronami w PSA zabezpiecza również interesy inwestorów, w szczególności właściwe wyznaczenie udziałów w zyskach. Postanowienia PSA są określone w oparciu głównie o dyspozytywny charakter przepisów kodeksowych, co w konsekwencji jest podstawą odpowiedniej formuły umowy dostosowanej do potrzeb konkretnego projektu lub przedsięwzięcia.

Specyfika niematerialnego charakteru wkładów wnoszonych przez założycieli w PSA może eliminować utrudnienia, o ile wręcz niemożliwość na gruncie obowiązujących obecnie norm prawnych prowadzenia działalności w formie kapitałowej⁴⁹. Z tego powodu koncepcja wprowadzenia do systemu prawa spółek aportów opartych o świadczenie pracy lub usług albo wkładów opartych na prawach własności intelektualnej jest dla praktyki doniosłą nowelizacją. Wprowadzenie do systemu prawa PSA rozwiązuje więc sytuacje, w których wartością dla współpracy stron jest wniesienie pracy lub usług, które w świetle dotychczas rozumianego pojęcia aportu nie mogły być przedmiotem wkładu. Osoby, które chcąc zostać akcjonariuszem nie dysponują środkami pozwalającymi objąć akcji mogą w formie swojej pracy lub usług dokonać swoistej konwersji na szczególną postać akcji. Pamiętajcie należy równocześnie, że PSA umożliwia skuteczną ochronę interesów innych akcjonariuszy.

48 W praktyce obrotu spotyka się próby przenoszenia do treści umów (statutów) spółek postanowień charakterystycznych dla umów inwestycyjnych, obejmujących np. obowiązek głosowania w określony sposób na zgromadzeniu wspólników/akcjonariuszy pod rygorem kar umownych. O ile praktyka taka budzi wątpliwości (w związku z obowiązywaniem zasady surowości statutu) w odniesieniu do spółki akcyjnej, o tyle wydaje się, że w przypadku sp. z o.o. czy też PSA takiej możliwości a priori wykluczyć nie można.

49 Por. P. Podrecki, M. Toroń, B. Pyka, M. Sobolewski, *Kształtowanie umowy...*, s.103 i nast.

KONSEKWENCJE PRAWNE TRANSGRANICZNEGO CHARAKTERU UMOWY O ŚWIADCZENIE USŁUG TYPU *CLOUD GAMING*¹

DOI: 10.5281/zenodo.6022328

Michał Matysiak

 0000-0002-8755-2283

Instytut Nauk Prawnych PAN

1. Wstęp

Szacuje się, że w 2019 r. światowy rynek gier komputerowych² wygenerował przychody w wysokości 152,1 mld USD, odnotowując wzrost o 9,6% w stosunku do roku poprzedniego³. Gry mobilne (na smartfony i tablety) pozostają największym segmentem w 2019 roku, osiągając przychody w wysokości 68,5 mld USD, co stanowi blisko 45% światowego rynku gier⁴. Z powyższych danych jasno wynika, że na przestrzeni ostatnich lat segment gier wideo stopniowo zmienia swoją pozycję w stosunku do innych gałęzi sektora rozrywki cyfrowej i stanowi obecnie jego serce. Jednocześnie dynamicznie się zmienia, dostosowując się do oczekiwań konsumentów, co skutkuje powstawaniem nowych segmentów i sposobów komercjalizacji gier wideo.

Popularność gier komputerowych osiągnęła taki poziom, że w ich kierunku łakomie zaczynają spoglądać podmioty z innych branż – np. odzieżowej, motoryzacyjnej czy nawet usług finansowych – szukające szans na dotarcie do młodszych pokoleń. Wraz z rozwojem branży i wzrostem oczekiwań użytkowników, zmieniają się również modele biznesowe, które zbliżają się do tego, co obserwujemy w innych branżach. Dystrybucja oparta na modelu abonamentowym, typowa dla treści muzycznych i wideo, jest coraz częściej wykorzystywana przez producentów i dystrybutorów gier komputerowych. Jako przykłady usług tego typu można wymienić np. Xbox Game Pass⁵ czy PlayStation Now. Jednakże, ze względu na specyfikę gier wideo, nie da się przełożyć na ich grunt całkowicie modelu dystrybucji typowego dla VoD (*video on demand*). Korzystanie z gier komputerowych zakłada bowiem większą interakcję z utworem, co powoduje, że model taki będzie zbliżony do korzystania z oprogramowania za pośrednictwem chmury obliczeniowej (*cloud computing*) i nazywany graniem w chmurze (*cloud gaming*).

Cloud gaming pozwala użytkownikowi przezwyciężyć jedną z kluczowych przeszkód przy korzystaniu z nowoczesnych gier komputerowych, tj. jego ograniczenia sprzętowe. Powyższy model zakłada, że w każdą grę można grać na różnych urządzeniach bez konieczności posiadania przez użytkownika fizycznego sprzętu wymaganego do uruchomienia gry. Stały postęp techniczny i chęć zapewnienia wygody użytkownikom powodują, że w nadchodzących latach segment usług za zakresu *cloud gaming* będzie się stale rozwijał. Z technicznego punktu widzenia, dla rozwoju usług tego typu istotne są trwające obecnie w Europie prace nad wdrożeniem sieci 5G, która, ze względu na większą niż obecnie przepustowość, może znacząco wpłynąć na jakość rozgrywki oraz jej płynność.

1 Niniejsza publikacja stanowi zaktualizowaną i uzupełnioną wersję artykułu naukowego opublikowanego w numerze specjalnym „Studia Prawnicze” 2018, nr 5.

2 Na potrzeby niniejszej publikacji autor będzie używał zamiennie pojęcia gry komputerowej i gry wideo. Należy wskazać, że z punktu widzenia technicznego są to pojęcia tożsame zakresowo i nie ma powodu ich rozróżniania.

3 *Global Games Market Report 2019* (Free version), s. 11, <https://newzoo.com/insights/trend-reports/newzoo-global-games-market-report-2019-light-version/> [dostęp: 13.05.2020].

4 Tamże.

5 *Xbox Game Pass*, <https://www.xbox.com/pl-PL/xbox-game-pass> [dostęp: 31.05.2020].

Obecnie największe podmioty na rynku (np. Microsoft czy Google) pracują nad komercjalizacją swoich usług opartych o model *cloud gaming* lub w mniejszym stopniu wykorzystujących chmurę obliczeniową. W tym zakresie warto wskazać na usługę Project xCloud, która oparta jest na streamowaniu gier dedykowanych dla Xbox na telefony (smartfony) lub tablety wyposażone w system Android. Zgodnie z informacjami producenta usługa, będąca obecnie w fazie testowej, ma być oparta na przesyłaniu gier bezpośrednio z chmury przez Wi-Fi lub sieć komórkową⁶. Kalifornijska firma Google planuje z kolei wdrożenie nowej usługi Google Stadia⁷. Obecnie usługa jest dostępna w Stanach Zjednoczonych oraz w części Europy, ale niestety nie w Polsce. Usługa ta jest oparta na modelu *cloud gaming*, ale posiada również elementy typowe dla tradycyjnych platform zajmujących się dystrybucją cyfrowych wersji gier komputerowych o czym będzie mowa w dalszej części artykułu.

Jednym z elementów specyficznych dla usług świadczonych za pośrednictwem chmury (w tym *cloud gamingu*) jest ich transgraniczny charakter, co poza aspektami technicznymi, ma daleko idące konsekwencje prawne. W tym zakresie warto wskazać np. kwestię prawa właściwego lub jurysdykcji, konieczności zapewnienia zgodności prawnej działań z regulacjami właściwymi dla konkretnego kraju lub regionu (np. regulacji unijnymi) czy też kwestię zagadnień terytorialnych praw autorskich. W dalszej części rozdziału zostaną zaprezentowane wybrane kwestie prawne dotyczące transgranicznego charakteru umowy o świadczenie usług typu *cloud gaming*.

2. Specyfika *cloud gaming* oraz wprowadzenie do prawno-autorskiej kwalifikacji gier komputerowych

Klasyczny model dystrybucji i komercjalizacji gier wideo opierał się na sprzedaży najpierw fizycznego, a potem cyfrowego nośnika gry komputerowej. Od początku XXI wieku obserwujemy jednak zmiany w tym zakresie i wykształcenie się pojęcia gry jako usługi (*game as a service*)⁸. Jedną z przykładowych usług z tego zakresu jest *cloud gaming*, zwany również graniem na żądanie (*gaming on demand*), co wynika z podobieństwa do VoD⁹.

Cloud gaming jest usługą, która umożliwia granie w gry wideo za pośrednictwem sieci internetowej przy użyciu innego, pomocniczego oprogramowania (np. za pomocą za pomocą dedykowanej aplikacji lub tzw. cienkiego klienta (*thin client*)¹⁰). Tym, co wyróżnia tę usługę spośród innych z zakresu GaaS, jest właśnie sposób dostępu do gry wideo. Użytkownik nie instaluje gry komputerowej na swoim komputerze (lub innym urządzeniu) oraz nie wykorzystuje mocy obliczeniowej tego sprzętu, ale rozgrywka (*gameplay*) jest niejako streamowana na jego urządzenie za pomocą łącza internetowego, np. w przypadku usługi GeForce NOW jest to komputer lub urządzenie Shield TV.

W tym zakresie *cloud gaming* wykazuje istotną różnicę w stosunku do innych usług z zakresu GaaS. Przykładowo usługa Xbox Game Pass lub PlayStation Plus umożliwia abonamentowy dostęp do określonego katalogu gier wideo. Korzystanie z gier odbywa się za pomocą sprzętu danego użytkownika – użytkownik instaluje grę na własnym urządzeniu, a przy każdorazowym uruchomieniu gra wykorzystuje tylko moc obliczeniową tego urządzenia. W przypadku zakończenia korzystania z usługi użytkownik traci możliwość uruchomienia danej gry, może ją odzyskać po wznowieniu subskrypcji. *Cloud gaming* nie polega również na streamowaniu rozgrywki z jednego urządzenia należącego do użytkownika na drugie – nie zapewnia zdalnego dostępu (*remote play*)¹¹.

Analizując warstwę techniczną *cloud gaming* można dostrzec jej istotne podobieństwa do chmu-

6 Tamże.

7 Informacje o Stadia: *Graj w bezpłatne gry dzięki Stadia Pro*, <https://stadia.google.com/> [dostęp: 31.05.2020].

8 Z charakterystyką usług tego typu można zapoznać się przykładowo tutaj: *Games as a service* [hasło], https://en.wikipedia.org/wiki/Games_as_a_service [dostęp: 31.05.2020] lub w artykule J. Kubalskiego, *Games as service – perspektywa prawnika*, <https://www.dzp.pl/blog/ip/games-as-service-perspektywa-prawnika/> [dostęp: 31.05.2020].

9 Zob. M. Matysiak, *Cloud gaming – wybrane problemy prawne*, „Monitor Prawniczy” 2019, dod. do nr 21, s. 35.

10 Tamże, s. 35.

11 W taki sposób działa usługa gra zdalna PS4. Usługa polega na możliwości streamowania rozgrywki między urządzeniami użytkownika za pomocą dedykowanej aplikacji i sieci internetowej. Istotne jest to, że użytkownik posiada cyfrową lub

rowej usługi SaaS (*Software as a Service*)¹². Usługa stosuje architekturę klient - serwer, a gra wideo lub program komputerowy są przechowywane i uruchamiane w centrum przetwarzania danych dostawcy, zaś warstwa audiowizualna i niezbędne dane gry są strumieniowane do urządzenia końcowego użytkownika¹³. Ze względu na podobieństwo aspektów technicznych oraz istotne znaczenie programu komputerowego w działaniu gry komputerowej, usługi te mają wiele wspólnych problemów prawnych. Ze względu na ograniczoną literaturę dotyczącą usług *cloud gaming*, w dalszej części opracowania, autor będzie odwoływał się również do poglądów wyrażonych przez doktrynę w zakresie usług *cloud computing* (tj. IaaS, PaaS i SaaS), co zostanie jednak należyście opisane i skomentowane.

Omawiając usługę *cloud gaming* warto odwołać się do jednej z kluczowych kwestii, która ma istotny wpływ w kontekście transgranicznego charakteru umowy, tj. kwalifikacji prawnej jej przedmiotu z punktu widzenia prawa autorskiego. Kwestią podstawową jest dokonanie oceny kwalifikacji gry komputerowej na gruncie prawa autorskiego, co będzie istotne również z perspektywy rozważań poczynionych w dalszej części tego rozdziału.

W polskiej literaturze nie ma wielu publikacji dotyczących problematyki gier komputerowych. Dynamiczny rozwój tego sektora w Polsce zapewne przyczyni się do zwiększenia zainteresowania nauki prawniczej tym typem usług¹⁴. Prawno-autorska analiza kwalifikacji gier komputerowych, choć już opisana w polskiej literaturze prawniczej, wymaga jednak przedstawienia i krótkiego omówienia ze względu na różne stanowiska prezentowane przez doktrynę. Na marginesie warto również zauważyć, że w zakresie dorobku polskiej judykatury próżno jest szukać orzecznictwa dotyczącego *stricto* gier komputerowych, a co za tym idzie zjawiska tak specyficznego jak *cloud gaming*.

Gra komputerowa (gra wideo) nie posiada swojej definicji legalnej w ustawie z dnia 4 lutego 1994 r. o prawie autorskim i prawach pokrewnych¹⁵. Takiej definicji nie zawiera również żadna inna polska ustawa. Jednak, w 2018 r. Ministerstwo Kultury i Dziedzictwa Narodowego opublikowało projekt ustawy o finansowym wspieraniu produkcji kulturowych gier wideo oraz o zmianie innych ustaw¹⁶. Projekt utknął w martwym punkcie i został ostatecznie wycofany, ale warto zauważyć, że zawierał również propozycję definicji gry wideo¹⁷.

Przedmiotem ochrony wynikającej z prawa autorskiego jest utwór. – według art. 1 ust. 1 pr.aut., *każdy przejaw działalności twórczej o indywidualnym charakterze, ustalony w jakiegokolwiek postaci, niezależnie od wartości, przeznaczenia i sposobu wyrażenia*.

Mimo nieuwzględnienia gier komputerowych w ramach przykładowego katalogu utworów w art. 1 ust. 2 pr. aut. nie ulega wątpliwości, że mogą one stanowić utwór chroniony przez prawo autorskie. Ich dokładna kwalifikacja, z uwzględnieniem relacji w stosunku do innych nazwanych kategorii utworów, stanowi jednak wyzwanie nie tylko na gruncie prawa polskiego, ale jest również przedmiotem sporów na gruncie innych porządków prawnych¹⁸. Przykładowo w kontrowersyjnym wyroku *Nova Productions*, wskazano, że:

skoro przebieg gry komputerowej za każdym razem zależy od jego gracza, to jako dzieło

fizyczną kopię gry, a usługa umożliwia mu tylko do niej dostęp na urządzeniu innym niż konsola PS4. Zob. *PS Remote Play*, <https://remoteplay.dl.playstation.net/remoteplay/lang/pl/index.html> [dostęp: 31.05.2020].

12 M. Matysiak, *Cloud gaming...*, s. 36.

13 Tamże, s. 35; R. Ewelle Ewelle, *Adapting Communications in Cloud Games. Networking and Internet Architecture* [cs.NI], Montpellier 2015, s. 6, <https://tel.archives-ouvertes.fr/tel-01986122/document> [dostęp: 30.09.2019].

14 M.in. „Zeszyty Naukowe Uniwersytetu Jagiellońskiego. Prace z Prawa Własności Intelektualnej” 2019, nr 144 poświęcony w całości problematyce gier komputerowych.

15 Ustawa z dnia 4 lutego 1994 r. o prawie autorskim i prawach pokrewnych, tj. Dz.U. 2019, poz. 1231 z późn. zm.

16 Projekt ustawy o finansowym wspieraniu produkcji kulturowych gier wideo oraz o zmianie innych ustaw, UD410, <https://legislacja.rcl.gov.pl/projekt/12316950> [dostęp: 17.05.2020].

17 Zgodnie z art. 2 pkt 3 projektu gra wideo oznacza: *program komputerowy zintegrowany z elementami treści, w tym w formie obrazów lub dźwięków, dający jego użytkownikom możliwość rozwiązywania interaktywnych zadań o charakterze rozrywkowym lub edukacyjnym, opartych o określony zbiór reguł i udostępniany przez urządzenia elektroniczne wyposażone w interfejs umożliwiający interakcję*. Tamże.

18 Por. Ewa Laskowska-Litak, *Prawnoautorski eksperyment Schrödingera: czy utwór można zdefiniować w ustawie? Uwagi na tle prawa brytyjskiego*, „Zeszyty Naukowe Uniwersytetu Jagiellońskiego” 2018, nr 3, s. 18.

nie ma ono zdolności do bycia odtworzonym (ponownie w taki sam sposób), co też dyskwalifikuje je jako utwór dramatyczny. W odniesieniu do gier komputerowych powstaje więc pewna luka w systemie prawa brytyjskiego: nie korzystają one (w całości) z ochrony ani jako program komputerowy, ani jako dzieło dramatyczne. W konsekwencji tylko poszczególne części gry komputerowej jako takie mogą uzasadniać przyznanie praw autorskich, o ile jednak mieszczą się one w ramach pozostałych kategorii utworów (np. scenariusz gry komputerowej, ścieżka dźwiękowa, itp.)¹⁹.

Wyrok ten dobrze ilustruje problem, który pojawiał się również na gruncie polskiej literatury, tj. podejścia do określenia pozycji gry wideo jako całości w stosunku do jej elementów składowych, które mogą zostać uznane za utwór. Polska doktryna przedstawia kilka modeli dotyczących kwalifikacji gier komputerowych na gruncie prawa autorskiego, które zostały szeroko scharakteryzowane w literaturze – np. kwalifikacja całości jako utworu nienazwanego lub stosowanie regulacji, które dotyczą utworu najbardziej zbliżonego do gry komputerowej²⁰. Podsumowując te rozważania,

należy przychylić się do poglądu, że gry komputerowe jako całość nie mogą być kwalifikowane do kategorii programów komputerowych, utworów audiowizualnych ani innych kategorii utworów wskazanych *expressis verbis* w PrAut. Kwestię ochrony prawnoautorskiej należy rozważyć w odniesieniu do poszczególnych elementów składowych gry komputerowej, takich jak m.in. program komputerowy, grafika czy warstwa dźwiękowa²¹.

Powyższa kwestia nie pozostaje bez znaczenia dla *cloud gaming* i ma szczególne dla relacji umowy dotyczącej tej usługi i licencji gry komputerowej.

3. Wpływ transgranicznego charakteru usługi *cloud gaming* na zagadnienia licencyjne

Z perspektywy usług opartych na modelu *cloud gaming* istotne jest znalezienie odpowiedzi na pytanie o możliwość odsprzedaży tych utworów. Istotą usługi jest zapewnienie dostępu do konkretnego katalogu gier za pośrednictwem np. dedykowanej aplikacji. Na urządzeniu użytkownika nie dochodzi do zwielokrotnienia oprogramowania²². Model ten jest zbliżony do tego, co oferuje Netflix w segmencie filmów i seriali.

Warto zauważyć, że wraz z oczekiwaniami użytkowników modyfikacji podlega również charakter tych usług. Amerykański Google pracuje obecnie nad nową usługą (czy może już wirtualną konsolą), która częściowo odchodzi od założeń *cloud gaming*. Google Stadia umożliwia uruchomienie gier użytkownika w chmurze, podobnie jak ma to miejsce we wskazanym powyżej przypadku. Główna różnica przejawia się jednak w tym, że niektóre gry w ramach usługi Google Stadia trzeba będzie kupić, aby móc z nich korzystać²³. W ramach subskrypcji użytkownicy mają dostęp tylko do wąskiego katalogu gier. W takim wypadku mamy do czynienia z modelem hybrydowym łączącym *cloud gaming* z platformami dystrybucji cyfrowej i zarządzania prawami cyfrowymi (np. Steam).

Specyfika świadczenia usług *cloud gaming* ma kluczowe znaczenie z perspektywy zastosowania instytucji wyczerpania i potencjalnej możliwości odsprzedaży gier. Wyczerpanie praw ma na celu ograniczenie uprawnień majątkowych do utworu, aby rozstrzygnąć kolizję pomiędzy prawem własności

19 Tamże, s. 18.

20 Problematyka kwalifikacji gier komputerowych na gruncie prawa autorskiego została przedstawiona przykładowo w publikacjach: I. Matusiak, *Gra komputerowa jako przedmiot prawa autorskiego*, Warszawa 2013; A. Wachowska, *Problematyczny status gier komputerowych na gruncie prawa autorskiego – czy gra komputerowa to utwór audiowizualny, program komputerowy, czy inny utwór?*, [w:] E. Traple (red.), *Ochrona gry komputerowej*, Warszawa 2015, s. 19-62; D. Flisak, *Utwór multimedialny w prawie polskim*, Warszawa 2008; M. Drozdowicz, *Dzieło multimedialne jako nowa kategoria polskiego prawa autorskiego na tle koncepcji budowy utworu*, „Zeszyty Naukowe Uniwersytetu Jagiellońskiego. Prace z Prawa Własności Intelektualnej” 2001, nr 3, s. 81-114; M. Ostrowska, *Let's play – działalność internautów a gra komputerowa z perspektywy prawa autorskiego*, „Zeszyty Naukowe Uniwersytetu Jagiellońskiego. Prace z Prawa Własności Intelektualnej” 2019, nr 2, s. 58-79.

21 Por. M. Matysiak, *Cloud gaming...*, s. 36; A. Wachowska, *Problematyczny status...*, s. 60.

22 Por. M. Matysiak, *Cloud gaming...*, s. 35-36.

23 J. Skornowicz, *Co to jest Google Stadia – wymagania, cena i gry*, <https://www.komputronik.pl/informacje/co-to-jest-google-stadia/> [dostęp: 23.05.2020].

egzemplarza utworu a autorskimi prawami majątkowymi²⁴. Instytucja wyczerpania ma swoje źródło w regulacjach unijnych, tj. art. 4 ust. 2 dyrektywy 2001/29/WE²⁵, zaś w odniesieniu do programów komputerowych – w art. 4 ust. 2 dyrektywy 2009/24/WE²⁶.

Jak zostało wskazane wcześniej, ze względu na złożony charakter gier wideo, każdy z utworów składowych powinien być poddany odrębnej ocenie z perspektywy jego ochrony w zakresie prawa autorskiego. Powyższa kwalifikacja będzie rzutować również na zastosowanie instytucji wyczerpania w stosunku do tych elementów składowych. W przypadku *cloud gaming* mamy do czynienia co do zasady z modelem usługowym, w którym gry wideo są przesyłane na urządzenia użytkownika w sposób uniemożliwiających ich zwielokrotnienie na potrzeby ich użytkownika w oderwaniu od dedykowanej aplikacji udostępnionej przez usługodawcę. W takim wypadku zastosowanie znajdą rozważania poczynione na gruncie usług chmurowych. Jak wskazuje się w literaturze: „W zakresie programu komputerowego, który stanowi rdzeń każdej gry, nie dochodzi bowiem do jego zwielokrotniania a reprodukcji przetwarzanych danych, zatem użytkownik programu (gry komputerowej) w tym zakresie nie wkracza w sferę praw wyłącznych z art. 74 ust. 4 pkt 1 PrAut. W związku z powyższym umowa pomiędzy dostawcą a użytkownikiem będzie kwalifikowała się w tym zakresie jako umowa o świadczenie usług (art. 750 KC), a nie umowa licencyjna²⁷”.

W przypadku warstwy audio-wizualnej gry komputerowej, która jest streamowana na urządzenie końcowe użytkownika, korzysta on z odrębnego pola eksploatacji objętego prawami autorskimi twórcy, tj.: „publiczne wykonanie, wystawienie, wyświetlenie, odtworzenie oraz nadawanie i reemitowanie, a także publiczne udostępnianie utworu w taki sposób, aby każdy mógł mieć do niego dostęp w miejscu i w czasie przez siebie wybranym” (art. 50 pkt 3 pr.aut.)²⁸. W tym zakresie stosowną licencją obejmującą wskazane powyżej pole eksploatacji powinien zapewnić na swoją rzecz dostawca usług *cloud gamingowych*²⁹. Należy wskazać, że w powyższym przypadku nie dojdzie do wyczerpania praw autorskich. Ponieważ wyczerpanie praw autorskich jest ściśle związane z konkretnym egzemplarzem w którym ustalony zostało dobro niematerialny podmiotu praw autorskich, nie będzie dotyczyło ono najmu i użyczenia (art. 51 ust. 3 pr.aut.)³⁰. Takie stanowisko prezentuje również doktryna w stosunku do usług w modelu *cloud computing*, a więc analogiczne zastosowanie znajdą również w stosunku do *cloud gaming*: „Do wyczerpania prawa nie dojdzie przy świadczeniu usług w modelu Cloud Computing, w którym oprogramowanie jest udostępniane użytkownikowi, gdyż wynagrodzenie za usługę nie ma charakteru jednorazowego, lecz jest uiszczane okresowo. Taki model umowy, zapewniający dostęp do programu, nie wykazuje bowiem podobieństwa do umowy sprzedaży³¹ [...], lecz do umowy o świadczenie usług³²”. Podobne stanowisko zostało sformułowane przez A. Michalak odnośnie usług na żądanie³³

24 Por. A. Michalak [w:] A. Michalak (red.), *Ustawa o prawie autorskim i prawach pokrewnych. Komentarz*, Warszawa 2019, Legalis – komentarz do art. 51 pr.aut.

25 Dyrektywa 2001/29/WE Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 22 maja 2001 r. w sprawie harmonizacji niektórych aspektów praw autorskich i pokrewnych w społeczeństwie informacyjnym z dnia 22 maja 2001 r., Dz. Urz. UE L 167 z 22.06.2001 r., s. 10.

26 Dyrektywa Parlamentu Europejskiego i Rady 2009/24/WE z dnia 23 kwietnia 2009 r. w sprawie ochrony prawnej programów komputerowych, Dz. Urz. UE L 111 z 5.05.2009 r., s. 16-22 (dalej: dyrektywa komputerowa); A. Michalak [w:] A. Michalak (red.), *Ustawa o prawie...*, Legalis – komentarz do art. 51 pr.aut.

27 Zob. M. Matysiak, *Cloud gaming...*, s. 36; K. Żok, *Kwalifikacja umowy o korzystanie z programu komputerowego jako usługi (Software as a Service, SaaS) – uwagi na tle prawa polskiego i wybranych zagranicznych systemów prawnych*, „Zeszyty Naukowe Uniwersytetu Jagiellońskiego. Prace z Prawa Własności Intelektualnej” 2015, nr 129, s. 18-24.

28 M. Matysiak, *Cloud gaming – wybrane problemy prawne...*, s. 37.

29 Por. tamże, s. 37.

30 Por. A. Michalak [w:] A. Michalak (red.), *Ustawa o...*, Legalis – komentarz do art. 51 pr.aut.

31 T. Targosz [w:] D. Flisak (red.), *Prawo autorskie pokrewne. Komentarz*, Warszawa 2014, s. 783.

32 J. Szyjewska-Bagińska [w:] E. Ferenc-Szydłko (red.), *Ustawa o prawie autorskim i prawach pokrewnych. Komentarz*, Warszawa 2016, Legalis – komentarz do art. 51 pr.aut.

33 *Instytucja wyczerpania zakłada zatem przeniesienie własności oryginału lub egzemplarza utworu, czyli odnosi się głównie do sprzedaży oryginału lub egzemplarzy utworu, a nie do czynności związanych z jego rozpowszechnianiem, np. nadaniem satelitarnym, kablowym lub transmisją w Internecie. Oznacza to, że np. nadanie utworu w telewizji lub usługi na żądanie nie wyczerpują żadnych praw do utworu, co znajduje obecnie wyraźne potwierdzenie w art. 3 ust. 3 dyrektywy 2001/29/*

Rozważenia wymaga możliwość zastosowania przepisów o wyczerpaniu w przypadku usług *cloud gaming* zawierających komponent zakupu gier³⁴. Bowiem zgodnie z przyjętym powyżej stanowiskiem model taki będzie zbliżony do umowy sprzedaży³⁵. Gdybyśmy mieli do czynienia z fizycznym egzemplarzem utworu, np. pudełkową (fizyczną) wersją gry komputerowej, która została zakupiona w sklepie, nie ulega wątpliwości że w momencie zakupu tego nośnika z grą dochodzi do wyczerpania prawa. Powoduje to, że użytkownik może swobodnie dysponować swoim egzemplarzem, a więc również go sprzedać. Ze względu na specyfikę cyfrowego egzemplarza sytuacja nie jest taka prosta.

Kwestia wyczerpania praw autorskich dotycząca wtórnego obrotu egzemplarzami oprogramowania dystrybuowanego on-line była przedmiotem wielokrotnie omawianego w literaturze orzeczenia Trybunału Sprawiedliwości UE w sprawie *UsedSoft GmbH v. Oracle International Corp*³⁶. Spółka Oracle prowadziła działalność polegającą na tworzeniu oprogramowania, które było następnie dystrybuowane w formie elektronicznej za pośrednictwem Internetu. Użytkownik, który chciał skorzystać z oprogramowania, pobierał jego kopię na swój komputer za pośrednictwem strony internetowej producenta. Warunki korzystania z oprogramowania zostały uregulowane w umowie licencyjnej, która określała m.in. maksymalną liczbę użytkowników mogących równocześnie korzystać z oprogramowania oraz charakter licencji (udzielana na czas nieokreślony, wyłączna i nieprzenaszalna oraz, co istotne dla dalszych rozważań, udzielana za jednorazową opłatą). Spółka UsedSoft, jak wskazuje już jej nazwa³⁷, prowadziła działalność polegającą na pośrednictwie w obrocie używanymi licencjami na oprogramowanie, co w okolicznościach niniejszej sprawy sprowadzało się do kupna od klientów Oracle uprawnień wynikających z wiążącej ich umowy licencyjnej, związanych z kluczem licencyjnym, i dalszą odsprzedaż tych kluczy. Trybunał przesądził, że: w myśl art. 4 ust. 2 dyrektywy Parlamentu Europejskiego i Rady 2009/24/WE z dnia 23 kwietnia 2009 r. w sprawie ochrony prawnej programów komputerowych prawo do rozpowszechniania kopii programu komputerowego zostaje wyczerpane, jeśli podmiot praw autorskich, który zezwolił, choćby i nieodpłatnie, na pobranie tej kopii z Internetu na nośnik danych, również przyznał, w zamian za zapłatę ceny mającej umożliwić mu uzyskanie wynagrodzenia odpowiadającego wartości gospodarczej kopii dzieła, którego jest on właścicielem, prawo do nieograniczonego w czasie korzystania z tej kopii.

Przenosząc powyższe rozważania na grunt prawa polskiego, należy stwierdzić, że w świetle powyższego orzeczenia, aby doszło wyczerpania praw do programu komputerowego dystrybuowanego on-line (art. 51 ust. 3 pr.aut.) musi zostać spełniony szereg przesłanek. Pierwszą z przesłanek jest wprowadzenie oprogramowania do obrotu poprzez przeniesienie własności kopii programu na nabywcę. W wyroku w sprawie *UsedSoft GmbH v. Oracle International Corp* Trybunał uznał, że w przypadku sprzedaży dostępu do programu komputerowego on-line (tzw. klucza cyfrowego) z możliwością załadowania kopii na własny komputer mamy do czynienia z niematerialną kopią (egzemplarzem) takiego programu³⁸. Drugą przesłankę stanowi brak ograniczeń czasowych korzystania z programu komputerowego. Jeżeli użytkownik mógłby korzystać z oprogramowania tylko w ograniczonym zakresie, to taki model nie byłby podobny do umowy sprzedaży, ale do umowy o świadczenie usług³⁹. Taka sytuacja miała również miejsce w okolicznościach wspomnianej sprawy, gdzie Oracle udzielał licencji swoim użytkownikom na czas nieokreślony.

Powyższe przesłanki zostały bardzo trafnie podsumowane przez E. Ferenc-Szydełko, która stwierdziła, że: „klasyfikując usługę dostępu do utworu on-line bez ograniczenia czasowego («na zawsze»)

WE (por. wyr. TS z 6.10.1982 r., 262/81, *Coditel v. Ciné-Vog Films*, ECLI:EU:C:1982:334 oraz wyr. TS z 17.5.1988 r., C-158/86, *Warner Brothers and Others v. Christiansen*, ECLI:EU:C:1988:242). Za: A. Michalak [w:] A. Michalak (red.), *Ustawa o prawie...*, Legalis – komentarz do art. 51 pr.aut.

34 Por. np. usługę *Google Stadia*.

35 T. Targosz [w:] D. Flisak (red.), *Prawo autorskie pokrewne...*, s. 783.

36 Wyrok TSUE z 3 lipca 2012 r. w sprawie *UsedSoft GmbH v. Oracle International Corp*, C-128/11, ZOTSiS 2012, nr 7, poz. I-407.

37 Termin *used soft* można tłumaczyć jako używane oprogramowanie.

38 Por. A. Michalak [w:] A. Michalak (red.), *Ustawa o prawie...*, Legalis – komentarz do art. 51 pr.aut.

39 Por. T. Targosz [w:] D. Flisak, *Prawo autorskie pokrewne...*, Legalis.

w zamian za uiszczenie jednorazowej opłaty, uznano, że wykazuje ona cechy umowy sprzedaży. W konsekwencji zaproponowano, aby pojęciu «sprzedaż», stosując wykładnię funkcjonalno-celowościową tego zwrotu, nadać szersze znaczenie, obejmujące wszelkie przypadki wprowadzania do obrotu, w tym również kopie elektroniczne utworów, o ile funkcjonalnie instytucje te są zbliżone do umowy sprzedaży nośnika utworu. Nie ma przy tym znaczenia, jaką nazwę umowy stosuje dostawca. Istotny bowiem jest cel tej umowy. Nabywca kopii utworu może zatem ją zbyć na rzecz osoby trzeciej, o ile równocześnie usunie kopie takiego utworu ze swojego komputera^{39,40}.

Trzecią przesłanką konieczną do wyczerpania jest zapłata wynagrodzenia odpowiadającego wartości gospodarczej kopii dzieła. W przypadku dostępu do utworu on-line bez ograniczenia czasowego za jednorazową opłatą, trudno argumentować, że podmiot praw autorskich (lub inny uprawniony podmiot) nie uzyskuje zapłaty wynagrodzenia odpowiadającego wartości gospodarczej kopii dzieła. W mojej ocenie sytuacja nie byłaby już taka jednoznaczna w momencie, gdyby zapłata wynagrodzenia nie miały charakteru jednorazowego. Mogłoby to budzić wątpliwości, czy w istocie mamy wówczas do czynienia z umową wykazującą cechy sprzedaży. Powyższa kwestia wymagałaby jednak dokonania analizy w odniesieniu do konkretnych stanów faktycznych.

Kolejną przesłanką jest wprowadzenie do obrotu przez podmiot uprawniony lub za jego zgodą, a więc przez podmiot powiązany z uprawnionym prawnie lub ekonomicznie, np. licencjodawcą lub dystrybutora wyłącznego. Zgoda uprawnionego na wprowadzenie do obrotu może być udzielona zarówno wyraźnie, jak i w sposób dorozumiany. Zatem, jeżeli z całokształtu okoliczności dotyczących wprowadzenia do obrotu konkretnego egzemplarza (w sprawie *UsedSoft GmbH v. Oracle International Corp* był to klucz cyfrowy) wskazuje się w sposób niebudzący wątpliwości na istniejący po stronie twórcy (producenta) zamiar rezygnacji ze swojego prawa przeciwstawiania się wprowadzaniu egzemplarzy do obrotu, to powyższa przesłanka będzie spełniona.

Na końcu należy zwrócić uwagę na ostatnią i najważniejszą przesłankę dotyczącą terytorialnego charakteru wyczerpania oprogramowania, tj. wprowadzenie na terytorium jednego z krajów EOG. W literaturze wyróżnia się obecnie trzy rodzaje wyczerpania: krajowe, światowe i regionalne⁴¹. Wyczerpanie regionalne oznacza, że wprowadzenie egzemplarza utworu (lub jego cyfrowej kopii w przypadku oprogramowania) na terytorium jednego z krajów danego regionu spowoduje skuteczne wyczerpanie praw w całym regionie⁴². W ramach UE przyjmuje się wyczerpanie regionalne, które obejmuje teren Europejskiego Obszaru Gospodarczego, a zostało uwzględnione jako zasada w art. 51 ust. 3 pr.aut. Jednocześnie warto zauważyć, że aktualnie nie ma umowy międzynarodowej wprowadzającej wyczerpanie światowe, a kraje je ustanawiające w swoich porządkach prawnych są ciągle w mniejszości (np. Australia), stąd podstawowe znaczenie ma wyczerpanie krajowe⁴³.

Na marginesie należy wskazać, że art. 51 ust. 3 pr.aut. ma charakter normy bezwzględnie obowiązującej (*ius cogens*) i nie może być modyfikowany w drodze umownej, co powoduje, że postanowienia umowne dotyczące np. zakazu sprzedaży będą z punktu widzenia prawa polskiego nieważne jako czynności prawne zmierzające do obejścia prawa (art. 58 k.c.)⁴⁴.

Powyższe rozważania należy przenieść na grunt usługi *cloud gaming*, która zawiera w sobie również usługę polegającą na zakupie gier⁴⁵. W jej zakresie kluczową rolę odgrywać będzie specyfika gry komputerowej jako utworu (skrótowo przedstawiona powyżej). Przechodząc do możliwości zastosowania

40 J. Szyjewska-Bagińska [w:] E. Ferenc-Szydelko (red.), *Ustawa o prawie autorskim...*, Legalis – komentarz do art. 51 pr.aut.

41 Por. komentarze do art. 51 pr.aut.: M. Załucki [w:] P. Słezak (red.), *Ustawa o prawie autorskim i prawach pokrewnych. Komentarz*, Warszawa 2017, Legalis; A. Michalak [w:] A. Michalak (red.), *Ustawa o prawie...*, Legalis; L.M. Genovesi, *The TRIPS Agreement and Intellectual Property Rights Exhaustion*, [w:] C.M. Correa (red.), *Research Handbook on the Protection of Intellectual Property under WTO Rules. Intellectual Property in the WTO*, t. I, Cheltenham 2010, s. 217.

42 Por. A. Michalak [w:] A. Michalak (red.), *Ustawa o prawie...*, Legalis, nb. 5 – komentarz do art. 51 pr.aut.

43 Por. tamże, nb 6.

44 Por. tamże, nb 7.

45 Taką usługą ma być Google Stadia, co zbliża ją w tym aspekcie do platform nie kwalifikujących się jako usługi *cloud gamingowe*, a dystrybutorów treści cyfrowych np. *Steam*, <https://store.steampowered.com/> [dostęp: 20.10.2020] czy *GoG*, <https://www.gog.com/> [dostęp: 20.10.2020].

wspomnianego wyroku w stosunku do utworów innych niż programy komputerowe, należy zwrócić uwagę, że jest to zagadnienie sporne w literaturze. W polskiej doktrynie wyrażono stanowisko, że wyrok ten w sprawie powinien być stosowany wyłącznie w stosunku do programów komputerowych, a nie innych kategorii utworów⁴⁶. W przypadku gier komputerowych, wyczerpanie dopuszczalne jest tylko w stosunku do ich wersji na nośnikach fizycznych⁴⁷. Odmierna sytuacja występuje w literaturze obcej, która prezentuje stanowisko, że wyczerpanie powinno obejmować egzemplarze zarówno w formie materialnej, jak i niematerialnej⁴⁸.

Odnosząc się do powyższych wątpliwości, należy nałożyć na wspomniany wyrok inne orzeczenie Trybunału Sprawiedliwości w sprawie *Nintendo i in. v. PC Box Srl*⁴⁹. Pośrednio przesądził on, że zasady dotyczące wyczerpanie praw autorskich do programów komputerowych nie odnoszą się do gier wideo jako „produktów hybrydowych”⁵⁰: „powyższego stwierdzenia nie podważa fakt, że dyrektywa 2009/24 stanowi *lex specialis* w stosunku do dyrektywy 2001/29 (zob. wyrok z dnia 3 lipca 2012 r. w sprawie C-128/11 *UsedSoft*, pkt 56). Zgodnie bowiem z art. 1 ust. 1 dyrektywy 2009/24 przewidziana w niej ochrona ogranicza się do programów komputerowych. Tymczasem z postanowienia odsyłającego wynika, że gry wideo takie jak te będące przedmiotem postępowania głównego stanowią złożony materiał obejmujący nie tylko program komputerowy, ale także elementy graficzne i dźwiękowe, które – mimo że zostały zakodowane w języku programowania – mają samoistnie charakter twórczy, niedający sprowadzić się wyłącznie do wspomnianego zakodowania. W zakresie, w jakim gra wideo, w tym wypadku jej elementy graficzne i dźwiękowe, przyczyniają się do oryginalności utworu, są one, wraz z całością danego dzieła, chronione prawem autorskim w ramach reżimu ustanowionego przez dyrektywę 2001/29”.

W powyższym wyroku Trybunał stwierdził, że gra wideo będzie chroniona jako całość, nie na podstawie dyrektywy 2009/24 w sprawie ochrony prawnej programów komputerowych, ale na podstawie dyrektywy 2001/29 w sprawie harmonizacji niektórych aspektów praw autorskich i pokrewnych w społeczeństwie informacyjnym. Powyższe podejście wyklucza możliwość zastosowania instytucji wyczerpania określonej w dyrektywie 2009/24, co w konsekwencji powoduje, że również rozważania zawarte w wyroku w sprawie *UsedSoft GmbH v. Oracle International Corp* nie znajdują tu zastosowania.

W mojej ocenie warto w tym miejscu wspomnieć, że TSUE w wyroku w sprawie *Nintendo i in. v. PC Box Srl* oparł się w sposób istotny na jednej z koncepcji, którą można przyjąć przy kwalifikacji gry komputerowej z punktu widzenia ochrony prawn-autorskiej – starał się określić jednolite (wspólne) zasady ochrony dla wszystkich elementów składowych gry wideo.

Warto również zwrócić uwagę, że kwestia ochrony prawnej poszczególnych elementów, z których składa się program komputerowy (w rozumieniu produktowym), była przedmiotem orzeczenia Trybunału w sprawie *Bezpečnostní softwarová asociace*⁵¹. TSUE rozważył z jakich elementów składał się program komputerowy w przedmiotowych okolicznościach faktycznych i dokonał rozróżnienia na kod programu (program komputerowy *per se*) oraz jego pozostałe elementy, co w konsekwencji prowadziło do zastosowania przepisów prawnych właściwych dla konkretnego rodzaju utworu w jego poszczególnych elementach składowych⁵².

46 D. Flisak, Z. Okoń [w:] D. Flisak (red.), *Prawo autorskie pokrewne...*, s. 137.

47 Por. A. Michalak [w:] A. Michalak, *Ustawa o prawie...*, Legalis, nb 10 – komentarz do art. 51 pr.aut.

48 Por. Ch. Geiger, F. Schönher, I. Stamatoudi, P. Torremans [w:] I. Stamatoudi, P. Torremans (red.), *EU Copyright Law. A Commentary*, Cheltenham 2014, s. 425. Odmienne: A. Lober, S. Klein, F. Groothuis, *The Long and Winding Road of Digital Distribution. Or: Why the ECJ's Used Softdecision is of No Use to Key-sellers*, „Interactive Entertainment Law Review” 2018, t. 1, s. 48 i nast.; M. Savi, *The Legality of Resale of Digital Content After UsedSoft in Subsequent German and CJEU Case Law*, „European Intellectual Property Review” 2015, nr 37(7), s. 418-422 za: A. Michalak [w:] A. Michalak (red.), *Ustawa o prawie...*, Legalis, nb 81 – komentarz do art. 74 pr.aut.

49 Wyrok TSUE z 23 stycznia 2014 r. w sprawie *Nintendo Co. Ltd i in. v. PC Box Srl I 9Net Srl*, C-355/12, ECLI:EU:C:2014:25.

50 Por. A. Michalak [w:] A. Michalak (red.), *Ustawa o prawie...*, Legalis, nb. 81 – komentarz do art. 74 pr.aut. Taki pogląd znalazł potwierdzenie również w niemieckim orzecznictwie, zob. A. Lober, S. Klein, F. Groothuis, *The Long...*, s. 48 i nast.; M. Savi, *The Legality...*, s. 418-422; A. Michalak [w:] A. Michalak (red.), *Ustawa o prawie...*, Legalis, nb. 81 – komentarz do art. 74 pr.aut.

51 Wyrok TSUE z 22 grudnia 2010 r. w sprawie *Bezpečnostní Softwarová Asociace – Svaz Softwarové Ochrany v. Ministerstvo Kultury*, C-393/09, ZOTSIS 2010, nr 12C, poz. I-13971-14008.

52 P. Wasilewski, *Ochrona zabezpieczeń technicznych gier komputerowych w ujęciu Trybunału Sprawiedliwości Unii Europejskiej*, [w:] E. Traple, *Ochrona gry komputerowej*, Warszawa 2015, LEX.

Do podobnych wniosków doszedł P. Wasilewski, który w przypadku wyroku *Nintendo* zwrócił uwagę na możliwość zastosowania przez Trybunał analogicznego podejścia⁵³. Prowadziłoby to do ciekawej sytuacji, w której instytucja wyczerpania wynikająca z dyrektywy 2009/24 oraz rozważania poczynione na gruncie wyroku w sprawie *UsedSoft GmbH v. Oracle International Corp*, znalazłyby zastosowanie w stosunku programu komputerowego stanowiącego rdzeń gry z momentem dojściem do sprzedaży klucza czy przypisania gry do konta. Powstaje jednak pytanie, co z pozostałymi częściami składowymi stanowiącymi utwory w rozumieniu prawa autorskiego – z utworami muzycznymi, plastycznymi (grafika komputerowa), audiowizualnymi oraz literackimi (np. rozbudowane teksty dostępne w ramach treści gry dotyczące jej fabuły).

W przypadku pozostałych utworów, instytucja wyczerpania jest związana z transakcją sprzedaży ich fizycznego egzemplarza. Zatem, w ramach reżimu dyrektywy 2001/29, nie doszłoby do ich wyczerpania. Powstaje jednak pytanie, czy mimo wyczerpania programu komputerowego stanowiącego rdzeń gry, nie będzie możliwości legalnej odsprzedaży wersji cyfrowej gry zakupionej np. na platformie *cloud gaming*? W mojej ocenie istnieje taka możliwość. W przypadku pozostałych utworów składowych nabywca będzie bowiem mógł działać w zakresie swobodnego użytku (art. 23¹ pr.aut.), co wymagałoby jednak oceny w ramach konkretnych okoliczności faktycznych.

Na marginesie warto również odnieść się do najnowszego orzecznictwa TSUE dotyczącego wyczerpania. Przykładowo, pod koniec 2019 r. Trybunał poruszał problematykę przepisów znajdujących zastosowanie w przypadku połączenia kilku utworów w orzeczeniu z dnia 19 grudnia 2019 r. w sprawie *Roep Algemene Uitgevers v. Tom Kabinet Internet BV i in.* (C-263/18), które dotyczyło książek elektronicznych (e-booków). Uznał wówczas, że w przypadku, gdy w ramach jednego utworu doszło do połączenia programu komputerowego i innych utworów, to właściwe w okolicznościach sprawy będą reguły, które stosują się do składnika, który ma większe znaczenie⁵⁴. Warto zauważyć, że w zakresie powyższych rozważań Trybunał odwołał się do wyroku w sprawie *Nintendo i in. v. PC Box Srl*, co pośrednio mogłoby wskazywać, że taka kwalifikacja ochrony prawnoautorskiej znajduje zastosowanie również do gier wideo.

Specyfika gier komputerowych rodzi dalsze komplikacje. Należy zgodzić się z ustaleniami Trybunału, że w ramach e-booków, program komputerowy ma jedynie *charakter pomocniczy względem utworu zawartego w takiej książce*⁵⁵. W przypadku gier komputerowych sprawa nie jest już jednak taka prosta. W zależności od tego, czy przyjmiemy dominujący charakter programu komputerowego czy np. warstwy audio-wizualnej, odmiennie będą kształtować się zasady wyczerpania. Należy jednak wskazać, że w przypadku gier komputerowych program komputerowy ma kluczowe znaczenie dla rozgrywki. Nie ulega zatem wątpliwości, że w ich przypadku to ten element będzie miał decydujące znaczenie⁵⁶. Za powyższym przemawia niemożliwość stworzenia gry komputerowej bez programu komputerowego⁵⁷. Przyjęcie powyższej wykładni prowadziłoby do możliwości zastosowania instytucji wyczerpania określonej w dyrektywie komputerowej 2009/24 do gier komputerowych w wersji cyfrowej, a zatem pośrednio również do gier zakupionych za pośrednictwem platform *cloud gaming*.

Na poparcie powyższej tezy warto wspomnieć o nowym (jeszcze nie ugruntowanym) kierunku orzecznictwem, który pojawił się we Francji. W sporze sądowym pomiędzy UFC – QUE CHOISIR a platformą Steam, sąd zgodził się, że pochodzące z tej platformy gry będą podlegać wyczerpaniu prawa wynikającego z dyrektywy komputerowej⁵⁸. Powołując się na wyrok TSUE w sprawie *UsedSoft*

53 Tamże, s. 95.

54 Zob. motyw 59 wyroku w sprawie *Roep Algemene Uitgevers przeciwko Tom Kabinet Internet BV*.

55 Wyrok TSUE z 23 stycznia 2014 r. w sprawie *Nintendo Co. Ltd i in. v. PC Box Srl i 9Net Srl*.

56 Por. S. Wikariak, *Czy to koniec handlu używanymi grami komputerowymi?*, <https://serwisy.gazetaprawna.pl/prawo-autorskie/artykuly/1447654,handel-uzywanymi-grami-komputerowymi-zakaz-tsue.html> [dostęp: 24.05.2020].

57 Grafika komputerowa i warstwa dźwiękowa nie jest natomiast elementem niezbędnym. Jako przykład można w tym zakresie wskazać z bardzo uproszczoną warstwą graficzną lub wręcz jej brakiem – por. *Gry bez grafiki: nowe oblicze gamingu*, <http://gameplatform.pl/gry-bez-grafiki-nowe-oblicze-gamingu/> [dostęp: 24.05.2020].

58 Z. Okoń, *Wyrok francuskiego sądu w sprawie odsprzedaży „używanyc” gier ze Steam*, <https://www.linkedin.com/pulse/wyrok-francuskiego-%C4%85du-w-sprawie-odsprzeda%C5%BCy-u%C5%BCywanych-zbigniew-oko%C5%84/> [dostęp: 1.04.2020].

GmbH v. Oracle International Corp sąd francuski wskazał, że „subskrypcja” gier przez użytkownika platformy nie jest subskrypcją w zwykłym znaczeniu tego terminu, ale sprzedażą kopii gry, wykonaną za jednorazowo płatną cenę ustaloną przez uprawnionego. – Spełnione zostają przesłanki wyczerpania prawa⁵⁹. Powyższy wyrok nie jest jednak jeszcze prawomocny, ale może stanowić zwiastun zmian w podejściu do platform gamingowych (a więc również *cloud gamingowych*).

4. Transgraniczny dostęp do usługi

Kwalifikacja prawna *cloud gaming* jako usługi ma znaczenie również ze względu na europejskie regulacje prawne dotyczące zapewnienia użytkownikom transgranicznego dostępu do usług online oraz wyeliminowania dyskryminacji klientów ze względów na przynależność państwową lub miejsce zamieszkania. Powyższe kwestie zostały bezpośrednio uregulowane w dwóch stosunkowo nowych rozporządzeniach Parlamentu Europejskiego i Rady UE, które regulują dwa, komplementarne zakresy dostępu użytkownika do usług świadczonych drogą elektroniczną za pośrednictwem sieci Internet.

Kwestię zwalczania dyskryminacji użytkowników ze względów na przynależność państwową i zjawiska blokowania geograficznego reguluje rozporządzenie Parlamentu Europejskiego i Rady (UE) 2018/302 z dnia 28 lutego 2018 r.⁶⁰ Celem rozporządzenia jest zapewnienie prawidłowego funkcjonowania rynku wewnętrznego przez zapobieganie nieuzasadnionemu blokowaniu geograficznemu i innym formom dyskryminacji motywowanej bezpośrednio lub pośrednio przynależnością państwową klientów, ich miejscem zamieszkania lub miejscem prowadzenia działalności⁶¹. Rozporządzenie stosuje się jednak tylko w stosunkach transgranicznych – nie ma ono zastosowania w sytuacji czysto wewnątrz krajowych, gdy wszystkie istotne elementy transakcji mają miejsce w obrębie jednego państwa członkowskiego⁶². Warto zwrócić uwagę, że rozporządzenie 2018/302 nie dotyczy wszystkich kategorii działalności prowadzonych za pośrednictwem Internetu, ponieważ nie znajduje zastosowania w rodzajach działalności, o których mowa w art. 2 ust. 2 dyrektywy 2006/123/WE⁶³ (w tym m.in. usług audiowizualnych). Zgodnie z art. 1 ust. 5 rozporządzenia 2018/302 pozostaje ono również bez wpływu na przepisy, które mają zastosowanie w dziedzinie praw autorskich, w szczególności na przepisy wprowadzone w dyrektywie 2001/29/WE Parlamentu Europejskiego i Rady⁶⁴. Podsumowując, należy stwierdzić, że rozporządzenie 2018/302 wyklucza ze swojego zakresu zastosowania dwie niezwykle istotne kategorie treści, które częściowo się pokrywają – usług audiowizualnych oraz nabywania uprawnień do korzystania z utworów cyfrowych chronionych prawem autorskim⁶⁵. To sprawia, że faktyczny wpływ rozporządzenia na rynek Unii Europejskiej będzie znacząco mniejszy⁶⁶ i co do zasady nie będzie ono miało znaczenia w przypadku usług z zakresu *cloud gaming*.

Blokowanie terytorialne *cloud gaming* została uregulowane w drugim ze wskazanych na początku tej części aktów prawnych – rozporządzeniem Parlamentu Europejskiego i Rady (UE) 2017/1128 w sprawie transgranicznego przenoszenia na rynku wewnętrznym usług online w zakresie treści z dnia

59 Tamże.

60 Zob. rozporządzenie Parlamentu Europejskiego i Rady (UE) 2018/302 z dnia 28 lutego 2018 r. w sprawie nieuzasadnionego blokowania geograficznego oraz innych form dyskryminacji klientów ze względu na przynależność państwową, miejsce zamieszkania lub miejsce prowadzenia działalności na rynku wewnętrznym oraz w sprawie zmiany rozporządzeń (WE) nr 2006/2004 oraz (UE) 2017/2394 i dyrektywy 2009/22/WE z dnia 28 lutego 2018 r., Dz. Urz. UE L 60I z 2.03.2018 r., s. 1-15.

61 Por. art. 1 ust. 1 rozporządzenia 2018/302.

62 Por. tamże.

63 Dyrektywa 2006/123/WE Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 12 grudnia 2006 r. dotycząca usług na rynku wewnętrznym z dnia 12 grudnia 2006 r., Dz. Urz. UE L 376 z 27.12.2006 r., s. 36.

64 Dyrektywa 2001/29/WE Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 22 maja 2001 r. w sprawie harmonizacji niektórych aspektów praw autorskich i pokrewnych w społeczeństwie informacyjnym, Dz. Urz. UE L 167 z 22 czerwca 2001, s. 10.

65 Por. L. Zoboli, *Unijne rozporządzenie w sprawie blokowania geograficznego – wiele balasu o nic?*, „Internetowy Kwartalnik Antymonopolowy i Regulacyjny” 2019, nr 2, s. 13, <https://ikar.wz.uw.edu.pl/numery/57/00.pdf> [dostęp: 23.05.2020]; M. Czelańska, *Geoblocking prawnoautorski. Korzyści i ryzyka dla dostawców treści cyfrowych oraz użytkowników*, <https://www.parp.gov.pl/component/content/article/57877:geoblocking-prawnoautorski-korzysci-i-ryzyka-dla-dostawcow-tresci-cyfrowych-oraz-uzytownikow> [dostęp: 23.05.2020 r.].

66 Por. L. Zoboli, *Unijne rozporządzenie...*, s. 13.

14 czerwca 2017 r.⁶⁷ Jego celem jest zapewnienie abonentom, którzy korzystają na terenie jednego z państw UE z przenośnych usług online w zakresie treści (umożliwiających dostęp np. do filmów, e-booków, gier wideo lub muzyki), możliwości dostępu do tych usług i korzystania z nich, kiedy czasowo obecni są w państwie członkowskim innym niż państwo ich zamieszkania.

Zgodnie z definicją przyjętą w art. 2 ust. 5) rozporządzeniu 2017/1128, usługa online w zakresie treści oznacza usługę, w rozumieniu artykułów 56 i 57 TFUE⁶⁸, którą dostawca świadczy abonentom online zgodnie z prawem w państwie członkowskim ich zamieszkania na uzgodnionych warunkach, która jest przenośna i która jest audiowizualną usługą medialną zgodnie z definicją zawartą w art. 1 lit. a) dyrektywy 2010/13/UE lub usługą, której głównym elementem jest zapewnienie dostępu do utworów i innych chronionych przedmiotów prawa autorskiego lub transmisji nadawców i korzystania z nich, świadczoną liniowo lub na żądanie.

Usługa będzie mogła zatem zostać zakwalifikowana jako podlegająca pod rozporządzenie, jeżeli spełni łącznie dwa warunki: przenośny charakter oraz możliwość kwalifikacji do jednej z dwóch kategorii usług wskazanych powyżej.

Jak zostało wskazane w rozporządzeniu 2017/1128, przenośność w zakresie treści oznacza cechę usługi online, która pozwala abonentom na skuteczny dostęp do usługi online w zakresie treści i korzystanie z niej w państwie członkowskim ich zamieszkania, bez ograniczenia do określonej lokalizacji (art. 2 ust. 6). Powyższa cecha jest związana również z urządzeniami przenośnymi, takimi jak laptopy, smartfony czy tablety, które ułatwiają korzystanie z treści niezależnie od miejsca w którym znajduje się użytkownik⁶⁹. Możliwość wykorzystania urządzeń tego typu oraz ich zakres, nie stanowią jednak czynnika decydującego o przenośności danej usługi. Należy zauważyć, że usługi *cloud gaming* spełniają powyższą przesłankę przenośności. Co do zasady, istota rozwiązań chmurowych, z których korzystają, polega na zapewnieniu dostępności z różnych miejsc na świecie przy pomocy Internetu.

Analizowane usługi będą mieściły się również w zakresie kategorii usług wskazanych w art. 2 ust. 5 rozporządzenia 2017/1128 jako usługi, których celem jest zapewnienie dostępu do utworów, tj. gier komputerowych (pkt ii). *Cloud gaming* nie mógłby zostać natomiast uznany za audiowizualną usługę medialną, ponieważ określenie audiowizualny powinno odnosić się do ruchomych obrazów z dźwiękiem lub bez niego⁷⁰. Jak zostało wskazane we wcześniejszej części dotyczącej kwalifikacji gry komputerowej na gruncie prawa autorskiego, nie można postawić znaku równości pomiędzy grą komputerową a utworem audiowizualnym. Gry komputerowe oczywiście mogą zawierać takie elementy, jednak nie są one obligatoryjne i nie stanowią o istocie tego typu utworu⁷¹.

Zgodnie z wymogami z art. 3 ust. 1 rozporządzenia 2017/1128, dostawca musi zapewnić dostęp do tych samych treści, w tym samym zakresie i na tej samej liczbie urządzeń, dla tej samej liczby użytkowników, z tym samym zakresem funkcjonalności oraz bez dodatkowych opłat. Na dostawcy nie ciąży obowiązek zapewnienia podobnej jakości świadczonej usługi, chyba że dostawca i abonent uregulowali tę kwestię odmiennie, np. w umowie (art. 3 ust. 3). Warto jednak zauważyć, że jej jakość nie może być celowo obniżana oraz abonent powinien zostać dodatkowo powiadomiony o jakości dostarczania usługi przed rozpoczęciem jej świadczenia.

Należy zwrócić uwagę, że przepisy prawa autorskiego oraz orzecznictwo nie określają jednoznacznie zakresu pojęcia terytorium, dlatego jest to bardzo ważna kwestia, która powinna zostać uregulowa-

67 Rozporządzenie Parlamentu Europejskiego i Rady (UE) 2017/1128 w sprawie transgranicznego przenoszenia na rynku wewnętrznym usług online w zakresie treści z dnia 14 czerwca 2017 r. Dz. Urz. UE L 168 z 30.6.2017 r., s. 1.

68 Traktat o funkcjonowaniu Unii Europejskiej (wersja skonsolidowana), Dz. Urz. UE C 326 z 26.10.2012 r., s. 47-390.

69 Por. motyw 2 rozporządzenia 2017/1128.

70 Zob. motyw 23 dyrektywy Parlamentu Europejskiego i Rady 2010/13/UE z dnia 10 marca 2010 r. w sprawie koordynacji niektórych przepisów ustawowych, wykonawczych i administracyjnych państw członkowskich dotyczących świadczenia audiowizualnych usług medialnych (dyrektywa o audiowizualnych usługach medialnych), Dz. Urz. UE L 95 z 15.04.2010 r., s. 1-24.

71 Jako przykład można wskazać gry tekstowe lub proste gry logiczne w których tło graficzne służy tylko do czytelnego przedstawienia tekstu, a warstwa dźwiękowa może nawet w ogóle nie występować.

naw umowie pomiędzy podmiotem praw autorskich a np. dostawcą usług *cloud gaming*⁷². Niestety, ze względu na powyższe, problemy transgranicznego świadczenia usług online bardzo często wynikają z treści umowy o korzystanie z konkretnego utworu (gry komputerowej) zawartej pomiędzy dostawców usług a podmiotem praw (twórcą gry lub producentem). Już samo rozporządzenie, wskazuje, że realizacja powyższych obowiązków w stosunku do konkretnego utworu, który przykładowo mieści się w ramach katalogu gier dostępnego za pomocą usługi *cloud gamingu*, może być sprzeczna w warunkami licencji udzielonej przez twórcę danej gry na korzyść usługodawcy⁷³. Aby zapewnić przestrzeganie wyłączności terytorialnej, dostawcy usług online w zakresie treści często zobowiązują się w umowach licencyjnych zawieranych z podmiotami praw do uniemożliwienia swoim abonentom uzyskania dostępu do swoich usług i korzystania z nich poza terytorium, na którym dostawca posiada licencję, poprzez np. blokowanie dostępu do ich usług z adresów protokołu internetowego (IP) znajdujących się poza danym terytorium⁷⁴. Taka praktyka jest zgodna z istotą licencji, która ma charakter terytorialny⁷⁵, ale jest w kolizji ze skutecznym stosowaniem zasad swobodnego przepływu osób i usług⁷⁶.

Rozporządzenie 2017/1128 wprowadziło specyficzny mechanizm prawny (fikcję prawną) dotyczący kwalifikacji prawno-autorskiej określonych czynności dokonywanych przez użytkownika w stosunku do konkretnego utworu udostępnianego w ramach usługi online. Mechanizm ten przewiduje, że „czynności zwielokrotniania, publicznego udostępniania i podawania do publicznej wiadomości utworów i innych przedmiotów objętych ochroną, a także czynności pobierania danych lub powtórnego wykorzystania danych z baz danych chronionych prawami *sui generis*, które to czynności następują w trakcie świadczenia usługi abonentom czasowo obecnym w państwie członkowskim innym niż państwo członkowskie ich zamieszkania, uznaje się, że czynności te następują w państwie członkowskim zamieszkania abonentów”⁷⁷.

Rozporządzenie 2017/1128 rozstrzyga również kwestię ewentualnej odpowiedzialności dostawcy w przypadku ograniczeń wynikających z wiążącej go z umowy licencyjnej. Zgodnie z motywem 25 zd. 1

dostawcy usług online w zakresie treści objęci zakresem niniejszego rozporządzenia nie powinni ponosić odpowiedzialności za naruszenie postanowień umownych sprzecznych z obowiązkiem umożliwienia swoim abonentom korzystania z tych usług w państwie członkowskim, w którym abonenci są czasowo obecni.

Dodatkowo, rozporządzenie wskazuje wprost, że postanowienia umowne, które mają na celu zakazanie lub ograniczenie możliwości transgranicznego przenoszenia takich usług online w zakresie treści, powinny być bezskuteczne, a podmioty uczestniczące w łańcuchu dostarczania treści tj. podmiot praw autorskich, dostawca usług i użytkownik, nie mogą obchodzić przepisów rozporządzenia 2017/1128 poprzez wybór prawa państwa trzeciego jako prawa właściwego dla umów między nimi⁷⁸.

Na marginesie warto zwrócić uwagę, że rozporządzenie 2017/1128 definiuje nieprecyzyjnie jeden z elementów kluczowego pojęcia, tj. „czasowej obecności w państwie członkowskim”. Zgodnie z art. 2 pkt 4) omawianego rozporządzenia, oznacza ona obecność przez ograniczony okres. Powyższa definicja ma postać błędnego koła definiowania, tj. to samo przez to samo (*idem per idem*). Może to prowadzić do uzasadnionych wątpliwości, jak długo może trwać czasowa obecność w innym państwie członkowskim. Pomocniczo można w tym zakresie posilkować się przykładami wskazanymi w motywie 1. analizowanego rozporządzenia, które czasową obecność wiążą z wypoczynkiem, turystyką, podróżami służbowymi lub mobilnością edukacyjną. Dodatkowo, również one mogą budzić wątpliwości dotyczące okresu czasu na jaki wskazują (w szczególności mobilność edukacyjna). Jednocześnie, dostawca usług jest zobowiązany do weryfikacji kraju zamieszkania klienta w UE tylko przy zawieraniu i przedłużaniu

72 Por. M. Kubiak [w:] A. Michalak (red.), *Ustawa o prawic...*Legalis, nb. 9 – komentarz do art. 66 pr.aut.

73 Por. motyw 4 i 5 rozporządzenia 2017/1128.

74 Por. motyw 10 rozporządzenia 2017/1128.

75 W przypadku prawa polskiego odpowiednią regulacją w tym zakresie jest art. 66 ust. 1 pr.aut.

76 Por. motyw 1 rozporządzenia 2017/1128.

77 Por. motyw 24 rozporządzenia 2017/1128.

78 Por. motyw 25 rozporządzenia 2017/1128.

umowy⁷⁹, co jest bardzo istotne z perspektywy podmiotu praw autorskich, ponieważ – jak zostało wskazane już powyżej – rozporządzenie 2017/1128 wprowadza niekorzystną dla niego fikcję prawną.

5. Miejsce wykonania umowy, wybór jurysdykcji i prawa właściwego

Specyfiką usług opartych na modelu *cloud computing*, a więc również usług *cloud gaming*, jest ich transgraniczny charakter. Nakładając na powyższe kwestie techniczne dotyczące np. faktycznego miejsca w którym przebywa użytkownik czy lokalizacji serwerów dostawcy usług chmurowych, należy dojść do wniosku, że zagadnienia prawne dotyczące tak podstawowych kwestii, jak miejsca wykonania umowy, wyboru jurysdykcji czy prawa właściwego jawią się jako jedne z kluczowych problemów prawnych, które powinno się brać pod uwagę w ramach stosunków umownych.

Powyższa problematyka nie była przedmiotem analiz doktryny czy też orzecznictwa w odniesieniu do *cloud gaming*. Ze względu zbliżony rodzajowo charakter przedmiotowej usługi w stosunku do innych usług chmurowych (w szczególności usług typu SaaS), również w tym zakresie zasadne będzie posiłkowanie się dorobkiem. Identyfikacja przepisów prawa właściwego, które znajdują zastosowanie do stosunków zobowiązaniowych dotyczących świadczenia usług za pośrednictwem chmury obliczeniowej, jest bardzo często wskazywane przez literaturę jako sprawa trudna, skomplikowana i niejednoznaczna⁸⁰. Jako czynniki wpływające na taki stan rzeczy, A. Krasuski wskazuje przykładowo możliwość korzystania z usług chmurowych z dowolnego miejsca w sposób zdalny, rozproszony charakter zasobów teleinformatycznych wykorzystywanych przez dostawcę usług⁸¹ oraz trudność w ustaleniu miejsca przetwarzania danych w zasobach teleinformatycznych⁸². Powyższy katalog można uzupełnić o czynniki wskazane przez M. Siwickiego, które koncentrują się na umowach dotyczących eksploatacji utworów w chmurze obliczeniowej – trudność w ustaleniu nośnika na którym został zapisany utwór oraz automatyzm działania usług chmurowych⁸³.

Kwestia miejsca wykonania zobowiązania z tytułu umowy *cloud gaming* będzie miała kluczowe znaczenie dla określenia jurysdykcji. Powyższą kwestię będzie regulować przede wszystkim rozporządzenie nr 1215/2012⁸⁴, które określa „jurysdykcję ogólną (art. 4 ust. 1), jurysdykcję szczególną (art. 7–9), jurysdykcję w sprawach ubezpieczeniowych, konsumenckich i wynikających z indywidualnych umów o pracę (art. 10–23) oraz jurysdykcję wyłączną (art. 24)”⁸⁵. Powyższe rozporządzenie znajdzie zastosowanie w sprawach cywilnych i handlowych (art. 1), w tym z zakresu prawa autorskiego, co będzie istotne dla przedmiotu świadczenia usługi⁸⁶.

Co do zasady, osoby zamieszkałe na terytorium państwa członkowskiego mogą być pozywane, niezależnie od ich obywatelstwa, przed sądy tego państwa członkowskiego (art. 4 ust. 1 rozporządzenia 1215/2012), a przed sądy innego państwa członkowskiego tylko zgodnie z przepisami ustanowionymi w sekcjach 2-7 rozporządzenia (art. 5 ust. 1 rozporządzenie 1215/2012), tj. m.in. art. 7-9 (jurysdykcja szczególna) oraz art. 24 (jurysdykcja wyłączna). Sposób ustalenia łącznika miejsca zamieszkania (lub siedziby spółek i osób prawnych) został uregulowany w art. 62 i 63 rozporządzenia. Szczególnie szeroki wybór w zakresie sądu właściwego mogą mieć użytkownicy usług *cloud gaming*, którym art. 63 umożliwia wybór jednego z trzech sposobów określenia siedzimy spółki (osoby prawnej)⁸⁷.

79 Por. art. 5 rozporządzenia 2017/1128.

80 A. Krasuski, *Chmura obliczeniowa. Prawne aspekty zastosowania*, Warszawa 2018, LEX oraz literatura wskazywana tamże; M. Siwicki, *Jurysdykcja krajowa w sprawach z zakresu prawa autorskiego w „chmurach obliczeniowych” w świetle rozporządzenia Parlamentu Europejskiego i Rady (UE) nr 1215/2012*, „Europejski Przegląd Sądowy” 2016, nr 1, s. 22.

81 A. Krasuski, *Chmura obliczeniowa...*, LEX.

82 Tamże.

83 M. Siwicki, *Jurysdykcja krajowa...*, s. 22.

84 Rozporządzenie Parlamentu Europejskiego i Rady (UE) nr 1215/2012 z dnia 12 grudnia 2012 r. w sprawie jurysdykcji i uznawania orzeczeń sądowych oraz ich wykonywania w sprawach cywilnych i handlowych (wersja przekształcona), Dz. Urz. UE L 351 z 20.12.2012 r.

85 M. Siwicki, *Jurysdykcja krajowa...*, s. 21.

86 Por. tamże, s. 21.

87 Por. tamże.

Z punktu widzenia przedmiotu niniejszego opracowania i próby dokonania charakterystyki problematyki świadczenia usług z zakresu *cloud gaming*, najistotniejsze znaczenie będzie miała regulacja zawarta w art. 7 rozporządzenie 1215/2012, która dotyczy jurysdykcji szczególnej w sprawach dotyczących np. umów i roszczeń cywilnoprawnych, a więc również w zakresie praw autorskich. W przypadku spraw wskazanych w art. 7 powód może wytoczyć powództwo według właściwości tam wskazanej lub korzystając z przepisów dotyczących właściwości ogólnej⁸⁸. Zgodnie z art. 7 pkt 1) w sprawach dotyczących umów powództwo wytacza się przed sąd miejsca wykonania tego zobowiązania, którym jest miejsce w państwie członkowskim, w którym rzeczy te zgodnie z umową zostały albo miały zostać dostarczone (sprzedaż rzeczy ruchomych) lub miejsce w państwie członkowskim, w którym usługi zgodnie z umową były świadczone albo miały być świadczone (świadczenie usług).

Jak zostało wskazane wcześniej, ustalenie miejsca wykonania zobowiązania w przypadku usług chmurowych (również *cloud gaming*) nie jest sprawą łatwą.

W przypadku umów dotyczących SaaS w literaturze wskazuje się, że ze względu na złożoność umów dotyczących tego segmentu, każdy ich element wymaga odrębnej analizy. Wydaje się, że do analogicznych wniosków należy dojść w przypadku *cloud gamingu*, który jest usługą zbliżoną do SaaS⁸⁹.

W ramach niniejszego opracowania brakuje niestety miejsca na dokonanie analizy wszystkich elementów stosunku zobowiązaniowego dotyczącego *cloud gaming*, ale warto wskazać chociaż te najistotniejsze.

Jak zostało wskazane powyżej, w niektórych przypadkach usługa *cloud gamingu* może obejmować również umowę sprzedaży gry komputerowej lub umowę wykazującą podobieństwo do umowy sprzedaży, tak jak miało to miejsce w okolicznościach wyroku *UsedSoft*⁹⁰. W przypadku cyfrowych kopii gier komputerowych można argumentować, że miejscem wykonania umowy będzie miejsce pobrania plików niezbędnych do instalacji gry komputerowej. W takim miejscu dochodzi bowiem do jej eksploatacji poprzez zwielokrotnienie gry komputerowej⁹¹.

W przypadku innych elementów umowy *cloud gaming*, które mają cechy świadczenia usług (np. dostęp „na życzenie” do możliwości użytkowania gry wideo za pośrednictwem zasobów sprzętowych dostawcy usług), miejscem wykonania umowy będzie miejsce, gdzie zgodnie z umową usługi były świadczone albo miały być świadczone. W przypadku świadczenia poszczególnych elementów usług w ramach *cloud gamingu* powód będzie uprawniony do wniesienia powództwa we wszystkich państwach, w których były faktycznie realizowane poszczególne elementy usługi⁹². Może to rodzić również istotne wątpliwości z perspektywy podatkowej, co jednak nie jest przedmiotem niniejszego opracowania, oraz może być zniekształcone przez przepisy podatkowe ze względu na stosowane w nich uproszczenia⁹³. Z powyższych rozważań jasno wynika, że specyfika usługi *cloud gamingu* może rodzić dla dostawcy usług ryzyko prowadzenia sporu sądowego według jurysdykcji, która nie jest dla niego korzystna, np. ze względów tak prozaicznych jak koszty obsługi prawnej. Remedium na powyższą sytuację jest określanie przez dostawców usług we wzorcach umownych jurysdykcji właściwej dla konkretnego stosunku zobowiązaniowego na podstawie art. 25 rozporządzenia 1215/2012.

Jednocześnie, należy pamiętać, że stosunki w ramach umów *cloud gaming* są zawierane co do zasady w relacji przedsiębiorca – konsument. Powoduje to konieczność wzięcia pod uwagę sekcji 4 rozporządzenia 1215/2012 (art. 17-19) dotyczącej jurysdykcji w sprawach dotyczących umów konsumenckich. Szczególnie istotny jest w tym wypadku art. 19 rozporządzenia 1215/2012 określający sytuacje, w których skuteczne jest zawarcie umowy o zmianę jurysdykcji w celu ochrony konsumenta,

88 Por. tamże, s. 22.

89 M. Matysiak, *Cloud gaming...*, s. 38.

90 Jako przykład można wskazać usługę *Google Stadia*.

91 Por. tamże, s. 23.

92 Por. tamże, s. 24.

93 Warto jednak zwrócić uwagę, że w przypadku prawa polskiego kwestię tą reguluje m.in. art. 28b i 28k ustawy z dnia 11 marca 2004 r. o podatku dochodowym od towarów i usług, t.j. Dz.U. 2020, poz. 106.

jako słabszej strony stosunku zobowiązaniowego, przed pogorszeniem jego sytuacji. Umowy jurysdykcyjne nie mają skutku prawnego, jeżeli są sprzeczne z przepisami art. 19 (art. 25 ust. 4).

Na marginesie warto podkreślić, że rozporządzenie 1215/2012 przewiduje również jurysdykcję wyłączną, która ze swojej istoty nie może zostać zmieniona przez strony na podstawie umowy prorogacyjnej (art. 24 pkt 4). Wskazany przepis dotyczy jednak spraw, których przedmiotem jest m.in. rejestracja lub ważność patentów, znaków towarowych, wzorów i modeli, jak również podobnych praw wymagających zgłoszenia lub zarejestrowania, a zatem nie będzie znajdował zastosowania w zakresie usług *cloud gamingu*.

Przechodząc dalej, warto zwrócić uwagę, że kolejną kwestią istotną z perspektywy stosunków umownych jest prawo właściwe dla danego stosunku zobowiązaniowego. Kwestię prawa właściwego dla zobowiązań umownych w systemie prawnym Unii Europejskiej reguluje rozporządzenie Rzym I⁹⁴. Przepisów polskiej ustawy Prawo prywatne międzynarodowe⁹⁵ nie stosuje się do obszarów uregulowanych przez europejskie prawo prywatne międzynarodowe, które *expressis verbis* odsyłają do rozporządzenia Rzym I (art. 28 ust. 1 p.p.m.). „Rozporządzenie Rzym I będzie miało zatem zastosowanie wtedy, gdy zarówno dostawca usług w chmurze obliczeniowej, jak i zleceniodawca, klient usług świadczonych w chmurze obliczeniowej, będą mieli siedzibę/miejsce zamieszkania w różnych państwach członkowskich, ale też, gdy będą mieli siedzibę w Polsce, zaś umowa poddana zostanie prawu obcego państwa”⁹⁶. Powyższe uwagi będą aktualne również w przypadku usług *cloud gaming*. Usługi tego typu są zazwyczaj świadczone transgranicznie pomiędzy podmiotami, które mają siedzibę (lub, w przypadku konsumenta, miejsce zamieszkania) w różnych państwach. Warto podkreślić, że rozporządzenie Rzym I przewiduje również możliwości wyboru prawa właściwego w przypadku, gdy podmioty wyrażą taką wolę mimo braku faktycznego aspektu międzynarodowego. Zgodnie z treścią art. 4 pkt 1 lit b) rozporządzenia Rzym I, umowa o świadczenie usług podlega prawu państwa, w którym usługodawca ma miejsce zwykłego pobytu. W analogiczny sposób prawo właściwe będzie określone w przypadku wersji cyfrowych gier (art. 4 pkt 1 lit. a).

Warto jednak zauważyć, że art. 3 ust. 1 rozporządzenia Rzym I wprost przewiduje swobodę wyboru prawa właściwego. Należy jednak pamiętać o ust. 3 i 4 art. 3, który będzie szczególnie istotny w przypadku usług chmurowych, takich jak *cloud gaming*. Zgodnie z art. 3 ust. 3, jeżeli w chwili dokonywania wyboru wszystkie inne elementy stanu faktycznego sprawy zlokalizowane są w państwie innym aniżeli to, którego prawo wybrano, dokonany przez strony wybór nie wyłącza zastosowania przepisów bezwzględnie wiążących, które wchodzą w skład systemu prawnego tego innego państwa. Ust. 4 dotyczy przede wszystkim wyboru prawa właściwego spoza obszaru UE co będzie istotne ze względu na specyfikę branży *gaming* i dużą koncentrację usługodawców tego typu w Stanach Zjednoczonych. W przypadku, gdy wszystkie inne elementy stanu faktycznego w chwili dokonywania wyboru prawa właściwego są zlokalizowane w jednym lub więcej państwach członkowskich, dokonany przez strony wybór prawa właściwego innego niż prawo państwa członkowskiego nie narusza stosowania przepisów prawa wspólnotowego, w odpowiednich przypadkach w kształcie, w jakim zostały one wdrożone w państwie członkowskim sądu, których nie można wyłączyć w drodze umowy (art. 3 ust. 4).

Kwestie wyboru prawa właściwego podlegają jednak modyfikacji w przypadku umów z konsumentami. Punkt 25 preambuły rozporządzenia Rzym I wskazuje, że: „konsumenty powinni podlegać ochronie tych przepisów obowiązujących w państwie ich zwykłego miejsca pobytu, których nie można wyłączyć w drodze umowy”. Zasady dotyczące wyboru prawa właściwego przez konsumentów określa art. 6 rozporządzenia Rzym I.

Zgodnie z nim umowa zawarta pomiędzy przedsiębiorcą a konsumentem podlega prawu państwa, w którym konsument ma miejsce zwykłego pobytu, pod warunkiem że przedsiębiorca: wykonuje

94 Rozporządzenie Parlamentu Europejskiego i Rady (WE) nr 593/2008 z dnia 17 czerwca 2008 r. w sprawie prawa właściwego dla zobowiązań umownych (Rzym I) z dnia 17 czerwca 2008 r., Dz. Urz. UE L 177 z 4.07.2008 r., s. 6.

95 Prawo prywatne międzynarodowe z dnia 4 lutego 2011 r. z dnia 4 lutego 2011 r., t.j. Dz.U. 2015, poz. 1792.

96 A. Krasuski, *Chmura obliczeniowa...6*, LEX.

swoją działalność gospodarczą lub zawodową w państwie, w którym konsument ma miejsce zwykłego pobytu; lub w jakikolwiek sposób kieruje taką działalność do tego państwa lub do kilku państw z tym państwem włącznie. Należy zauważyć, że przesłanka kierowania działalnością do konkretnego państwa powinna być rozumiana szeroko i analizowana w konkretnych okolicznościach faktycznych. Przykładem takiej sytuacji może być, gdy usługodawca posiada stronę internetową (dedykowaną aplikację) w języku danego państwa.

Rozporządzenie Rzym I nie pozbawia stron możliwości wyboru prawa, natomiast przewiduje zastosowanie mechanizmu korygującego, którego celem jest utrzymanie odpowiedniego poziomu ochrony⁹⁷.

W świetle art. 6 ust. 2 strony mogą dokonać wyboru prawa także w stosunkach konsumenckich, z tym że w konsekwencji nie może mieć miejsca sytuacja, w której konsument byłby pozbawiony ochrony, jaką gwarantują mu przepisy bezwzględnie wiążące prawa państwa, w którym ma on miejsce zwykłego pobytu.

Prawo wybrane znajdzie zastosowanie, chyba że przewiduje niższy poziom ochrony niż prawo państwa zwykłego pobytu konsumenta. Prawo państwa zwykłego pobytu konsumenta wyznacza zatem minimalny poziom ochrony⁹⁸.

Warto również zaznaczyć, że powyższe porównywanie pewnej korzystności bezwzględnie obowiązujących norm powinno być rozpatrywane w danych okolicznościach faktycznych.

Wracając do art. 3 ust. 1 zd. 2 rozporządzenia Rzym I należy wskazać, że wybór prawa powinien być dokonany wyraźnie lub w sposób jednoznaczny wynikać z postanowień umowy lub okoliczności sprawy. Z powyższego przepisu nie wynika, aby wolą ustawodawcy europejskiego było wyłączenie możliwości regulacji prawa właściwego, np. w ramach umów adhezyjnych (ogólnych warunków umów). Tymczasem kwestia ta była przedmiotem orzecznictwa zarówno sądów krajowych, jak i europejskich. Przykładowo, Sąd Najwyższy uznał, że klauzule wyboru prawa w umowach konsumenckich zamieszczone w ogólnych warunkach umowy (niewątpliwie nienegocjowanych z konsumentami indywidualnie) są niedozwolone i nie wiążą konsumentów⁹⁹. Wyrok ten był stosowany przez polskie sądy, mimo że spotkał się z krytyką w piśmiennictwie jako niezgodny z prawem UE i wprowadzający nadmierne obciążenia dla przedsiębiorców, którzy mogą zrezygnować ze sprzedaży towarów i usług w naszej jurysdykcji¹⁰⁰.

Odmienne orzekł Trybunał Sprawiedliwości Unii Europejskiej, w wyroku z dnia 28 lipca 2016 r. w sprawie C-191/15 *Amazon EU Sàrl*. Trybunał wskazał, że przepisy unijne dopuszczają wybór prawa w umowach konsumenckich, jednak wybór ten nie może pozbawiać konsumenta ochrony przyznanej mu przez bezwzględnie obowiązujące przepisy państwa jego miejsca zamieszkania. Trybunał nie wykluczył stosowania klauzul wyboru prawa, jednakże nie mogą one wprowadzać konsumenta w błąd odnośnie jego uprawnień wynikających europejskich norm kolizyjnych.

Mając na uwadze wyżej przytoczone orzecznictwo i przepisy rozporządzenia Rzym I wskazać należy, że w przypadku np. zawarcia umowy z polskim konsumentem przez dostawcę usług *cloud gaming*, umowa taka musi uwzględniać prokonneckie przepisy prawa, które nie zostały implementowane na gruncie prawa właściwego według wyboru stron umowy, a na gruncie polskiego prawa mają charakter bezwzględnie obowiązujący. Kwestia ta nie jest jednak jednoznaczna i zapewne w większości stanów faktycznych będzie wymagała przeprowadzenia przez sąd badania, czy przez wybór prawa właściwego innego niż prawo polskie konsument byłby narażony na obniżenie standardów jego ochrony.

97 Por. M. Jagielska [w:] M. Pazdan (red.), *Prawo prywatne międzynarodowe. Komentarz*, Warszawa 2018, Legalis, nb 10 – komentarz do art. 6 rozporządzenia nr 593/2008.

98 Por. tamże, nb. 58.

99 Wyrok SN z 17 września 2014 r., I CSK 555/13, <http://www.sn.pl/sites/orzecznictwo/Orzeczenia3/I%20CSK%20555-13-1.pdf> [dostęp: 20.10.2020].

100 M. Jagielska, A. Kunkiel-Kryńska, *Wybór prawa jako klauzula abuzywna*, „Internetowy Kwartalnik Antymonopolowy i Regulacyjny” 2016, nr 3(5), s. 29-38, <http://cejsh.icm.edu.pl/cejsh/element/bwmeta1.element.desklight-80019c96-fa16-43e6-ac0a-7b930b9eb18f> [dostęp: 20.20.2020].

Na marginesie warto zwrócić uwagę na art. 6 ust. 4 lit. a) rozporządzenia Rzym I, który stanowi, że powyższych zasad nie stosuje się do umów o świadczenie usług, jeżeli usługi mają być świadczone na rzecz konsumenta wyłącznie w państwie innym niż to, w którym konsument ma miejsce zwykłego pobytu. „Zatem, w przypadku gdyby o miejscu świadczenia usług w chmurze obliczeniowej zdecydowały strony, poprzez wskazanie serwerów wykorzystywanych do przetwarzania informacji, zlokalizowanych w państwie innym niż miejsce zwykłego pobytu konsumenta, wówczas prawo właściwe obowiązujące w państwie, w którym serwery te byłyby zlokalizowane, znalazłoby zastosowanie zamiast prawa właściwego dla miejsca pobytu konsumenta”¹⁰¹. Powyższa praktyka nie jest jednak spotykana zarówno w umowach dotyczących usług chmurowych, jak i usług z zakresu *cloud gaming*.

6. Podsumowanie

W niniejszym opracowaniu zostały częściowo poruszone niektóre problemy prawne związane ze świadczeniem usług z zakresu *cloud gamingu*. Szczególnie istotne są kwestie dotyczące wyczerpania praw autorskich oraz kierunków orzeczniczych, które mogą pojawiać się w tym zakresie w przyszłości. Orzecznictwo TSUE wydaje się obecnie stać na stanowisku, że instytucja wyczerpania zawarta w dyrektywie komputerowej nie znajdzie zastosowania w stosunku do gry komputerowej jako całości. Powyższa interpretacja może jednak w przyszłości ulec zmianie ze względu na rolę, jaką w dzisiejszym świecie odgrywają cyfrowe wersje utworów.

Z punktu widzenia nie tylko dostawcy usług *cloud gamingowych*, ale również podmiotu praw autorskich, bardzo istotne są również stosunkowo nowe regulacje dotyczące transgranicznego przenoszenia usług online obowiązujące w Unii Europejskiej. Ze względu na wprowadzoną przez nie fikcję prawną, która dotyczy miejsca korzystania z usług online, – korzystanie przez użytkownika z usług w miejscu jego czasowego pobytu traktowane jest jak korzystanie z nich w miejscu zamieszkania użytkownika. W oczywisty sposób jest to niekorzystne rozwiązanie dla podmiotów praw autorskich.

Bardzo istotne oraz wykraczające częściowo poza ramy niniejszego opracowania są kwestie dotyczące prawidłowego określenia miejsce wykonania umowy, wyboru jurysdykcji czy prawa właściwego. Mogą być one częściowo regulowane przez strony stosunków zobowiązaniowych na zasadzie swobody umów, która jest jednak w istotny sposób ograniczana, np. poprzez cały szereg regulacji dotyczących ochrony konsumentów.

101 A. Krasuski, *Chmura obliczeniowa...*, LEX.

UMOWA POMIĘDZY SPÓŁKĄ DOMINUJĄCĄ A ZALEŻNĄ JAKO PODSTAWA WYWIERANIA WPŁYWU NA SPÓŁKĘ ZALEŻNĄ¹

DOI: 10.5281/zenodo.6022343

dr Grzegorz Nita-Jagielski

 0000-0001-5783-4581

Institut Nauk Prawnych PAN

1. Uwagi wstępne

Powiązania pomiędzy podmiotami w grupie zakładają możliwość i potrzebę wywierania wpływu² przez spółkę dominującą (kontrolującą) na spółki zależne. Jest to mechanizm określany m.in. jako decydujący wpływ³, władczy wpływ⁴, kontrola⁵, kierownictwo⁶, koordynacja⁷. Chodzi w każdym razie o wpływanie przez spółkę dominującą na decyzje spółki zależnej. Władza nad spółką zależną nie jest jednak celem samym w sobie. Spółka dominująca wykorzystuje swe władztwo względem zależnej po to, aby spółka zależna w obszarze, który został jej przydzielony, uczestniczyła w realizacji interesów spółki dominującej bądź też interesów grupy spółek, którą współtworzy⁸.

Podstawy (źródła) prawne dzięki którym spółka dominująca realizuje takie cele są różne. Może wykorzystywać w szczególności prawa korporacyjne posiadane w spółce zależnej (prawo głosu), układy organizacyjne (np. prawo powoływania członków organów spółki zależnej) i faktyczne. Tu natomiast przedmiotem analizy będzie możliwość wykorzystania instrumentów umownych: czy spółka dominująca może zawrzeć ze spółką zależną umowę, na podstawie której zastrzeżona dla niej zostanie kompetencja do oddziaływania decyzyjnego na spółkę zależną. Instrument umowy *prima facie* jest niewątpliwie dogodny. Daje obu stronom stabilizację, wzmacnia pewność prawną, a poza tym legitymizuje prawnie aktywną pozycję spółki dominującej. Rodzi się jednak fundamentalne pytanie, na ile instrumenty obligacyjne są tu właściwą metodą regulacyjną, czy można umownie ingerować w sferę autonomii innego podmiotu, a nawet modyfikować ustrojowe reguły kompetencyjne w spółce zależnej.

Przedstawiane w artykule analizy odnoszą się do problematyki umownego regulowania relacji pomiędzy spółkami w grupie spółek⁹, a zatem do sytuacji, gdy strony umowy są już w stosunku dominacji. Inną kwestią jest to, czy strony (spółki) ze sobą nie powiązane taką relacją mogą zawrzeć umowę o podporządkowanie decyzyjne jednej względem drugiej i jakie to będzie miało implikacje w świetle przepisów prawa spółek¹⁰.

1 Niniejsza publikacja stanowi zaktualizowaną i uzupełnioną wersję artykułu naukowego opublikowanego w numerze specjalnym „Studia Prawnicze” 2018, nr 5.

2 Określenie „wywieranie wpływu” używane tu jest dla oznaczenia różnych form oddziaływania spółki dominującej na decyzje podejmowane przez spółkę zależną; zamiennie stosowane będzie określenie „oddziaływanie decyzyjne”.

3 Zob. np. art. 4 § 1 pkt 4 lit. f ustawy z dnia 15 września 2000 r. – Kodeks spółek handlowych, t.j. Dz.U. 2020, poz. 1526, 2320.

4 W prawie niemieckim – *beherrschender Einfluss* jako przesłanka dominacji (§ 17 ust. 1 niem. *Aktengesetz*; *vide infra*).

5 Zob. np. art. 3 ust. 1 pkt 34 i 37 ustawy z 29 września 1994 r. o rachunkowości, t.j. Dz.U. 2019, poz. 351 ze zm. – kontrola nad inną jednostką jest kluczowym elementem definicji jednostki dominującej.

6 Np. w prawie niemieckim – jako przesłanka koncernu (niem. *einheitliche Leitung* – jednolite kierownictwo); zob. § 18 ust. 1 niem. *Aktengesetz*; określenie to jest też używane w prawie włoskim (*direzione* – zob. art. 2497 włoskiego kodeksu cywilnego; Dekret z 16 marca 1942 r., nr 262).

7 Zob. art. 2497 włoskiego kodeksu cywilnego (*vide supra*) – wł. *coordinamento*.

8 Rozróżnienie tych płaszczyzn interesu jest tu tylko sygnalizowane, wymaga osobnego opracowania.

9 Zasadniczo rozważaniami objęto umowy, których stroną są powiązane relacją dominacji spółki kapitałowe, gdyż takie właśnie umowy bywają zawierane w praktyce obrotu.

10 Zagadnienie to pozostawione zostanie poza obszarem poniższych rozważań.

2. Tło prawnoporównawcze

2.1. Regulacje umowy o podporządkowanie w prawie niemieckim

Umowa umożliwiająca spółce dominującej daleko idące oddziaływanie decyzyjne na spółkę zależną została szczegółowo uregulowana w prawie niemieckim (zob. § 291 i nast. AktG¹¹). Jest to umowa o podporządkowanie (władztwo – niem. *Beherrschungsvertrag*)¹², stanowiąca jeden z typów umów dotyczących przedsiębiorstwa (niem. *Unternehmensverträge*). U podłoża tej regulacji legło założenie, iż dla wywierania przez spółkę dominującą władczego wpływu na spółkę zależną konieczna jest wyraźna podstawa prawna. Uznano, że takie ograniczanie autonomii spółki zależnej można dopuścić tylko wówczas, gdy spółka ta wyrazi na to zgodę w umowie. Przyjęta formuła obligacyjna opierała się na dorobku orzecznictwa sądów pruskich w sprawach podatkowych. Jednocześnie zakładano pierwotnie, że bez takiej umowy wpływ faktyczny będzie zakazany; ostatecznie jednak go dopuszczono. Aby zaś skłonić strony do wejścia w układ umowny zastosowano metodę zachęty podatkowej: zawarcie umowy o podporządkowanie powodowało łączne opodatkowanie dochodów spółek będących jej stroną (tzw. *Organschaft*). Później z tego rozwiązania zrezygnowano¹³, jednak umowy takie są nadal zawierane, choć w znacznie mniejszej skali, niż się to postrzeża.

Zawierając taką umowę spółka akcyjna lub komandytowo-akcyjna¹⁴ poddaje się kierownictwu (niem. *Leitung*) innego przedsiębiorstwa. Podstawowym skutkiem tej umowy, unormowanym wyraźnie przez AktG, jest uprawnienie przedsiębiorstwa dominującego do wydawania spółce zależnej poleceń (niem. *Weisungen*). Mogą być wydawane również polecenia niekorzystne dla spółki zależnej, jeżeli służą one interesom przedsiębiorstwa dominującego lub innego przedsiębiorstwa powiązanego koncernowo ze spółką dominującą i zależną¹⁵. Zarząd spółki zależnej jest (co do zasady) zobowiązany wykonywać polecenia przedsiębiorstwa dominującego (§ 308 AktG). Zawarcie umowy o władztwo zmienia istotnie nie tylko strukturę kompetencyjną w spółce zależnej, ale też reguły odpowiedzialności organów. Zarząd spółki zależnej nie odpowiada za szkodę wyrządzoną zarządzanej spółce, jeśli wykonuje polecenie przedsiębiorstwa dominującego (§ 310 ust. 3 AktG). Za to odpowiedzialność za szkodę spółki zależnej mogą ponosić przedstawiciele przedsiębiorstwa dominującego (§ 309 AktG). Zawarcie umowy o władztwo zobowiązuje strony do zastosowania określonych zabezpieczeń interesów innych podmiotów – akcjonariuszy mniejszościowych i wierzycieli.

Niemiecki prawodawca uregulował umowę o podporządkowanie jako umowę o skutku organizacyjnym. Jest to wyraźnie widoczne, gdyż umowa modyfikuje fundamentalne reguły ustroju spółki zależnej. Zmienia się nie tylko pozycja prawna organów spółki, sytuacja prawna wspólników, ale również takie podstawowe konstrukcje, jak cel spółki i rozumienie jej interesów. Niemiecka doktryna uznaje, iż jest to umowa wywierająca skutki analogiczne jak zmiana statutu (stanowi „materialną” zmianą statutu)¹⁶. Nie sposób jednak nie zauważyć, że zmiany są jednak znacznie dalej idące, niż w przypadku zmiany statutu, gdyż w „klasycznej” spółce podobne efekty nie mogłyby być osiągnięte przez zwykłą zmianę statutu.

11 Ustawa (*Bundesgesetz*) z 6 października 1965 r., BGBl I, s. 1089, zwana dalej: AktG.

12 J. Warchoł, *Umowy koncernowe w prawie niemieckim i polskim*, Kraków 2001, s. 48, określa tę umowę jako „umowa o przekazanie kierownictwa”. Rozpowszechnione jest także określanie takich umów zbiorczo z pozostałymi mowami dotyczącymi przedsiębiorstwa jako „umowy koncernowe” (niem. *Konzernvertrag*), jakkolwiek AktG nie używa takiego określenia.

13 Od 2002 r. dla doliczenia dochodu spółki zależnej do dochodu spółki dominującej wymagane jest zawarcie umowy o odprowadzanie zysków (niem. *Gewinnabführungsvertrag*) – § 14 niem. ustawy z 31 sierpnia 1976 r. o podatku dochodowym od osób prawnych (niem. *Körperschaftsteuergesetz*), BGBl. I S. 4144 z 2002 r., ze zm.

14 Pomimo braku w tej sprawie regulacji powszechnie uznaje się, że również spółka z ograniczoną odpowiedzialnością (niem. *Gesellschaft mit beschränkter Haftung*) może zawrzeć taką umowę.

15 Powiązanie koncernowe zachodzi w wypadku, gdy przedsiębiorstwa pozostają pod jednolitym kierownictwem (niem. *einheitliche Leitung*) – zob. § 18 AktG.

16 V. Emmerich [w:] V. Emmerich, M. Habersack (red.), *Aktien- und GmbH-Konzernrecht*, München 2008, s. 123; T. Liebscher, *GmbH-Konzernrecht*, München 2006, s. 219; K. Schmidt, *Gesellschaftsrecht*, Köln-Berlin-Bonn-München 2002, s. 499-500.

2.2. Dopuszczalność zawierania umów o podporządkowanie w innych systemach prawnych – wzmianka

W kilku europejskich systemach prawnych wzorując się na prawie niemieckim wprowadzono również koncepcję koncernu umownego (m.in. w Portugalii, Czechach, Słowenii i Chorwacji), a pewne założenia tej koncepcji wykorzystano też na Węgrzech¹⁷. Rozwiązania prawne tych państw przewidują możliwość zawarcia przez spółkę dominującą i zależną umowy o podporządkowanie (zarządzanie), z prawem do wydawania przez spółkę dominującą poleceń dla spółki zależnej. Regulacje wzorowane na pierwowzorze niemieckim wprowadzono też w Brazylii¹⁸ i w Turcji¹⁹. Podobne rozwiązania próbowano też wprowadzić do prawa wspólnotowego; jednakże projekt IX Dyrektywy z 1984 r. nie uzyskał ostatecznie akceptacji, a prace nad nim zostały zarzucone²⁰.

W niektórych systemach prawnych zawieranie przez spółkę dominującą i zależną analogicznych umów o władztwo (podporządkowanie) uznaje się za dopuszczalne pomimo braku regulacji. Takie stanowisko – choć niejednolicie i nie bez wątpliwości – zajmuje doktryna na gruncie prawa austriackiego²¹ i szwajcarskiego²². Dyskutowane są skutki takiej umowy, a zwłaszcza zakres możliwego oddziaływania decyzyjnego. Omawiane umowy (również pomimo braku szczegółowych unormowań) uznawane są w prawie rosyjskim, choć wywołują one liczne wątpliwości²³. W większości systemów prawnych dopuszczalność zawierania takich umów jest kwestionowana²⁴.

3. Stan prawny w zakresie „umów przewidujących zarządzanie spółką zależną” w prawie polskim

3.1. Regulacja prawna

Prawo polskie na gruncie kodeksu handlowego nie odnosiło się do możliwości zawierania takich umów. Było to zrozumiałe, gdyż w okresie wprowadzania tego aktu (1934 r.) nie zakładano jeszcze takich potrzeb – w polskich realiach nie było wówczas rozwiniętych powiązań pomiędzy spółkami o charakterze dominacji-zależności. Również w latach 90. nie wprowadzono takich regulacji.

17 Szerzej zob. G. Nita-Jagielski, *Tendencje europejskie w zakresie regulacji grup spółek (koncernów)*, [w:] J. Kruczalak-Janowska (red.), *Wpływ europeizacji prawa na instytucje prawa handlowego*, Warszawa 2013, s. 161-162.

18 Ustawa nr. 6.404 o spółkach akcyjnych z 15 grudnia 1976 r.; zob. też F. Konder Comparato, *Die Konzerne im neuen brasilianischen Aktiengesetz*, „Zeitschrift für Unternehmens- und Gesellschaftsrecht“ 1979, nr 4, s. 583 i nast.

19 W prawie tureckim sytuacja normatywna w zakresie umów o podporządkowanie jest z punktu widzenia niniejszych rozważań szczególnie interesująca, gdyż przypomina ona stan prawny w prawie polskim. Mianowicie turecki kodeks handlowy z 13 stycznia 2011 r. (nTHGB) stanowi, iż dominacja nad spółką może mieć podstawę m.in. w umowie (art. 195). Jednocześnie przewiduje, że w razie zawarcia umowy o podporządkowanie (tur. *hakimiyet sözleşmesi*) niezbędne jest dla jej skuteczności zgłoszenie do rejestru handlowego. Brak natomiast unormowania treści takich umów, co wywołuje w doktrynie podobne do zgłaszanych w Polsce wątpliwości co do możliwości ich zawierania; zob. G. Gündogdu, *Das türkische Konzernrecht im Lichte des schweizerischen und deutschen Rechts*, Frankfurt am Main 2014, s. 215 i nast.

20 Szerzej zob. G. Nita-Jagielski, *Tendencje europejskie...*, s. 166-168.

21 Doktryna dopuszcza zawieranie takich umów przez zależne spółki z ograniczoną odpowiedzialnością (*Gesellschaft mit beschränkter Haftung*). Natomiast neguje taką możliwość w przypadku spółek akcyjnych. Zob. *Gesellschaftsrechtliche Probleme der Organschaft. Zugleich Beitrag zum Konzernrecht*, Wien 2004, s. 199-201, 218-219; P.V. Kuntz, *Konzernverträge: Möglichkeiten sowie Risiken*, „Grundlagen zum Konzernrecht der Schweiz“ 2017, nr 2, s. 172-184, https://boris.unibe.ch/101994/1/2017_GesKR_2.pdf [dostęp: 5.07.2020].

22 Zob. np. Peter V. Kunz, *Konzernverträge: Möglichkeiten sowie Risiken*, „Gesellschafts- und Kapitalmarktrecht“ 2017, nr 2, s. 177-178.

23 J. Telke, *Russisches Konzernrecht*, Berlin 2012, s. 53-55, 62-64, 126-129 i 134-135.

24 Dyskusja w tej sprawie trwa np. w doktrynie włoskiej. Przepisy włoskiego kodeksu cywilnego wzmiankują wprowadzić o możliwości wywierania na spółkę wpływu kontrolnego na podstawie umowy (art. 2359 i art. 2497 *septies*), nie precyzując o jakie umowy chodzi. Przeważają jednak opinie, że regulacja ta nie oznacza dopuszczalności zawierania umów o podporządkowanie na podobieństwo umów znanych w prawie niemieckim; zob. A. Mohn, *Die Gesellschaftsgruppe im italienischen Recht. Eine Untersuchung unter besonderer Berücksichtigung der Entwicklung im Europäischem Recht*, Berlin-Boston 2012, s. 42-43.

Problematyka ta nie była wówczas bliżej rozpoznana, pojawiały się już jednak w tej sprawie wypowiedzi doktryny²⁵.

Dopiero przepisy kodeksu spółek handlowych zmieniły ten stan. Zgodnie z art. 7 w razie zawarcia przez spółkę dominującą i zależną „umowy przewidującej zarządzanie spółką zależną” strony są zobowiązane ujawnić tę umowę przez zgłoszenie do akt rejestrowych wyciągu z tej umowy zawierającego postanowienia określające zakres odpowiedzialności spółki dominującej za szkodę wyrządzoną spółce zależnej z tytułu niewykonania lub nienależytego wykonania umowy oraz zakres odpowiedzialności spółki dominującej za zobowiązania spółki zależnej względem wierzycieli (w braku umownej regulacji takiej odpowiedzialności również zobowiązane są to ujawnić). Sankcją za niedopełnienie tych obowiązków w stosownym terminie jest nieważność postanowień ograniczających lub wyłączających odpowiedzialność spółki dominującej wobec spółki zależnej lub jej wierzycieli. Regulację tę uzupełnia wymóg, aby o zawarciu takiej umowy zdecydowało zgromadzenie wspólników lub walne zgromadzenie (art. art. 228 pkt 6 i art. 393 pkt 7 k.s.h.). Ponadto przewidziano, iż wywieranie decydującego wpływu (w szczególności) na podstawie takiej umowy jest jedną z podstaw dominacji (art. 4 § 1 p. 4 lit. f.k.s.h.). Można wszakże na marginesie zauważyć, że unormowanie to w zestawieniu z przepisem art. 7 k.s.h. budzi wątpliwości; wynika bowiem z niego, że przesłanką (jak się wydaje samoistną) dominacji jest wykonywanie „umowy przewidującej zarządzanie spółką zależną”, podczas gdy umowa ta ma być zawierana właśnie pomiędzy spółką dominującą i spółką zależną²⁶.

3.2. Znaczenie regulacji art. 7 k.s.h. dla możliwości ustalenia treści umów o wywieranie wpływu na spółkę zależną

Nowe regulacje spotkały się z żywym zainteresowaniem w doktrynie. Niemniej pomimo upływu 20 lat od ich wprowadzenia nie udało się rozstrzygnąć niektórych fundamentalnych zagadnień.

Kwestią nie budzącą zasadniczych wątpliwości jest to, czy na gruncie art. 7 k.s.h. mamy do czynienia z regulacją treści umów odnoszących się do zarządzania spółką zależną przez dominującą. Wspomniany przepis nie normuje treści takiej umowy. Jedyne wskazówki w tej materii pozwalają stwierdzić, że ustawodawca ma na myśli umowy dotyczące zarządzania, których przedmiotem są regulacje relacji zachodzących w związku z dominacją (wniosek taki wynika ze sposobu określenia stron)²⁷ oraz że mogą w niej być zawarte postanowienia dotyczące odpowiedzialności spółki dominującej i te postanowienia uznaje za ważne, gdyż nakazuje je ujawnić w rejestrze. Ale to nie pozwala uznać, że jest to wystarczające dla „odkodowania” elementów przedmiotowo istotnych²⁸. Ustawodawca nie wypełnia też regulacjami treści stosunku prawnego między stronami, jak to czyni w przypadku typowych nazwanych umów obligacyjnych. Nie czyni tego w żadnym z istotnych aspektów: ani co do zasad zarządzania, zwłaszcza kwestii kompetencyjnych, sposobu oddziaływania decyzyjnego czy też jego dopuszczalnego zakresu. Regulacja art. 7 k.s.h. nie zawiera zatem unormowania „umowy przewidującej zarządzanie spółką zależną” jako umowy nazwanej. Jak wyżej przytoczono, przewiduje jedynie pewne dalsze konsekwencje

25 Zob. np. L. Stecki, *Koncern*, Toruń 2001, s. 243 i nast. Pogląd o niedopuszczalności zawierania takich umów na gruncie k.s.h. wraził A. Opalski, *Koncern w polskim prawie spółek – porównanie z prawem niemieckim*, „Przegląd Prawa Handlowego” 1998, nr 7, s. 21.

26 Na pierwszy rzut oka wydaje się, że mamy tu do czynienia ze swoistym błędnym kołem we wnioskowaniu (*petitio principii*). Przesłanką dominacji ma być wykonywanie umowy, która może być zawarta w przypadku istnienia dominacji. Ponieważ niniejsze rozważania dotyczą prawnych instrumentów oddziaływania decyzyjnego na spółkę zależną a nie skutków tego dla stosowania restrykcji związanych z zaistnieniem stosunku dominacji, to kwestia ta nie będzie przedmiotem dalszych analiz.

27 Część doktryny akcentuje tę kwestię uznając, że umowy te muszą mieć „cel holdingowy”. M. Wojtyczek, *Dopuszczalność zawierania tzw. umów holdingowych w świetle przepisów kodeksu spółek handlowych*, „Prawo Spółek” 2002, nr 5, s. 29-30; A. Szumański, *Ograniczona regulacja prawa holdingowego (prawa grup spółek) w kodeksie spółek handlowych*, „Państwo i Prawo” 2001, nr 3, s. 24.

28 Jest to pogląd przeważający w doktrynie. Wprawdzie pojawiają się w piśmiennictwie wypowiedzi dotyczące *essentialia negotii* takich umów (zob. np. P. Wąż, *Kodeks spółek handlowych jako źródło polskiego prawa koncernowego*, „Przegląd Prawa Handlowego” 2008, nr 6, s. 45), ale jest to raczej jedynie uproszczenie – określnie to jest używane nie w takim znaczeniu, jak w przypadku umów nazwanych.

zawarcia umowy podpadającej pod tę regulację, które są zasadniczo „zewnętrzne” względem nawiązanego stosunku obligacyjnego, tzn. nie odnoszą się do samej relacji „zarządzania spółką zależną”.

Regulacje te traktują zatem zagadnienie umów pomiędzy spółką dominującą i spółką zależną od innej strony: przewidują jakie będą obowiązki w zakresie publicznego ujawniania i pewne dalsze konsekwencje prawno-spółkowe w razie zawarcia takiej umowy. Sama zaś umowa określana jest jedynie przez wskazanie jej przedmiotu – jako „umowa przewidująca zarządzanie spółką zależną”. Problemem na gruncie art. 7 k.s.h. jest zatem to, jakie umowy podlegają pod tę kategorię umów.

Już pobieżna refleksja pozwala stwierdzić, że tym wypadku nie chodzi o umowy nazwane. W polskim systemie prawnym nie są bowiem unormowane umowy, które regulują zarządzanie jednego podmiotu przez inny w związku z zachodzącymi między nimi powiązaniem²⁹. W doktrynie wyjaśniono, że nie chodzi tu o umowę o zarządzanie cudzym przedsiębiorstwem (umowę menadżerską)³⁰. Umowa menadżerska służy bowiem innym celom – jest postacią umowy o usługi dla zarządzanego przedsiębiorstwa, w której funkcje służebne pełni zarządzający, podczas gdy na gruncie przepisu art. 7 k.s.h. spółka zarządzająca ma pozycję dominującą. W przepisie tym ustawodawca ma na uwadze umowy, które swym przedmiotem dotyczą regulacji relacji dominacja–zależność.

W doktrynie prezentowane są różne stanowiska co do tego, na jakie umowy wskazuje ustawodawca w art. 7 k.s.h. Część doktryny uznaje, iż chodzi tu o umowy o analogicznej konstrukcji, jak niem. *Beberrschungsvertrag*³¹. Zbliżony do tego jest pogląd, iż chodzi o empiryczne postacię tzw. umów strukturalnych, tj. tworzących struktury organizacyjne pomiędzy spółką dominującą oraz zależną i określających w sposób trwały konsekwencje prawne stosunku dominacji³². W każdym razie takie umowy miałyby prowadzić do istotnych zmian ustrojowych w spółce zależnej, polegających w szczególności na zmianie celu jej działalności, zmianie w kompetencjach jej organów i modyfikacji sytuacji prawnej jej wspólników³³. Prezentowany jest też bardziej ostrożny pogląd, iż na gruncie art. 7 k.s.h. chodzi o umowy, które wprawdzie mają „organizacyjny” charakter i zapewniają podobne możliwości oddziaływania spółki dominującej na zależną, jak wg wyżej zreferowanego poglądu, niemniej wywierają jedynie skutki obligacyjne³⁴. Wreszcie najbardziej sceptyczny względem omawianej regulacji pogląd zakłada, że z racji na sprzeczność z przepisami ustrojowymi prawa spółek nie ma możliwości zawierania umów przewidujących zarządzanie spółką zależną, a zatem regulacja art. 7 k.s.h. jest pusta³⁵.

29 Unormowane umowy o podobnej tytularcie (np. umowa o zarządzanie przedsiębiorstwem na podstawie art. 45a ustawy z dnia 25 września 1981 r. o przedsiębiorstwach państwowych, t.j. Dz.U. 2017, poz. 2152; podobna umowa wg nieobowiązującego już art. 17 ustawy z dnia 30 sierpnia 1996 r. o komercjalizacji i niektórych uprawnieniach pracowników, t.j. Dz.U. 2019, poz. 2181 dotyczą innej problematyki – świadczenia usług zarządzania.

30 M. Wojtyczek, *Dopuszczalność zawierania...*, s. 31-32.

31 J. Warchoł, *Umowy koncernowe...*, s. 60-62; podobnie (choć z nieco innym uzasadnieniem) J. Schubel, G. Domański, *Krytycznie o projekcie prawa grup spółek*, „Przegląd Prawa Handlowego” 2011, nr 5, s. 11; jak się wydaje tak też (choć z zastrzeżeniami) R.L. Kwaśnicki, M. Przygrodzka, *Umowy holdingowe w prawie prywatnym oraz holdingowym*, „Radca Prawny” 2005, nr 4, s. 49-51; T. Staranowicz, *Regulacja prawna holdingu w K.S.H.*, „Radca Prawny” 2003, nr 6, s. 87 oraz M. Ruciński, *Stosunek dominacji i zależności powstały wskutek wywierania decydującego wpływu na działalność spółki kapitałowej oraz porozumień wspólników*, „Przegląd Ustawodawstwa Gospodarczego” 2019, nr 6, s. 29. Podobnie – choć bez bliższej charakterystyki – T. Leipert, *Istota koncernu a art. 4 § 1 pkt f k.s.h.*, „Przegląd Prawa Handlowego” 2006, nr 2, s. 53 i 57 oraz M. Romanowski, *Pojęcie spółki dominującej w kodeksie spółek handlowych*, „Państwo i Prawo” 2004, nr 5, s. 45.

32 A. Szumański, *Ograniczona regulacja prawa...*, s. 24.

33 J. Warchoł, *Umowy koncernowe...*, s. 61-62; A. Szumański, *Ograniczona regulacja prawa...*, s. 30 zwraca natomiast uwagę na możliwość ustanowienia zarządu holdingu, który przejmie kompetencje zarządu spółki zależnej w zakresie zarządzania strategicznego, pozostawiając zarządowi spółki zależnej zarządzanie bieżące.

34 S. Włodyka, *Prawo koncernowe*, Kraków 2003, s. 104-105; M. Wojtyczek, *Dopuszczalność zawierania...*, s. 32-33; T. Targosz, *Art. 7 k.s.h. – czy rzeczywiście załączek regulacji prawa holdingowego?*, „Rejent” 2003, nr 1, s. 116-117; P. Wąż, *Kodeks spółek handlowych jako źródło polskiego prawa koncernowego*, „Przegląd Prawa Handlowego” 2008, nr 6, s. 48-48; P. Wąż, *Koncern umowny w prawie polskim*, „Prawo Spółek” 2007, nr 11, s. 20-21; M. Stanik, *Zasada przejrzystości stosunków korporacyjnych w polskim prawie grup spółek*, Warszawa 2017, s. 90-91, 94-99. Stanowiska zwolenników tego sposobu pojmowania umowy przewidującej zarządzanie spółką zależną różnią się w szczegółach. Niektóre nie są też w pełni konsekwentne co do braku ustrojowych skutków umowy.

35 Tak m.in. A. Opalski, *Prawo zgrupowań spółek*, Warszawa 2012, s. 258; P. Moskała, *Prawne instrumenty zarządzania zgrupowaniem spółek kapitałowych*, Warszawa 2020, s. 257-258.

Pośród przytoczonych stanowisk dopuszczających zawieranie umów dotyczących zarządzania spółką zależną widoczne są pewne wspólne elementy. Przede wszystkim umowy te są uznawane za umowy nienazwane³⁶. Są one zazwyczaj postrzegane jako umowy samoistnie regulujące relacje pomiędzy spółkami w związku z dominacją, różnie określane w doktrynie³⁷. W piśmiennictwie została jednak wyrażona opinia, że może tu również chodzić o inne umowy – tzw. funkcjonalne, w których zawarte są postanowienia dotyczące oddziaływania decyzyjnego na spółkę zależną (np. umowa leasingu, franchisingu, licencji)³⁸. Wspólnym mianownikiem większości przytoczonych stanowisk jest również to, iż za podstawę dla dopuszczalności i ukształtowania treści umów przewidujących zarządzanie spółką zależną uznaje się nie art. 7 k.s.h., lecz zasadę swobody umów (art. 353¹ k.c.)³⁹. Jednakże mając na względzie przytoczone wyżej różne ujęcia umów w przedmiocie zarządzania spółką zależną, zauważyć należy, że zachodzą fundamentalne różnice co do możliwości stosowania tej zasady w odniesieniu do omawianych umów w zależności od ich konstrukcji.

Regulacja art. 7 k.s.h. nie ma znaczenia rozstrzygającego dla ustalenia kształtu prawnego umów dotyczących zarządzania spółką zależną i ostatecznie możliwości „zarządzania spółką zależną” będą musiały być ustalane według zasad ogólnych, przede wszystkim zasady swobody umów. W związku z tym w dalszych rozważaniach przyjęta zostanie nieco szersza optyka. Rozważania będą dotyczyły nie umów o zarządzanie, ale umów dających możliwości wywierania wpływu na spółkę zależną, przy czym część z nich może oczywiście być umowami przewidującymi zarządzanie spółką zależną w rozumieniu art. 7 k.s.h.).

4. Umowy przewidujące oddziaływanie decyzyjne spółki dominującej na zależną a zasada swobody umów – kwestie wyjściowe

Poczynione wyżej ustalenie, iż regulacja zawarta w art. 7 k.s.h. nie wyznacza reżimu umów o wywieranie przez spółkę dominującą wpływu na spółkę zależną przenosi rozważania na inny obszar – w jego centrum znajduje się kwestia, czy i ewentualnie z jaką treścią umowy te mogą być zawierane na zasadzie swobody kontraktowej. Podkreślić wypada, że jeśli prawne ramy autonomii woli stron stałyby temu na przeszkodzie, to umowy takie w ogóle nie mogłyby być zawierane⁴⁰. Brak bowiem w tym zakresie szczególnej normy kompetencyjnej⁴¹.

Swoboda dokonywania czynności prawnych wynika już z przepisów ogólnych dotyczących czynności prawnych (zwłaszcza z art. 56 k.c.). Ogólne reguły autonomii woli stron gwarantują swobodę m.in. w odniesieniu do decyzji o wejściu w dany stosunek prawny i wyborze kontrahenta. W rozważanym przypadku powstaje jednakże problem, iż strony nie są w równorzędnej pozycji i umowa może zostać narzucona spółce zależnej przez spółkę dominującą. Jest to jednak osobna kwestia, która nie będzie tu rozważana. Centralnym problemem jest natomiast to, jakie są granice swobody treści umowy w odniesieniu do możliwości oddziaływania decyzyjnego spółki dominującej na zależną w świetle obowiązującego prawa, a zwłaszcza przepisu art. 353¹ k.c.

36 A. Szumański, *Ograniczona regulacja prawa...*, s. 29, stwierdza, że są to w istocie powtarzające się klauzule umowne, które indywidualizują tę umowę jako tzw. empiryczny typ umowy. W sprawie umów nienazwanych zob. szerzej W.J. Katner [w:] W.J. Katner (red.), *Prawo zobowiązań – umowy nienazwane*, System Prawa Prywatnego, t. 9, Warszawa 2010, s. 1 i nast.

37 Jako „umowa przewidująca zarządzanie” – M. Wojtyczek, *Dopuszczalność zawierania...*, s. 32; jako „umowa o przekazanie kierownictwa” – J. Warchoń, *Umowy koncernowe...*, s. 63.

38 T. Targosz, *Art. 7 k.s.h...*, s. 113. W takiej sytuacji stosowne postanowienia (klauzule) właściwe dla umowy przewidującej zarządzanie spółką zależną mogłyby też znaleźć się w umowie nazwanej.

39 A. Szumański, *Ograniczona regulacja prawa...*, s. 29; M. Wojtyczek, *Dopuszczalność zawierania...*, s. 30; S. Włodyka, *Prawo koncernowe...*, s. 96-97; z wątpliwościami T. Targosz, *Art. 7 k.s.h...*, s. 115 i 131; R.L. Kwaśnicki, M. Przygodzka, *Umowy holdingowe...*, s. 49-51.

40 Tak A. Opalski [w:] W.J. Katner (red.), *Prawo zobowiązań...*, s. 934-941; P. Moskała, *Prawne instrumenty zarządzania...*, s. 242 i nast.

41 Nie jest nią przepis art. 7 k.s.h.

Na pytanie o stosowanie zasady swobody umów do umów przewidujących wywieranie wpływu na spółkę zależną przez spółkę dominującą nie można udzielić odpowiedzi bez analizy konkretnych konstrukcji umownych. W pierwszej kolejności ocena zależy od tego, jaki charakter ma mieć ta umowa: czy ma to być umowa modyfikująca ustroj wewnętrzny spółki, czy też jedynie umowa o skutkach obligacyjnych. Dopuszczalność postanowień umownych odnośnie wywierania wpływu na spółkę zależną jest uwarunkowana konstrukcją prawną umowy, czyli tym, jakie skutki prawne zostały przewidziane przez strony umowy.

Umieszczenie i treść przepisu art. 353¹ k.c. wskazują, że odnosi się on do umów obligacyjnych. Jednakże przyjmuje się, że ma on zastosowanie również do umów i statutów spółek handlowych⁴². Także umowne regulowanie stosunków ustrojowych spółek następuje zasadniczo według reguł autonomii woli – w ramach wyznaczonych przez prawo spółek. Część doktryny wprawdzie odnosi się do tej tezy powściągliwie⁴³, niemniej jednak w prawie ustrojowym spółek kwestią jest nie samo stosowanie, ale zakres swobody kontraktowej, który jest – zwłaszcza w przypadku spółek kapitałowych – istotnie ograniczony⁴⁴. Swoboda umów w przypadku spółek handlowych polega na wolności kształtowania treści umowy lub statutu, stąd też czasem zwana jest autonomią statutową⁴⁵. Zakres tej swobody w odniesieniu do ustroju spółki jest istotnie ograniczony licznymi przepisami imperatywnymi i ustawową konstrukcją spółek jako jednostek organizacyjnych. Z tego względu ukształtowanie ustroju spółki odbiegającego od imperatywnie określonego w przepisach prawa nie jest dopuszczalne. Nie można tego uczynić ani przez postanowienia umowy (statutu) ani tym bardziej przez zawarcie umowy z innym podmiotem. Dalszej analizy wymaga problem, czy uwagi te są aktualne w odniesieniu do umowy przewidującej zarządzanie spółką zależną ze skutkiem ustrojowym.

W odniesieniu do umowy o oddziaływanie przez spółkę dominującą na zależną ze skutkiem obligacyjnym stosowanie reguły swobody umów nie budzi zasadniczych wątpliwości. Umowa taka nie ma bowiem na celu modyfikacji ustroju wewnętrznego spółki, lecz kształtowanie zewnętrznych stosunków prawnych spółki. Jest to umowa przynależąca do prawa zobowiązań⁴⁶. W odniesieniu do takich umów pole autonomii woli stron, zwłaszcza co o treści umowy, *prima facie* wydaje się szerokie. Jest to wszak umowa nienazwana, jej treść wyznaczają ogólne ramy określone w art. 353¹ k.c. Jednak z uwagi na to, że umowa taka ze względu na swą specyfikę dotyka newralgicznego obszaru autonomii spółki zależnej, możliwości jej kształtowania mogą być faktycznie ograniczone, zwłaszcza w zakresie ingerencji w swobodę decyzyjną spółki zależnej i jej interesy. Kwestie te wymagają szerszej analizy.

5. Problem dopuszczalności zawarcia umowy przewidującej wywieranie przez spółkę dominującą wpływu na spółkę zależną ze skutkami ustrojowymi

Umowa o wywieranie wpływu na spółkę zależną o skutkach organizacyjnych (ustrojowych) polegałaby na tym, że spółka dominująca podejmowałaby decyzje skuteczne wewnętrznie względem (organów) spółki zależnej. Stanowiłaby ona umowę organizacyjną w ścisłym sensie – kształtującą ustroj organów wewnętrznych jednostki organizacyjnej mającej podmiotowość prawną. Nie chodziłoby w tym wypadku o umowę organizacyjną (inaczej: ustrojową) w szerszym znaczeniu – organizującą współpracę pomiędzy dwoma podmiotami i mogąca być podstawą do utworzenia jednostki organizacyjnej nie mającej podmiotowości prawnej, np. konsorcjum. Umowy takie mogą również być źródłem koor-

42 Zob. m.in. M. Tarska, *Zakres swobody umów w spółkach handlowych*, Warszawa 2012, s. 91 i nast.

43 Zob. P. Moskała, *Prawne instrumenty zarządzania...*, s. 253.

44 Zob. M. Tarska, *Zakres swobody umów...*, passim; K. Szmid, *Natura stosunku spółki akcyjnej jako delimitacja zasady swobody umów w prawie polskim i amerykańskim*, Warszawa 2015, s. 93 i nast.

45 Zob. w prawie niemieckim K. Schmidt, *Gesellschaftsrecht...*, s. 83 i nast.

46 Z tego powodu w doktrynie zwraca się uwagę, że umowy te należą do materii kodeksu cywilnego i jeśli ustawodawca zdecydowałby się na ich unormowanie, to tam jest właściwe miejsce regulacji; A. Szumański, *Ograniczona regulacja prawa...*, s. 28. Trafność tego spostrzeżenia zależy jednak od charakteru jaki taka umowy uzyskalaby w ewentualnej regulacji. Gdyby miała to być umowa o charakterze ustrojowym (organizacyjnym), to z pewnością właściwym miejscem regulacji powinien być k.s.h.

dynacji działalności spółki dominującej. Podlegają one regułom swobody umów, a samo ewentualne oddziaływanie stron względem siebie ma charakter kontraktowy (zob. niżej, pkt. 6). Przedmiotem rozważań będą umowy wywierające kwalifikowane skutki organizacyjne: ustrojowe konsekwencje wewnątrz podmiotu prawnego (osoby prawnej). Jak już wyżej wspomniano, takie umowy są unormowane w niektórych systemach prawnych, przede wszystkim w prawie niemieckim.

Pozycja decyzyjna spółki dominującej według takiej umowy byłaby taka, jakby była ona dodatkowym organem spółki zależnej, mającym umocowanie w wewnętrznym prawie ustrojowym spółki zależnej. Nastąpiłoby swoiste zinternalizowanie spółki dominującej (bądź jej organu zarządzającego) do struktury wewnętrznej spółki zależnej. Dla zarządu spółki zależnej stan związania decyzją spółki dominującej miałby charakter organizacyjny, jak w typowej spółce, z tym że jego źródłem byłaby nie decyzja własnego organu, lecz podmiotu formalnie zewnętrznego. Taka sytuacja ma miejsce na gruncie prawa niemieckiego w przypadku umowy o podporządkowanie (niem. *Beherrschungsvertrag*), na podstawie której spółka dominująca może podejmować decyzje wiążące zarząd spółki zależnej i komunikować mu je w formie wiążącego polecenia. Doktryna niemiecka podkreśla, że umowa o podporządkowanie ma charakter organizacyjny (ustrojowy), a jej zawarcie ma sens analogiczny, jak zmiana umowy spółki zależnej. W przypadku takiej konstrukcji umowy rozstrzygałaby ona relacje kompetencyjne pomiędzy organami spółki zależnej i jej *quasi* organem – spółką dominującą⁴⁷.

Jak wyżej wspomniano (ppkt. 3.2.), część doktryny polskiej dopuszcza umowę o takich skutkach. Stanowisko takie jest najczęściej zajmowane bez bliższej charakterystyki konsekwencji takiej umowy, a jedynie przez ogólne odwołanie się do możliwości konstruowania umowy analogicznej do *Beherrschungsvertrag* w prawie niemieckim.

Przyjęcie takich konsekwencji prawnych umowy przewidującej oddziaływanie decyzyjne na zależną byłoby możliwe wówczas, gdyby wynikało to z przepisów prawa. Jednakże w prawie polskim taka sytuacja nie zachodzi. Mimo to część polskiej doktryny zakłada, iż z przepisu art. 7 k.s.h. można odczytać milczącą wolę ustawodawcy, który wzmiankując o umowie przewidującej zarządzanie spółką zależną miał na względzie właśnie umowę ustrojową na wzór niemiecki. Prezentowany jest też pogląd, iż ustawodawca w art. 7 k.s.h. przewidział zlecenia regulacji – upoważnił i jednocześnie zobowiązał strony do nadania regulacji umownej takiego kształtu jak w prawie niemieckim⁴⁸. Z poglądami tymi trudno jednak się zgodzić. W braku stosownej regulacji normatywnej zakładanie, że ustawodawca w art. 7 k.s.h. ma na myśli konkretny występujący w prawie obcym typ koncernowej umowy o podporządkowanie (zarządzanie) o określonych treści i skutkach, tylko dlatego, że może to sugerować użyte określenie, budzi zastrzeżenia metodologiczne. Nie można wprawdzie zaprzeczyć, że w regulacjach art. 7 k.s.h. wzorowano się na prawie niemieckim⁴⁹, jednakże samo takie założenie nie pozwala uznać, że bez unormowania tych umów ich konstrukcja będzie taka jak w prawie niemieckim. Odczytanie, o jakie umowy chodzi w powołanym przepisie, musi nastąpić z uwzględnieniem wszelkich uwarunkowań i ograniczeń wynikających z prawa polskiego.

Należy jednak rozważyć, jakie byłyby konsekwencje, gdyby scharakteryzowana wyżej konstrukcja umowy o wywieranie wpływu na spółkę zależną przez spółkę dominującą wynikała jednak jednoznacznie z postanowień umowy. Pojawia się zatem kwestia, czy strony bez stosownego unormowania prawnego mogą w umowie przewidzieć takie skutki ustrojowe – na podstawie jedynie zasady swobody umów. Znacząca część przedstawicieli doktryny neguje taką możliwość, opierając się na twierdzeniu, iż nie można zmieniać struktury organizacyjnej spółki i kompetencji organów, jeśli ustawodawca na to

47 Można na marginesie wspomnieć, że dalej idący wariant ukształtowania umowy o skutku ustrojowym, w którym zarząd spółki dominującej mógłby na jej podstawie zastąpić organ zarządzający spółki zależnej, wchodząc w jego kompetencje, jest tylko teoretyczny. Nie jest znany w systemach prawnych, w których regulowane są umowy o podporządkowanie. Tak daleko idącej bezpośredniej ingerencji w zarządzanie spółką zależną nie ma też w odniesieniu od najbardziej zintegrowanego niemieckiego koncernu powstającego na podstawie tzw. włączenia spółki (niem. *Eingliederung*).

48 J. Schubel, G. Domański, *Krytycznie o projekcie...*, s. 11.

49 Widać to szczególnie przy umowie o odprowadzanie zysków, gdyż w Polsce taka umowa była dotychczas zupełnie nieznaną, jest zaś normowana w prawie niemieckim.

wyraźnie nie pozwala⁵⁰. Przepisy k.s.h. dotyczące pozycji prawnej organów mają bowiem co do zasady charakter bezwzględnie wiążący. Umowa taka oznaczałaby głęboką ingerencję w wewnętrzną organizację spółki, rzutując na pozycję prawną wspólników i sytuację prawną wierzycieli bez jakichkolwiek zabezpieczeń ich interesów. Ponadto podniesiono, że umowa taka oznaczałaby w istocie wykreowanie spółki o kształcie nieznanym ustawie (sprzeczność z zasadą *numerus clausus* spółek)⁵¹. Stanowisko to należy podzielić. Istotnie, modyfikacje reguł określających kompetencje zarządu do prowadzenia spraw spółki i gwarantujących mu niezależność względem innych organów nie mieszczą się w ramach swobody umów. Nie można też nadawać podmiotowi zewnętrznemu czy też jego organowi pozycji analogicznej jaką ma organ spółki. Struktura organów jest ściśle określona w prawie (można mówić o regule *numerus clausus* organów). Takie przyznanie kompetencji określonemu podmiotowi „zewnętrznemu” oznaczałoby uszczuplenie ustawowych kompetencji innego organu, a na to ustawa pozwala tylko w ściśle określonym zakresie (np. można przyznać organowi uchwałodawczemu pewne kompetencje decyzyjne, które bez stosownego postanowienia umowy należałyby do zarządu)⁵². Oczywiście ustawodawca mógłby nadać określone kompetencje wewnętrzne w spółce podmiotowi spoza spółki, niemniej w braku takich regulacji umowne osiągnięcie tego efektu byłoby niedopuszczalne.

Warto dodać, że umowa przewidująca wywieranie przez spółkę dominującą wpływu na spółkę zależną ze skutkiem wewnątrzustrojowym nie byłaby dopuszczalna niezależnie od zakresu ingerencji w zarządzanie oraz od tego, czy ingerencja naruszałaby interesy spółki zależnej. Reguły wewnętrzne w spółce dotyczące sprawowania zarządu abstrahują od takich okoliczności. Nieco inaczej sytuacja się przedstawia, gdyby przewidziane oddziaływanie nie było wiążące. Reguły funkcjonowania spółki nie zabraniają oddziaływania na spółkę np. w postaci konsultacji, korzystania z doradztwa innego podmiotu, w tym spółki dominującej bądź jakiegos ciała organizacyjnego funkcjonującego w grupie⁵³.

Powyższe uwagi nie wyczerpują zastrzeżeń dotyczących skuteczności omawianych umów. Uznanie, że modyfikacje ustroju wewnętrznego spółki zależnej polegające na przekazaniu określonych kompetencji decyzyjnych spółce dominującej są pomimo braku stosownych przepisów dopuszczalne (ku czemu jednak nie ma uzasadnienia), rodziłoby problem niewłaściwej podstawy do ich wprowadzenia. Źródłem kompetencji wewnętrznych w spółce (oprócz ustawy) może być umowa (statut) spółki oraz w ograniczonym zakresie – uchwała zgromadzenia wspólników (walnego zgromadzenia). Nie jest natomiast dopuszczalne kształtowanie ustroju spółki (zwłaszcza kompetencji jej organów) w umowie zewnętrznej. Również podjęcie uchwały o zgodzie na taką umowę (wymaganej przez art. 228 pkt 6 i art. 393 pkt 7 k.s.h.) nie ma tu sanującego znaczenia. Uchwała taka nie zachowuje trybu ani nie wywiera skutku jak zmiana umowy (statutu) spółki. Nie może ona modyfikować kompetencji organów i dokonywać zmian ustroju spółki. Wprawdzie na gruncie prawa niemieckiego wysnuwany jest wniosek odmienny, jednak jest on osadzony w innym stanie prawnym.

Na koniec wspomnieć można, że niedopuszczalne wydaje się też nadanie spółce dominującej organizacyjnego prawa do wywierania wpływu na spółkę zależną w innym trybie – przez scedowanie na nią kompetencji do wydawania zarządowi poleceń przysługującej wspólnikom spółki z ograniczoną odpowiedzialnością.

Jak wynika z powyższego, umowa przewidująca wiążące oddziaływanie spółki dominującej na zależną mająca rodzić wewnątrzorganizacyjne skutki w spółce zależnej byłaby wprost sprzeczna z ustawą – naruszałaby przepisy bezwzględnie wiążące. Nie ma potrzeby odwoływać się do innych

50 Tak m.in. A. Opalski, *Prawo zgrupowań...*, s. 254; M. Wojtyczek, *Dopuszczalność zawierania...*, s. 31; T. Targosz, *Art. 7 k.s.h...*, s. 116; P. Moskała, *Prawne instrumenty zarządzania...*, s. 253-258.

51 A. Opalski, *Koncern w polskim...*, s. 21

52 Jedyne w zakresie konkretnych kwestii doktryna uznaje za dopuszczalne przyznanie określonych kompetencji w spółce osobie spoza spółki. Tak K. Kopaczyńska-Pieczniak, *Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością*, Biblioteka Prawa Spółek, t. 2, Warszawa 2010, s. 399-400, odnośnie możliwości powołania członka zarządu przez osobę trzecią.

53 Regulacje takie mogłyby zostać ukształtowane jako część prawa ustrojowego spółki. Źródłem takiej regulacji nie jest umowa spółki zależnej ze spółką dominującą. Wydaje się, że właściwszym miejscem na takie postanowienia byłby np. regulamin organizacyjny zarządu.

kryteriów zakresu swobody kontraktowej⁵⁴. Gdyby zatem z umowy wynikało, iż stan związania zarządu decyzjami innego podmiotu, którego kompetencje nie są ukształtowane w prawie ustrojowym danego typu spółki, ma opisany wyżej charakter ustrojowy⁵⁵, to konsekwencją tego byłyby nieważność takich postanowień na podstawie art. 58 k.c. (w zw. z art. 2 k.s.h.).

Wobec powyższych ustaleń należy podjąć próbę wyjaśnienia, czy na gruncie polskiego systemu prawnego jest możliwa regulacja wywierania wpływu, która nie miałaby charakteru ustrojowego. Na marginesie warto zauważyć, że rozważanie takie będą miały też znaczenie w kontekście prób odczytania sensu przepisu art. 7 k.s.h. Jeśli bowiem umowy przewidujące wywieranie wpływu (zarządzanie) ze skutkiem organizacyjnym są niemożliwe do pogodzenia z prawem ustrojowym spółek, a inne umowy w tym przedmiocie (obligacyjne) także nie mogłyby być zawierane, to unormowanie art. 7 k.s.h. musiałoby być uznane za bezprzedmiotowe⁵⁶.

6. Umowy o wywieranie przez spółkę dominującą wpływu na spółkę zależną ze skutkiem obligacyjnym

6.1. Konstrukcja umów o wywieranie wpływu spółki dominującej na spółkę zależną ze skutkiem obligacyjnym i ich dopuszczalność

Odmierna od przedstawionej wyżej sytuacja zachodzi wówczas, gdy w umowie przewidującej oddziaływanie decyzyjne spółki dominującej na zależną nie ma elementów wskazujących na wolę stron ukształtowania (jak wyżej ustalono – niedozwolonego przez prawo) oddziaływania jako skutecznego wewnątrznie w spółce zależnej. Niektórzy krytycy koncepcji umów przewidujących zarządzanie spółką zależną ze skutkiem ustrojowym w istocie z góry zakładają taki ich charakter, ku czemu niejednokrotnie nie będzie podstaw. Strony mogą przewidywać w umowie określone kompetencje spółki dominującej pozwalające na wpływanie na procesy decyzyjne w spółce zależnej ale bez jednoznacznego określenia charakteru tych skutków⁵⁷. Interpretacja treści umowy może wskazywać, że mają one na względzie nadanie spółce dominującej jedynie uprawnień obligacyjnych względem spółki zależnej (mogą na to wskazywać np. postanowienia określające sposób wykonywania uprawnień do oddziaływania decyzyjnego i skutki ewentualnego niewykonania); strony mogą to wyrazić mniej lub bardziej wprost.

Część doktryny uznaje, iż umowy przewidujące zarządzanie spółką zależną, o których mowa w art. 7 k.s.h., mają właśnie taki wyłącznie obligacyjny charakter. Wydaje się, zakładając racjonalność ustawodawcy, że właśnie o taką konstrukcję chodziło ustawodawcy na gruncie tego przepisu i zakładanie z góry konstrukcji umowy o skutkach ustrojowych mogłoby być uznane za bezpodstawną presumpcję co do charakteru tej umowy. Na obligacyjny charakter takiej umowy wskazują choćby wzmianki o odpowiedzialności za niewykonanie lub nienależyte wykonanie zobowiązań z tej umowy, a zatem użycie formuły właściwej dla umów obligacyjnych. Na ile umowa taka pozwala podporządkować spółkę dominującą spółce zależnej to dalsza kwestia, która zostanie rozważona niżej, niemniej taka wydaje się optyka ustawodawcy⁵⁸. W każdym razie taka konstrukcja konkretnej umowy przewidującej zarządzanie spółką zależną (wywieranie na nią wpływu) musi wynikać z jej postanowień, a nie z in-

54 P. Moskała, *Prawne instrumenty zarządzania...*, odwołuje się do sprzeczności z naturą stosunku spółki danego typu.

55 Przy interpretacji ważną wskazówką mogłyby być ewentualne regulacje skutków wykonania lub niewykonania woli spółki dominującej.

56 Zob. A. Opalski, *Prawo zgrupowań...*, s. 253 i nast. który uznaje tę regulację za martwą. Podobnie P. Moskała, *Prawne instrumenty zarządzania...*, s. 258, zajmujący stanowisko, że unormowanie to nie istnieje.

57 Wątpliwości interpretacyjne mogą zachodzić przede wszystkim w przypadku umów, których samoistnym celem jest regulowanie relacji w związku z dominacją.

58 Nie jest tu *a priori* przyjmowane założenie (byłoby ono metodologicznie wątpliwe), że na gruncie art. 7 k.s.h. umowa przewidująca zarządzanie spółką zależną również w wariantcie obligacyjnym ma mieć określoną treść: ma prowadzić do podporządkowania interesów spółki zależnej interesom spółki dominującej i pełnego poddania spółki zależnej decyzjom spółki dominującej (analogicznego do występującego np. w niemieckiej umowie o podporządkowanie, tylko z odmiennym skutkiem).

terpretacyjnego „ratowania” skuteczności umowy, zamierzonej przez strony jako umowa o skutkach wewnątrzustrojowych.

Problematyka swobody umów w odniesieniu do umów obligacyjnych przewidujących wywieranie wpływu na spółkę zależną przynależy do innej płaszczyzny niż w umowa mająca wywierać skutki ustrojowe. O ile w wyżej sytuacji tych drugich umów chodzi o zakres (wewnętrznej) swobody statutowej co do możliwości kształtowania kompetencji organów, to tutaj powstaje kwestia swobody umów w odniesieniu do zaciągania zobowiązań przez spółkę jako podmiot względem podmiotów zewnętrznych.

Konstrukcja takiej umowy, pomimo zewnętrznego podobieństwa do wyżej rozważanych umów o skutkach ustrojowych, jest zgoła odmienna. Umowa nie zakłada organizacyjnego stanu związania organów spółki zależnej decyzją podjętą przez spółkę dominującą (traktowaną jak jej *quasi* organ), lecz przewiduje, że spółka dominująca (jako podmiot zewnętrzny) może wyrazić wolę, aby spółka zależna zachowała się w określony sposób (podjęła jakieś działanie bądź zaniechała jakiegoś działania). W praktyce zwykle podłożem tej sytuacji jest decyzja podjęta na poziomie spółki dominującej w określonej kwestii dotyczącej funkcjonowania grupy; niemniej jednak ta decyzja prawnie nie jest bezpośrednio wiążąca dla spółki zależnej. Zakomunikowanie woli spółki dominującej co do powinnego zachowania się spółki zależnej jest wezwaniem do spełnienia świadczenia⁵⁹. Skoro zobowiązanie jest skuteczne – spółka dominująca działa w granicach swych uprawnień umownych, to po stronie spółki zależnej powstać może obowiązek spełnienia świadczenia. Zarząd spółki może zdecydować o odmowie jego spełnienia, ale nie jest to taka sama sytuacja jak w przypadku odmowy wykonania polecenia bądź decyzji innego organu spółki – w tym wypadku jego decyzja dotyczy tego, czy wykonać zobowiązanie spółki. Jeśli postanowi o jego niewykonaniu, to może to spowodować odpowiedzialność spółki (a nie tylko członkowie zarządu narażają się sami na sankcje organizacyjne jak to zachodziłoby w przypadku umów ze skutkiem ustrojowym). Dlatego kluczowe jest ustalenie, do czego spółka może być zobowiązana.

Zasadniczo dopuszczalne są umowy, na podstawie których spółka zobowiąże się do podjęcia jakichś decyzji bądź działań zgodnie z wolą innego podmiotu. Jest to ogólnie dopuszczalne zarówno jeśli chodzi o osoby prawne jak i fizyczne. Niektóre umowy mają taki istotny komponent⁶⁰. Do takich umów stosuje się zasadę swobody umów. Kwestią centralną są natomiast w tym wypadku granice autonomii stron. Można zadać pytanie, czy są jakieś podstawy prawne do uznania, że są one szersze niż według reguł ogólnych, tzn. niż stosowane w odniesieniu do innych umów, których elementem może być wywieranie wpływu na jedną ze stron inny podmiot. *Prima facie* wydaje się, że należy na to pytanie udzielić odpowiedzi negatywnej. W szczególności wątpliwe jest, aby podstawą taką był przepis art. 7 k.s.h. Wprawdzie wskazuje on na umowy, których przedmiotem ma być zarządzanie spółki zależnej przez spółkę dominującą, co mogłoby sugerować, że ustawodawca zakłada (raczej niebagatelne) kompetencje kierownicze spółki dominującej, niemniej przepis ten nie zawiera upoważnienia do określonego ukształtowania takich kompetencji w umowie. Możliwości zarządzania powinny zostać określone według właściwych reguł prawa cywilnego. Jeśli w przypadku umowy spółki dominującej z zależną możliwości oddziaływania mogą zostać ukształtowane nieco szerzej, to nie ze względu na upoważnienie ustawodawcy (bo takiego nie ma), ale z racji na specyfikę relacji stron.

W przypadku umów przewidujących wywieranie wpływu przez spółkę dominującą na zależną istotnym podstawowym problemem, jaki rysuje się w kontekście zasady swobody umów, jest to, iż umowa taka dotyka autonomii spółki zależnej, w związku z tym konieczne jest zbadanie, na ile taka ingerencja jest dopuszczalna. Wypada podkreślić, że w przeciwieństwie do umowy ze skutkiem ustrojowym, w przypadku której problem dotyczy dopuszczalności ograniczania wewnątrzorganizacyjnej autonomii zarządu, w tym wypadku, chodzi o ochronę autonomii spółki zależnej jako podmiotu prawnego.

59 P. Moskała, *Prawne instrumenty zarządzania...*, s. 329. Kompetencję strony uprawnionej w takiej sytuacji uznaje za uprawnienie kształtujące prawo.

60 Zob. uwagi S. Włodyki, *Prawo koncernowe...*, s. 113 i nast., co do sytuacji zachodzących w przypadku umowy franchisingu oraz niektórych postaci umów dystrybucyjnych, kooperacyjnych i konsorcjów. Zob. też U. Promińska [w:] W.J. Katner (red.), *Prawo zobowiązań...*, s. 949 (odnośnie umowy kooperacyjnej); P. Moskała, *Prawne instrumenty zarządzania...*, s. 330 (co do umowy agencyjnej, franchisingu i zlecenia).

6.2. Postacie umów przewidujących wywieranie wpływu na spółkę zależną

Spółka dominująca i zależna mogą zawrzeć ze sobą umowę regulującą ich relacje związane z dominacją. Cel regulacyjny jest tu podobny do tego, jaki jest wskazany w umowach o podporządkowanie występujących w niektórych obcych systemach prawnych. Oddziaływanie na stronę zależną na podstawie takiej umowy ma służyć podniesieniu efektywności współpracy w grupie. Zawarcie umowy jest wówczas immanentnie związane z pozycją dominującą jednej spółki względem drugiej i samoistnie dotyczy właśnie tej kwestii. Umowa określa reguły organizacyjne (w szerokim sensie) współpracy grupowej, jej celem nie jest zaś uregulowanie wymiany towarowej, usług czy też współpracy gospodarczej na innym polu. W polskiej doktrynie uznaje się, że chodzi w takim wypadku o umowy celu holdingowym⁶¹. Ponieważ umowa ta nie jest stypizowana normatywnie, może ona być różnie określana. W pierwszej kolejności nasuwa się używanie określenia umowa o zarządzanie w związku z regulacją art. 7 k.s.h. Niemniej taka nomenklatura może bezpodstawnie sugerować, że umowa ma nadać kompetencje decyzyjne spółki dominującej względem zależnej w zakresie prowadzenia spraw spółki. Strony mogą więc przyjąć bardziej neutralne nazewnictwo. Wyodrębnianie takich umów ma ograniczone znaczenie prawne, gdyż nie ma regulacji, które by przypisywały umowom takiej kategorii określone swoiste konsekwencje. Zasadne jest wyodrębniać określony typ empiryczny czy kategorię umów, jeśli można wskazać kryterium, które jest prawnie relewantne, tzn. są z tym wyróżnieniem związane jakieś swoiste konsekwencje prawne (stosowanie określonych reguł, właściwych dla danego typu lub kategorii umów)⁶².

Podstawą wywierania wpływu jednego podmiotu na drugi mogą też być niektóre umowy obligacyjne, zarówno nazwane (jak umowa agencyjna bądź umowa zlecenia) jak i nienazwane (umowa franchisingu, umowy *joint venture*, umowy kooperacyjne, umowy dystrybucyjne, umowa konsorcjum)⁶³. Umowy te pełnią określone funkcje gospodarcze, np. wymiany towarowej lub realizacji określonych usług, kooperacji przemysłowej. Umowy takie mogą też być podstawą współpracy gospodarczej spółki dominującej i zależnej. Również w ramach takich umów (zwłaszcza kooperacyjnych bądź dotyczących wymiany towarowej lub usług⁶⁴) strony mogą postanowić, że spółka dominująca uzyska określone uprawnienia do wywierania wpływu na działalność spółki zależnej w zakresie objętym przedmiotem umowy⁶⁵. Niektóre z tych umów są zaliczane w doktrynie do umów organizacyjnych (strukturalnych)⁶⁶. Jednakże takie ich postrzeganie nie oznacza, że oddziaływanie na ich podstawie ma również charakter organizacyjny (ustrojowy). Skutki takiej umowy co do prawa do wywierania wpływu na spółkę zależną mają bowiem naturę obligacyjną.

Ponieważ problemy dopuszczalnego zakresu oddziaływania decyzyjnego na spółkę zależną, które są tu podstawowym przedmiotem rozważań, powstają jednakowo we wszystkich tych wypadkach, dalsza analiza odnosić się będzie bez rozróżnień do wszystkich tych umów, niezależnie od charakteru umowy.

Odrębną kwestią jest to, które z umów, o których mowa wyżej, podpadają pod regulację art. 7 k.s.h. W przepisie tym mowa jest o umowach przewidujących zarządzanie, co zdaje się ograniczać regulację do tych umów, w których umowne uprawnienia spółki dominującej odnoszą się do prowadzenia

61 A. Szumański, *Ograniczona regulacja prawa...*, s. 24; M. Wojtyczek, *Dopuszczalność zawierania...*, s. 29-30.

62 Mogą one polegać choćby na stosowaniu określonych reguł ogólnych (nawet w postaci zwyczaju kontraktowego), swoistych zasad interpretacji, określonego podejścia do analogii itd.

63 Por. P. Moskała, *Prawne instrumenty zarządzania...*, s. 330.

64 Mogą to być w szczególności różne umowy dotyczące określonych aktywności świadczonych przez spółkę zależną na rzecz spółki dominującej lub innych spółek z grupy (zgodnie z funkcją spółki zależnej w grupie).

65 Z racji na różnorodność tych umów wpływ wywierany na ich podstawie może mieć różny kierunek. W przypadku umowy regulującej jedynie relacje między spółką dominującą i zależną, np. w związku z wymianą towarową. Dyspozycje będą jedynie konkretyzować zachowania spółki zależnej bezpośrednio wobec spółki dominującej jako wierzyciela, np. odbiorcy z tytułu dostaw. Niektóre umowy mogą jednak również regulować zachowania spółki zależnej względem innych spółek w grupie.

66 Tak np. umowy kooperacyjne, umowy *joint venture*, umowy konsorcjum; zob. A. Szumański, *Ograniczona regulacja prawa...*, s. 27.

spraw spółki zależnej (tak bowiem należałoby rozumieć zarządzanie). W dosłownym znaczeniu spółka dominująca nie może jednak przejąć prowadzenia spraw spółki zależnej, dlatego trudno odczytać ścisły sens tego przepisu. Tymczasem w doktrynie prezentowany jest pogląd, iż przepis ten nie może być interpretowany rozszerzająco ze względu na jego wyjątkowy charakter. To przemawia za objęciem tą regulacją jedynie umów regulujących samoistnie relacje stron będące konsekwencją dominacji (umowy o tzw. celu holdingowym)⁶⁷. Alternatywne podejście, funkcjonalne, nakazywałoby przyjąć, że nie byłoby zasadne ograniczanie tej regulacji jedynie do takich umów, a raczej uznać, iż każda umowa, która przewiduje uprawnienia spółki dominującej do wywierania wpływu na istotny obszar prowadzenia spraw spółki zależnej (również umowa, w której postanowienia w tej kwestii są wtórne względem regulacji określonej współpracy gospodarczej), podpada pod unormowanie art. 7 k.s.h.⁶⁸. Dylemat ten trudno jednoznacznie rozstrzygnąć. Niemniej nawet przy założeniu nierozszerzającej wykładni uzasadniona byłaby ostrożność nie tylko z racji na konsekwencje przewidziane tym artykule, ale przede wszystkim z powodu wymogu podjęcia w sprawie zawarcia umowy, o której tam mowa, uchwały zgromadzenia wspólników (walnego zgromadzenia). W razie błędnej kwalifikacji umowy w tej kwestii, umowa (bądź postanowienia dotyczące zarządzania) będzie nieważna. Ponadto w związku z art. 228 pkt 6 i art. 393 pkt 7 k.s.h. uznanie danej umowy za objętą przepisem art. 7 k.s.h. ma ten pozytywny skutek, że pozwala na ewentualne zaskarżenie uchwały i tym samym poddanie sądowej kontroli samej decyzji o zawarciu takiej umowy. Jest to szczególnie istotne dla ewentualnych wspólników mniejszościowych, gdyż poza tą możliwością nie mają oni innych możliwości ochrony.

6.3. Umowa jako podstawa zmiany interesów i celu spółki zależnej

Jak ustalono wyżej, umowy o skutkach ustrojowych prowadzą do podporządkowania interesów spółki zależnej interesom spółki dominującej (ewentualnie – interesom grupy) i tym samym – zmiany celu spółki zależnej. Rozważyć należy, czy takie skutki mogą być osiągnięte dzięki umowie obligacyjnej. W doktrynie prezentowany jest także pogląd, że również „umowy przewidujące zarządzanie” o konstrukcji obligacyjnej prowadzą do takich konsekwencji⁶⁹. Należy jednak rozróżnić dwa aspekty: faktyczny i prawny. Faktyczne postrzeganie interesów i celu spółki zależnej po zawarciu umowy, która daje spółce dominującej prawo do oddziaływania na zależną, może się nieco zmienić. Oczywiście dużo zależy od tego, jaki stopień integracji taka umowa powoduje. Nie jest to jednak swoista konsekwencja takiej umowy. Efekt taki powstaje również w sytuacji, gdy spółka dotychczas niezależna staje się częścią grupy spółek. Natomiast w sensie prawnym pomimo zawarcia takiej umowy spółka nadal zachowuje własną sferę interesów i realizować ma zakładany dotychczas cel. Interesy spółki nadal pozostają wyznacznikiem poprawności dla działań zarządu spółki zależnej. Umowa ze spółką dominującą regulująca określone relacje dwustronne w grupie nie może wprowadzić zmian w tym zakresie – nie tylko w sensie ustrojowym, ale też jako zewnętrzne zobowiązanie spółki zależnej. Zarząd spółki zależnej nie mógłby zatem zawrzeć umowy, w której znalazłaby się klauzula, iż spółka zależna zobowiązana zostaje do realizacji cudzych interesów (spółki dominującej, grupy, innych spółek współzależnych), gdy jednocześnie jest to wbrew jej interesom. To samo dotyczy zobowiązania się spółki zależnej do realizacji celu, który byłby sprzeczny z jej celem (w rozumieniu art. 3 k.s.h.).

Takich konsekwencji nie można byłoby też wyciągać z wnioskiem na podstawie całokształtu postanowień danej umowy. Już samo zawarcie takiej umowy byłoby naruszeniem obowiązków organizacyjnych zarządu – działaniem na niekorzyść spółki. Tak samo należałoby ocenić jej wykonywanie. Zobowiązanie takie nie mogłoby bowiem wywrzeć skutku prawnego. Umowa ze spółką dominującą – podobnie jak każda inna umowa – powinna być postrzegana jako instrument realizacji celów i in-

67 Tak zwłaszcza A. Szumański, *Ograniczona regulacja prawa...*, s. 24.

68 Zob. też R.L. Kwaśnicki, M. Przygodzka, *Umowy holdingowe...*, s. 48, uznają, że wystarczy, aby umowa zawierała choćby drobny element zarządzania, by uznać ją za „umowę przewidującą zarządzanie spółką zależną. Zob. też rozważania w tym kierunku: T. Targosz, *Art. 7 k.s.h...*, s. 113.

69 Zob. m.in. S. Włodzka, *Prawo koncernowe...*, s. 104; M. Stanik, *Zasada przejrzystości stosunków...*, s. 97.

teresów spółki, a nie ich zanegowania i podstawa do przyszłego naruszenia. Nie stoi to natomiast na przeszkodzie do unormowania współpracy tak, aby spółka mogła włączyć się w realizację określonych interesów wspólnych grupie, ale by jej interesy nie były naruszane. Nie pozbawia to wszakże spółki zależnej jej własnego interesu i nie powoduje też zmiany celu spółki⁷⁰. Wykonywanie umowy może natomiast spowodować zmiany (faktyczne) w zakresie sposobu realizacji przedmiotu działalności (np. na skutek wdrożenia określonej strategii określające kierunki działania).

6.4. Sposób i zakres wywierania wpływu na spółkę zależną

Obligacyjny charakter uprawnienia spółki dominującej do oddziaływania decyzyjnego na spółkę zależną zakłada, iż regulacje umowne w tej kwestii będą polegały na nadaniu spółce dominującej jako podmiotowi prawnemu uprawnienia względem spółki zależnej jako odrębnego podmiotu prawnego i nałożeniu odpowiadającego mu obowiązku spółki zależnej. Sytuacja jest tylko zewnętrznie podobna do tej, gdy np. zgromadzenie wspólników większościovym głosem spółki dominującej podjęło uchwałę w jakiejś sprawie z zakresu zarządzania albo dało zarządowi określone wytyczne (polecenie). Na podstawie takiej umowy obligacyjnej nie powstają bowiem relacje wewnątrzorganizacyjne w spółce.

Zarówno po stronie spółki dominującej jak i zależnej uprawnionymi do podejmowania działań w wykonaniu umowy będą co do zasady właściwe organy zarządzające według obowiązujących zasad reprezentacji; strony mogą jednak udzielić w tym zakresie umocowania określonym osobom – już w samej umowie lub w odrębnym akcie. Przede wszystkim taka potrzeba może pojawić się po stronie spółki dominującej ze względu na różny kształt organizacyjny działalności grup. Strony mogą jednak postanowić, iż spółka dominująca przy wykonywaniu umowy będzie reprezentowana wyłącznie przez zarząd. Natomiast w odniesieniu do spółki zależnej obowiązywać będą ogólne reguły reprezentacji biernej. Działania w wykonaniu umowy często i tak wymagać będą decyzji (uchwały) stosownych organów we właściwym dla nich trybie. Nie oznacza to jednak, że organy te są zobowiązane do określonych działań, a jedynie że w związku ze zobowiązaniem spółki podejmują czynności wymagane po to, aby spółka mogła spełnić świadczenie⁷¹.

Oddziaływanie decyzyjne spółki dominującej na zależną w wykonaniu omawianych umów nie może w każdym razie polegać na tym, iż spółka dominująca podejmie decyzję, która będzie bezpośrednio wiążąca dla zależnej i wymagać będzie jedynie czynności wykonawczych w tej drugiej. Obligacyjny, a nie ustrojowy, charakter relacji sprawia, że wykonywanie umowy w rozważanym zakresie polegać może jedynie na składaniu przez spółkę dominującą spółce zależnej stosownych oświadczeń wyrażających jakie miałyby być oczekiwane zachowanie spółki zależnej⁷².

Strony mogą przyjąć formułę miękkiego oddziaływania i postanowić, iż spółka dominująca będzie składać zależnej jedynie oświadczenia postulatywne ale niewiążące, w postaci propozycji, sugestii, rekomendacji, wyrażenia oczekiwań, rady, bądź też ograniczy się do informowania o planowanych działaniach bądź własnym stanowisku w określonych sprawach, wyrażając opinie itp. Takie formy niewiążącego oddziaływania mogą być podstawą do dalszych uzgodnień, konsultacji i efekcie – dobrowolnej koordynacji działań. Mogą one jednak mieć znaczenie praktyczne – porządkujące i usprawniające działania w grupie. Tak mogą funkcjonować grupy zorganizowane na zasadzie decentralizacji.

70 W sprawie celu spółki zob. A. Herbet [w:] A. Szajkowski (red.), *Prawo spółek osobowych*, System Prawa Prywatnego, t. 16, Warszawa 2008, s. 547 i nast.

71 Podobnie jak to ma miejsce np. w sytuacji zawarcia przez spółkę umowy przedwstępnej, gdy do zawarcia umowy przyrzeczonej wymagana jest zgoda zgromadzenia wspólników.

72 Zasadniczym przedmiotem zainteresowania są tu instrumenty wpływu aktywnego. Spółce dominującej mogą jednak również przysługiwać (*a maiori ad minus*) pasywne środki kontroli w postaci np. wymogu zgody na określone działania spółki zależnej bądź obowiązku konsultacji.

Z prawnego punktu widzenia istotniejsze znaczenie ma jednak zastrzeżenie w umowie dalej idącej formy wywierania wpływu na spółkę zależną w postaci poleceń⁷³. Umowa między spółką dominującą i zależną może je ujmować w różny sposób: jako wytyczne, wskazówki, zalecenia itp. Kluczowa jest natomiast kwestia ich wiążącego charakteru. Postanowienia umowy w tej kwestii mogą nie być wyrażone jednoznacznie, co może rodzić problemy wykładni. Wydaje się, że w sytuacjach wątpliwych, gdy strony nie wyraziły jednoznacznie, iż takie polecenie wiąże spółkę zależną, należałoby uznawać przewidziane w umowie środki wywierania wpływu za niewiążące. Zarząd może wówczas odmówić wykonania dyspozycji uznając, że nie ma ona oparcia w umowie.

Generalnie nie jest w polskim prawie zakazane, aby strony umowy przewidziały, iż jedna z nich ma uprawnienie do wiążącego drugą stroną ustalania sposobu zachowania się w określonych sytuacjach. Doktryna przyjmuje, że może to mieć postać wiążących poleceń. Mogą one być np. elementem umowy franchisingu, agencji, umowy dystrybucyjnej⁷⁴. Reguły te należy stosować również w przypadku umów pomiędzy spółką dominującą i zależną, kiedy relacje dominacji-zależności są powiązane ze współpracą gospodarczą (np. została zawarta określona umowa o kooperację bądź regulująca wymianę towarową lub usługi) i z nią też związane są dyspozycje spółki dominującej względem zależnej. Również w tym wypadku polecenia musiałyby być skonkretyzowane w umowie⁷⁵. Generalnie należy w tym względzie stosować ogólne reguły obowiązujące na gruncie danego typu umowy. Jeśli w tym wypadku postanowienia umowne dotyczące oddziaływania na spółkę zależną miałyby szerszy zakres niż w typowym przypadku umowy między podmiotami nie powiązаныmi, to nie ze względu na odmienności reżimu prawnego, a jedynie z powodu gospodarczej bliskości interesów w grupie.

Odmienne sytuacja przedstawia się w przypadku umowy regulującej samoistnie relacje stron w związku z dominacją. Tu bowiem pojawia się problem podstawy i zakresu wiążących poleceń. Taka umowa bowiem zazwyczaj będzie obejmować współpracę całościowo – we wszystkich lub przynajmniej kluczowych obszarach funkcjonowania spółki zależnej. W doktrynie przyjmuje się często szeroki zakres dopuszczalnej umownej koordynacji: może ona obejmować planowanie strategiczne, działalność operacyjną, kwestie finansowe, kadrowe itd.⁷⁶. Jednak przyznanie w umowie prawa do wydawania wiążących poleceń we wszystkich tych sprawach budzi zasadnicze wątpliwości. Polskie prawo nie zakazuje wprawdzie wprost zbyt szerokiego podporządkowania się innemu podmiotowi, jak to ma miejsce w niektórych innych systemach prawnych⁷⁷, jednakże może to być uznane za sprzeczne z naturą stosunku prawnego⁷⁸. Wynika to z ogólnej reguły ochrony autonomii decyzyjnej podmiotów prawnych, która nie pozwala na wyzbycie się wolności. Całościowe podporządkowanie się spółki zależnej w umowie ze spółką dominującą budzi takie zastrzeżenia niezależnie od treści potencjalnych dyspozycji spółki dominującej, tzn. czy wpływają one niekorzystnie na spółkę zależną czy też nie (o czym będzie mowa dalej). Umowa powinna zatem skonkretyzować sprawy, w których spółka dominująca będzie mogła wiążąco oddziaływać na zależną⁷⁹ i powinny one mieścić się w unormowanym w umo-

73 Nawiązując do pierwowzoru takich umów w prawie niemieckim, określenia tego używa się powszechnie w odniesieniu do umów dotyczących oddziaływania na spółkę zależną ze skutkiem obligacyjnym, a choć nie ujmuje ono omawianego uprawnienia w sposób adekwatny dla umów obligacyjnych.

74 P. Moskała, *Prawne instrumenty zarządzania...*, s. 330.

75 Tamże, s. 327, 330.

76 Zob. m.in. S. Włodyka, *Prawo koncernowe...*, s. 94 i nast.

77 Tak np. w prawie szwajcarskim, gdzie § 27 kodeksu cywilnego stanowi, iż nikt nie może wyzbyć się wolności ani ograniczyć się w korzystaniu z niej w stopniu naruszającym prawo lub moralność.

78 Zob. odnośnie sprzeczności z naturą stosunku prawnego umów, w których zostaje nadmiernie ograniczona wolność jednej ze stron przez zbytne uzależnienie od swobodnego uznania drugiej strony: R. Trzaskowski, *Granice swobody kształtowania treści i celu umów obligacyjnych*, Kraków 2005, s. 328-332. Podobne zastrzeżenia odnośnie takich umów (choć z innym uzasadnieniem) zgłasza P. Moskała, *Prawne instrumenty zarządzania...*, s. 317-318. Dochodzi on do konkluzji, iż umowy zawierające zobowiązanie spółki zależnej do wykonywania poleceń zarządczych spółki dominującej są sprzeczne z przepisami bezwzględnie obowiązującymi, względnie obchodzą przepisy prawa bądź zachodzi pozorność umowy. Odnosi to do sytuacji ogólnego podporządkowania w zakresie całości spraw związanych z zarządzaniem spółką.

79 A. Szumański, *Ograniczona regulacja prawa...*, s. 30-31, wskazuje np. na możliwość przejęcia przez spółkę dominującą planowania strategicznego.

wie obszarze współpracy grupowej⁸⁰. Z powodu braku regulacji prawnej i konieczności oparcia się na ogólnych klauzulowych regulacjach, wskazana tu jest ostrożność, aby nie narażać się na nieważność stosownych postanowień umowy z powodu przekroczenia granic swobody umów.

6.5. Problem wywierania wpływu na niekorzyść spółki zależnej

Szczególnie wątpliwości powstają odnośnie możliwości zastrzeżenia w umowie poleceń niekorzystnych⁸¹. Ze względu na niedopuszczalność nie tylko ustrojowego ale i obligacyjnego podporządkowania spółki zależnej interesom spółki dominującej, spółka zależna nie może zobowiązać się do wykonywania takich poleceń. Już na etapie zawierania umowy regulującej relacje dominacji organy spółki zależnej (przede wszystkim jej zarząd) muszą strzec jej interesów, dlatego nie może zaciągnąć zobowiązania (do wykonywania wskazówek spółki dominującej), jeśli te interesy przy jego realizacji nie będą umownie zabezpieczone.

Jeśli umowa zobowiązywałaby do wykonywania dyspozycji spółki dominującej (wiążących poleceń) ale nie wskazywała o jakiej treści (bez dookreślenia, że tylko takich, które nie są sprzeczne z interesem spółki), wówczas należy przyjmować, że zarząd nie może wykonywać poleceń niekorzystnych. Spółka zależna mogłaby zatem wykonywać tylko polecenie, którego realizacja leży również w jej interesie (tzn. przyniesie dla spółki korzystne rezultaty bądź jest neutralne, a pozytywne dla spółki racje współpracy wewnątrzgrupowej przemawiają za jego wykonaniem)⁸². Jeśli zaś incydentalnie zostałyby wydane polecenie niekorzystne, to zarząd winien odmówić jego wykonania, gdyż nie ma ono wówczas oparcia w umowie i jednocześnie jego wykonanie stanowiłoby naruszenie obowiązków zarządcy względem spółki. Spółka zależna mogłaby wykonać oczekiwane przez spółkę dominującą działania mogące wywoływać niekorzystne dla niej skutki jedynie wówczas, gdy jednocześnie spółka dominująca zapewniłaby jej określony ekwiwalent (rekompensatę) dla doznawanych niekorzyści⁸³. Wydaje się, że nie ma istotnych przeszkód, aby strony już w umowie regulującej wywieranie wpływu zawarły taką deklarację.

7. Podsumowanie

Polskie prawo nie zawiera unormowania koncernowych umów o podporządkowanie znanych w niektórych systemach prawnych, polegających na przyznaniu spółce dominującej uprawnień organizacyjnego do wydawania spółce zależnej wiążących poleceń i powodujących inne doniosłe modyfikacje ustroju spółki zależnej. Podejmując w art. 7 k.s.h. próbę regulacji tej materii ustawodawca ograniczył się do wskazania przedmiotu umów mających regulować relacje związane z dominacją (umowy przewidujące zarządzanie spółką zależną), przewidział pewne wymogi ich zawarcia i konsekwencje (rejestrowe), nie unormował jednak treści tych umów. Nie są one zatem umowami nazwanymi. W braku stosownych regulacji nie jest dopuszczalne zawarcie umowy przewidującej oddziaływanie przez spółkę dominującą na spółkę zależną z konsekwencjami organizacyjnymi (ustrojowymi). Umowy takie nie mieszczą się w granicach swobody umów (wolności statutowej); niezależnie od tego umowa ze spółką dominującą nie jest właściwym instrumentem regulacyjnym odnośnie kompetencji organów spółki zależnej, gdyż jest to materia regulacji statutowej (umownej).

80 Zastrzeżenie w umowie ogólnych (nieskonkretyzowanych) i abstrakcyjnych poleceń może rodzić problem istnienia kauzy; kwestia ta jest rozważana w doktrynie austriackiej; zob. E. Artmann, *Gesellschaftsrechtliche Fragen der Organschaft. Zugleich ein Beitrag zum Konzernrecht*, Wiedeń 2004, s. 211 i nast.

81 W pewnym uproszczeniu, przez polecenie niekorzystne są tu rozumiane polecenia, które są sprzeczne z interesem spółki.

82 Z tego można poczynić obserwację, że postanowienia takiej umowy w zakresie wydawania poleceń w istocie tylko nadają rangę obligacyjną faktycznie istniejącym możliwościom spółki dominującej (może ona przecież oddziaływać na spółkę zależną w sprawach dla niej korzystnych). Z tego oczywiście nie można wyciągać ogólnego wniosku, że umową można zalegalizować taki wpływ, jaki spółka dominująca faktycznie wywiera, a jaki czasem wykracza poza dopuszczalne ramy.

83 Szczegółowe kwestie dotyczące takich rekompensat to szerszy problem w relacjach grupowych, który nie będzie w tym miejscu rozstrzygany.

Umowy przewidujące wywieranie przez spółkę dominującą wpływu na spółkę zależną mogą być zawierane jedynie jako umowy ze skutkiem obligacyjnym na podstawie i w granicach wolności umów⁸⁴. Umowy takie wiążą spółkę zależną jako podmiot, ale nie wywołują wewnętrznych konsekwencji ustrojowych w spółce zależnej. Mogą one uzyskać różną postać – umowy (nienazwanej) samoistnie regulującej relacje w dominacji albo innych umów nienazwanych bądź też nazwanych. Umowy takie pozwalają w szerokim zakresie uregulować miękkie (niewiążące) oddziaływanie spółki dominującej na zależną, pełniąc wówczas funkcje organizacyjne (koordynacyjne). Natomiast w węższym zakresie mogą one być podstawą do wiążącego spółkę zależną oddziaływania spółki dominującej (tzn. takiego, które wiąże spółkę zależną jako podmiot). Spółka dominująca może wydawać polecenia spółce zależnej jedynie w obszarze skonkretyzowanym w umowie, a przy tym dyspozycje te nie mogą być dla spółki zależnej niekorzystne. *De lege lata* kontraktowe instrumenty wywierania przez spółkę dominującą wpływu na spółkę zależną są zatem ograniczone. Z punktu widzenia spółki dominującej mogą one nie stanowić istotnej wartości dodanej w porównaniu do oddziaływania nieformalnego. Mogą być natomiast wystarczające w grupach zdecentralizowanych. Zapewne te względy połączone z niejasnością stanu prawnego w omawianym zakresie są przyczyną tego, iż spółki w polskich grupach rzadko decydują się, by oprzeć koordynację aktywności spółek w grupie na umowie.

Inspirowana prawem niemieckim próba otwarcia się na koncepcję koncernu umownego w prawie polskim nie powiodła się. Wątpliwe jest zresztą, czy jest to dobry kierunek. W europejskich systemach prawnych nie widać takich tendencji⁸⁵; przeciwnie – podstawowym obiektem zainteresowania są grupy (koncerny) faktyczne⁸⁶.

84 Skoro podstawą i wyznacznikiem treści takich umów nie jest przepis art. 7 k.s.h., toteż na ich reżim w omówionym zakresie nie wpłynie ewentualne jego uchYLENIE.

85 G. Nita-Jagielski, *Tendencje europejskie*, passim.

86 Tak jest również w Niemczech – „ojczyźnie” koncernów umownych, zob. np. V. Emmerich [w:] V. Emmerich, M. Habersack (red.), *Aktien- und GmbH-Konzernrecht...*, s. 116-117.

UMOWY MIĘDZY MAŁŻONKAMI DOTYCZĄCE PRAW UDZIAŁOWYCH W SPÓŁKACH KAPITAŁOWYCH¹

DOI: 10.5281/zenodo.6022372

dr hab. Monika Tarska, prof. INP PAN

 0000-0002-1693-9405

Instytut Nauk Prawnych PAN

1. Wprowadzenie

Uwarunkowania kulturowo-historyczne mają duży wpływ na kształt przyjmowanych rozwiązań jurydycznych. Z tego powodu ani w Kodeksie handlowym z 1934 r., ani też w Kodeksie spółek handlowych z 2000 r., nie uregulowano kwestii wspólności majątkowej małżonków w zakresie praw uczestnictwa (tj. praw wspólników, praw udziałowych i akcji) w spółkach handlowych. Zamieszczono tam jedynie regulację dotyczącą dziedziczenia tych praw majątkowych oraz istoty unormowania ewentualnego umownego wyłączenia dziedziczenia praw w spółkach handlowych przez spadkobierców wspólników. W przeważającym zakresie zagadnienia ewentualnej wspólności majątkowej małżonków mogły mieć w praktyce znaczenie jedynie dla małżonek wspólników, a więc – w ówczesnych czasach, w których kobiety miały niewątpliwie znacznie gorszą pozycję społeczną – dla tej „mniej ważnej” części społeczeństwa. Nie jest też przypadkiem, że gdy w końcu podjęto jakąś (zupełnie nieudaną) próbę unormowania wspomnianych zagadnień², polegała ona na usiłowaniu, niezgodnym przy tym z art. 64 Konstytucji RP – pozbawieniu współmałżonków wspólników (w praktyce – małżonek wspólników) jakichkolwiek uprawnień wspólniczych (udziałowych) w spółkach z o.o. i spółkach akcyjnych³.

2. Problem statusu prawnego wspólników-małżonków w spółce kapitałowej

Zagadnienia statusu prawnego osób pozostających w związku małżeńskim i objętych wspólnością majątkową małżeńską⁴ jako uczestników spółek handlowych⁵, zwłaszcza kapitałowych (spółki z o.o. i spółki akcyjnej), wywołują w praktyce obrotu prawnego wiele kontrowersji. Kodeks spółek handlowych nie przewiduje we wspomnianym zakresie żadnej szczególnej regulacji mającej *ex lege* zastosowanie w odniesieniu do tego rodzaju wspólników (współwspólników)⁶. Także przepisy Kodeksu rodzinnego i opiekuńczego⁷ regulujące reżimy majątkowe małżeńskie nie zawierają szcze-

1 Zaktualizowaną i uzupełnioną wersję artykułu naukowego opublikowanego w numerze specjalnym „Studia Prawnicze” 2018, nr 5.

2 Chodzi o przepisy art. 183¹ oraz art. 332¹ k.s.h., dodane na mocy nowelizacji z 12 grudnia 2003 r., Dz.U. 2003 Nr 229, poz. 2276 ze zm.; ustawa z dnia 15 września 2000 r. – Kodeks spółek handlowych, t.j. Dz.U. 2020, poz. 1526, 2320.

3 Na ten temat zob. zwłaszcza A. Szajkowski, *Wyłączenie wstąpienia do spółki z o.o. współmałżonka wspólnika (uwagi na tle nowelizacji k.s.h.)*, [w:] J. Barta (red.), *Księga Pamiątkowa ku czci Profesora Janusza Szwejca. Prace z Wynalazczości i Ochrony Własności Intelektualnej*, Kraków 2004, s. 291; M. Nazar, *Komercjalizacja majątkowych stosunków małżeńskich w spółkach kapitałowych*, [w:] A. Kidyba, R. Skubisz (red.), *Współczesne problemy prawa handlowego. Księga jubileuszowa dedykowana prof. dr hab. Marii Poźniak-Niedzielskiej*, Kraków 2007, s. 201 i nast.

4 Sygnalizowane tu problemy nie pojawiają się w razie ustanowienia między małżonkami – w drodze umowy lub orzeczenia sądowego – rozdzielnosci majątkowej, a także, gdy wkłady pochodzą z majątku osobistego małżonka, który przystąpił do spółki handlowej. Podobnie jest w sytuacji, gdy wyłącznym przedmiotem wkładu do spółki osobowej ma być praca lub usługi, które małżonek-wspólnik zobowiązuje się świadczyć na rzecz spółki, niezależnie od rodzaju wiążącego małżonków ustroju majątkowego.

5 Zob. np. M. Nazar, *Komercjalizacja majątkowych stosunków małżeńskich w spółkach kapitałowych*, [w:] A. Kidyba, R. Skubisz (red.), *Współczesne problemy...*, s. 201 i nast.

6 Wprowadzone do spółek kapitałowych wspomnianą nowelizacją z 12 grudnia 2003 r. przepisy art. 183¹ oraz art. 332¹ k.s.h., które miały uporządkować kwestie przynależności udziałów i akcji do poszczególnych majątków małżonków, spowodowały jedynie sporo zamieszania; dotyczy to również nowego brzmienia art. 333 § 4 k.s.h. (wprowadzonego ustawą z dnia 30 sierpnia 2019 r. o zmianie ustawy – Kodeks spółek handlowych oraz niektórych innych ustaw, Dz.U. 2019, poz. 1798), który ma obowiązywać od 1 stycznia 2021 r.

7 Zob. art. 31–54 ustawy z dnia 25 lutego 1964 r. – Kodeks rodzinny i opiekuńczy, Dz.U. 2017, poz. 682.

gólnego unormowania skutków prawnych nabycia (objęcia)⁸ praw udziałowych w spółkach przez małżonków, lub przez jednego z nich, a zwłaszcza przynależności tych praw do określonego majątku małżonków – wspólnego bądź osobistego. Wobec tych osób stosowane są mają więc zastosowanie ogólne przepisy k.s.h. o obejmowaniu / nabywaniu praw wspólnika spółki (praw udziałowych). Obowiązuje również ogólna zasada ustawowego małżeńskiego reżimu majątkowego wyrażona w art. 31 § 1 k.r.o. – unormowanie, iż przedmioty majątkowe nabyte w czasie trwania wspólności majątkowej przez oboje małżonków lub przez jednego z nich, wchodzi do ich majątku wspólnego, z wyjątkiem przedmiotów wskazanych *expressis verbis* w art. 33 k.r.o., które należą do ich majątków osobistych.

Nie znaczy to jednak, iż przepis art. 31 § 1 k.r.o., automatycznie przesądza o każdorazowym wejściu do majątku wspólnego małżonków praw wspólników spółek handlowych (osobowych lub kapitałowych) objętych przez jednego z tych współmałżonków. O kwestiach tych decyduje bowiem również – i to w sposób zasadniczy – podstawowy akt prawny regulujący tworzenie tych prywatno-prawnych organizacji, czyli Kodeks spółek handlowych. Kodeks ten wyraźnie określa, kiedy i na jakich zasadach dochodzi do nabycia praw wspólniczych członków (uczestników) spółek handlowych, w tym spółek kapitałowych. Z całą pewnością praw tych nie można nabyć „automatycznie”. Jest oczywiste, że nie można przyjąć także jakiejś ogólnej reguły, że podmioty prawa cywilnego (a każdemu ze współmałżonków przysługuje pełnoprawny status podmiotu prawa cywilnego) mogą zostać członkami prywatno-prawnej organizacji (a w konsekwencji podlegać też określonym obowiązkom) bez podjęcia przez nie w tym względzie w pełni świadomego aktu woli, a także złożenia w tym zakresie stosownego oświadczenia.

Pomijając na tym etapie rozważań kwestie skutków prawnych nabycia przez jednego z małżonków praw udziałowych w spółce „w zamian za składniki majątku osobistego” (art. 33 pkt 10 k.r.o.) ogólnie można uznać, że prawa związane z uczestnictwem w spółce – nie chodzi tu wszakże o prawa udziałowe *sensu stricto* – nabyte w czasie trwania wspólności majątkowej przez oboje małżonków lub przez jednego z nich należą do ich majątku wspólnego. Bardzo istotne jest jednak podkreślenie, że nie zawsze są to prawa wspólnicze (udziałowe). Wspólnikiem (uczestnikiem) jest bowiem tylko ten współmałżonek, który złożył wymagane przez prawo oświadczenie woli co do uczestnictwa w spółce. Natomiast w pewnych sytuacjach prawa wspólnicze (udziałowe) przysługują wspólnie obojgu małżonkom – wtedy mianowicie, gdy wspólnie objęli je jako współwspólnicy (współuczestnicy spółki). W odniesieniu do praw tych osób w spółkach kapitałowych sytuacje te regulują przepisy art. 184 i art. 333 k.s.h.

Trzeba jednak podkreślić, że mechaniczne stosowanie ogólnej reguły z art. 31 § 1 k.r.o. do wszelkich sytuacji nabycia praw udziałowych w spółce przez jednego z małżonków, a w konsekwencji uznanie, iż prawa te przysługują w pełni i w taki sam sposób obojgu małżonkom, oraz, że każdy z nich samodzielną własną pozycję prawną uczestnika spółki⁹ nie uwzględnia specyfiki tworzenia organizacji o charakterze korporacyjnym, których członkami są osoby akceptowane jako wspólnicy przez pozostałych uczestników spółki¹⁰, a także stoi w sprzeczności z podstawowymi zasadami, na jakich oparte jest prawo spółek handlowych, zwłaszcza z zasadami dotyczącymi wymogu istnienia *affectionis societatis* po stronie każdego uczestnika spółki oraz fundamentalnej reguły tworzenia spółek *intuitu personae*¹¹. Wspólnicy z reguły muszą wyrazić zgodę na obecność w spółce – w charakterze wspólników – innych określonych osób; podobnie w odniesieniu do spółki akcyjnej zagadnienia te reguluje art. 313 § 1 i § 2 k.s.h.¹²

8 W dalszej części opracowania termin nabycie będzie używany na określenie zarówno czynności pierwotnego nabycia udziałów, tj. ich objęcia przy tworzeniu spółki oraz przy podwyższeniu kapitału zakładowego, jak też czynności translatywnego nabycia udziałów na podstawie umowy sprzedaży, zamiany, darowizny etc. od dotychczasowego wspólnika.

9 A. Szajkowski, *Deklarowana jedność prawa cywilnego*, [w:] A. Dańko-Roesler, M. Leśniak, M. Skory, B. Soltys (red.), *Ius est ars boni et aequi. Księga pamiątkowa dedykowana Profesorowi Józefowi Frąckowiakowi*, Wrocław 2018, s. 1111 i nast.

10 Zob. szerzej A. Szajkowski, *Pojęcie i systematyka prawa spółek*, [w:] A. Szajkowski (red.), *Prawo spółek osobowych*, System Prawa Prywatnego, t. 16, Warszawa 2016, s. 3 i nast.

11 Wymóg ten dotyczy zwłaszcza spółek osobowych, a także w dużym stopniu spółki z o.o.

12 Nieco inaczej prawo reguluje te kwestie w spółkach publicznych podlegających odmiennemu reżimowi prawnemu.

Ponadto trzeba stwierdzić, że nabycie praw udziałowych w spółce handlowej, wymóg złożenia odpowiedniego oświadczenia woli osoby przez osobę wstępującą do tej organizacji prywatnoprawnej, w której oprócz przysługiwania praw jej członków (uczestników) obciążają także określone obowiązki, w tym zobowiązanie do dodatkowych świadczeń pieniężnych w razie określonych uchybień innych członków tej organizacji (zob. np. art. 186 i art. 198 § 2 k.s.h.) – ma niewiele podobieństw z sytuacjami nabywania „zwykłych” przedmiotów majątkowych w rodzaju telewizora, biżuterii, samochodu, czy nawet domu lub mieszkania, o jakich to „zwykłych” sytuacjach nabywania przedmiotów majątkowych stanowi przed wszystkim art. 31 § 1 k.r.o.

Trudności w określeniu statusu prawnego małżonków w spółce wynikają również stąd, że w razie nabycia przez współmałżonka (współmałżonków) praw udziałowych w spółce nakładają się na siebie dwa reżimy prawne, z których każdy oparty jest na odmiennej aksjologii, a przez to różnią się one zakresem i sposobem udzielanej uprawnionym podmiotom odpowiedniej ochrony prawnej¹³.

KRO ma gwarantować równość praw obojga małżonków do majątku wspólnego wypracowanego w trakcie trwania małżeństwa, a także ma zabezpieczyć funkcjonowanie rodziny od strony majątkowej. Z drugiej zaś, KSH ma zapewnić sprawne i bezpieczne funkcjonowanie spółek handlowych, w tym także spółek kapitałowych, a więc ma gwarantować w szczególności bezpieczeństwo obrotu prawnego, co wyraża się m.in. w jasnym określeniu osoby współnika bądź akcjonariusza, czyli osoby uprawnionej z praw udziałowych w spółce¹⁴.

W praktyce zatem całkowicie wystarczające będzie przyjęcie wykładni, że – podobnie jak to jest na przykład w odniesieniu do składników majątku wspólnego wymienionych w przepisach art. 31 § 2 k.r.o.¹⁵ – do majątku wspólnego należą wszelkie dochody uzyskane z praw wspólniczych (udziałowych) objętych przez jednego ze współmałżonków – w sytuacji, gdy prawa te zostały nabyte ze środków majątku wspólnego małżonków.

Również w piśmiennictwie z zakresu prawa rodzinnego podkreśla się, że „przedmiotami majątkowymi w rozumieniu przepisów Działu III k.r.o. nie są z natury rzeczy prawa niemajątkowe, jak również prawa o charakterze mieszanym, tj. zarówno majątkowe, jak i niemajątkowe”¹⁶. Także „członkostwo w spółdzielni jest stosunkiem prawnym o charakterze niemajątkowym”¹⁷, dlatego wynikające z niego uprawnienia nie mogą być rozpatrywane w kategoriach przynależności do majątku wspólnego małżonków¹⁸.

Szeroko апробowanym w piśmiennictwie i dominującym w orzecznictwie jest pogląd, wyrażony po raz pierwszy w wyroku SN z 20 maja 1999 r., zgodnie z którym „w wypadku nabycia przez małżonka ze środków pochodzących z majątku wspólnego, w drodze czynności prawnej, udziału w spółce z ograniczoną odpowiedzialnością, współnikiem staje się tylko małżonek uczestniczący w tej czynności”¹⁹. W uzasadnieniu tego wyroku SN wskazał, że

zarówno w piśmiennictwie, jak i w judykaturze Sądu Najwyższego zdecydowanie przeważa stanowisko, że gdy czynność prawna dokonana została przez jednego z małżonków w ramach zwykłego zarządu majątkiem wspólnym, albo za zgodą drugiego małżonka – stroną takiej czynności jest tylko ten małżonek, który w niej uczestniczył, a więc ten, który złożył oświadczenie woli kreujące i współkształtujące dany stosunek prawny. [...]

13 Zob. A. Szumański, *Status prawny małżonka w spółce kapitałowej w sytuacji, gdy objęcie albo nabycie praw udziałowych w spółce jest finansowane z majątku wspólnego małżonków*, „Monitor Prawniczy” 2015, dod. do nr 7, s. 32.

14 Zob. tamże.

15 Według tych przepisów „do majątku wspólnego należą w szczególności: 1) pobrane wynagrodzenie za pracę i dochody z innej działalności zarobkowej każdego z małżonków; 2) dochody z majątku wspólnego, jak również z majątku osobistego każdego z małżonków; 3) środki zgromadzone na rachunku otwartego lub pracowniczego funduszu emerytalnego każdego z małżonków; 4) kwoty składek zewidencjonowanych na subkoncie, o którym mowa w art. 40a ustawy z dnia 13 października 1998 r. o systemie ubezpieczeń społecznych, t.j. Dz.U. 2019, poz. 300 z późn. zm.

16 J. Pietrzykowski [w:] K. Pietrzykowski (red.), *Kodeks rodzinny i opiekuńczy. Komentarz*, Warszawa 2012, s. 354-355.

17 Zob. K. Pietrzykowski, *Powstanie i ustanie stosunku członkostwa w spółdzielni*, Warszawa 1990, s. 53 i nast.

18 J. Pietrzykowski [w:] K. Pietrzykowski (red.), *Kodeks rodzinny i opiekuńczy...*, s. 352-353.

19 Wyrok SN z 20 maja 1999 r., I CKN 1146/97, Legalis.

jakkolwiek podejmowana czynność dotyczy majątku wspólnego, to jednak – skoro dokonana została przez jednego z małżonków w imieniu własnym – tylko on pozostaje w stosunku prawnym z drugą stroną tej czynności (por. np. uchwałę Sądu Najwyższego z 24 września 1970 r.²⁰, a zwłaszcza uzasadnienie uchwały pełnego składu Izby Cywilnej Sądu Najwyższego z 28 września 1979 r.²¹)²².

Przenosząc przedstawiony pogląd na stosunki w spółce kapitałowej SN uznał, iż „należy konsekwentnie przyjąć, że jakkolwiek w rozważanej sytuacji nabyty udział wchodzi w skład majątku wspólnego, to jednak współnikiem w spółce staje się tylko małżonek będący uczestnikiem czynności prawnej i nabywcą udziału”²³. Argumentując swoje stanowisko, SN stwierdził, iż „jest oczywiste, że stroną umowy spółki (*scil.* współnikiem) staje się z chwilą jej tworzenia tylko osoba uczestnicząca w umowie, choćby pozostawała w związku małżeńskim, a środki na pokrycie udziału pochodzą z majątku dorobkowego”²⁴. SN podniósł ponadto, że

nie można akceptować – także ze względów czysto pragmatycznych – sytuacji, w której skład osobowy spółki jest niejasny tylko dlatego, że niektórzy ze współników pozostają w związku małżeńskim i angażują do spółki środki finansowe stanowiące w całości lub w części przedmiot majątku wspólnego²⁵.

Pogląd ten został zaaprobowany w wielu późniejszych orzeczeniach SN²⁶. I tak, w wyroku z 21 stycznia 2009 r. SN uznał, że „przeznaczenie środków pochodzących z majątku wspólnego małżonków na zakup akcji spółki akcyjnej oznacza, że wchodzi one w skład tego majątku pomimo tego, że akcjonariuszem jest wyłącznie ich nabywca”²⁷. W uzasadnieniu tego wyroku SN trafnie zauważył, że skoro czynności prawne zostały dokonane przez jednego z małżonków w imieniu własnym – tylko ten małżonek pozostaje w stosunku prawnym ze spółką. [...] Akcjonariuszami w spółce stają się tylko osoby obejmujące – zgodnie z art. 313 § 1 KSH w związku z art. 313 § 4 KSH – akcje w kapitale zakładowym spółki, albo nabywające akcje od dotychczasowych akcjonariuszy w sposób określony w art. 339 KSH. Tylko te osoby zostają wpisane do księgi akcji akcyjnej i są uważane wobec spółki za akcjonariuszy (art. 343 § 1 KSH)²⁸.

Pogląd ten SN powtórzył w uzasadnieniu wyroku z 5 października 2005 r., trafnie podkreślając, że „gdy czynność prawna została dokonana przez jednego z małżonków, jej stroną jest tylko ten małżonek, który w niej uczestniczył, a więc ten, kto złożył oświadczenie woli kreujące i współkształtujące dany stosunek prawny”²⁹.

Podobnie w postanowieniu z 3 grudnia 2009 r. dotyczącym spółki z o.o. SN stwierdził, że „udziały nabyte przez jednego małżonka ze środków pochodzących z majątku wspólnego wchodzi w skład tego majątku, a współnikiem staje się tylko małżonek będący stroną czynności prowadzącej do nabycia udziałów”³⁰.

W judykaturze można ponadto wskazać orzeczenia, w uzasadnieniu których SN, rozstrzygając inne kwestie związane z uczestnictwem małżonków w spółce, niejako przy okazji zajął stanowisko w sprawie określenia statusu małżonka obejmującego (nabywającego) udziały w spółce, zakładając, iż tylko jemu przysługuje status współnika (akcjonariusza). I tak przykładowo postanowieniu z 18 grudnia

20 Uchwała SN z 24 września 1970 r., III CZP 55/70, OSPiKA 1973, nr 6, poz. 120.

21 Uchwała SN z 28 września 1979 r., III CZP 15/79, OSNCP 1980, nr 4, poz. 63.

22 Wyrok SN z 20 maja 1999 r., I CKN 1146/97.

23 Tamże.

24 Tamże.

25 Tamże.

26 Niezależnie od tego, że w poszczególnych orzeczeniach występowały niekiedy różnice w argumentacji wyrażonego poglądu oraz koncepcji (teorii) mających uzasadnić zajęte stanowisko.

27 Wyrok SN z 21 stycznia 2009 r., II CSK 446/08, Legalis.

28 Tamże.

29 Wyrok SN z 5 października 2005 r., IV CK 99/05, Legalis.

30 Wyrok SN z 3 grudnia 2009 r., II CSK 273/09, Legalis. Podobnie w postanowieniu SN z 16 marca 2018 r., IV CSK 105/17, Legalis.

2015 r. SN orzekł, iż „rozporządzenie udziałem w spółce z o.o. należy do uprawnień wspólnika, nawet gdy środki pochodzące na nabycie tego udziału pochodzą z majątku wspólnego. Natomiast środki uzyskane ze zbycia takich udziałów należy wziąć pod uwagę przy podziale majątku wspólnego”³¹.

Według zatem dominującej obecnie w piśmiennictwie i orzecznictwie koncepcji prawo udziałowe – postrzegane jako wiązka uprawnień obligacyjnych i organizacyjnych – nabyte samodzielnie przez jednego małżonka wchodzi do majątku wspólnego według zasad ustalania składu mas majątkowych w ustroju wspólności majątkowej (art. 31 i art. 33 KRO), ale członkostwo w spółce i status wspólnika uzyskuje tylko małżonek «który zawarł umowę spółki albo stał się nabywcą udziału (akcji) w drodze czynności *inter vivos* albo *mortis causa*»³².

3. Regulacja zawarta w art. 183¹ k.s.h.

Należy dodać, że powyższych twierdzeń nie zmienia dodany nowelizacją z 12 grudnia 2003 r. przepis art. 183¹ k.s.h., który stanowi, iż umowa spółki może ograniczyć lub wyłączyć wstąpienie do spółki współmałżonka wspólnika w przypadku, gdy udział lub udziały są objęte wspólnością majątkową małżeńską (por. analogiczny przepis art. 332¹ k.s.h. w odniesieniu do spółki akcyjnej)³³. Przepis ten jest wewnątrznie sprzeczny i jako niekonstytucyjny nie może wywoływać skutków prawnych. Przepis ten słusznie krytykowany w piśmiennictwie³⁴ przewiduje *de facto* możliwość wyłączenia ze spółki małżonka wspólnika i utratę przez niego praw współwspólnika na mocy postanowienia umowy spółki, a więc na podstawie umowy jego współmałżonka z osobami trzecimi³⁵. Unormowanie to w oczywisty sposób narusza przewidzianą w Konstytucji RP ochronę prawa własności (praw majątkowych)³⁶ podmiotów prawa cywilnego, a co więcej – na co trafnie zwrócono uwagę w piśmiennictwie³⁷ – zawiera wewnętrzną sprzeczność. Jeśli bowiem udział lub udziały są już objęte wspólnością majątkową małżeńską, to ewentualne nowe postanowienie umowy spółki jest w tej kwestii całkowicie bezprzedmiotowe – współmałżonkowi przysługuje już bowiem status współwspólnika, a jego prawa majątkowe są chronione m.in. przez art. 64 Konstytucji RP i nie mogą zostać naruszone przepisem rangi ustawowej³⁸. Brak ponadto aksjologicznego uzasadnienia dla podejmowanych prób wyłączenia prawa udziałowego współmałżonka ze stosunku wspólności, tym bardziej, że nabycie lub objęcie udziałów nastąpiło za składniki majątku wspólnego małżonków. W piśmiennictwie zasadnie postuluje się zatem niezwłoczne uchylene tego przepisu³⁹.

31 Postanowienie SN z 18 grudnia 2015 r., III CSK 332/15, Legalis. Por. postanowienie SN z 31 stycznia 2013 r., II CSK 349/12, Legalis; postanowienie SN z 12 stycznia 2018 r., II CSK 220/17, Legalis; uchwała SN z 7 lipca 2016 r., III CZP 32/16, Legalis.

32 M. Nazar [w:] T. Smyczyński (red.), *Prawo rodzinne i opiekuńcze*, System Prawa Prywatnego, t. 11, Warszawa 2009, s. 283.

33 Jak wspomniano wyżej, nowy art. 333 § 4 k.s.h., wprowadzony ustawą z 30 sierpnia 2019 r., ma obowiązywać od 1 stycznia 2021 r.

34 Zob. A. Szajkowski, *Wyłączenie wstąpienia...*, s. 291; M. Nazar, *Komercjalizacja...*, s. 201 i nast.; M. Tarska, *Małżeński reżim majątkowy a status prawny małżonka wspólnika osobowej spółki handlowej*, [w:] Z. Kuniewicz, K. Malinowska-Woźniak (red.), *Status prawny małżonków w spółkach cywilnych i handlowych*, Warszawa 2016, s. 169 i nast.; M. Tarska, *Sytuacja prawna małżonków jako współwspólników spółki z o.o.*, [w:] A. Dańko-Roesler, M. Leśniak, M. Skory, B. Sołtys (red.), *Ius est ars...*, s. 1147 i nast.; P. Zdanikowski, *Prawo udziałowe w spółcekapitałowej jako przedmiot majątku wspólnego małżonków*, „Paestra” 2006, nr 9-10, s. 103-107; A. Szermach, *Udział w spółce z ograniczoną odpowiedzialnością a wspólność majątkowa małżeńska*, Warszawa 2019, s. 82 i nast.

35 W relacjach między współuprawnionymi małżonkami objętymi reżimem wspólności majątkowej małżeńskiej pozostali wspólnicy są osobami trzecimi.

36 Zob. A. Szajkowski, *Wyłączenie wstąpienia...*, s. 291; A. Chłopecki, *Akcje zdematerializowane w małżeńskiej wspólności majątkowej*, „Przeгляд Prawa Handlowego” 2008, nr 10, s. 49.

37 Zob. A. Szajkowski, *Wyłączenie wstąpienia...*, s. 289-300.

38 Przepis art. 183¹ k.s.h. niejako zezwala stronom umowy spółki na umowną ingerencję w istniejący stan prawno-majątkowy osób pozostających we wspólności ustawowej (udziały są już bowiem objęte wspólnością majątkową małżeńską) poprzez pozabawienie jednego z nich praw udziałowych, nie przewidując przy tym żadnych zasad spłaty wywłaszczonego małżonka. Takie postanowienie umowy spółki jest, rzecz jasna, całkowicie bezprzedmiotowe, gdy współmałżonkowi wspólnika przysługuje już status współwspólnika. Nie jest tak jednak w każdym przypadku, zob. uwagi zawarte w pkt IV.

39 Zob. M. Tarska, *Od odpowiedzialności członków zarządu za naruszenie ładu korporacyjnego w zakresie udziałów wspólnika objętych wspólnością majątkową małżeńską*, [w:] K. Bilewska (red.), *W poszukiwaniu optymalnego modelu ustroju spółki handlowej – efektywność zarządzania i nadzoru*, Warszawa 2018, s. 20-326.

Należy podkreślić, że chodzi tu jedynie o sytuacje, gdy *in casu* mamy do czynienia ze wspólnością praw udziałowych małżonków, a nie o ogólne unormowanie zawarte w art. 31 § 1 k.r.o., nieprzesądzające tego, czy prawa udziałowe są objęte wspólnością *sensu stricto*, czy też chodzi tu tylko o sytuacje, gdy wartość majątkowa i dochody z tych praw stanowią składniki majątku wspólnego małżonków.

4. Udział w spółce jako przedmiot majątku wspólnego małżonków

Do wyjaśnienia pozostają istota i charakter praw majątkowych, wchodzących do majątku wspólnego małżonków w przypadku, gdy pomimo tego, że środki na pokrycie udziałów w spółce (zapłatę za udziały) pochodzą z majątku wspólnego małżonków, współnikiem spółki zostaje tylko jeden ze współmałżonków (tzn. gdy praw udziałowych w spółce nie objęli wspólnie małżonkowie – jako współwspólnicy). Ścisłe rzecz biorąc, chodzi o charakter praw majątkowych przysługujących temu współmałżonkowi, który nie został uczestnikiem spółki (współuprawnionym z udziału lub udziałów), tzn. czy od chwili objęcia (nabycia) przez współmałżonka udziałów za środki z majątku wspólnego przysługuje mu prawo do przystąpienia do spółki, czy zatem może on żądać przyznania mu statusu współwspólnika (współuczestnika), tj. statusu współuprawnionego z udziału (zob. np. art. 184 k.s.h.) – oczywiście, po wykazaniu (udowodnieniu), że rzeczywiście ma do tego prawo. Jest to, rzecz jasna, odrębna kwestia prawna, ale moim zdaniem należy przyjąć, iż w takiej sytuacji konieczne jest, bądź przedłożenie zarządowi spółki stosownego prawomocnego wyroku stwierdzającego stosowne prawa tego współmałżonka, bądź pisemne oświadczenie współmałżonka, który jest już współnikiem (uczestnikiem) spółki, złożone zarządowi spółki, iż ze względu na to, że środki na objęcie udziałów (zapłata za udziały) pochodzą z majątku wspólnego, prawa do nabycia tych udziałów weszły do majątku wspólnego małżonków. Należy jednoznacznie podkreślić, że są to jednak zawsze i tylko prawa do uzyskania praw wspólniczych (praw udziałowych), a nie same prawa wspólnicze (prawa udziałowe tzn. prawa wspólników (uczestników) spółki). Trzeba wyraźnie zaznaczyć, że jeśli współnik-współmałżonek nie wyraża zgody na wejście do spółki w charakterze współwspólnika swojego małżonka, temu ostatniemu przysługuje, rzecz jasna, prawo do stosownych rozliczeń finansowych od współmałżonka-wspólnika, nie ma on jednak roszczenia o ujawnienie go w księdze udziałów lub księdze akcji w charakterze współwspólnika lub współakcjonariusza spółki.

Jak wskazano wyżej, w podobnym kierunku zmierzają reprezentatywne wypowiedzi orzecznictwa SN oraz piśmiennictwa naukowego, chociaż prawidłowemu podejściu do omawianej kwestii nie zawsze towarzyszą precyzyjne jurydycznie wypowiedzi. Tak np. w powołanym wyżej orzeczeniu SN z 20 maja 1999 r. stwierdzono: „jakkolwiek w rozważanej sytuacji nabyty udział wchodzi w skład majątku wspólnego, to jednak współnikiem w spółce staje się tylko małżonek będący uczestnikiem czynności prawnej i nabywcą udziału”⁴⁰. Podobny sens mają także wypowiedzi przedstawicieli piśmiennictwa⁴¹.

40 Orzeczenie SN z 20 maja 1999 r., I CKN 1146/97. Także w innych licznych orzeczeniach SN wypowiadał się w tym sensie. Zob. zwłaszcza: postanowienie SN z 3 grudnia 2009 r., II CSK 273/09; uchwała SN z 13 marca 2008 r., III CZP 9/08, OSNC 2009, nr 4, poz. 54; uchwała SN z 15 września 2004 r., III CZP 46/04, Legalis; postanowienie SN z 16 marca 2018 r., IV CSK 105/17; wyrok SN z 21 stycznia 2009 r., II CSK 446/08; uchwała SN z 7 lipca 2016 r., III CZP 32/16; wyrok SN z 5 października 2005 r., IV CK 99/05; postanowienie SN z 31 stycznia 2013 r., II CSK 349/12; postanowienie SN z 12 stycznia 2018 r., II CSK 220/17; postanowienie SN z 18 grudnia 2015 r., III CSK 332/15.

41 Zob. zwłaszcza: A. Kidyba, *Przepisy dodane jako normy kreujące nowe instytucje k.s.h.*, „Przegląd Prawa Handlowego” 2004, nr 3, s. 16; R. Pabis, *Komentarz. Spółka z o.o.*, Warszawa 2000, s. 159; J.P. Naworski, *Nowelizacja przepisów Kodeksu spółek handlowych o spółce z ograniczoną odpowiedzialnością. Cz. I.*, „Monitor Prawniczy” 2004, nr 9, s. 401. Prawnicze niejasności powyższych wypowiedzi wynikają z braku rozróżnienia między prawem do udziału w spółce wchodzącym w skład majątku wspólnego małżonków oraz samym prawem udziałowym (udziałem) przysługującym współmałżonkowi, który złożył oświadczenie woli o przystąpieniu do spółki (nabyciu udziałów w spółce); zob. też A. Herbet, *Problemy nowelizacji Kodeksu spółek handlowych*, „Monitor Prawniczy” 2004, nr 13, s. 588; A. Szermach, *Udział w spółce...*, s. 239.

5. Warianty uczestnictwa małżonków w spółce kapitałowej

Można wyróżnić cztery podstawowe warianty (konfiguracje)⁴² możliwych sytuacji uczestniczenia w spółce kapitałowej współmałżonków – obojga lub jednego z nich.

Pierwszy, gdy małżonkowie razem przystępują do spółki, nabywając udziały do majątku wspólnego, tzn. występując razem jako strona umowy spółki lub innej czynności prawnej, w wyniku której stają się uprawnionymi z udziału (udziałów)⁴³. Wówczas oboje małżonkowie, składając oświadczenie woli osobiście (lub gdy jeden z nich działa na podstawie umocowania drugiego⁴⁴), stają się współwspólnikami, tzn. obojgu (łącznie) przysługuje status wspólnika. W takim też charakterze są wpisywani do księgi udziałów (art. 188 k.s.h.). Ich sytuacja prawna w spółce regulowana jest stosownie do art. 184 § 1 k.s.h., tzn. prawa w spółce wykonują przez wspólnego przedstawiciela, zaś za świadczenia związane z udziałem odpowiadają solidarnie (zob. art. 184 § 2 k.s.h.). Wspólnym przedstawicielem może być którykolwiek z małżonków lub osoba trzecia; w każdym jednak czasie zgoda na wyznaczenie wspólnego przedstawiciela może zostać przez każdego ze współmałżonków wycofana. W analizowanym tu przypadku udziały pokrywane są środkami pochodzącymi z majątku wspólnego.

W drugim – najczęściej występującym w praktyce przypadku – udziały formalnie nabywa wprawdzie tylko jeden z małżonków, drugi zaś nie uczestniczy w czynności objęcia lub nabycia praw udziałowych (nie składa stosownego oświadczenia woli). Wobec spółki formalnie jako wspólnik występuje tylko jeden z małżonków, w takim charakterze jest też wpisywany do księgi udziałów; można uznać, że działa on niejako w charakterze powiernika współmałżonka uprawnionego do nabytych przez małżonka udziałów na podstawie art. 31 § 1 k.r.o. Należy jednak zaznaczyć, że *de lege lata* brak jest wystarczającej pewności co do tego, w jaki sposób, zgodnie z art. 31 § 1 k.r.o., nabyte prawa wchodzi do majątku wspólnego małżonków. Przedstawiona wyżej argumentacja kwestionuje pogląd, iż w tym wypadku wykonywanie praw udziałowych również powinno następować według reguł podanych wyżej (w pierwszej konfiguracji).

W praktyce powstaje tu wiele sytuacji szczególnych, przypadek ten wywołuje też najwięcej wątpliwości i kontrowersji w kwestii zaliczenia prawa udziałowego do określonego majątku (wspólnego bądź osobistego) małżonków pozostających we wspólności majątkowej. Z jednej bowiem strony, przepisy k.r.o. nie wymagają w takiej sytuacji do ważności nabycia udziału w spółce zgody drugiego małżonka; czynność ta nie mieści się bowiem w katalogu czynności wymienionych w art. 37 § 1 k.r.o.⁴⁵ Z drugiej strony, przepisy k.s.h. nie nakładają na wspólników obowiązku zadeklarowania, z którego majątku mają pochodzić wkłady na pokrycie obejmowanych lub nabywanych udziałów⁴⁶. Zresztą, takie oświadczenie wspólnika – małżonka obejmującego prawa udziałowe, zgodnie

42 Możliwe są, rzecz jasna, jeszcze inne bardziej złożone konfiguracje, np. współuprawnienie jednego lub obojga małżonków z tytułu (części) udziałów z inną osobą na zasadzie wspólności w częściach ułamkowych, bądź uczestnictwo w spółce jednego z małżonków na zasadzie wspólności łącznej w sytuacji udziału w spółce z o.o. wspólników spółki cywilnej. Jeszcze inną sytuację prawną stwarza powiernicze nabycie przez małżonka udziałów. Analiza tych sytuacji pozostaje jednak poza zakresem niniejszego opracowania.

43 Np. umowy sprzedaży lub wskutek objęcia udziałów w podwyższonym kapitale zakładowym. Udziały będą przysługiwać wspólnie małżonkom także wskutek dziedziczenia, zapisu lub darowizny, jeśli spadkodawca lub darczyńca tak postanowił (art. 33 pkt 2 k.r.o.).

44 Pełnomocnictwo drugiego małżonka – z uwagi na regulę wyrażoną w art. 31 § 1 k.r.o. – nie jest konieczne. Przepisy k.r.o. nie kreują ustawowego przedstawicielstwa małżonków w odniesieniu do czynności zarządu majątkiem wspólnym lub czynności prowadzących do nabycia przedmiotów majątkowych do majątku wspólnego małżonków. Por. M. Nazar [w:] T. Smyczyński (red.), *Prawo rodzinne i opiekuńcze...*, s. 411; A. Dyoniak, *Ustawowy ustrój majątkowy małżeński*, Wrocław 1985, s. 51; J. Piątkowski [w:] J.S. Piątkowski (red.), *System prawa rodzinnego i opiekuńczego*, cz. 1, Warszawa 1985, s. 343.

45 Zob. zaproponowane przez T. Sokołowskiego, *Intercyza małżonków w związku z uczestnictwem w spółce handlowej*, [w:] Z. Kuniewicz, K. Malinowska Woźniak (red.), *Status prawny małżonków w spółkach cywilnych i handlowych*, Warszawa 2016, s. 50 i nast. szerokie rozumienie terminu przedsiębiorstwo użyte w art. 37 § 1 pkt 3 k.r.o. Przyjęcie według autora koncepcji objęcia dyspozycją tego przepisu nabycia (objęcia) udziału w spółce jako czynności prawnej prowadzącej do zbycia, obciążenia, odpłatnego nabycia i wydzierżawienia przedsiębiorstwa – oznaczałoby konieczność uzyskania zgody małżonka na nabycie udziałów w spółce na podstawie art. 37 § 1 pkt 3 k.r.o.

46 M. Tarska, *Odpowiedzialność członków zarządu...*, s. 320-326.

z utrwalonym orzecznictwem⁴⁷, nie przesądza, do której masy majątkowej zostaną zaliczone prawa udziałowe. Może się bowiem okazać, że wbrew deklaracji – nawet z przyczyn obiektywnych – pokrycie udziałów nastąpiło z majątku wspólnego bądź ze środków pochodzących częściowo z jego majątku osobistego a częściowo z majątku wspólnego⁴⁸ albo nawet wyłącznie z majątku osobistego drugiego małżonka. Warto tu podkreślić, że kryterium przypisania do majątku wspólnego małżonków przedmiotów majątkowych nabytych przez oboje lub przez jednego z nich (o których to mowa w art. 31 § 1 k.r.o.), zgodnie z ustawą nie stanowi źródło pochodzenia środków majątkowych przeznaczonych na nabycie takiego przedmiotu majątkowego; wystarczające jest pozostawanie przez małżonków we wspólności ustawowej w chwili dokonywania takiej czynności.

Trzeba dodać, że w praktyce przeważa model akceptowania przez współmałżonka wykonywania tych praw samodzielnie przez tego współmałżonka, który formalnie nabył prawa udziałowe. Drugi („nieaktywny”) współmałżonek może wszakże zażądać dopuszczenia go do współwykonywania praw udziałowych objętych wspólnością majątkową małżeńską. Jeśli jednak składający oświadczenie o nabyciu udziałów małżonek (tj. dotychczasowy współnik) twierdzi, iż prawa udziałowe przysługują wyłącznie jemu (bądź należą do jego majątku osobistego), a zatem wyłącznie jemu przysługuje status współnika spółki – może zawiadomić zarząd spółki o swoich uprawnieniach, wskazując podstawę prawną dla wysuniętych przez siebie roszczeń. Po wykazaniu ich zasadności uzyska status wyłącznie uprawnionego do udziału lub udziałów. Ponadto, zgodnie z utrwalonym orzecznictwem SN⁴⁹ oraz stanowiskiem doktryny⁵⁰, każdy z małżonków może wystąpić przeciwko drugiemu w czasie trwania wspólności z powództwem o ustalenie (art. 189 k.p.c.), że dany przedmiot (tu: prawa udziałowe) należy do majątku objętego wspólnością ustawową.

W kolejnym (trzecim) przypadku małżonkowie nabywają udziały wspólnie (jak w przypadku pierwszym), a ponadto oboje bądź jeden z nich, obejmuje dodatkowo udziały za środki z majątku osobistego. Wówczas małżonkowi, który nabył udziały także do majątku osobistego, część udziałów w spółce będzie przysługiwała z tytułu wspólności, zaś część wyłącznie jemu.

Czwarta opcja oznacza uczestnictwo w spółce małżonków niezależnie od siebie, tzn. gdy każdy z nich przystąpił do spółki finansując udziały wyłącznie z własnego majątku osobistego. Wówczas obojgu małżonkom przysługuje samodzielnie status współnika; prawa w spółce wykonują także niezależnie od siebie. Osoba pozostająca w małżeńskim ustroju wspólności majątkowej małżeńskiej może być bowiem samodzielnie uczestnikiem spółki, tzn. bez udziału w spółce swojego współmałżonka lub niezależnie od niego. Warto zaznaczyć, że z uwagi na ogólną regułę zaliczania do majątku wspólnego przedmiotów majątkowych nabywanych przez małżonków w czasie trwania wspólności ustawowej (art. 31 § 1 zd. 1 k.r.o.), nabywanie praw przez małżonka do jego majątku osobistego – jako wyjątek od tej zasady⁵¹ – wymaga wyraźnej podstawy prawnej i ścisłej interpretacji. Prawa udziałowe w spółce z o.o. stają się zatem składnikiem majątku osobistego małżonka zasadniczo w dwóch przypadkach: gdy są wynikiem dziedziczenia, zapisu lub darowizny, o ile spadkodawca lub darczyńca nie postanowił inaczej (art. 33 pkt 2 k.r.o.), jak również wskutek surogacji, tzn. gdy są nabywane przez małżonka w zamian za środki pochodzące z jego majątku osobistego (art. 33 pkt 10 k.r.o.)⁵².

47 Zob. np. wyrok SN z 9 stycznia 2001 r., II CKN 1194/00, Legalis.

48 Różne koncepcji doktrynalne co do kwalifikacji prawa nabytego częściowo za środki z majątku osobistego małżonka, częściowo z majątku wspólnego omawia M. Nazar, *Surogacja majątków małżonków w ustroju wspólności ustawowej*, [w:] A. Jakubecki, J. Strzępka (red.), *Ius et Remedium. Księga jubileuszowa Profesora Mieczysława Sawczuka*, Warszawa 2010, s. 384.

49 Zob. uchwała SN z 28 lutego 1972 r., III CZP 96/71, OSNCP 1972, nr 12, poz. 211.

50 Por. M. Nazar [w:] T. Smoczyński (red.), *Prawo rodzinne i opiekuńcze...*, s. 282. Zob. też J.S. Piątkowski [w:] J.S. Piątkowski (red.), *System prawa rodzinnego...*, s. 365 i nast.

51 Por. M. Nazar [w:] T. Smoczyński (red.), *Prawo rodzinne i opiekuńcze...*, s. 317; M. Nazar, *Surogacja majątków małżonków...*, s. 381.

52 Jak zauważa M. Nazar (tamże, s. 371 ustalając skład majątku wspólnego poprzez użycie w art. 31 § 1 zd. 1 k.r.o. generalnej zasady, zgodnie z którą majątek wspólny tworzą przedmioty majątkowe nabyte w czasie trwania wspólności ustawowej, niezbędne stało się określenie zakresów majątków osobistych i zakresów ich surogacji, ograniczające działanie ogólnej formuły ustalania składu majątku wspólnego. Por. J.S. Piątkowski [w:] J.S. Piątkowski (red.), *System prawa rodzinnego...*, s. 376.

Również nabycie akcji w spółce akcyjnej⁵³ wymaga jednoznacznego oświadczenia woli osoby ubiegającej się o status uczestnika spółki (akcjonariusza). Zgodnie z art. 313 § 1 i § 2 k.s.h., zgoda na zawiązanie spółki akcyjnej i brzmienie statutu oraz na objęcie akcji przez jedyne go założyciela albo założycieli lub łącznie z osobami trzecimi powinna być wyrażona w jednym lub kilku aktach notarialnych. W aktach tych należy wymienić w szczególności osoby obejmujące akcje, liczbę i rodzaj akcji objętych przez każdą z nich, wartość nominalną i cenę emisyjną akcji oraz terminy wpłat. Także późniejsze nabycie akcji już istniejącej spółki wymaga złożenia (w umowie o nabycie akcji) stosownego oświadczenia woli nabywcy.

6. Problem braku spójności regulacji k.r.o. i k.s.h. w zakresie wspólności praw udziałowych małżonków w spółce

W podsumowaniu trzeba stwierdzić, że w piśmiennictwie⁵⁴ i orzecznictwie sądowym podkreśla się, że niejasność regulacji statusu prawnego osób pozostających we wspólności majątkowej małżeńskiej oraz będąca jej konsekwencją rozbieżność poglądów, zwłaszcza różnych składów orzekających sądów⁵⁵ w kwestii udziału małżonków w spółkach kapitałowych jest skutkiem braku synchronizacji przepisów prawa rodzinnego z zakresem stosunków majątkowych małżeńskich z prawem spółek handlowych. Jak trafnie zauważył SN w uzasadnieniu wyroku z 5 października 2005 r., „zagadnienie stosunków majątkowych małżeńskich w kontekście prowadzenia działalności gospodarczej w formie spółki handlowej stanowi złożoną materię ze względu na nieprzystający do siebie model ustroju spółek prawa handlowego i ustroju wspólności majątkowej małżeńskiej”⁵⁶. Z kolei SN w uzasadnieniu postanowienia z 31 stycznia 2013 r. podkreślił, iż „skutkiem niespójności pomiędzy prawem handlowym a prawem rodzinnym jest zasadnicza trudność pogodzenia wynikającego z umowy spółki statusu wspólnika, przysługującego tylko małżonkowi nabywającemu udziały, z łącznym charakterem majątku małżeńskiego, do którego nabyte udziały wchodzi”⁵⁷. Wynika to głównie z charakteru prawa członkostwa w spółce z o.o. jako prawa o elementach osobowych⁵⁸.

Jak wspomniano, problem wynika m.in. z tego, że oba te działy prawa cywilnego oparte są na odmiennej aksjologii. Rolą przepisów prawa rodzinnego w zakresie ustawowego ustroju małżeńskiego jest przede wszystkim zabezpieczenie rodziny od strony materialnej poprzez ochronę majątku wspólnego małżonków, czego wyrazem są przepisy art. 31 i nast. k.r.o. Z kolei *ratio legis* rozwiązań prawno-spółkowych w k.s.h. jest stworzenie spójnych i dogodnych dla inwestorów warunków prowadzenia wspólnie, tj. razem z innymi inwestorami-uczestnikami spółki, działalności gospodarczej w formie spółki handlowej, w sposób nienaruszający interesów osób trzecich, zwłaszcza wierzycieli spółki, uwikłanych w stosunki prawne ze spółką. Ustawodawca prawno-rodzinny, kreując małżeńskie reżimy majątkowe, nie dostrzegł jednak specyfiki praw udziałowych w spółkach handlowych – tak jak dostrzegł przykładowo szczególny charakter praw autorskich oraz praw własności przemysłowej (art. 33 pkt 9 k.r.o.) – i poddał je ogólnemu reżimowi ustawowemu k.r.o. W przepisach działu III

53 Chodzi o spółki akcyjne uregulowane w k.s.h. (spółki niepubliczne). Sytuacja wygląda nieco inaczej w przypadku akcji spółek publicznych, ze względu na ich specyficzny charakter prawny.

54 A. Szajkowski, *Postulat spójności Kodeksu spółek handlowych z Kodeksem cywilnym*, [w:] J. Pisieliński, F. Zoll (red.), *Rozprawy z prawa cywilnego, własności intelektualnej i prawa prywatnego międzynarodowego. Księga pamiątkowa dedykowana prof. B. Gawlikowi*, Warszawa 2012, s. 541-558; A. Szajkowski, *Deklarowana jedność prawa...*, s. 1111 i nast.; zob. też G. Nita-Jagielski, *Dylematy spójności Kodeksu spółek handlowych z Kodeksem cywilnym oraz Kodeksem rodzinnym i opiekuńczym – konferencja naukowa dla uczczenia 40-lecia pracy naukowej Profesora Andrzeja Szajkowskiego w INP PAN, Warszawa 23 września 2014 r.*, „Monitor Prawniczy” 2015, dod. do nr 7, s. 541-558.

55 Zob. postanowienie SN z 3 grudnia 2009 r., II CSK 273/09; wyrok SN z 5 października 2005 r., IV CK 99/05; postanowienie SN z 31 stycznia 2013 r., II CSK 349/12. Szerzej na temat stanowiska sądów w kwestii statusu prawnego w spółce z o.o. małżonków-wspólników – zob. M. Tarska, *Udział małżonków w spółkach kapitałowych w świetle orzecznictwa*, [w:] P. Piniór (red.), *Prawo handlowe. Między teorią, praktyką a orzecznictwem. Księga jubileuszowa dedykowana Profesorowi Januszowi A. Strzypce*, Warszawa 2019, s. 291 i nast.

56 Wyr. SN z 5 października 2005 r., IV CK 99/05.

57 Postanowienie SN z 31 stycznia 2013 r., II CSK 349/12.

58 Zob. też A. Dyoniak, *Przynależność do majątku małżonków udziału w spółce z ograniczoną odpowiedzialnością*, „Ruch Prawniczy Ekonomiczny i Socjologiczny” 1991, nr 3, s. 29.

tytułu I k.r.o. brak jest jakichkolwiek szczególnych postanowień dotyczących skutków prawnych objęcia lub nabycia przez małżonków (lub małżonka) praw członkowskich w spółkach handlowych. Według prawie powszechnej opinii, obecny stan prawny jest niezadowalający tak dla spółki, jak i dla wspólników oraz samych małżonków.

7. Umowne ustroje majątkowe małżeńskie według k.r.o.

W świetle dotychczasowych rozważań można stwierdzić, że status prawny małżonka wspólnika, czy też – jak wyżej wspomniano – z reguły współmałżonki wspólnika – nie jest wystarczająco pewny. Ani w piśmiennictwie, ani w orzecznictwie nie ma utrwalonego stanowiska w kwestii obowiązującego stanu prawnego w tym zakresie. Zatem do czasu definitywnego ustalenia tego stanu, bądź przeprowadzenia skutecznej interwencji legislacyjnej, pragmatycznym rozwiązaniem pozostaje jedynie zawarcie odpowiedniej umowy – bądź to między samymi współmałżonkami, bądź też między wspólnikami spółki.

Zgodnie z art. 47 § 1 k.r.o. małżonkowie mogą przez umowę zawartą w formie aktu notarialnego wspólność ustawową rozszerzyć lub ograniczyć albo ustanowić rozdzielność majątkową lub rozdzielność majątkową z wyrównaniem dorobków. Umowa majątkowa małżeńska może zostać zawarta jeszcze przed zawarciem związku małżeńskiego lub w trakcie jego trwania. W pierwszym przypadku umowa taka ma charakter wyłącznie organizacyjny, w drugim – powoduje zmianę istniejącego ustroju wspólności majątkowej, może też powodować jednocześnie przesunięcie między majątkami małżonków określonych praw już znajdujących w jednym z nich.

Regulacja umownych ustrojów majątkowych małżeńskich zawarta w rozdziale II działu III tytułu I Kodeksu rodzinnego i opiekuńczego jest dosyć lakoniczna. W odniesieniu do umowy rozszerzającej wspólność majątkową przepisy oddziału 2 rozdziału II pt. *Umowne ustroje majątkowe* regulują jedynie trzy kwestie: kategorie praw znajdujących się w majątku osobistym małżonków, na które nie może zostać rozszerzona wspólność (art. 49 k.r.o.), poszerzenie zakresu przedmiotowego odpowiedzialności małżonka-dłużnika w razie przesunięcia składnika majątkowego z jego majątku osobistego do majątku wspólnego (art. 50 k.r.o.) oraz możliwość ustalenia innej niż równa wysokości udziałów małżonków w razie ustania wspólności (art. 50¹ k.r.o.). W pozostałym zakresie mają odpowiednie zastosowanie przepisy o wspólności ustawowej (art. 48 k.r.o.). Odnośnie umowy ograniczającej wspólność majątkową małżonków nie przewidziano żadnej szczególnej regulacji. Z kolei, w razie ustanowienia w umowie tzw. pełnej rozdzielności majątkowej małżeńskiej, każdy z małżonków zachowuje zarówno majątek nabyty przed zawarciem umowy, jak i majątek nabyty później (art. 51 k.r.o.), a także samodzielnie zarządza swoim majątkiem (art. 51¹ k.r.o.).

Stosunkowo najbardziej rozbudowana jest regulacja ustroju rozdzielności majątkowej z wyrównaniem dorobków, zamieszczona w oddziale 4, dodanym na mocy wspomnianej nowelizacji k.r.o. z 2004 r.⁵⁹ Ustrój ten nie różni się od ustroju tzw. pełnej rozdzielności majątkowej – do czasu ustania rozdzielności (co następuje zazwyczaj w razie ustania związku małżeńskiego), kiedy to aktualizuje się jego odmiennosc, polegająca na ustaleniu i wyrównaniu dorobków małżonków, określanych jako wzrost wartości majątku każdego z małżonków po zawarciu umowy małżeńskiej (art. 51² k.r.o.). Przepisy art. 51³ § 2 i 3 k.r.o. wskazują, jakie przedmioty majątkowe pomijają się, a wartość których jest doliczana przy obliczaniu dorobków, o ile strony nie postanowiły inaczej. Po ustaniu rozdzielności majątkowej lub w razie śmierci małżonka w sytuacji, gdy dorobek jego współmałżonka jest mniejszy, ten ostatni może żądać wyrównania dorobków lub przeniesienia prawa. Z ważnych powodów zarówno małżonek, jak i spadkobiercy mogą wystąpić z żądaniem zmniejszenia obowiązku wyrównania dorobków (art. 51⁴ - art. 51⁵ k.r.o.).

Pomimo tego, że w wyniku nowelizacji z 17 czerwca 2004 r. przepisy dotyczące umownych ustrojów małżeńskich zostały nieco zmodyfikowane i poszerzone, w dalszym ciągu pojawiają się istotne wątpliwości odnośnie do dwóch zasadniczych kwestii.

59 Ustawa z dnia 17 czerwca 2004 r. o zmianie ustawy – Kodeks rodzinny i opiekuńczy oraz niektórych innych ustaw, Dz.U. 2004 Nr 162, poz. 1691.

Pierwsza wątpliwość dotyczy charakteru katalogu typów umów majątkowych małżeńskich wymienionych w art. 47 § 1 k.r.o., tzn. czy jest on zamknięty, czy też dopuszczalne jest zawieranie tzw. umów kombinowanych (mieszanych), łączących niektóre elementy różnych umów wskazanych w przywołanym przepisie. W tym zakresie w piśmiennictwie i orzecznictwie ukształtowały się dwa przeciwne stanowiska. Zwolennicy uznania zawartego w art. 47 § 1 k.r.o. wyczenia typów umów majątkowych za enumeratywne przywołują jako argument względ na pewność obrotu, zwłaszcza interes wierzycieli małżonków, a także potrzebę w określonym stopniu formalizmu w kształtowaniu stosunków prawnych między małżonkami⁶⁰. Ponieważ, jak twierdzą, regułą jest, że zawarcie małżeństwa wywołuje skutki wynikające z przepisów bezwzględnie wiążących, polski ustawodawca nie pozostawia małżonkom (lub przyszłym małżonkom) zupełnej swobody także co do kształtowania treści umowy majątkowej⁶¹. Z kolei zwolennicy przeciwnego poglądu powołują się na ogólną koncepcję liberalizacji prawa majątkowego i poszerzenia wyboru ustroju umownego⁶². Tę koncepcję normatywną ma dodatkowo umacniać wykładnia gramatyczna art. 47 § 1 k.r.o.⁶³

Podnoszony przez zwolenników *numerus clausus* ustrojów majątkowych argument konieczności zapewnienia ochrony wierzycielom małżonka, wobec których powołanie się przez małżonka – dłużnika na umowę majątkową małżeńską jest skuteczne jedynie w sytuacji, gdy jej zawarcie oraz rodzaj były tym osobom wiadome (art. 47¹ k.r.o.) – jest raczej wątpliwy. Jak wspomniano, przepisy rozdziału II tytułu I k.r.o. zawierają jedynie szczątkową regulację dotyczącą umownych ustrojów majątkowych. Odnośnie do wspólności majątkowej, która drogą umowy między małżonkami może być rozszerzona lub ograniczona, przepisy w zasadzie nie wskazują granic dopuszczalnej modyfikacji ustroju ustawowego⁶⁴. Jedynie w razie rozszerzenia wspólności art. 49 § 1 k.r.o. przewiduje w pewnym sensie górną granicę, wymieniając kategorie praw, na które nie można umownie rozszerzyć wspólności⁶⁵. Brak natomiast

60 J. Gajda, T. Smoczyński [w:] T. Smoczyński (red.), *Prawo rodzinne i opiekuńcze...*, s. 458. Za E. Skowrońską-Bocian, *Rozliczenia majątkowe*, Warszawa 2013, s. 38-39 wskazuje się na niedopuszczalność zawarcia w umowie następujących postanowień: 1) wprowadzających ustrój majątkowy niezany polskiemu prawu rodzinnemu; 2) kształtujących ustrój majątkowy w taki sposób, że zawiera on pewne elementy ustroju ustawowego oraz ustroju umownego; 3) prowadzących w części do rozszerzenia, a w części do ograniczenia wspólności; 4) zmieniających zasady zarządu majątkiem wspólnym; 5) modyfikujących zasady odpowiedzialności małżonków za zobowiązania jednego z nich. Zamieszczenie w umowie tego rodzaju postanowienia według J. Gajda, T. Smoczyński [w:] T. Smoczyński (red.), *Prawo rodzinne i opiekuńcze...*, s. 460 oznacza jej nieważność ewentualnie nieważność niektórych jej postanowień, zgodnie z art. 58 ustawy z dnia 23 kwietnia 1964 r. – Kodeks cywilny, t.j. Dz.U. 2020, poz. 1740, 2320.

61 Tamże, s. 458.

62 T. Sokołowski, *Swoboda intercyzy. Zakres modyfikacji małżeńskich ustrojów majątkowych*, Warszawa 2013, s. 274 i nast.

63 Głównym argumentem jest użycie w przepisie art. 47 § 1 k.r.o. spójnik albo wprowadzającego alternatywę rozłączną przy wyczeniu ustrojów wspólności majątkowej i ustrojów rozdzielnosci majątkowej. Natomiast przy wskazaniu dwóch ustrojów umownej wspólności majątkowej użyto spójnika lub i z czego wyciągnięto wniosek, że można taką kombinację zastosować w intercyzie. Jak podnoszą J. Gajda, T. Smoczyński [w:] T. Smoczyński (red.), *Prawo rodzinne i opiekuńcze...*, s. 461: „wykładnia prawa musi być integralna (systemowa), a nie tylko gramatyczna i ostatecznie mieć na względzie spójność różnych przepisów regulujących tę samą instytucję prawną. Trzeba jednak stwierdzić, że *intentio legis* w dawnym art. 47 § 2 k.r.o., jak i w aktualnym art. 47¹ k.r.o. sprowadza się do alternatywy rozłącznej, ponieważ w polskim systemie prawnym obowiązują wskazane ustroje majątkowe, z których można wybrać jeden najdogodniejszy dla małżonków, i tylko taka wykładnia jest spójna z art. 47¹ k.r.o., tj. skuteczna względem wierzycieli. [...] Gdyby ustawodawca przewidział możliwość kombinowanego ustroju (np. rozszerzenia i jednoczesnego ograniczenia wspólności majątkowej uczyniłby wzmiankę, np. iż modele ustawowe wchodzi w rachubę, jeżeli małżonkowie nie postanowili inaczej”.

64 Konieczne jest, rzecz jasna, respektowanie ogólnych zasad prawa rodzinnego, a także przestrzeganie granic swobody kontraktowej wskazanych w art. 353¹ k.c. (która na gruncie prawa rodzinnego określana jest mianem swobody intercyzy), który znajduje tu zastosowanie.

65 Chodzi o: 1) przedmioty majątkowe, które przypadną małżonkowi z tytułu dziedziczenia, zapisu lub darowizny; 2) prawa majątkowe, które wynikają ze wspólności łącznej podlegającej odrębnym przepisom; 3) prawa niezbywalne, które mogą przysługiwać tylko jednej osobie; 4) wierzitelności z tytułu odszkodowania za uszkodzenie ciała lub wywołanie rozstroju zdrowia, o ile nie wchodzi one do wspólności ustawowej, jak również wierzitelności z tytułu zadośćuczynienia za doznaną krzywdę; 5) niewymagalne jeszcze wierzitelności o wynagrodzenie za pracę lub z tytułu innej działalności zarobkowej każdego z małżonków. Zgodnie zaś z § 2 art. 49 k.r.o., w razie wątpliwości uważa się, że przedmioty służące wyłącznie do zaspokajania osobistych potrzeb jednego z małżonków nie zostały włączone do wspólności. Warto jednak zauważyć, że – może poza wynagrodzeniem za pracę lub z tytułu innej działalności zarobkowej – kategorie składników

wymogu minimum, co oznacza, że zawarcie takiej umowy w formie aktu notarialnego jest konieczne także, gdy małżonkowie chcą objąć wspólnością tylko jeden konkretny przedmiot majątkowy, np. wazon. W innym skrajnym przypadku taka umowa może dotyczyć praw znacznej wartości np. nieruchomości, praw udziałowych w spółkach kapitałowych, samochodu, jachtu, drogocennej biżuterii etc.

Jeszcze bardziej niejasna z punktu widzenia osób trzecich sytuacja zachodzi w przypadku umownego ograniczenia wspólności majątkowej. Ustawodawca nie określił wymogu ani minimum, ani maksimum co do zakresu dopuszczalnych modyfikacji modelu ustawowej wspólności, zwłaszcza co do liczby i rodzajów przedmiotów majątkowych, które mogą zostać wyłączone ze wspólności i włączone do majątków osobistych małżonków. Oznacza to, że wskutek zawarcia umowy ograniczającej wspólność w majątku wspólnym małżonków może pozostać tylko jeden przedmiot nawet niewielkiej wartości (np. przywołany wcześniej wazon), pozostałe zaś mienie będzie stanowić składnik majątków osobistych męża i żony⁶⁶. W piśmiennictwie wyrażane są odmienne poglądy co do tego, czy umowne rozszerzenie wspólności może obejmować wszystkie przedmioty majątkowe należące do małżonków w chwili zawarcia umowy oraz przedmioty, które zostaną nabyte w przyszłości, przez co do majątku wspólnego weszłyby całe majątki osobiste małżonków⁶⁷, jak również – czy możliwe jest ograniczenie wspólności tylko do jednego przedmiotu⁶⁸. Jak zatem widać, brak możliwości zaznajomienia się przez zainteresowane osoby trzecie, zwłaszcza wierzycieli małżonka, z treścią intercyzy sprawia, że sama informacja o rodzaju zawartej między małżonkami umowie majątkowej bez znajomości jej treści *de facto* nic nie mówi tym osobom. Taka sytuacja jest wynikiem rezygnacji przez polskiego ustawodawcę z utworzenia powszechnie dostępnego publicznego rejestru umów majątkowych małżeńskich i nałożenia na małżonków (lub notariuszy) obowiązku zgłaszania faktu zawarcia takich umów, a także dokonania zmian ich postanowień, połączona z możliwością zapoznania się przez osoby trzecie z aktualną treścią zarejestrowanych umów.

Druga wątpliwość dotyczy tego, jakiego rodzaju przesunięcia składników majątkowych (co do liczby i wartości tych składników oraz typu praw majątkowych) stanowią *de lege lata* formalną zmianę ustroju majątkowego małżonków. Jak wspomniano, przepisy art. 47 § 1 k.r.o. jedynie ogólnie stanowią o możliwości rozszerzenia lub ograniczenia wspólności ustawowej, nie określając przy tym, jak dalece może *in casu* sięgać takie rozszerzenie lub ograniczenie. W przepisach tych brak kryterium pozwalającego ustalić, czy przesunięcie określonego składnika majątkowego z majątku wspólnego do majątku osobistego jednego z małżonków (lub odwrotnie) oznacza zmianę małżeńskiego reżimu majątkowego. Innymi słowy, czy w czasie trwania związku małżeńskiego dopuszczalne jest zawieranie czynności prawnych między małżonkami, których skutkiem jest przeniesienie określonego składnika majątku małżonka do majątku wspólnego lub odwrotnie. W piśmiennictwie i orzecznictwie ukształtowały się w tej kwestii zasadniczo

majątkowych wskazane w pkt 1-4 § 1 art. 49 k.r.o. mogą nigdy nie pojawić się w majątkach osobistych małżonków.

66 Może w takim przypadku powstać problem obejścia prawa a zatem w konsekwencji nieważności danej umowy majątkowej (zob. postanowienie SN z 19 kwietnia 2012 r., IV CSK 449/11, Legalis; wyrok SA w Poznaniu z 28 marca 1995 r., I ACr 844/94, „Wokanda” 1995, nr 11, s. 48). W piśmiennictwie przyjmuje się, że w świetle k.r.o. sprzeczność z ustawą może polegać nie tylko na naruszeniu przepisów o umowach majątkowych, lecz także podstawowych zasad prawa rodzinnego, w szczególności zasady równych praw męża i żony (art. 23 zd. 1 k.r.o.). Jest to jednak kwestia wykazania takiego zamiaru przez małżonków – strony umowy. Zob. J. Gajda, T. Smoczyński [w:] T. Smoczyński (red.), *Prawo rodzinne i opiekuńcze...*, s. 459; J. Pawliczak [w:] K. Osajda (red.), *Kodeks rodzinny i opiekuńczy. Komentarz. Przepisy wprowadzające KRO*, Komentarze Prawa Prywatnego, t. 5, Warszawa 2017, s. 512; E. Skowrońska-Bocian [w:] J. Wierciński (red.), *Kodeks rodzinny i opiekuńczy. Komentarz*, Warszawa 2014, LEX – komentarz do art. 47.

67 Tak E. Skowrońska-Bocian, *Rozliczenia majątkowe małżonków w stosunkach wzajemnych i wobec osób trzecich*, Warszawa 2013, s. 39; J. Gajda, T. Smoczyński (red.), *Prawo rodzinne i opiekuńcze...*, s. 486-487.

68 J. Gajda, T. Smoczyński [w:] tamże..., s. 491; E. Skowrońska-Bocian, *Rozliczenia majątkowe...*, s. 42; J. Ignatowicz, M. Nazar, *Prawo rodzinne*, Warszawa 2016, s. 325; J. Pawliczak [w:] K. Osajda (red.), *Kodeks rodzinny...*, s. 520. Zdaniem zaś M. Sychowicz [w:] K. Piasecki (red.), *Kodeks rodzinny i opiekuńczy. Komentarz*, Warszawa 2011, s. 316 w praktyce może dojść do sytuacji, w której na skutek ograniczenia wspólności ustawowej do majątku wspólnego małżonków nie będą należały żadne przedmioty. Trzeba wziąć ponadto pod uwagę przepisy szczególne. Przykładowo na mocy umowy majątkowej małżeńskiej strony nie mogą wyłączyć wspólności tych praw, które na podstawie przepisów szczególnych należą wspólnie do obojga małżonków, dotyczy m.in. prawa najmu lokalu mieszkalnego powstałego w sytuacji, o której mowa w art. 680 § 1 k.c.

dwie grupy poglądów. Zgodnie z pierwszym stanowiskiem przyjmuje się założenie, że istotą umowy majątkowej małżeńskiej jest ustalenie zasad, według których kształtować się mają stosunki majątkowe małżonków⁶⁹, może więc ona polegać na włączeniu do majątku wspólnego (bądź wyłączeniu z niego) jedynie określonych kategorii przedmiotów a zatem umowna zmiana przynależności konkretnych składników majątkowych do jednego z majątków małżonków nie może być kwalifikowana jako zmiana ustroju majątkowego. Według odmiennego poglądu małżeńska umowa majątkowa może określać nie tylko zasady, według których ukształtowany zostaje ustrój majątkowy małżeński, lecz jej przedmiotem mogą być również przesunięcia konkretnego przedmiotu majątkowego między majątkami małżonków⁷⁰.

Omawiany problem związany jest z poruszoną wyżej kwestią sposobu uregulowania w przepisach k.r.o. umownego rozszerzenia oraz ograniczenia wspólności ustawowej, tj. braku określenia przez ustawodawcę granic dopuszczalnej modyfikacji małżeńskiego ustroju ustawowego⁷¹, a jednocześnie braku wskazania *criterium divisionis* między intercyzą a zwykłą umową przenoszącą dany składnik między majątkami małżonków⁷². Zwolenników każdego z dwóch przeciwnych poglądów różni także szersze bądź węższe ujęcie istoty i celu umowy majątkowej małżeńskiej.

W orzecznictwie i piśmiennictwie⁷³ dominuje stanowisko uznające za dopuszczalne dokonywanie przez małżonków przesunięć określonych praw majątkowych z ich majątku wspólnego do majątków osobistych i odwrotnie w drodze czynności prawnych, które nie stanowią jednocześnie umowy majątkowej małżeńskiej w rozumieniu art. 47 § 1 k.r.o. W judykaturze linię orzeczniczą wyznaczyła uchwała SN z 10 kwietnia 1991 r.⁷⁴, ugruntowana w późniejszych orzeczeniach SN⁷⁵. Sąd przyjął jako założenie, iż celem umowy majątkowej małżeńskiej jest określenie zasad, według których mają się kształtować wzajemne stosunki majątkowe małżonków. Dlatego też rozporządzenie przez jednego z nich przedmiotem wchodzącym w skład majątku wspólnego na rzecz majątku odrębnego drugiego małżonka, nie może być traktowane jako umowa majątkowa małżeńska, ponieważ odnosi się ono do konkretnego indywidualnie oznaczonego przedmiotu i nie oznacza, że na przyszłość przedmioty majątkowe tego samego rodzaju mają należeć do majątku odrębnego. Zdaniem SN Kodeks dopuszcza w ramach zarządu majątkiem wspólnym dokonywanie czynności prawnych rozporządzających, dotyczących konkretnych składników majątkowych. Takie rozporządzenie nie narusza zatem art. 35 k.r.o., ponieważ nie stanowi podziału majątku wspólnego. Nawet, gdyby skutek kolejnych rozporządzeń, doszło do likwidacji majątku wspólnego, nie spowoduje to, według SN, unicestwienia majątku wspólnego, ponieważ do jego powstania i istnienia nie jest potrzebna substancja majątkowa. SN zwrócił przy tym uwagę, że niezrozumiałymi byłby zakaz zbywania składników majątku wspólnego na rzecz majątku odrębnego (obecnie: osobistego) jednego z małżonków, skoro małżonkowie mogą swobodnie zbywać składniki majątku wspólnego na rzecz osób trzecich (art. 36 i art. 37 k.r.o.). Małżonkowie zachowują przecież zdolność prawną pomimo zawarcia związku małżeńskiego, mogą zatem dokonywać czynności prawnych także między sobą na ogólnych zasadach. Milczenie zaś ustawodawcy w tym względzie nie może być uznane za lukę, lecz za wyraz braku jego woli ograniczenia ich swobody

69 A. Dyoniak, *Majątkowe prawo małżeńskie wybranych państw europejskich na tle prawa polskiego*, Warszawa 1992, s. 113-114; J. Pietrzykowski [w:] J. Pietrzykowski (red.), *Kodeks rodzinny i opiekuńczy z komentarzem*, Warszawa 1993, s. 296; J. Gajda, T. Smoczyński [w:] T. Smoczyński (red.), *Prawo rodzinne i opiekuńcze...*, s. 455; W. Górecki, *Uwagi na temat pojęcia małżeńskiej umowy majątkowej rozszerzającej lub ograniczającej wspólność ustawową*, „Rejent” 2015, nr 9, s. 58-87; wyrok SN z 25 marca 2003 r., II CK 273/02, Legalis.

70 Zob. J. Piątowski [w:] J. Piątowski (red.), *System prawa rodzinnego...*, s. 516-518; A. Lutkiewicz-Rucińska, *Odpowiedzialność majątkiem wspólnym za zobowiązania cywilnoprawne współmałżonka*, Bydgoszcz-Gdańsk 2003, s. 79.

71 Zob. jednak art. 49 k.r.o.

72 W piśmiennictwie przedstawiono różne koncepcje, a także zaproponowano określone kryteria odróżniające intercyzę od pozostałych umów małżonków mających za przedmiot składniki majątkowe majątków małżonków. Szerzej koncepcje te omawia G. Jedrejek, *Intercyzy. Pojęcie. Treść. Dochodzenie roszczeń*, Warszawa 2010, s. 192 i nast.

73 J. Pawliczak [w:] K. Osajda (red.), *Kodeks rodzinny i opiekuńczy...*, s. 526.

74 Uchwała SN z 10 kwietnia 1991 r., III CZP 76/90, OSNCAPUS 1991, nr 10-12, poz. 117.

75 Zob. uchwała SN z 19 grudnia 1991 r., III CZP 133/91, „Orzecznictwo Sądów Polskich” 1992, nr 7, poz. 171; wyrok SN z 25 listopada 2003 r., II CK 273/02; wyrok SN z 9 września 2011 r., I CSK 616/10, OSNC 2012, nr 4, poz. 71; wyrok SN z 24 lutego 2011 r., III CSK 137/10, Legalis.

w dokonywaniu między małżonkami czynności prawnych przewidzianych prawem cywilnym, jeżeli pozostają one w zgodzie z dobrem rodziny jako naczelnym celem, któremu służą instytucje prawa rodzinnego i opiekuńczego, a wśród nich ustawowa wspólność majątkowa⁷⁶. Podsumowując, SN we wspomnianej uchwale stwierdził, że argumentacja zwolenników przeciwnego poglądu załamuje się w konfrontacji „z założeniami natury ogólnej, jakimi są poszanowanie woli małżonków przy kształtowaniu ich stosunków majątkowych i dysponowaniu przedmiotami majątku wspólnego oraz swoboda czynności prawnych, której granica rodząca sankcją nieważności wymaga wyraźnego zakresienia przepisem prawnym, czego KRO nie zawiera”⁷⁷.

Przeciwnicy powyższego stanowiska, przyjmując szeroki zakres spraw majątkowych, dla regulacji których właściwa jest wyłącznie umowa majątkowa małżeńska, utrzymują, iż jakiegokolwiek przesunięcia majątkowe między majątkiem wspólnym oraz majątkami osobistymi małżonków powinny być dokonywane jedynie w formie intercyzy⁷⁸. Ich zdaniem przemawia za tym wykładnia gramatyczna, systemowa oraz funkcjonalna przepisów k.r.o.⁷⁹ Czynności rozporządzające składnikami majątku wspólnego, dokonywane poza umową majątkową małżeńską, są ich zdaniem sprzeczne z art. 47 § 1 k.r.o., a w konsekwencji nieważne na podstawie art. 58 § 1 k.c. Sukcesywne dokonywanie takich czynności prowadzi do unicestwienia działania przepisów o wspólności ustawowej. Ponadto, nieprawidłowe jest stosowanie w drodze analogii art. 36-37 k.r.o., ponieważ małżonek nie może być uznany jako osoba trzecia. Jako argument wskazuje się również konieczność uwzględnienia interesów wierzycieli małżonka, które mogłyby zostać naruszone na skutek przeniesienia danego przedmiotu majątkowego (zwłaszcza znacznej wartości) z majątku wspólnego do majątku osobistego jednego z małżonków (lub odwrotnie). Jak twierdzą zwolennicy omawianego stanowiska, zawarcie małżeństwa prowadzi bowiem do podporządkowania przepisom k.r.o. regulującym ustroje majątkowe małżeńskie, zwłaszcza art. 35 k.r.o.; sfera, w której swobodnie może poruszać się osoba w zakresie dokonywania czynności prawnych ulega więc istotnym ograniczeniom przez sam fakt zawarcia związku małżeńskiego⁸⁰.

Trzeba przyznać, że jest wiele racji w argumentacji obu stron. Z jednej bowiem strony, wykładnia gramatyczna art. 47 § 1 k.r.o. (zwłaszcza przy tak zdawkowej regulacji umów majątkowych małżeńskich) daje podstawę do uznania, iż jedynym sposobem na przeniesienie składników majątkowych między majątkiem wspólnym albo majątkami osobistymi małżonków jest zawarcie jednej ze wskazanych w tym przepisie umów majątkowych. Dokonywanie zmiany przynależności poszczególnych składników majątkowych na podstawie „zwykłych” czynności prawnych między małżonkami stawia pod znakiem zapytania sens przewidzianego w przepisach k.r.o. sformalizowanego trybu zawierania umów majątkowych małżeńskich, a także umniejsza, jeśli nie niweczy ochronną rolę przepisu art. 47¹ k.r.o. w stosunku do wierzycieli małżonka.

Z drugiej strony, nałożenie na małżonków wymogu sporządzenia umowy w formie aktu notarialnego, zmieniającej jednocześnie ustawy reżim majątkowy małżonków z powodu zamiaru przesunięcia jakiejś rzeczy drobnej wartości z majątku osobistego jednego z nich do majątku wspólnego – wydaje się absurdalne. Trafnie stwierdza A. Szpunar, że wymóg zachowania formy aktu notarialnego dla każdej umowy, której skutkiem jest przesunięcie danego przedmiotu między majątkami małżonków

⁷⁶ Tak w uzasadnieniu uchwały SN z 19 grudnia 1991 r., III CZP 133/91.

⁷⁷ Tamże.

⁷⁸ J.S. Piątkowski [w:] J.S. Piątkowski (red.), *System prawa rodzinnego i opiekuńczego...*, s. 393-398, 515-519; A. Lutkiewicz, *Glosa do uchwały SN z 10.04.1991 r., III CZP 76/90, „Orzecznictwo Sądów Polskich” 1994, nr 2, poz. 25, s. 66-69*; M. Pyziak-Szafnicka, *Umowa majątkowa małżeńska rozszerzająca wspólność ustawową*, [w:] M. Pazdan, W. Popiołek, E. Rott-Pietrzyk, M. Szpunar (red.), *Europeizacja prawa prywatnego*, t. 2, Warszawa 2008, s. 242-245; G. Jędrejek, *Intercyzy...*, s. 200. Niektórzy autorzy takie obostrzenie ograniczają jedynie do przesunięć składników majątkowych z majątku wspólnego do osobistego jednego z małżonków, dopuszczając jednocześnie dokonywanie analogicznych czynności w drugim kierunku. Por. E. Skowrońska-Bocian [w:] J. Wierciński (red.), *Kodeks rodzinny i opiekuńczy...*, LEX – komentarz do art. 47.

⁷⁹ G. Jędrejek, *Intercyzy...*, s. 201.

⁸⁰ A. Lutkiewicz, *Glosa...*, s. 66.

„jest zbyt daleko idący i budzący sprzeciw”⁸¹. Próba wskazania *de lege lata* kryterium pozwalającego na odróżnienie intercyz od „zwykłych” umów cywilnoprawnych, mających za przedmiot składniki jednego z majątków małżonków⁸², jest skazana na niepowodzenie. Obowiązujące przepisy nie dają ku temu podstawy. Wydaje się zatem, że bez interwencji ustawodawcy rozstrzygnięcie tego problemu nie jest możliwe.

8. Udział w spółce jako przedmiot umowy majątkowej małżeńskiej

Jednym ze składników majątku małżonków, który może być przedmiotem umowy majątkowej małżeńskiej, są prawa udziałowe w spółkach kapitałowych. Na wstępie trzeba poczynić dwie uwagi. Po pierwsze, jak wyjaśniono wyżej, chociaż prawa udziałowe w spółkach kapitałowych mają niewątpliwie charakter majątkowy i są zbywalne⁸³, ze względu na to, iż stanowią jednocześnie tytuł uczestnictwa w prywatnoprawnej korporacji opartej na *affectio societatis*, nie mogą być traktowane według takich samych reguł, jak inne składniki majątku małżonków (przedmioty majątkowe) jak np. nieruchomości, meble, samochód, biżuteria *etc.* Po drugie, dla oceny skutków prawnych postanowień umowy majątkowej istotne znaczenie ma okoliczność, czy umowa dotyczy przynależności udziałów do określonego majątku małżonków w razie ich nabycia (objęcia) przez jednego z nich w przyszłości (sytuacja potencjalna), czy też prawa udziałowe w spółce z o.o. już znajdują się w jednym z majątków małżonków (nupturientów), tzn. weszły w jego skład przed zawarciem intercyzy.

W pierwszym przypadku umowa majątkowa małżeńska ma klasycznie charakter ustrojowy i kształtuje reżim majątkowy małżonków (nupturientów) na przyszłość, ponieważ odnosi się do pewnej kategorii praw majątkowych (*verba legis*: przedmiotów majątkowych), nie zaś do konkretnego składnika majątku małżonków (nupturientów). Taka umowa modyfikuje wynikające z ustawy skutki prawne dokonania czynności prawnej przez jednego z małżonków (zob. zwłaszcza art. 31 i 33 k.r.o.) poprzez zmianę przynależności składnika majątkowego do majątku wspólnego małżonków bądź majątku osobistego jednego z nich. W takim przypadku w majątku, z którego na mocy postanowień intercyzy wyłączono dany składnik majątkowy, powstaje roszczenie o zwrot środków służących na pokrycie nabytych (objętych) udziałów.

W drugim przypadku, tzn. gdy małżonkowie (nupturienti) w umowie majątkowej małżeńskiej dokonują rozszerzenia albo ograniczenia wspólności ustawowej bądź ustanawiają rozdzielną majątkową⁸⁴, przenosząc prawa udziałowe z albo do majątku wspólnego – zmieniają dotychczasowy skład majątku wspólnego bądź osobistego jednego z nich. W sytuacji, gdy tylko jeden z małżonków złożył oświadczenie o objęciu lub nabyciu praw udziałowych w spółce (ze względu na to, że zostały pokryte środkami z majątku wspólnego – weszły do tego majątku, lecz status współnika przysługiwał tylko składającemu oświadczenie małżonkowi), w razie przesunięcia tych praw na mocy intercyzy do jego majątku osobistego nie zmieni się skład współników, powstanie jedynie kwestia rozliczenia nakładu dokonanego z majątku wspólnego na majątek osobisty małżonka. Pożytki wynikające z tych praw wejdą do majątku, do którego zostały włączone udziały, chyba że małżonkowie postanowili inaczej. W razie zaś, gdy małżonkowie wspólnie przystąpili do spółki, a zatem przysługiwał im status współuprawnionych z udziałów w rozumieniu art. 184 k.s.h., z chwilą zawarcia intercyzy udziały te będą przysługiwać wyłącznie jednemu ze współmałżonków. Ulegnie wówczas zmianie skład osobowy spółki⁸⁵, konieczne będzie ponadto dokonanie rozliczeń między określonymi majątkami małżonków.

Natomiast bardziej skomplikowana sytuacja powstanie w razie rozszerzenia wspólności majątkowej o prawa udziałowe, pozostające dotąd w majątku osobistym jednego z małżonków, bądź ustanowienia wspólności majątkowej w miejsce dotychczasowej rozdzielnosci⁸⁶. Niezależnie bowiem od kwestii ewen-

81 A. Szpunar, *Przesunięcia między majątkiem wspólnym i odrębnym małżonków*, „Nowe Prawo” 1989, nr 2-3, s. 6.

82 Zaprezentowane w piśmiennictwie koncepcje omawia G. Jędrejek, *Intercyzy...*, s. 192 i nast.

83 Zob. też art. 182, art. 337 i art. 338 k.s.h.

84 Pełnej lub z wyrównaniem dorobków.

85 Konieczna będzie odpowiednia zmiana w księdze udziałów (art. 188 k.s.h.).

86 Pełnej lub z wyrównaniem dorobków.

tualnych (wewnętrznych) rozliczeń między majątkami małżonków powstaje problem akceptacji przez pozostałych współników nowego współuczestnika spółki. Sytuacja ta jest analogiczna do czynności zbycia przez współnika części udziału (art. 180 k.s.h.)⁸⁷. Jeśli wymagana jest wówczas zgoda spółki (art. 182 k.s.h.), będzie ona konieczna także do przystąpienia do spółki współmałżonka współnika. Oznacza to, że niezależnie od woli małżonków wyrażonej w intercyzie w razie odmowy przez spółkę zgody, przeniesienie praw udziałowych do majątku wspólnego i uwspólnienie praw udziałowych nie będzie skuteczne. Podobnie należy ocenić sytuację, gdy wspólnicy na podstawie art. 183¹ k.s.h. wprowadzili do umowy spółki postanowienie ograniczające lub wyłączające możliwość wstąpienia do spółki współmałżonka współnika, jeśli udziały były objęte wspólnością majątkową małżeńską (zob. niżej).

9. Podsumowanie

Jak widać, omawiane zagadnienie ujawnia szerszy problem, powstający na styku prawa rodzinnego oraz prawa spółek, polegający na ustaleniu relacji prawnej między umowami majątkowymi małżeńskimi a umową spółki (czy szerzej: relacji przepisów prawa spółek handlowych do prawa rodzinnego), a w konsekwencji wpływu i skuteczności postanowień intercyzy – umowy między osobami, z których jedna ma status osoby trzeciej wobec spółki – na skład osobowy spółki: organizacji prywatnoprawnej, której ustrój współkształtowany jest postanowieniami umowy spółki. Warto zauważyć, że podobny problem może się pojawić w razie sprzeczności postanowień testamentu, w którym wspólnik-testator dokonuje rozrządzenia prawami udziałowymi na rzecz określonej osoby w sposób niezgodny z postanowieniami umowy spółki w tej kwestii (zob. art. 183 k.s.h.).

Drugim sposobem umownej regulacji przynależności praw udziałowych w razie ich objęcia (nabycia) przez osoby pozostające w związku małżeńskim jest umowa spółki. Możliwość taką przewiduje art. 183¹ k.s.h. (dodany nowelizacją z 12 grudnia 2003 r.), zgodnie z którym umowa spółki może ograniczyć lub wykluczyć wstąpienie do spółki współmałżonka współnika w przypadku, gdy udział lub udziały są objęte wspólnością majątkową małżeńską. Jak wspomniano wyżej, przepis ten przewiduje *de facto* (i *de iure*) możliwość wyłączenia ze spółki małżonka współnika i utratę przez niego praw współnika na mocy postanowienia umowy spółki, a więc na podstawie umowy jego współmałżonka z osobami trzecimi⁸⁸, co narusza przewidzianą w Konstytucji RP ochronę prawa własności (praw majątkowych)⁸⁹. Dlatego też w piśmiennictwie zasadnie postuluje się niezwłoczne uchylenie tego przepisu⁹⁰. Jednak pomimo tak poważnej wadliwości, regulacja ta obowiązuje od 13 lat i jest w praktyce wykorzystywana poprzez wprowadzanie do umowy spółki stosownych postanowień.

87 Jakkolwiek wspólność majątkowa małżeńska ma rzecz jasna charakter łączny (bezudziałowy).

88 W relacjach między współuprawnionymi małżonkami objętymi reżimem wspólności majątkowej małżeńskiej pozostali wspólnicy są osobami trzecimi.

89 Zob. A. Szajkowski, *Wyłączenie wstąpienia...*, s. 292; A. Chłopecki, *Akcie zdematerializowane w małżeńskiej wspólności majątkowej*, „Przegląd Prawa Handlowego” 2008, nr 10, s. 49.

90 Zob. M. Tarska, *Odpowiedzialność członków zarządu...*, s. 320-326.

dr hab. Marcin Aślanowicz, prof. SWPS
 0000-0001-8475-005X
Uniwersytet SWPS w Warszawie

1. Uwagi wstępne

W niniejszym opracowaniu podjęto próbę zdiagnozowania kluczowych wyzwań cywilizacyjnych stojących wobec umowy o arbitraż, jak również próbę odpowiedzi na pytanie, czy – i jeżeli tak, to w jaki sposób – sądownictwo polubowne¹ odpowiada na takie wyzwania. Wykonanie tego zadania wymaga jednak w pierwszej kolejności określenia wyzwań cywilizacyjnych stojących wobec arbitrażu, a także zbadania, czy istnieje związek pomiędzy wspomnianymi wyzwaniami a tymi, stojącymi wobec samej umowy o arbitraż.

W ramach prowadzonych badań zostanie także przeprowadzona krótka analiza klasycznego modelu umowy o arbitraż. Stanowić będzie ona podstawę do dalszych rozważań zmierzających do określenia wyzwań cywilizacyjnych istniejących wobec umowy o arbitraż, jak również potencjalnych sposobów reakcji na te wyzwania ze strony sądów polubownych oraz ze strony zespołów orzekających.

2. Wyzwania cywilizacyjne wobec arbitrażu

Arbitraż – jako najważniejsza forma pozasądowego rozstrzygania sporów – niezmiennie stoi przed licznymi wyzwaniami cywilizacyjnymi, które wynikają przede wszystkim ze stale i dynamicznie zmieniającego się otoczenia gospodarczego, jak również z potrzeb ekonomicznych oraz prawnych arbitrantów (tj. uczestników postępowania prowadzonego przed sądem polubownym). Niebagatelną rolę odgrywa także późniejszy wpływ na wydawane przez sądy polubowne rozstrzygnięcia. Wywierany on jest przez sądy państwowe w toku postępowań postarbitrażowych: tak ze skargi o uchylenie wyroku sądu polubownego (art. 1206 k.p.c.), jak i z wniosku o uznanie albo stwierdzenie wykonalności wyroku sądu polubownego lub ugody przed nim zawartej (art. 1212 i nast. k.p.c.)².

Osoby oraz podmioty, które decydują się na rozstrzygnięcie sporu przez sąd polubowny, oczekują szybkiego, sprawnego i poufnego postępowania, które zostanie przeprowadzone przez w pełni dedykowany sprawie zespół arbitrów, gotowy na stosowanie – w razie potrzeby – także zasad słuszności (*ex aequo et bono*)³. Oczekiwaniu temu często udaje się sprostać – przede wszystkim dzięki wysokim kwalifikacjom oraz sprawności działania arbitrów⁴, ale również dzięki nowoczesnym regulacjom stałych

1 Termin sądownictwo polubowne odnosi się przede wszystkim do stałych sądów polubownych, sądów polubownych *ad hoc* oraz arbitrów rozstrzygających poszczególne spory. Nie można jednak bagatelizować w tym kontekście roli ustawodawcy. Przysługuje mu najskuteczniejsze instrumentarium, mogące służyć unowocześnieniu postępowań arbitrażowych oraz dostosowaniu ich ram do stale zmieniających się potrzeb stron stosunków cywilno-prawnych, które są gotowe na rozstrzygnięcie powstających pomiędzy nimi sporów na podstawie zapisu na sąd polubowny.

2 Pomimo ograniczonego zakresu dopuszczalnej kontroli sądów powszechnych nad rozstrzygnięciami sądów polubownych – na co często zwraca się uwagę w piśmiennictwie – kontrola postarbitrażowa wyroków sądów arbitrażowych może być rozumiana jako wyraz realizacji prawa stron do sądu. Por. A. W. Wiśniewski, *Międzynarodowy arbitraż handlowy w Polsce. Status prawny arbitrażu i arbitrów*, Warszawa 2011, s. 63-64 oraz E. Błaszczak, M. Ludwik, *Sądownictwo polubowne (arbitraż)*, Warszawa 2007, s. 52 i nast.

3 Por. A. Szumański [w:] A. Szumański (red.), *Arbitraż handlowy*, System Prawa Handlowego, t. 8, Warszawa 2015, s. 14 i nast.

4 W piśmiennictwie często podkreśla się, że „arbitraż jest tak dobry, jak dobrzy są arbitrzy”. Zob. choćby M. Łaszczuk, *Kilka uwag o obowiązkach, niezależności i bezstronności arbitrów*, [w:] M. Łaszczuk, M. Furtek, S. Pieckowski, J. Poczobut, A. Szumański, M. Tomaszewski (red.), *Arbitraż i mediacja. Księga jubileuszowa dedykowana doktorowi Andrzejowi Tynelowi*, Warszawa 2012, s. 321 i nast.

sądów arbitrażowych⁵. Niekiedy jednak okazuje się to niewystarczające, czego przyczyn dopatrywać można w niedopasowaniu uzgodnionych zasad rozstrzygnięcia sporu do specyfiki danej sprawy⁶, przewlekłości postępowania dowodowego (także z przyczyn niezależnych od stron oraz od arbitrów)⁷, czy też w różnego rodzaju błędach formalnych popełnianych przez strony postępowania⁸.

Nie wydaje się możliwe dokonanie w pełni reprezentatywnej oceny stopnia zadowolenia arbitrantów ze sposobu prowadzenia postępowań arbitrażowych przez sądy polubowne, czy też ich oceny sposobu wykonywania swoich obowiązków przez instytucje arbitrażowe. Wynika to w równym stopniu z trudności z dotarciem do reprezentatywnej grupy uczestników sporów przed sądami polubownymi, jak i z obserwowanej niechęci do dzielenia się przez nich swoimi spostrzeżeniami w tym zakresie⁹. Niemniej jednak z dostępnych badań wynika, że jako główne powody przedłużania się postępowań arbitrażowych wskazuje się przede wszystkim na: chaotyczną organizację przebiegu postępowania przez arbitrów, niewystarczającą dostępność arbitrów, nadmiernie długie oczekiwanie na ostateczny wyrok po zamknięciu rozprawy, celowe działania stron w celu przedłużenia postępowania (tzw. *dilatory tactics*), przeprowadzenie zbędnych dla rozstrzygnięcia sprawy dowodów, odraczanie rozpraw bez uzasadnionych przyczyn oraz niesprawne działanie instytucji arbitrażowej administrującej sporem¹⁰.

Wszystkie powyższe okoliczności uznać można za pozostające pod kontrolą zespołów orzekających, a – co za tym idzie – możliwe do całkowitego wyeliminowania, bądź istotnego ograniczenia bez konieczności ponoszenia znaczących nakładów, czy też bez potrzeby zmiany obowiązujących regulacji prawnych. Wniosek ten nie obejmuje ostatniej z wskazywanych przez uczestników prowadzonych postępowań przyczyn przedłużania się postępowań arbitrażowych, tj. skomplikowanego pod kątem faktycznym lub prawnym charakteru sporu. Z tego powodu jednak postępowanie może się przedłużyć w każdym przypadku, niezależnie od tego, czy jest ono prowadzone przed sądem państwowym, czy też przed sądem arbitrażowym (przy czym ani strony, ani arbitrzy nie mają wpływu na stopień skomplikowania sporu, a mogą jedynie podejmować wysiłki zmierzające do ograniczenia jego negatywnego wpływu na szybkość rozpoznania sprawy).

Mając powyższe na uwadze, rozważenia wymaga po pierwsze, czy wskazane powyżej uwarunkowania (jak również wszelkie inne uwarunkowania prawne oraz faktyczne) stanowią nowe wyzwanie cywilizacyjne wobec arbitrażu, czy też są to wyzwania niezmiennie towarzyszące alternatywnym metodom rozstrzygania sporów, zaś po drugie, czy uwarunkowania te mają wpływ na popularność arbitrażu handlowego, a – jeżeli tak – to jaki. Warto w tym kontekście dokonać analizy sposobów oraz możliwości sprostania oczekiwaniom stron (uczestników) postępowań arbitrażowych przez arbitrów oraz instytucje arbitrażowe.

Odnosząc się do pierwszego z zasygnalizowanych zagadnień, należy raczej skłonić się do przyjęcia tezy, iż wyzwania cywilizacyjne wobec arbitrażu nie ulegały istotnym zmianom w ostatnich latach. Dotyczy to w szczególności niezmienności oczekiwań co do kompetencji i fachowości arbitrów, jak również zasad prowadzenia przez nich postępowania arbitrażowego¹¹. Także uwarunkowania społecz-

5 Za najbardziej nowoczesne oraz odpowiadające potrzebom obrotu uznaje się obecnie regulaminy największych polskich stałych sądów arbitrażowych, tj. Sądu Arbitrażowego przy Konfederacji Lewiatan oraz Sądu Arbitrażowego przy Krajowej Izbie Gospodarczej w Warszawie. W postępowaniach prowadzonych przed sądami polubownymi *ad hoc* stronom przysługuje pełna swoboda określenia zasad postępowania, jednak strony rzadko z możliwości takiej korzystają – zwykle ograniczają się do uzgodnienia między sobą jedynie podstawowych zasad, bądź decydują się na prowadzenie postępowania z wykorzystaniem zasad określonych przez jeden ze stałych sądów arbitrażowych.

6 Np. uzgodnieniu postępowania kilkuinstancyjnego w nieskomplikowanej sprawie o zapłatę.

7 Np. trudności ze znalezieniem odpowiedniego kandydata na biegłego, czy też długotrwałości sporządzania przez biegłego opinii w sprawie.

8 Np. przyjęcia wadliwego zapisu na sąd polubowny, mogącego skutkować późniejszym uchyleciem wydanego przez ten sąd wyroku.

9 Strony postępowań arbitrażowych rozciągają często zasadę poufności prowadzenia postępowania arbitrażowego także na samą informację co do ich zaangażowania *sui generis* w postępowania prowadzone przed sądami polubownymi.

10 Por. M. Kocur, M. Zachariasiewicz, J. Kieszczyński, *Badanie arbitrażu 2019. Zarządzanie postępowaniami arbitrażowymi*, s. 10, <https://badaniearbitrazu.pl/wp-content/uploads/2019/04/badanie-arbitrazu-2019-pl.pdf> [dostęp: 10.10.2020].

11 Odnosnie niezmienności oczekiwań uczestników postępowań arbitrażowych wobec arbitrów zob. szerokie rozważa-

ne oraz ramy prawne arbitrażu nie ulegały dynamicznym zmianom (ani w Polsce, ani też w innych systemach prawnych).

Powyższego wniosku nie zmienia znacząca przebudowa regulacji dotycząca sądownictwa polubownego, która została przeprowadzona przez ustawodawcę w ostatnim czasie: w szczególności w wyniku wejścia w życie w dniu 10 stycznia 2017 r. ustawy z dnia 23 września 2016 r. o pozasądowym rozwiązywaniu sporów konsumenckich¹², implementującej dyrektywę Parlamentu Europejskiego i Rady 2013/11/UE z dnia 21 maja 2013 r. w sprawie alternatywnych metod rozstrzygania sporów konsumenckich¹³, jak również wejścia w życie w dniu 8 września 2019 r. ustawy z dnia 31 lipca 2019 r. o zmianie ustawy o zmianie niektórych ustaw w celu zmniejszenia obciążeń regulacyjnych¹⁴. Na mocy tych nowelizacji wprowadzone zostały istotne zmiany w przepisach części piątej k.p.c. dotyczące odpowiednio sporów wynikających z umów, których stroną jest konsument¹⁵, jak również zdatności arbitrażowej sporów oraz dopuszczalności i zasad prowadzenia sporów arbitrażowych ze stosunku spółki¹⁶. Zmiany te były owocem wieloletniej, ożywionej dyskusji środowiska arbitrażowego, zaś ich wprowadzenie odpowiadało na potrzeby wynikające z rozwoju sporów arbitrażowych oraz różnorodności tych spraw rozstrzyganych przez sądy polubowne¹⁷. Pozytywne przyjęcie nowelizacji części piątej k.p.c. pozwala uznać, iż ramy prawne dotyczące arbitrażu sprawnie dostosowywane są do pojawiających się wyzwań cywilizacyjnych, choć proces ten niewątpliwie musi być stale kontynuowany. Podczas podejmowania dalszych wysiłków w tym zakresie, powinno się brać pod uwagę konieczność uwzględnienia w arbitrażu przepisów wymuszających, chroniących podstawowe zasady porządku

nia: P. Nowaczyk, *Arbiter XXI w. – wyzwania i oczekiwania (w poszukiwaniu arbitra idealnego)*, [w:] P. Nowaczyk, S. Pieckowski, J. Poczobut, A. Szumański, A. Tynel (red.), *Międzynarodowy i krajowy arbitraż handlowy u progu XXI wieku. Księga pamiątkowa dedykowana doktorowi habilitowanemu Tadeuszowi Szurskiemu*, Warszawa 2008, s. 99 i nast.

- 12 Ustawa z dnia 23 września 2016 r. o pozasądowym rozwiązywaniu sporów konsumenckich, Dz.U. 2016, poz. 1823.
- 13 Dyrektywa Parlamentu Europejskiego i Rady 2013/11/UE z dnia 21 maja 2013 r. w sprawie alternatywnych metod rozstrzygania sporów konsumenckich oraz zmiany rozporządzenia (WE) nr 2006/2004 i dyrektywy 2009/22/WE (dyrektywa w sprawie ADR w sporach konsumenckich), Dz.Urz. UE L 165 z 18.6.2013, s. 63-79.
- 14 Ustawa z dnia 31 lipca 2019 r. o zmianie ustawy o zmianie niektórych ustaw w celu zmniejszenia obciążeń regulacyjnych, Dz.U. 2019, poz. 1495.
- 15 Kluczowe zmiany w przedmiotowym zakresie przyjęte przez ustawę z dnia 23 września 2016 r. o pozasądowym rozwiązywaniu sporów konsumenckich polegały na: wprowadzeniu w art. 1164(1) k.p.c. kolejnego wyjątku od przepisów o treści i formie zapisu na sąd polubowny w sporach wynikających z umów, których stroną jest konsument; wprowadzeniu w art. 1194 § 3 k.p.c. ograniczenia w zakresie orzekania przez sąd polubowny na podstawie ogólnych zasad prawa lub zasad słuszności, jak również wprowadzeniu kolejnej bezwzględnej podstawy uchylenia wyroku sądu polubownego, a także odmowy uznania albo stwierdzenia wykonalności wyroku sądu polubownego lub ugody przed nim zawartej – zgodnie z nowo wprowadzoną regulacją art. 1206 § 2 pkt 3 k.p.c. oraz art. 1214 § 3 pkt 3 k.p.c. (sąd z urzędu uchyli wyrok sądu polubownego lub odmówi uznania albo stwierdzenia jego wykonalności lub ugody zawartej przed tym sądem), jeżeli taki wyrok lub ugoda „pozbawia konsumenta ochrony przyznanej mu bezwzględnie wiążącymi przepisami prawa właściwego dla umowy, której stroną jest konsument, a gdy prawem właściwym dla tej umowy jest prawo wybrane przez strony – ochrony przyznanej konsumentowi bezwzględnie wiążącymi przepisami prawa, które byłoby właściwe w braku wyboru prawa”.
- 16 Kluczowe zmiany w przedmiotowym zakresie zostały przyjęte przez ustawę z dnia 31 lipca 2019 r. o zmianie ustawy o zmianie niektórych ustaw w celu zmniejszenia obciążeń regulacyjnych. Polegały na: objęciu w art. 1157 k.p.c. zdatnością arbitrażową wszystkich sporów o prawa majątkowe (z wyjątkiem spraw o alimenty) oraz sporów o prawa niemajątkowe, jeżeli mogą one być przedmiotem ugody sądowej; jak również rozszerzeniu w art. 1163 k.p.c. zakresu obowiązywania zapisu na sąd polubowny dotyczącego sporów ze stosunku spółki oraz dopuszczeniu zapisu na sąd polubowny w sprawach o uchylenie lub stwierdzenia nieważności uchwały zgromadzenia wspólników spółki z ograniczoną odpowiedzialnością albo walnego zgromadzenia akcjonariuszy spółki akcyjnej (z jednoczesnym określeniem zasad prowadzenia takich sporów). Ponadto wprowadzono w art. 1161 § 3 k.p.c. ogólną zasadę związania stron regulaminem stałego sądu polubownego obowiązującego w dacie wniesienia pozwu (w razie wskazania w zapisie na sąd polubowny stałego sądu polubownego jako właściwego dla rozstrzygnięcia sporu) oraz w art. 1169 § 2(1) k.p.c. ogólną zasadę jednomyślnego powołania arbitra, jeżeli z powodzeniem występują dwie osoby lub więcej oraz w sytuacji, gdy pozwanym jest więcej niż jedna osoba.
- 17 Por. też B. Gessel–Kalinowska vel Kalisz, *Wprowadzenie*, [w:] B. Gessel–Kalinowska vel Kalisz (red.), *Diagnoza arbitrażu. Funkcjonowanie prawa o arbitrażu i kierunki postulowanych zmian*, Wrocław 2014, s. 30 i nast.; B. Gessel–Kalinowska vel Kalisz, *Wstęp*, [w:] B. Gessel–Kalinowska vel Kalisz, M. Zachariasiewicz (red.), *Biała Księga. Propozycje zmian legislacyjnych mających na celu ulepszenie ram prawnych sądownictwa polubownego w Polsce*, Warszawa–Katowice–Kraków–Wrocław–Poznań 2014, s. 10-11.

prawnego. Jak trafnie wskazuje bowiem J. Zralek, potrzeba uwzględnienia (w mniejszym lub większym stopniu) przepisów wymuszających wchodzi jednak w kolizję z dogmatycznie przyjmowanym założeniem o związaniu arbitrów wolą stron umowy¹⁸. Często pojawia się bowiem konflikt między wolą stron umowy arbitrażowej (co do zespołu reguł mających stanowić podstawę rozstrzygnięcia sporu), a potrzebą uwzględnienia przepisów wymuszających, niewchodzących w skład systemu prawnego zaaprobowanego przez strony¹⁹.

Analiza drugiego z zasygnalizowanych zagadnień wydaje się być znacznie trudniejsza. Z jednej bowiem strony, spełnienie bądź niespełnienie oczekiwań przez sądy arbitrażowe oraz zespoły orzekające niewątpliwie wywiera bezpośredni wpływ na dokonywaną przez arbitrantów ocenę atrakcyjności alternatywnych metod rozstrzygania sporów. Z drugiej jednak strony, to od samych stron zapisu na sąd polubowny w dominującym stopniu zależy, w jaki sposób zostanie rozstrzygnięty powstały pomiędzy nimi spór: tj. według jakich zasad, w jakim trybie oraz przez jakich arbitrów. Wszelkie błędne decyzje w tym zakresie będą więc obciążać w podobnym stopniu strony postępowania oraz ich pełnomocników, jak i arbitrów rozstrzygających spór oraz instytucję arbitrażową (w razie prowadzenia sporu przed stałym sądem polubownym). Zasady te pozostają niezienne i uznać je należy za niezależne od stopnia rozwoju cywilizacyjnego danej gospodarki, czy też stopnia rozwoju sądownictwa polubownego w danej jurysdykcji.

Przyjmując istnienie wpływu wskazanych uwarunkowań na popularność arbitrażu handlowego, trudno jednak dostrzec bezpośredni związek pomiędzy poziomem satysfakcji stron postępowań arbitrażowych (alternatywnych metod rozstrzygania sporów), a liczbą zawieranych zapisów na sąd polubowny, czy też liczbą sporów rozstrzyganych przez sądy polubowne. Jednostkowych (indywidualnych) reakcji oraz ocen dokonywanych przez arbitrantów nie sposób bowiem skategoryzować, zaś generalne (reprezentatywne) badania w tym zakresie nie wydają się możliwe do przeprowadzenia. Pamiętać równocześnie należy, że od chwili uzgodnienia przez strony zapisu na sąd polubowny do chwili powstania sporu (a tym bardziej chwili ostatecznego rozstrzygnięcia sporu) mija zwykle kilka lat²⁰. Ewentualna kolejna decyzja arbitra o zawarciu, bądź też rezygnacji z zawarcia zapisu na sąd polubowny w kolejnej umowie (w zależności od stopnia zadowolenia ze sposobu rozstrzygnięcia pierwszej sprawy) podejmowana zaś jest często dopiero po kolejnych kilku latach. Długotrwałość tego procesu uniemożliwia raczej wiarygodne ustalenie wskazanych zależności.

Konkluzje powyższe skłaniać mogą do przyjęcia tezy odmiennej: o braku bezpośredniego związku pomiędzy stopniem spełnienia oczekiwań uczestników postępowań arbitrażowych przez sądy arbitrażowe i zespoły orzekające oraz popularnością arbitrażu handlowego. Na szczególną uwagę zasługuje w tym kontekście stanowisko A. Szumańskiego, który za główną przyczynę (obecnego) spadku popularności arbitrażu w Polsce uznaje wady arbitrażu handlowego takie jak działanie tej formy rozstrzygania sporu z woli stron (tj. stron sporu przyszłego, bądź już zawisłego), jak również orzekanie jedynie w granicach określonych przez prawo arbitrażowe w ramach zdatności arbitrażowej²¹. Jako dalsze przyczyny wywierające negatywny wpływ na częstotliwość wyboru polubownych metod rozwiązywania sporów autor ten wskazuje jurydyzację arbitrażu handlowego (tj. zacieranie się różnic na płaszczyźnie postępowania rozpoznawczego pomiędzy sądem powszechnym, a sądem arbitrażowym) oraz nazbyt wysokie koszty postępowania arbitrażowego (na które składają się koszty prowadzenia skomplikowanego postępowania dowodowego oraz wysokie opłaty arbitrażowe)²².

18 Zwraca na to uwagę J. Zralek, *Arbitraż w świetle zachodzących przemian społecznych i gospodarczych*, [w:] M. Jagielska, E. Rott-Pietrzyk, M. Szpunar (red.), *Rozprawy z prawa prywatnego. Księga jubileuszowa dedykowana Profesorowi Wojciechowi Popiołkowi*, Warszawa 2017, s. 1042-1043.

19 J. Zralek, *Arbitraż w świetle...*, s. 1043 wraz z powołanym tam piśmiennictwem.

20 Zawieranie przez strony kompromisu (tj. poddanie pod rozstrzygnięcie sądu polubownego sporu już powstałego) należy w praktyce do rzadkości, por. też M. Aślanowicz, *Sąd polubowny (arbitrażowy). Komentarz do art. 1154 – 1217 k.p.c.*, Krótkie Komentarze Becka, Warszawa 2017, s. 26, nb. 5.

21 A. Szumański, *Czy jest w Polsce kryzys arbitrażu handlowego?*, „Monitor Prawniczy” 2019, nr 2, s. 91-92.

22 Tamże, s. 93-94. A. Szumański zwraca jednocześnie uwagę na wyjątkowo małe w ostatnich latach zainteresowanie ar-

Ze stanowiskiem powyższym można zgodzić się jedynie częściowo. Jak przyznaje bowiem sam A. Szumański w dalszej części prowadzonych rozważań, pierwsza ze wskazanych wad arbitrażu handlowego (tj. działanie tej formy rozstrzygnięcia sporu z woli stron) jest jednocześnie jego główną zaletą. Zważywszy na okoliczność, że to same strony są władne poddać spór rozstrzygnięciu uzgodnionego sądu polubownego (bądź też zachować właściwość sądów powszechnych) trudno zaś w ogóle uznać za wadę lub zaletę *per se* sądownictwa arbitrażowego. Jest to bowiem jego immanentna cecha właściwa alternatywnym metodom rozwiązywania sporów we wszystkich systemach prawnych. Okoliczność ta niezmiennie występuje w polskim porządku prawnym, a – co za tym idzie – raczej trudno by było obronić tezę, iż jej pojawienie się (dopiero teraz) wywarło negatywny wpływ na popularność arbitrażu handlowego.

Zważywszy na przedstawione powyżej uwarunkowania, szczególną aktualność zachowuje pytanie o to, w jaki sposób arbitrzy oraz instytucje arbitrażowe sprostać mogą wskazanym oczekiwaniom stron (uczestników) postępowań arbitrażowych. Pytanie to jest bardziej skomplikowane, niż się wydaje, ponieważ – jak dowodzą przeprowadzone badania – oczekiwania arbitrantów są w istotny sposób zróżnicowane, a niekiedy wręcz wykluczają się nawzajem. Obrazowym przykładem będą wyniki badania przeprowadzonego w 2016 r. przez M. Kocur, J. Kieszczyńskiego, J. Zrałek i M. Zachariasiewicza. Wykazało ono, iż 52% respondentów oczekuje, że „zachowując podstawowy wymóg bezstronności, arbiter upewni się, że stanowisko przedstawione przez jego stronę zostanie wysłuchane i zrozumiane przez zespół orzekający”²³, zaś 47% respondentów oczekuje, że „okoliczność, iż arbiter został powołany przez daną stronę procesową, nie będzie miała wpływu na jego stosunek do prezentowanych przez tę stronę argumentów”²⁴. Jedynie 1% respondentów sygnalizuje potrzebę, by „arbiter sprzyjał jej stronie w trakcie postępowania, bez względu na obowiązujący go wymóg bezstronności”²⁵. Można więc skłonić się do twierdzenia, iż pełne sprostanie oczekiwaniom arbitrantom przez arbitrów i instytucje arbitrażowe może w praktyce okazać się niemożliwe do spełnienia: w każdym przypadku bowiem niektórzy z nich nie będą usatysfakcjonowani ze sposobu prowadzenia postępowania.

3. Klasyczny model umowy o arbitraż

Przechodząc do krótkiej analizy klasycznego modelu umowy o arbitraż, rozpocząć należy od określenia znaczenia używanego tutaj pojęcia. Jak trafnie wskazuje M. Tomaszewski, termin umowa o arbitraż używany jest zwykle w konwencjach międzynarodowych i literaturze dotyczącej arbitrażu międzynarodowego, natomiast terminem zapis na sąd polubowny posługuje się tradycyjnemu ustawodawstwo polskie, które wymaga, aby umowa o poddanie sporu pod rozstrzygnięcie sądu polubownego była sporządzona na piśmie (art. 1162 § 1 k.p.c.)²⁶. Zakres przedmiotowy obu tych pojęć jest jednak identyczny, zaś praktyka obrotu dowodzi ich zamiennego stosowania zarówno przez instytucje arbitrażowe, jak i zespoły orzekające oraz arbitrantów. Przyjmując w konsekwencji należy, iż wskazane pojęcia są tożsame²⁷.

bitrażem ze strony spółek z udziałem Skarbu Państwa, mając w szczególności na uwadze, iż spółki te pełnią istotną, czy nawet kluczową rolę w polskiej gospodarce. Wskazuje także tendencję odchodzenia przez sieci handlowe od kognicji stałych sądów arbitrażowych w tzw. sporach półkowych, co spowodowało spadek liczby spraw rozstrzyganych przez stałe sądy arbitrażowe (choć z częściową korzyścią dla liczby spraw rozstrzyganych przez sądy polubowne *ad hoc*). Obie te przyczyny niewątpliwie należy uznać za zasadnie zidentyfikowane, choć nie stanowią one wytłumaczenia dla porównywalnego spadku liczby prowadzonych spraw w arbitrażu handlowym za granicą, por. dalsze rozważania poniżej.

23 M. Kocur, J. Kieszczyński, J. Zrałek, M. Zachariasiewicz, *Badanie arbitrażu 2016*, s. 21, <https://kocurpartners.com/wp-content/uploads/2016/06/Badanie-Arbitrazu-2016-pl.pdf> [dostęp: 10.10.2020].

24 Ibidem

25 Ibidem.

26 M. Tomaszewski [w:] A. Szumański (red.), *Arbitraż handlowy...*, s. 319, nb. 8, a wcześniej M. Tomaszewski, *Umowa o arbitraż. Podstawowe problemy prawne*, „Przegląd Ustawodawstwa Gospodarczego” 1994, nr 1, s. 14-15, por. też J. Poczobut, *Umowa o arbitraż w projekcie ustawy ze stycznia 2007 roku – Prawo prywatne międzynarodowe. Wybrane zagadnienia węzłowe*, [w:] P. Nowaczyk, S. Pieckowski, J. Poczobut, A. Szumański, A. Tynel (red.), *Międzynarodowy i Krajowy Arbitraż...*, s. 152–153.

27 Zdaniem M. Tomaszewskiego [w:] A. Szumański (red.), *Arbitraż handlowy...*, s. 319, nb. 9, pojęć tych nie można traktować jako w pełni równoznacznych, gdyż w razie zawiązania przez jedną osobę spółki z o.o. (art. 151 § 1 i 2 k.s.h.) lub spółki akcyjnej (art. 301

Klasyczny model umowy o arbitraż określony został w art. 1161 i nast. k.p.c.²⁸ Kluczowymi cechami umowy o arbitraż pozostają: konieczność wskazania przedmiotu sporu lub stosunku prawnego, z którego spór wyniknął lub może wyniknąć (art. 1161 § 1), konieczność zachowania równości stron zapisu na sąd polubowny (art. 1161 § 2) oraz konieczność zachowania formy pisemnej zapisu na sąd polubowny (art. 1162 § 1), która uznawana jest za spełnioną także wtedy, gdy zapis zamieszczony został w wymienionych między stronami pismach lub oświadczeniach złożonych za pomocą środków porozumiewania się na odległość, które pozwalają utrwalić ich treść (art. 1162 § 2 zd. 1). Przyjęty w polskim prawie model umowy o arbitraż odpowiada więc co do zasady wzorcowi określoneemu w opcji I art. 7 Ustawy Modelowej UNCITRAL o międzynarodowym arbitrażu handlowym przyjętej w dniu 21 czerwca 1985 r. (ze zmianami z 7 lipca 2006 r.), jednak (odmiennie aniżeli w art. 7 pkt 3 Ustawy Modelowej) nie umożliwia zawarcia umowy o arbitraż „ustnie, w sposób dorozumiany czy w jakikolwiek inny sposób”.

Swoistym rodzajem zapisu na sąd polubowny jest kompromis, tj. umowa o arbitraż zawierana w celu rozstrzygnięcia konkretnego, zaistniałego już sporu pomiędzy stronami. Z punktu widzenia przedmiotu niniejszych rozważań nie jest jednak celowe prowadzenie analizy odmienności obu tych (pod)typów umowy o arbitraż. Wystarczy w tym miejscu jedynie wskazać na to, iż – jak wydaje się – wyzwania cywilizacyjne wobec kompromisu uznać można za niższe: a to przede wszystkim ze względu na fakt, iż strony, rozpoczynając pomiędzy sobą spór i jednocześnie podejmując zgodną decyzję o jego poddaniu pod rozstrzygnięcie wspólnie uzgodnionego sądu polubownego, są zwykle w stanie dostosować swoje oczekiwania do istniejących uwarunkowań formalnych.

W piśmiennictwie zwraca się uwagę na znaczenie skutecznego zawarcia umowy o arbitraż, słusznie wskazując, że prawidłowa konstrukcja zapisu na sąd polubowny będzie umożliwiła mu ostateczne rozstrzygnięcie powierzonego sporu oraz ograniczy możliwość uchylecia wyroku sądu polubownego, odmowy jego uznania albo stwierdzenia wykonalności. Ocenie podlega zatem to, kto i w jakiej formie zawrze umowę o arbitraż oraz czego będzie ona dotyczyła²⁹. Ewentualne rozstrzygnięcie przez sąd polubowny sporu nieobjętego zapisem lub sporu wykraczającego poza zakres takiego zapisu stanowi podstawę skargi o uchylenie takiego wyroku, określoną w art. 1206 § 1 pkt 3 k.p.c. oraz podstawę odmowy uznania albo stwierdzenia wykonalności wyroku sądu polubownego wydanego za granicą, określoną w art. 1215 § 2 pkt 3 k.p.c. Tak znaczące sankcje ewentualnego naruszenia obowiązujących zasad zawierania umowy o arbitraż nakazują więc stronom zachowanie najwyższej staranności w przygotowywaniu oraz uzgadnianiu zapisów na sąd polubowny. Okoliczności te niewątpliwie mogą utrudniać sprostanie pojawiającym się wobec umowy o arbitraż wyzwaniom cywilizacyjnym.

Wskazać w tym miejscu należy, iż z pojęciem umowy o arbitraż ściśle powiązany jest termin *receptum arbitrii*. Badanie charakteru prawnego *receptum arbitrii* wykracza poza ramy prowadzonych tutaj rozważań (analiza taka została już dokonana w piśmiennictwie³⁰), tutaj wystarczy wskazać, iż w doktrynie prawa

§ 1 k.s.h.) założyciel może wprowadzić do umowy spółki z o.o. lub do statutu spółki akcyjnej zapis na sąd polubowny obejmujący spory mogące wynikać ze stosunku spółki, przy czym zapis ten (zgodnie z art. 1163 § 1 k.p.c.) wiąże spółkę i wspólników. W tego rodzaju przypadkach – zdaniem M. Tomaszewskiego – *de facto* zapis na sąd polubowny dochodzi do skutku w drodze jednostronnej czynności prawnej założyciela spółki kapitałowej, a w nie w drodze czynności prawnej dwustronnej lub wielostronnej, czyli umowy. Z poglądem tym trudno jednak zgodzić się z dwóch powodów. Po pierwsze, na gruncie prawa handlowego ustawodawca używa pojęcia umowy także w odniesieniu do czynności prawnych dokonywanych przez jedną osobę; tak jak choćby w przypadku zawiązania spółki akcyjnej przez jednego akcjonariusza, co nie wpływa na kwalifikację takiej czynności prawnej. Po drugie natomiast, brak jest podstawy oraz uzasadnienia do wprowadzenia dyferencjacji zapisów na sąd polubowny (umów o arbitraż) w zależności od tego, czy zostały one zawarte w umowie (statucie) spółki zawartej przez jedną, czy więcej osób. W każdym bowiem przypadku konsekwencje prawne zawarcia takiego zapisu będą tożsame, co wynika zresztą z literalnego brzmienia art. 1163 § 1 k.p.c.

28 Analiza charakteru prawnego umowy o arbitraż wykracza poza ramy niniejszego opracowania. Wskazać w tym miejscu jedynie można, iż w piśmiennictwie pozostaje sporne, jaki jest charakter prawny zapisu na sąd polubowny, zaś wyróżniane są cztery podstawowe zapatrywania w tym zakresie: tj. że jest to umowa prawa cywilnego, materialnego, umowa procesowa, umowa o podwójnym (mieszanym) charakterze albo umowa *sui generis*. Por. szerzej M. Aslanowicz, *Sąd polubowny...*, s. 27-29, nb. 11-15.

29 P. Wiliński, *Skuteczność umowy o arbitraż*, „ADR. Arbitraż i Mediacja” 2010, nr 4, s. 79.

30 Por. choćby K. Zawisłak, *Receptum arbitrii*, Warszawa 2012; A. Szumański [w:] A. Szumański (red.), *Arbitraż handlowy...*, s. 442-443 i nast.; M. Aslanowicz, *Pozycja prawna arbitra w arbitrażu handlowym*, Warszawa 2019, s. 124 i nast.

arbitrażowego za *receptum arbitrii* rozumie się stosunek prawny, który zasadniczo powstaje pomiędzy arbitrem a stronami sporu, bądź pomiędzy instytucją arbitrażową (w razie rozstrzygnięcia sporu przez stały sąd arbitrażowy), arbitrem (arbitrami) oraz stronami sporu. W przypadku, gdy w arbitrażu instytucjonalnym zawierana jest odrębna umowa pomiędzy arbitrem (arbitrami) a instytucją arbitrażową, jak również odrębna umowa pomiędzy stronami sporu a instytucją arbitrażową, ta druga umowa nie stanowi *receptum arbitrii* (*sensu stricte*), choć jej treść wywiera zwykle istotny wpływ na kształt *receptum arbitrii*³¹. W tym kontekście powstaje pytanie, w jakim zakresie ostateczny kształt *receptum arbitrii* zależy od treści umowy o arbitraż. Innymi słowy, rozważenia wymaga, czy wyrażona w zapisie na sąd polubowny wola stron poddania sporu rozstrzygnięciu sądu polubownego, determinuje sposób ukształtowania *receptum arbitrii*.

Co do zasady na powyższe pytanie należy odpowiedzieć twierdząco. W przypadku zapisu na stały sąd polubowny, jeżeli strony nie postanowiły inaczej, wiąże je regulamin stałego sądu polubownego obowiązujący w dacie wniesienia pozwu (art. 1161 § 3 zdanie drugie k.p.c.). Tym samym oczekiwać można, iż mający w danym przypadku zastosowanie regulamin stałego sądu arbitrażowego określać będzie zasady ukształtowania *receptum arbitrii*, przez co nie powinno być potrzeby odrębnego uzgadniania wskazanych kwestii pomiędzy stronami (czy to w umowie o arbitraż, czy też w później zawartym pomiędzy arbitrantami porozumieniu). Badanie regulaminów wiodących polskich stałych sądów arbitrażowych wykazuje jednak, iż przedmiotowa problematyka w ogóle nie została w nich uregulowana³². Podobne podejście prezentowane jest zresztą także w regulaminach wiodących zagranicznych stałych sądów arbitrażowych³³. W rzeczywistości nie ma więc, co do zasady, różnicy w przedmiotowym zakresie pomiędzy zapisem na sąd polubowny *ad hoc* oraz zapisem na stały sąd polubowny – w każdym przypadku bowiem osiągnięcie przez arbitrantów realnego wpływu na kształt *receptum arbitrii* wymaga wcześniejszego uzgodnienia odpowiednich zapisów w umowie o arbitraż. Ewentualne niedokonanie przez strony zapisu na sąd polubowny takich uzgodnień skutkować będzie dowolnością rozstrzygnięć dokonywanych przez instytucję arbitrażową oraz zespół orzekający przy zachowaniu podstawowych zasad postępowania przed sądem polubownym.

4. Wyzwania cywilizacyjne wobec umowy o arbitraż

Przedstawione w pierwszej części prowadzonych tutaj rozważań wyzwania cywilizacyjne stojące wobec arbitrażu w ogólności pozostają ściśle powiązane z wyzwaniami cywilizacyjnymi występującymi wobec samej umowy o arbitraż, choć wydaje się, iż w drugim przypadku jest ich nawet więcej. Ramy niniejszego opracowania nie pozwalają na pełną analizę wszystkich wyzwań tego rodzaju, w związku z tym dalsze rozważania ograniczone zostaną do zbadania trzech wybranych zagadnień: problematyki ram czasowych w których stronom przysługuje autonomia ustalenia reguł postępowania przed sądem polubownym, problematyki konkludentnego przystąpienia do zapisu na sąd polubowny oraz problematyki dopuszczalności objęcia zapisem na sąd polubowny podmiotów nie będących stroną tej umowy.

Pisząc poniższe słowa w kwietniu 2020 r., nie sposób nie zacząć jednak od krótkiego odniesienia się do koronawirusa SARS-CoV-2, wywołującego chorobę COVID-19. Wynikające z tego tytułu zagro-

31 M. Aslanowicz, *Pozycja prawna arbitra...*, s. 124-125 wraz z powołanym tam piśmiennictwem.

32 Por. przede wszystkim regulamin Sądu Arbitrażowego przy Konfederacji Lewiatan obowiązujący od 1 marca 2012 r. (ze zm. obowiązującymi od 23 marca 2015 r. oraz od 8 maja 2017 r.), <https://www.sadarbitrazowy.org.pl/Content/Uploaded/files/Przepisy/regulamin2017-PL-99x210-nowy.pdf> [dostęp: 20.10.2020]; obowiązujący od 1 stycznia 2015 r. regulamin Sądu Arbitrażowego przy Krajowej Izbie Gospodarczej w Warszawie, <https://sakig.pl/wp-content/uploads/2019/11/REGULAMIN-ARBITRA%C5%BBOWY-tekst-jednolity-z-X-2019.pdf> [dostęp: 20.10.2020], jak również obowiązujący od 1 kwietnia 2016 r. regulamin Sądu Polubownego (Arbitrażowego) przy Związku Banków Polskich, https://zbp.pl/getmedia/b98ea874-48f0-403d-be71-7cca0f1372db/regulamin_SP_obow_do_26_04_2006 [dostęp: 20.10.2020].

33 Por. choćby obowiązujący od 1 stycznia 2012 r. regulamin International Chamber of Commerce, <https://iccwbo.org/publication/2017-arbitration-rules-2014-mediation-rules-polish-version/> [dostęp: 20.10.2020], obowiązujący od 1 stycznia 2017 r. regulamin Stockholm Chamber of Commerce, https://sccinstitute.com/media/1407444/arbitrationrules_eng_2020.pdf [dostęp: 20.10.2020], obowiązujący od 1 marca 2018 r. regulamin Deutsche Institution für Schiedsgerichtsbarkeit, <https://www.disarb.org/en/tools-for-dis-proceedings/dis-rules>, obowiązujący od 1 stycznia 2018 r. regulamin *Vienna International Arbitral Centre*, <https://www.viac.eu/en/arbitration-rules> [dostęp: 20.10.2020].

żenie epidemiczne sparaliżowało nie tylko światową gospodarkę, ale również sądownictwo państwowe i arbitrażowe. Długofalowe skutki takiego stanu rzeczy są trudne do przewidzenia, zważając na fakt, że nie wiadomo jak długo sytuacja epidemiczna będzie się utrzymywać oraz jak często (i z jaką intensywnością) będzie wracać. W tym kontekście rodzi się więc pytanie o to, w jaki sposób sądownictwo polubowne może zareagować na nową, nieznaną wcześniej arbitrażowi rzeczywistość, jak również czy nowe okoliczności wywierają wpływ na kształt zapisów na sąd polubowny.

W sytuacji w której – ze względów epidemicznych – konieczne staje się daleko posunięte ograniczenie bezpośrednich kontaktów międzyludzkich, nie jest możliwe prowadzenie przed sądem polubownym postępowania w tradycyjnie przyjęty i zwykle stosowany sposób, tj. z doręczeniem pism osobiście lub listem poleconym, odbyciem posiedzenia wstępnego (posiedzenia organizacyjnego) z udziałem stron i ich pełnomocników, czy też odbyciem rozprawy także z udziałem świadków lub biegłych. Kluczowe w tym kontekście pozostaje ustalenie treści zawartej pomiędzy stronami umowy o arbitraż, w tym w szczególności zweryfikowanie, czy pozwala ona na wyeliminowanie osobistego kontaktu osób zaangażowanych w toczące się postępowanie. Pomimo faktu, iż kwestia ta nie została dotychczas szczegółowo przebadana empirycznie, to uzasadnione wydaje się przyjęcie, że w zdecydowanej większości przypadków strony nie dokonują odrębnych uzgodnień we wskazanym zakresie³⁴. W przypadku postępowań prowadzonych przed sądami polubownymi *ad hoc* uniemożliwia to odstępstwo od ogólnych zasad postępowania arbitrażowego określonych w art. 1183 i nast. k.p.c. Problemem pozostaje także to, że regulaminy wiodących stałych sądów arbitrażowych nie przewidują całkowitego wyeliminowania bezpośredniego udziału stron lub ich pełnomocników w postępowaniu³⁵. W praktyce sytuacja taka może istotnie spowalniać albo wręcz uniemożliwiać przeprowadzenie postępowania arbitrażowego.

Mając powyższe na względzie, do czasu zmiany praktyki dotyczącej treści umów o arbitraż (tj. upowszechnienia się dopuszczania w nich prowadzenia postępowania za pomocą środków porozumiewania się na odległość), jedynym sposobem usprawnienia postępowania w opisywanym zakresie jest poczynienie przez strony odrębnych uzgodnień, już po powstaniu sporu. Rozwiązanie to zbliżać się będzie do zawarcia pomiędzy stronami kompromisu, jednak istotna różnica polega na późniejszym ustaleniu jedynie trybu postępowania, a nie samego poddania (już powstałego) sporu rozstrzygnięciu sądu polubownego.

Przechodząc do zarysowanych na wstępie niniejszego fragmentu rozważań, wskazać należy, iż próba określenia ram czasowych, w których stronom przysługuje autonomia ustalenia reguł postępowania przed sądem polubownym, była już podejmowana tak w piśmiennictwie zagranicznym, jak i polskim³⁶. Problematyka ta wydaje się szczególnie istotna, zwłaszcza zważywszy na fakt, że dotyczy ona nie tylko zmian samej umowy o arbitraż, ale zmian jakichkolwiek zasad prowadzonego postępowania arbitrażowego, także już po jego wszczęciu. Dynamicznie zmieniająca się rzeczywistość gospodarcza, połączona ze zwykle długim odstępem czasu pomiędzy datą zawarcia zapisu na sąd polubowny oraz datą wszczęcia (prowadzenia) postępowania arbitrażowego coraz częściej doprowadza przy tym do konieczności modyfikacji zasad postępowania wynikających z umowy o arbitraż niejednokrotnie wiele lat po jej zawarciu.

34 Uzasadnione wydaje się założenie, że sytuacja ta będzie stopniowo ulegać zmianie. W konsekwencji, w przypadku umów o arbitraż zawieranych po marcu 2020 r., strony dokonywanego zapisu będą znacznie częściej uzgadniać zasady prowadzenia postępowania bez konieczności osobistego w nim udziału. Weryfikacja słuszności tego założenia będzie mogła zostać dokonana prawdopodobnie nie wcześniej niż za 34 lata (tj. ok. roku 2023/2024).

35 W chwili wybuchu epidemii w pierwszej połowie marca 2020 r., rozwiązań takich nie przewidywał m.in. regulamin Sądu Arbitrażowego przy Konfederacji Lewiatan, regulamin Sądu Arbitrażowego przy Krajowej Izbie Gospodarczej w Warszawie ani regulamin Sądu Polubownego (Arbitrażowego) przy Związku Banków Polskich. Sądu Arbitrażowy przy Konfederacji Lewiatan jako pierwszy opracował i przyjął nową regulację w przedmiotowym zakresie już w czerwcu 2020 r.

36 Por. J. Szpara, M. Łaszczuk, *Czy autonomia stron w ustaleniu reguł postępowania przed sądem polubownym jest ograniczona w czasie?*, [w:] J. Okolski, A. Całus, M. Pazdan, S. Sołtysiński, T. Wardyński, S. Włodyka (red.), *Księga pamiątkowa 60-lecia Sądu Arbitrażowego przy Krajowej Izbie Gospodarczej w Warszawie*, Warszawa 2010, s. 280 i nast. wraz z powołanym tam bogatym piśmiennictwem.

Najbardziej rygorystyczny pogląd w przedmiotowym zakresie wyraził A. Zieliński, zdaniem którego „cezura czasowa do ustalenia trybu postępowania przed sądem polubownym jest chwila wszczęcia postępowania przed sądem polubownym”³⁷. W dalszej części prowadzonych przez siebie rozważań A. Zieliński wskazuje jednak, iż ze względu na „dużą autonomię stron w postępowaniu przed sądami polubownymi należy przyjąć, że strony mogą już w toku postępowania, po ustaleniu zasad i sposobu postępowania przez sąd polubowny, ustalić same te zasady”³⁸. Nie jest więc całkowicie jasne czy – w opinii A. Zielińskiego – należy uznać, że uprawnienie do ukształtowania zasad postępowania „przechodzi” ze stron na sąd polubowny w chwili wszczęcia postępowania, jeżeli strony nie wyraziły tych zasad w zapisie na sąd polubowny, bądź też wyraziły je w niewystarczający dla siebie sposób³⁹. Czy też strony zachowują prawo do zmiany tych zasad (w drodze modyfikacji zapisu na sąd polubowny, bądź też zawarcia odrębnego porozumienia) w całym toku prowadzonego postępowania arbitrażowego.

Zdaniem T. Erecińskiego, określenie trybu postępowania przez strony może nastąpić w umowie o arbitraż lub w umowie dodatkowej, zaś z brzmienia art. 1184 k.p.c. wynika, że uzgodnienie takie jest możliwe w każdym czasie⁴⁰. Autor ten wskazuje jednocześnie, iż „ze względu na ekonomię postępowania” wydaje się sensowne, aby „określenie przez strony sposobu postępowania przed sądem polubownym nastąpiło do chwili rozpoczęcia tego postępowania”⁴¹. Brak umowy stron co do zasad i sposobu postępowania arbitrażowego powodować ma – zdaniem T. Erecińskiego – przejście prawa wyboru procedury arbitrażowej na arbitrów, którzy wstępują tu niejako w prawa stron i mogą prowadzić postępowanie w taki sposób, jaki uznają za właściwy⁴².

Za najbardziej przekonujący uznać jednak należy pogląd wyrażony przez T. Strumiłłę, który podkreśla, iż kształtowanie reguł postępowania arbitrażowego pozostaje przede wszystkim w dyspozycji stron, zaś „dopiero gdy strony nie podejmą aktywności w tym zakresie, arbitrzy mają możliwość ukształtowania postępowania w taki sposób, jaki uznają za najbardziej właściwy w danym przypadku”⁴³. W praktyce oznacza to więc, że strony w każdym czasie dokonywać mogą dowolnych zmian zapisu na sąd polubowny (także poprzez zawarcie umowy dodatkowej)⁴⁴, zaś sąd polubowny związany jest zawartymi przez nie uzgodnieniami⁴⁵. Ewentualna zmiana treści umowy o arbitraż w toku postępowania nie wpływa jednak ujemnie na ważność uzgodnień dokonanych we wcześniejszym toku sprawy.

Drugie z zasygnalizowanych wyzwań cywilizacyjnych wobec umowy o arbitraż dotyczy problematyki konkludentnego przystąpienia do zapisu na sąd polubowny. W piśmiennictwie dominuje pogląd stwierdzający niedopuszczalność przyjęcia takiej konstrukcji prawnej⁴⁶, choć wyrażone zostało także zdanie o „niemożności całkowitego wykluczenia sytuacji, w której na skutek podjęcia przez strony pewnych czynności zmierzających do przeprowadzenia postępowania przed sądem polubownym,

37 A. Zieliński [w:] A. Zieliński (red.), *Kodeks postępowania cywilnego. Komentarz*, Warszawa 2016, s. 1821, nb. 2.

38 A. Zieliński [w:] tamże, s. 1821, nb. 3.

39 Tamże. Poza ramy prowadzonych tutaj rozważań wykracza określenie chwili wszczęcia postępowania arbitrażowego. Co do zasady uznać jednak należy, iż postępowanie przed sądem polubownym rozpoczyna pierwsza czynność osoby lub podmiotu dochodzącego swoich roszczeń. Taką czynnością będzie zwykle wystąpienie z wezwaniem na arbitraż, bądź pozwem.

40 T. Ereciński [w:] T. Ereciński (red.), *Kodeks postępowania cywilnego. Komentarz*, t. V, Warszawa 2012, s. 769, nb. 4.

41 Tamże.

42 Tamże.

43 T. Strumiłło [w:] J. Jankowski (red.), *Kodeks postępowania cywilnego. Komentarz*, t. II, Warszawa 2015, s. 1827, nb. 3.

44 W piśmiennictwie wskazuje się niekiedy jednocześnie, iż arbitrzy nie powinni być zaskakiwani nowymi regułami proceduralnymi w trakcie trwania postępowania, por. J. Szpara, M. Łaszczuk, *Czy autonomia stron...*, s. 287. Mając jednak na uwadze, iż to strony są dysponentem i „gospodarzem” prowadzonego postępowania, wola stron niewątpliwie stanowić musi priorytet.

45 Strony mogą w toku postępowania dokonać także zmian zasad określonych przez sąd polubowny, choć prawdopodobieństwo zgodnego ustalenia nowych zasad przez strony w trakcie trwania postępowania arbitrażowego jest raczej niewielkie, zob. szerzej M. Aslanowicz, *Sąd polubowny...*, s. 95, nb. 5.

46 Tak m.in. T. Ereciński, K. Weitz, *Sąd arbitrażowy*, Warszawa 2008, s. 135 oraz R. Morek, *Mediacja i arbitraż (art. 183(1)–183(15), 1154–1217 k.p.c.)*, Warszawa 2006, s. 144, nb. 9, wraz z powołanym tam orzecznictwem, w tym w szczególności orzeczeniem Sądu Najwyższego z dnia 27 czerwca 1960 r., IV CR 874/59, OCSN 1962, nr 3, poz. 85.

dojdzie do zawarcia zapisu na sąd polubowny (np. przez podpisanie przez strony *terms of reference*)⁴⁷. Tymczasem stale rosnąca dynamika życia gospodarczego często skutkuje powstaniem okoliczności, w których uznanie dopuszczalności przystąpienia do zapisu na sąd polubowny w sposób dorozumiany może być uzasadnione i celowe. Jak jednak słusznie zauważa A. Szumański, przyjęcie wskazanej koncepcji jest *de lege lata* skazane na niepowodzenie bądź obarczone tak dużym ryzykiem prawnym, że mogłoby godzić w tzw. stabilność wyroku sądu polubownego. Niosłoby to za sobą możliwość odmowy uznania albo stwierdzenia wykonalności tego wyroku, bądź jego uchylene w wyniku wniesienia ewentualnej skargi do sądu powszechnego⁴⁸.

Do tego wniosku doszedł A. Szumański, dokonując wcześniej analizy potencjalnych alternatywnych koncepcji mogących uzasadniać dopuszczenie *de lege lata* koncepcji konkludentnego przystąpienia do zapisu na sąd polubowny, a następnie wykazując brak podstaw do ich ewentualnego przyjęcia. Dotyczy to w szczególności koncepcji zastosowania przepisu art. 1162 § 2 zd. 2 k.p.c. jako podstawy przyjęcia istnienia zapisu na sąd polubowny w umowie stanowiącej element ciągu umów, w której nie ma zapisu na ten sąd, zaś wspomniany zapis znajduje się wyraźnie w innej umowie należącej do tego ciągu (ze względu na konieczność uznania tej koncepcji za pochodzącej z wykładni rozszerzającej normy wyjątkowej art. 1162 § 2 zd. 2 k.p.c.). Odnosi się to również do art. 1162 § 1 k.p.c., wymagającego zwykłej formy pisemnej dla celów dowodowych (ze względu na sprzeczność tej koncepcji z koncepcją autonomii zapisu na sąd polubowny, której wyrazem jest m.in. powszechnie akceptowana zasada *Kompetenz-Kompetenz*). W końcu może to dotyczyć także koncepcji nadużycia prawa podmiotowego (ze względu na brak podstaw do zastosowania na gruncie prawa polskiego doktryny PCV – *piercing the corporate veil*, które może odnosić się wyłącznie do „pominięcia” osobistej odpowiedzialności spółki dominującej za zobowiązania spółki zależnej, ale już nie do związania spółki dominującej zapisem na sąd polubowny); koncepcji poddania zapisowi na sąd polubowny określonego stosunku prawnego wraz z jednoczesnym przyjęciem, że strona podmiotowa tego stosunku ma niejako charakter drugorzędny (ze względu na niedopuszczalność substytucji podmiotowej strony zapisu na sąd polubowny, a jedynie dopuszczalność przystąpienia do tego zapisu osoby trzeciej, przy pozostawieniu bez zmian jednej z dotychczasowych stron tego zapisu w sporze przed sądem polubownym); koncepcji wymiany pism procesowych jako podstawy konkludentnego przystąpienia do zapisu na sąd polubowny (ze względu na brak systemowych podstaw do jej zastosowania, a także braku praktycznej możliwości jej zastosowania)⁴⁹.

W konsekwencji, jako postulat *de lege ferenda* A. Szumański przedstawia propozycję zniesienia wymogu formy pisemnej jako adekwatnej do zawarcia umowy o arbitraż⁵⁰. Postulat ten niewątpliwie należy uznać za trafny. Brak jest bowiem uzasadnienia do dalszego utrzymywania formalizmu wynikającego z regulacji art. 1162 § 1 k.p.c., tym bardziej mając na uwadze zawarty w art. 1162 § 2 k.p.c. wyjątek od ogólnego wymogu zachowania pisemnej formy zapisu na sąd polubowny.⁵¹ Całkowita rezygnacja ze wskazanego wymogu oraz dopuszczanie do zawierania umów o arbitraż w dowolny

47 E. Błaszczak, M. Ludwik, *Sądownictwo polubowne (arbitraż)*, s. 117, nb. 22.

48 A. Szumański, *Konkludentne przystąpienie do zapisu na sąd polubowny*, „Problemy Prawa Prywatnego Międzynarodowego” 2012, t. 11, s. 44.

49 Tamże, s. 29-44.

50 Tamże, s. 45. Cytowany autor opiera przedstawioną przez siebie propozycję w tym zakresie na opcji II wynikającej z nowelizacji art. 7 ustawy modelowej UNCITRAL przyjętej w dniu 21 czerwca 1985 r., dokonanej w dniu 7 lipca 2006 r., która została przyjęta m.in. w Regulaminie Arbitrażowym UNCITRAL znowelizowanym w dniu 12 lipca 2000 r. Por. też A. Szumański [w:] P. Nowaczyk, A. Szumański, M. Szymańska (red.), *Regulamin Arbitrażowy UNCITRAL. Komentarz*, Warszawa 2011, s. 35, nb. 76.

51 Na marginesie warto także zasygnalizować, iż – na gruncie obecnie obowiązującego brzmienia art. 1162 k.p.c. – wielokrotnie podnoszono wątpliwości dotyczące rygору dla którego zastrzeżona została forma pisemna zapisu na sąd polubowny, por. m.in. E. Błaszczak, *Skarga o uchylene wyroku sądu polubownego*, „Prawo Spółek” 2005, nr 2, s. 28; M. Pazdan, *Prawo właściwe do oceny zapisu na sąd polubowny*, „Rejent” 2003, nr 10, s. 172 i nast. oraz J. Balcarczyk, *Zagadnienie formy umowy o arbitraż w świetle art. II (2) Konwencji nowojorskiej o uznawaniu i wykonywaniu zagranicznych orzeczeń arbitrażowych oraz w świetle regulacji wewnętrznych*, „ADR. Arbitraż i Mediacja” 2008, nr 4, s. 4-5.

sposób ułatwiłoby stronom stosunków cywilno-prawnych poddawanie sporów rozstrzygnięciu sądów polubownych, a zatem wpłynęłoby pozytywnie na popularność arbitrażu.

W ramach trzeciego z badanych wyzwań cywilizacyjnych (tj. objęcia zapisem na sąd polubowny podmiotów nie będących stroną tej umowy) warto wyróżnić dwa odrębne zagadnienia, oba pośrednio powiązane z problematyką konkludentnego przystąpienia do zapisu na sąd polubowny, analizowaną powyżej. Pierwsze dotyczy rozciągnięcia zapisu na sąd polubowny na podmioty powiązane ze spółką będącą stroną zapisu, drugie zaś zagadnienie – związania zapisem na sąd polubowny nabywcy przedsiębiorstwa⁵². Praktyczne znaczenie obu tych dylematów jest duże, a istnienie jasnych dla uczestników obrotu gospodarczego reguł we wskazanym zakresie pozostaje często kluczowe. Pamiętać także należy, iż ewentualne wydanie wyroku przez sąd polubowny z przekroczeniem granic zawartego zapisu na sąd polubowny skutkować może późniejszym uchYLENIEM tego wyroku przez sąd państwowy, bądź odmową uznania wyroku albo odmową stwierdzenia jego wykonalności.

Zagadnienie związania umową o arbitraż stron, które formalnie nie są jej stroną, jest szeroko dyskutowane w doktrynie międzynarodowego arbitrażu handlowego na świecie, gdzie znane jest przede wszystkim jako „*extension of arbitration agreement to non-signatories*”⁵³. Sytuacja taka dotyczy w szczególności przypadków, w których zapis na sąd polubowny zawierany jest przed jedną ze spółek z grupy kapitałowej, zaś późniejszy spór ma zostać wszczęty przez inną spółkę (lub przeciwko innej spółce) z tej grupy – zwykle spółkę dominującą nad spółką będącą stroną umowy o arbitraż. Podobna sytuacja powstaje w razie zamieszczenia w umowie (statucie) spółki handlowej zapisu na sąd polubowny dotyczącego sporów ze stosunku spółki, zaś spółka, która ma być później stroną sporu, nie jest współnikiem strony umowy o arbitraż (por. art. 1163 § 1 k.p.c.).

De lege lata przyjąć należy, iż we wskazanym powyżej przypadku, zakres podmiotowy zapisu na sąd polubowny nie ulega *per se* rozszerzeniu o przynależną do grupy spółkę, która formalnie nie podpisała umowy o arbitraż (np. o spółkę dominującą), gdyż zapisu tego dokonała inna spółka (np. spółka zależna)⁵⁴. Analogicznie, nie jest także dopuszczalne rozszerzenie zakresu obowiązywania zapisu na sąd polubowny na spółkę nie będącą współnikiem spółki, w której umowie (statucie) został zawarty zapis na sąd polubowny. Brak jest bowiem podstawy prawnej mogącej uzasadniać związanie podmiotu nie będącego stroną umowy o arbitraż tą umową – niezależnie od stopnia oraz siły powiązań kapitałowoorganizacyjnych istniejących pomiędzy sygnatariuszem zapisu na sąd polubowny oraz podmiotem nad nim dominującym lub podmiotem z nim powiązany. Ewentualnego przyjęcia odmiennej koncepcji nie uzasadniałaby też doktryna *piercing the corporate veil*, koncepcja nadużycia prawa podmiotowego, czy też koncepcja substytucji podmiotowej⁵⁵. W tym kontekście rodzi się więc pytanie o to, czy przedstawione wnioski odpowiadają zapotrzebowaniu uczestników obrotu gospodarczego oraz wyzwaniom cywilizacyjnym stojącym przed umową o arbitraż.

Z jednej strony – w ślad za M. Zachariasiewiczem i J. Zrałkiem – przyjąć można, iż podmiot domagający się rozciągnięcia klauzuli arbitrażowej na osoby trzecie sam (zwykle) nie przykłada dosta-

52 Poza ramy niniejszych rozważań wykracza dyskutowana obszernie w piśmiennictwie problematyka zakresu związania zapisem na sąd polubowny zamieszczonym w umowie lub statucie spółki (por. choćby uwagi przedstawione przez G. Sulińskiego, *Dopuszczalność poddania sporu ze stosunku spółki pod rozstrzygnięcie sądu polubownego*, „Przegląd Prawa Handlowego” 2005, nr 12, s. 31 i nast.; A. Szumański, *Dopuszczalność kognicji sądu polubownego w sprawach o zaskarżanie uchwał zgromadzeń spółek kapitałowych*, [w:] W. Popiołek, L. Ogiegła, M. Szpunar (red.), *Rozprawy prawnicze. Księga pamiątkowa Profesora Maksymiliana Pazdana*, Kraków 2005, s. 528 oraz A. Kapica, *Granice dopuszczalności arbitrażu*, „Monitor Prawniczy” 2009, dod. do nr. 1, s. 11-12.

53 M. Zachariasiewicz, J. Zrałek, *Czy umowa arbitrażowa rozciąga się na podmioty powiązane ze spółką będącą stroną tej umowy?*, „ADR. Arbitraż i Mediacja” 2009, nr 2, s. 155 wraz z powołaną tam literaturą.

54 A. Szumański, *Wpływ uczestnictwa spółki kapitałowej w grupie spółek na wiązanie zapisem na sąd polubowny dokonany przez inną spółkę z grupy*, „Przegląd Prawa Handlowego” 2008, nr 5, s. 56.

55 Koncepcja substytucji podmiotowej może mieć bowiem zastosowanie jedynie do przypadków cesji praw i obowiązków wynikających z zapisu na sąd polubowny, bądź przystąpienia osoby trzeciej do zapisu na sąd polubowny. W pozostałych wskazanych tutaj przypadkach aktualność zachowują przedstawione powyżej uwagi w odniesieniu do konkludentnego przystąpienia do umowy o arbitraż, por. też A. Szumański, *Wpływ uczestnictwa spółki...*, s. 56-58.

tecznej uwagi na etapie zawierania umowy do tego, z kim tę umowę zawiera, ewentualnie akceptuje stan zawarcia umowy ze spółką zależną (patrząc z punktu widzenia strony zapisu na sąd polubowny), bądź też nie zadbał wystarczająco o swoje interesy poprzez przystąpienie do umowy o arbitraż (patrząc z punktu widzenia podmiotu nie będącego stroną zapisu na sąd polubowny, a chcącego podnosić swoje roszczenia w postępowaniu arbitrażowym)⁵⁶. Z drugiej jednak strony, często nie jest możliwe przewidzenie z góry, który podmiot z grupy spółek będzie rzeczywistym beneficjentem, czy też rzeczywistym zobowiązanym z zawieranej umowy, a co za tym idzie, który podmiot powinien zostać stroną zapisu na sąd polubowny. Niewątpliwym wyzwaniem cywilizacyjnym jest rozstrzygnięcie wątpliwości co do tego, które ze wskazanych powyżej interesów należy przede wszystkim chronić. Pewnym rozwiązaniem dla strony umowy o arbitraż chcącej doprowadzić do uczestnictwa w postępowaniu arbitrażowym podmiotu nie będącego stroną zapisu na sąd polubowny jest jego przypozwanie, zaś rozwiązaniem dla osoby trzeciej (spółki z grupy spółek nie będącej stroną zapisu na sąd polubowny) jest wystąpienie z interwencją uboczną. Warunkiem wykorzystania tych instrumentów procesowych pozostaje jednak dopuszczenie ich przez właściwy regulamin stałego sądu arbitrażowego, bądź też przez uzgodnione pomiędzy stronami zasady postępowania.

Z powyższą problematyką ściśle powiązane jest pytanie o to, czy nabywca przedsiębiorstwa związany jest klauzulą arbitrażową dotyczącą zobowiązań zaciągniętych przez zbywcę przedsiębiorstwa. Ocena takiej sytuacji musi być jednak znacząco różna od przedstawionej oceny przypadku rozciągnięcia klauzuli arbitrażowej na osobę trzecią. Zgodnie bowiem z dominującym poglądem doktryny prawa, umowa o arbitraż wiąże także następców prawnych stron umowy (co dotyczy zarówno następstwa pod tytułem ogólnym, jak i pod tytułem szczególnym), o ile z treści umowy lub okoliczności jej zawarcia nie wynika nic innego⁵⁷. Przyjąć więc należy, iż przystępujący do długu z mocy prawa (nabywca przedsiębiorstwa), przez zajęcie pozycji dłużnika w istniejącym stosunku obligacyjnym, znajduje się w takiej samej sytuacji prawnej, jaką zajmował dłużnik pierwotny⁵⁸.

Na koniec tego fragmentu prowadzonych rozważań warto zauważyć, iż postępowanie arbitrażowe może rozpocząć swój bieg dopiero po ukonstytuowaniu się zespołu orzekającego, zaś warunkiem ukonstytuowania się zespołu orzekającego jest zawarcie umowy (umów) o prowadzenie postępowania (ukształtowanie *receptum arbitrii*). W konsekwencji, zarówno w interesie stron, jak i w interesie arbitrów pozostaje jak najszybsze zawarcie tej umowy. Proces kształtowania *receptum arbitrii* bywa tymczasem bardzo długotrwały, zwłaszcza w przypadku postępowań, w których zaangażowanych jest wiele stron oraz postępowań z udziałem wielu arbitrów⁵⁹. W sytuacji, w której w interesie stron (bądź w interesie choćby jednej ze stron) jest doprowadzenie do możliwie jak najszybszego rozstrzygnięcia sporu, wskazana okoliczność może być wyjątkowo niekorzystna. Postawić przy tym można tezę, iż aspekt czasowy we wszelkich postępowaniach (w tym również w postępowaniach prowadzonych przed sądami polubownymi) niezmiennie odgrywa w ostatnich latach coraz większą rolę: można go w konsekwencji uznać za istotne wyzwanie cywilizacyjne dla arbitrażu.

56 Por. M. Zachariasiewicz, J. Zralek, *Czy umowa arbitrażowa...*, s. 170.

57 Por. R. Kwaśnicki, R. Sitwik, *Związanie nabywcy przedsiębiorstwa klauzulą arbitrażową dotyczącą zobowiązań zaciągniętych przez zbywcę przedsiębiorstwa*, [w:] M. Łaszczuk, M. Furtek, S. Pieckowski, J. Poczobut, A. Szumański, M. Tomaszewski, *Arbitraż i mediacja...*, s. 277 wraz z powołanym tam piśmiennictwem.

58 Tamże, s. 283 wraz z przywołaną tam uchwałą SN z 13 lipca 2011 r., III CZP 36/11, Legalis.

59 W praktyce obrotu zdarzają się postępowania prowadzone przez zespoły orzekające złożone nawet z 5-8 arbitrów. Przykład takiego zapisu dostarczają umowy dostawy towarów stosowane przez jedną z wiodących sieci handlowych, na mocy których każda ze stron wybiera swojego arbitra, zaś w razie braku zgody powołanych w ten sposób arbitrów co do wyboru arbitra przewodniczącego w określonym przez sąd terminie, strony wybiorą po jednym dodatkowym arbitrze, którzy wspólnie dokonają wyboru arbitra przewodniczącego – w konsekwencji czego zespół orzekający sądu polubownego pierwszej instancji może być złożony z pięciu arbitrów. Co więcej, od wyroku wydanego przez sąd polubowny pierwszej instancji, każdej ze stron przysługuje prawo wniesienia środka odwoławczego. W takim przypadku dotychczasowi arbitrzy wybrani przez każdą ze stron powołują kolejnego arbitra, zaś wszyscy arbitrzy łącznie powołują arbitra przewodniczącego. W konsekwencji, sąd polubowny drugiej instancji może być złożony nawet z ośmiu arbitrów, zaś nawet obiegowe zebranie podpisów pod umową o arbitraż od wszystkich arbitrów (zwłaszcza jeżeli oni pochodzą oni z różnych miast), jak również od osób należycie umocowanych przez każdą ze stron postępowania może niekiedy zająć wiele tygodni.

W powyższym świetle rodzi się więc pytanie o to, w jaki sposób sądownictwo polubowne powinno dostosować się do wskazanego zapotrzebowania uczestników obrotu gospodarczego. Niewątpliwie kluczowa rola przypada tutaj determinacji instytucji arbitrażowej oraz zespołu orzekającego do jak najszybszego zawarcia umowy (umów) o prowadzenie postępowania arbitrażowego. Wydaje się jednak, że istotną rolę w tym kontekście odgrywa także treść umowy o arbitraż. Jeżeli bowiem zapis na sąd polubowny wystarczająco szczegółowo określa terminy i zasady późniejszego zawarcia umowy o prowadzenie postępowania arbitrażowego, to brak jest uzasadnienia późniejszego niestosowania się do nich przez strony *receptum arbitrii*. Wniosek ten potwierdza istnienie bezpośredniego związku pomiędzy umową o arbitraż oraz *receptum arbitrii*, co było już sygnalizowane we wcześniejszej części prowadzonych rozważań.

5. Czy sądownictwo polubowne odpowiada na wyzwania cywilizacyjne?


Jednoznaczna odpowiedź (czy to pozytywna, czy też negatywna) na zadane pytanie wydaje się być wręcz niemożliwa. Już na wstępie można uznać, że sądownictwo polubowne *per se* nie jest w stanie odpowiedzieć na wyzwania cywilizacyjne, gdyż stosowną reakcją mógłby wykazać się jedynie ustawodawca. Tymczasem, zarówno instytucje arbitrażowe, jak i zespoły orzekające (niezależnie od tego, czy spór prowadzony jest przed stałym sądem arbitrażowym, czy też przed sądem arbitrażowym *ad hoc*) dysponują instrumentarium mogącym służyć dostosowaniu prowadzonych przez siebie postępowań do stale zmieniających się oczekiwań arbitrantów. Jedynym ograniczeniem w tym zakresie pozostaje konieczność zachowania podstawowych zasad postępowania arbitrażowego, tj. działania arbitrażu (wyłącznie) z woli stron sporu, ograniczonego zastosowania przepisów prawa materialnego przy rozstrzygnięciu sporu oraz poufnego charakteru postępowania⁶⁰, jak również respektowanie zasad odnoszących się do treści i zakresu zapisu na sąd polubowny, wynikających z art. 1161 k.p.c. Nawet jednak te podstawowe zasady mogą zostać odpowiednio ograniczone, bądź zmienione na mocy woli stron oraz arbitrów rozstrzygających spór.

Adaptacja do stale zmieniających się wyzwań cywilizacyjnych stanowi wyznacznik potencjału sądownictwa polubownego w Polsce. Należy mieć nadzieję, że zarówno ustawodawca, jak i stałe instytucje arbitrażowe oraz arbitrzy dokładać będą wszelkich starań, aby móc w satysfakcjonujący sposób odpowiedzieć na potrzeby arbitrantów.

60 Por. A. Szumański [w:] A. Szumański (red.), *Arbitraż handlowy...*, s. 14, nb. 14. A. Szumański zasady te określa jako „cechy podstawowe” arbitrażu handlowego, wymieniając wśród nich także konieczność prowadzenia postępowania w sposób szybki i odformalizowany. Tę ostatnią cechę należy jednak raczej uznać jako postulat odnoszący się do oczekiwanego sposobu prowadzenia postępowania przez sąd polubowny, a nie jako zasadę mającą bezwzględne zastosowanie w postępowaniu arbitrażowym (tym bardziej, iż nad zasadą tę priorytet ma spoczywający na sądzie polubownym obowiązek ustalenia prawdy formalnej).

W KIERUNKU OGRANICZONEJ NORMATYWNIE SANKCJI SĘDZIOWSKIEJ JAKO PROPORCJONALNEJ REAKCJI NA WADLIWOŚĆ CZYNNOŚCI PRAWNYCH (UMÓW) W NOWOCZESNYM OBRODZIE PRAWNYM¹

DOI: 10.5281/zenodo.6021841

prof. dr hab. Andrzej Bierć
 0000-0002-6036-9921
Instytut Nauk Prawnych PAN

1. Tradycyjna sankcja nieważności czynności prawnej (umowy) z mocy prawa (*ex lege*) jako nieproporcjonalny i nieefektywny instrument kontroli legalności w obrocie prawnym

W czasach globalnych przemian obrotu gospodarczego i związanych z nimi przeobrażeń współczesnego prawa prywatnego (jego internacjonalizacji), wywodzący się z prawa rzymskiego, tradycyjny, pozytywistyczny mechanizm kontroli legalności w obrocie prawnym, u podstaw którego znajduje się sztywna sankcja nieważności skutków prawnych (*ex lege*) wadliwej czynności prawnej, staje się coraz bardziej nieefektywny, niepraktyczny i kosztogenny². Naturalny w czasach globalizacji zwrot w kierunku tradycji anglosaskiej prowadzi do krystalizowania się nowej europejskiej kultury prawnej. Jej istotą jest odchodzenie od konstrukcji formalnych i dogmatycznych na rzecz pragmatycznych i wzrost znaczenia sądowego stanowienia prawa³.

W ocenie europejskiej jurysprudencji nieproporcjonalność i nieefektywność tradycyjnego mechanizmu kontroli legalności, w podlegającym przemianom obrocie gospodarczym, wynika przede wszystkim z wielości źródeł współczesnego prawa prywatnego (tzw. multicytryczności), a w szczególności – z daleko idącej publicyzacji prawa prywatnego i będącym jej konsekwencjom ograniczeniem autonomii prywatnej (swobody umów) na rzecz ochrony interesu społecznego. Nie należy pomijać też stanowienia prawa prywatnego pod coraz silniejszym wpływem „grup nacisku” (lobbystów). Nie bez znaczenia są też liczne regulacje prawne ukierunkowane na zapewnienie słuszności i niedyskryminacji, a zwłaszcza – silniejszej ochrony słabszej strony umów (pracowników, konsumentów, lokatorów, drobnych przedsiębiorców). Tradycyjna umowa przestaje być wyłącznie instrumentem realizacji autonomii prywatnej⁴.

1 Niniejsza publikacja stanowi zaktualizowaną i uzupełnioną wersję artykułu naukowego opublikowanego w numerze specjalnym „Studia Prawnicze” 2018, nr 5.

2 W sprawie rzymskiej genezy sankcji nieważności (*ex lege, ex initio i erga omnes*) zob. R. Zimmerman, *Roman Law, Contemporary Law. The Civilian Tradition Today*, Oxford 2001; zob. też W. Dajczak, T. Giaro, F. Longchamps de Berier, *Prawo rzymskie. U podstaw prawa prywatnego*, Warszawa 2009; W. Wołodkiewicz, *Europa i prawo rzymskie. Szkice z historii europejskiej kultury prawnej*, Warszawa 2009.

3 Zob. M.W. Hesselink, *The New European Legal Culture*, Deventer 2001; por. też P. Skorupa, *Nieważność czynności prawnej z perspektywy systemów prawnych common law*, „Studia Prawnicze” 2018, nr 4, s. 7 i nast., <https://doi.org/10.37232/sp.2018.4.1>; Bierć A., *Zarys prawa prywatnego. Część ogólna*, Warszawa 2015, s. 178 i nast.

4 O przemianach umowy zob. np. W. Dajczak, *Amerykańska zapowiedź „śmierci umowy” na tle tradycji romanistycznej*, [w:] F. Longchamps de Berier (red.), *Dekodifikacja prawa prywatnego*, Warszawa 20017, s. 88-102; A. Doliwa, *O istocie i przyszłości umowy na tle współczesnej praktyki obrotu i przepisów kc o zawarciu umowy*, [w:] Z. Kuniewicz, D. Sokołowska (red.), *Prawo kontraktów*, Warszawa 2017, s. 78-86; J. Mazurkiewicz, *„Wszystko na sprzedaż”. Prawo umów wobec miserii moralnej współczesnego Zachodu*, [w:] Z. Kuniewicz, D. Sokołowska (red.), *Prawo kontraktów...*, s. 302-317.

Podczas gdy interpretacja staje się „realnym źródłem prawa”, a co za tym idzie – przyczyną ogromu regulacji prawnych zagrażających bezpieczeństwu obrotu publicznego, przedmiotem ożywionego zainteresowania zarówno doktryny, jak i judykatury czy legislacji są proporcjonalne do naruszenia sankcje wadliwych czynności prawnych. Mogą one stanowić podstawę współczesnego mechanizmu kontroli legalizmu w obrocie prawnym. W ramach dyskusji naukowych i prac unifikacyjnych (harmonizacyjnych) prawa prywatnego w Unii Europejskiej krytycznej ocenie poddaje się tradycyjną, sztywną, dogmatyczną sankcję nieważności (bezskuteczności) czynności prawnej z mocy prawa, a zwłaszcza automatyzm tej sankcji. Jednocześnie poszukuje się – na miarę współczesnego państwa prawa – sankcji bardziej elastycznych i skuteczniejszych, o proporcjonalnej reakcji na wadliwość czynności prawnej, aby bez całkowitego zniweczenia czynności prawnej (umowy), osiągać „słuszne i rozsądne rezultaty”⁵.

Zasadniczo poprawę efektywności mechanizmu kontroli legalności w obrocie prawnym upatruje się w gruntownej modernizacji tradycyjnej sankcji nieważności z mocy prawa na rzecz rozszerzonej uznaniowości sądowej w normatywnie określonych ramach (tzw. ograniczonej i uporządkowanej normatywnie sankcji sędziowskiej). Wskazuje się, że złożoność współczesnego prawa prywatnego wymaga przesunięcia ciężaru kontroli „nielegalności i niemoralności” w obrocie prawnym w kierunku judykatury. Rozstrzygając spory o prywatne prawa podmiotowe może ona służyć idei słuszności w kreatywny sposób, tj. adekwatnie do stopnia wadliwości czynności prawnej określić sankcje z zachowaniem równowagi między wadliwością i celem tej czynności⁶.

Dyskusje w sferze jurysprudencki oddziałują w istotny sposób na legislację, której nowym założeniem kierunkowym, mającym służyć zrównoważonemu godzeniu ochrony interesów prywatnych z interesem społecznym, staje się reguła proporcjonalnej reakcji na wadliwość czynności prawnej (umowy), która polega na naruszeniu prawa lub norm moralnych (tzw. wartości pozasystemowych). Promowanie przez ustawodawcę europejskiego reguły proporcjonalnej reakcji na wadliwość czynności prawnej w normatywnie określonych ramach – tj. tzw. dyrektyw orzekania – ma skłaniać sądy do stosowania sankcji adekwatnych i elastycznych, a przy tym zróżnicowanych i mogących stosownie do stopnia wadliwości powodować ograniczenie lub eliminację zamierzonych przez strony skutków prawnych, choć oczywiście wskazane jest utrzymanie w mocy czynności prawnej (umowy)⁷.

W europejskiej nauce o nieważności czynności prawnych, w tym – w europejskich projektach kodyfikacyjnych, a także w dorobku polskiej jurysprudencki i legislacji, najdalej idącym modelem normatywnym jest wywodząca się z tradycji *common law*, widocznym zwłaszcza w projektach powstałych w Wielkiej Brytanii⁸ – konstrukcja ograniczonej normatywnie (ustawowo) sankcji sędziowskiej (*structured discretion*). Uprawnia ona sędziego do stosowania *ad casum* – i w normatywnych ramach – uznaniowej sankcji sędziowskiej na miarę stopnia wadliwości czynności prawnej (umowy). W ramach dyskrecjonalności sędziowskiej miałyby się też mieścić uprawnienie do zmiany treści umowy lub jej skutków prawnych (tzw. reformatoryjność)⁹.

Podwaliny proporcjonalnej reakcji na wadliwość czynności prawnej (umowy), w tym ostrożnej i elastycznej sankcji sędziowskiej, tworzy obowiązujące już w Polsce i innych państwach europejskich

5 Spośród krajowej literatury zob. w szczególności M. Gutowski, *Nieważność czynności prawnej*, Warszawa 2017; P. Skorupa, *Nieważność czynności prawnej w prawie polskim na tle porównawczym*, Warszawa 2019; R. Trzaskowski, *Skutki sprzeczności umów obligacyjnych z prawem. W poszukiwaniu sankcji skutecznych i proporcjonalnych*, Warszawa 2013.

6 W sprawie prawotwórczej roli sądów zob. T. Giaro, *Interpretacja jako źródło prawa – dawniej i dziś*, „Studia Prawno-Ustrojowe” 2007, nr 7, s. 243-253; L. Leszczyński, *Precedens jako źródło rekonstrukcji normatywnej podstawy stosowania prawa*, [w:] I. Bogucka, Z. Tabor (red.), *Prawo a wartości. Księga jubileuszowa prof. J. Nowackiego*, Kraków 2003, s. 149-161; R. Piotrowski, *O znaczeniu prawa sędziowskiego w polskim ustroju państwowym*, [w:] T. Giaro (red.), *Rola orzecznictwa w systemie prawa*, Warszawa 2016, s. 39-63; T. Stawiecki, *Precedens w polskim porządku prawnym. Pojęcie i wnioski de lege ferenda*, [w:] A. Śledzińska-Simon, M. Wyrzykowski (red.), *Precedens w polskim systemie prawa*, Warszawa 2010, s. 59-98.

7 Szerzej o proporcjonalnej reakcji na wadliwość drogą ograniczonej normatywnie sankcji sędziowskiej zob. P. Skorupa, *Nieważność czynności prawnej...*, s. 773 i nast.; R. Trzaskowski, *Skutki sprzeczności umów...*, s. 797 i nast.

8 Zob. *Illegal Transactions: The Effect of Illegality on Contracts and Trusts*, „Consultation Paper” 1999, nr 154; zob. też P. Skorupa, *Nieważność czynności prawnej...*, s. 30 i nast.

9 Zob. tamże, s. 773 i nast.

prawo prywatne. Jednak trudno byłoby uznać je za rozwiązania prawne (sankcje) w pełni uporządkowane i adaptacyjne, służące w optymalny sposób osiągnięciu „słusznych i rozsądnych rezultatów” w zakresie ograniczania skutków prawnych wadliwych czynności prawnych (umów).

Wyrazem proporcjonalnego i elastycznego podejścia współczesnego ustawodawcy do sankcji nieważności z mocy prawa, czy raczej „ucieczki” od dogmatyzmu tej sankcji, są bez wątpienia zarówno jej tzw. zewnętrzne jak i wewnętrzne ograniczenia. Bez wątpienia wyrazem proporcjonalnego i elastycznego podejścia współczesnego ustawodawcy do sankcji nieważności z mocy prawa, czy raczej „ucieczki” od dogmatyzmu tej sankcji są jej zarówno tzw. zewnętrzne ograniczenia w postaci łagodniejszych pod względem proceduralnym postaci sankcji nieważności (unieważniałość, bezskuteczność zawieszona, bezskuteczność względna), gdy zaistnieją określone zdarzenia (np. wady oświadczenia woli, odmowa potwierdzenia czynności dokonanej przez pełnomocnika), jak też tzw. wewnętrzne ograniczenia sankcji nieważności w postaci normatywnej konstrukcji tzw. nieważności częściowej i jej odmian szczególnych (np. redukcja utrzymująca skuteczność, konwersja, konwalidacja), lecz generują one w praktyce liczne problemy (spory sądowe) z uwagi na krzyżowanie się zakresów ich stosowania. Są przy tym uważane za mało elastyczne w dążeniu do proporcjonalności sankcji (skutków prawnych) wadliwych czynności prawnych¹⁰.

Dążenie do ustawowego wprowadzenia sankcji sędziowskiej *sensu stricto*, tj. o kreatywnym, reformatorskim charakterze, uprawniającej sędziego (pod kontrolą normatywną ustawodawcy) do prawotwórczej ingerencji w treść umów, znajduje wyraz w licznych projektach legislacyjnych (kodyfikacyjnych) z zakresu prawa prywatnego. Przede wszystkim, przychylnie takiej ograniczonej sankcji sędziowskiej jest prawo modelowe UE, w tym – w ujęciu PECL i DCFR¹¹. W tym kierunku podąża też polski ustawodawca, co pokazuje projekt pierwszej księgi Kodeksu cywilnego, opracowany przez Komisję Kodyfikacyjną Prawa Cywilnego¹². Wspomniane projekty mają raczej charakter ewolucyjny – podejmują próbę uporządkowania uznaniowości sędziowskiej (sankcji sędziowskiej) w sferze kontroli legalności w obrocie prawnym. W przyjmowanych modelach reakcji ustawodawcy na wadliwość (w formie kontroli legalności w obrocie prawnym) pojawia się kompromis, w kwestii sankcji wadliwych czynności prawnych, między ujęciem tradycyjnym, tj. łagodzeniem sankcji nieważności *ex lege*, a nowoczesnym, ukierunkowanym na tzw. sankcję sędziowską w jej ograniczonej, uporządkowanej normatywnie, kreatywnej postaci¹³.

2. Ograniczona sankcja sędziowska według prawa modelowego w Unii Europejskiej jako wzór dla ustawodawcy krajowego

2.1. Anglosaskie korzenie ograniczonej sankcji sędziowskiej w projektach modelowych UE

Krajowe poszukiwania efektywnego modelu normatywnego sankcji wadliwych czynności prawnych (umów) są ze zrozumiałych względów inspirowane nie tylko europejską nauką o nieważności czynności prawnych, lecz także międzynarodowymi projektami legislacyjnymi (kodyfikacyjnymi), w tym zwłaszcza – projektami powstałymi w ramach prac nad unifikacją (harmonizacją) prawa prywatnego w Unii Europejskiej¹⁴.

10 Co do krytycznej oceny obowiązującej sankcji nieważności *ex lege* zob. tamże, s. 425 i nast.; R. Trzaskowski, *Skutki sprzeczności umów...*, s. 111 i nast.

11 Projekt Principles of European Contract Law (PECL), https://www.trans-lex.org/400200/_/pecl/ [dostęp: 25.04.2020] oraz Draft Common Frame of References (DCFR), https://www.trans-lex.org/400725/_/outline-edition-/ [dostęp: 25.04.2020]. Zob. też M. Wilejczyk, *Zasady Draft Common Frame of Reference na tle zasad polskiego prawa prywatnego*, „Państwo i Prawo” 2017, nr 1, s. 51-65.

12 Zob. *Księga pierwsza Kodeksu cywilnego. Projekt z uzasadnieniem*, Warszawa 2008; R. Trzaskowski (oprac.) [w:] tamże, s. 96 i nast.

13 Projektowane modele sankcji sędziowskiej nadal ewoluują i rodzą wiele dalszych pytań, w tym w kwestii tzw. negatywnego czy pozytywnego regulowania wadliwości, a także – co do roszczeń restytucyjnych (*restitutio in integrum*).

14 Oprócz projektów prawa modelowego UE (PECL i DCFR) zob. np. projekty UNIDROIT Principles of International

W międzynarodowych projektach kodyfikacyjnych, w szczególności w europejskich, takich jak PECL i DCFR, widoczne jest odchodzenie od tradycyjnego całkowitego sankcjonowania nieważnością każdego (jakiegokolwiek) naruszenia, nawet o techniczno-organizacyjnym charakterze, na rzecz proporcjonalnego (wobec stopnia wadliwości) stosowania sankcji, tj. pozbawiania przez sąd skutków prawnych wadliwej czynności prawnej.

2.2. Konstrukcja ograniczonej normatywnie sankcji sędziowskiej w projekcie modelowym PECL

Pierwszy z projektów prawa modelowego UE to projekt PECL, który zawiera reguły modelowe, będące naturalnym rozwinięciem dotychczasowego dorobku *ius communae* (dostosowanego w założeniu do wymogów współczesnego obrotu prawnego). Nie wprowadza w sensie merytorycznym radykalnej zmiany modelu normatywnego sankcji wadliwych czynności prawnych. Wprowadzie w warstwie terminologicznej nastąpiło odstąpienie od wieloznacznego określenia „nieważność” na rzecz terminu „braku skutków prawnych”, lecz została utrzymana co do zasady klasyczna konstrukcja normatywna nieważności jako sankcji na wypadek, gdy czynność prawna jest bezprawna (niezgodna z prawem) lub niemoralna (niezgodna z normami odpowiadającymi aksjologicznie klauzuli dobrych obyczajów lub porządku publicznego)¹⁵.

W literaturze zwrócono uwagę, że PECL, mimo zasadniczo zachowawczego i nacechowanego abstrakcyjnością modelu sankcji wadliwych czynności prawnych, odchodzi od stosowania automatycznej (mechanicznej) eliminacji wszystkich skutków prawnych (*ex lege* i *ex ante*) na rzecz większej elastyczności. Jej wyrazem jest tzw. ograniczona, uporządkowana normatywnie sankcja sędziowska, traktowana jako dyskrecjonalna kompetencja sędziego do określenia konsekwencji naruszenia przepisów ustawowych, które nie przewidują wyraźnej sankcji z tego tytułu (*lex imperfecta*), a także – skutków w przypadku zaistnienia tzw. nieważności części czynności prawnej¹⁶.

Projekt PECL, który wprowadził tzw. ograniczoną sankcję sędziowską, jednocześnie zobowiązał sąd do uwzględnienia przy orzekaniu sankcji określonych wskazań ustawodawcy (tzw. dyrektyw orzekania). Wytyczono zakres uznaniowości, stwierdzając, że jeżeli przepis bezwzględnie wiążący (*lex cogentis*) nie przewiduje skutków jego naruszenia, umowa może zostać uznana za skuteczną w pełnym zakresie, za częściowo skuteczną, za bezskuteczną lub podlegać zmianie¹⁷. Aby decyzja sądu była proporcjonalna i adekwatna do naruszenia, sąd powinien uwzględnić wszystkie istotne okoliczności i kierować się kryteriami wskazanymi w ustawie¹⁸.

Reguły PECL na ogół spotykają się z aprobatą w literaturze i uznawane są za trafne uogólnienie dorobku prawnego w zakresie zwalczania wadliwości czynności prawnej, w tym w zakresie dostępności roszczeń restytucyjnych (po pozbawieniu czynności prawnej skutków prawnych). Jednak zgłoszono wobec nich także liczne wątpliwości. Jedną z nich jest fakt, że przewidziana w tym projekcie uporządkowana sankcja sędziowska nie gwarantuje w pełni wymogu przewidywalności, w tym pewności i elastyczności prawa. Ukazuje też swą słabość w warstwie proceduralnej¹⁹.

Commercial Contracts (UPICC), <https://www.unidroit.org/instruments/commercial-contracts/unidroit-principles-2016> [dostęp: 25.04.2020]; European Contract Code. Book 1, https://www.eurcontrats.eu/site2/newdoc/Norme%20_Libro%20I-inglese_.pdf [dostęp: 25.04.2020]; projekt Gandolfiego: European Contract Code. Book 2, https://www.eurcontrats.eu/site2/newdoc/Norme%20_LibroII-inglese_.pdf [dostęp: 25.04.2020]; oraz projekt grupy AHC-SLC Revised Principles of European Contract Law, https://www.legiscompare.fr/web/IMG/pdf/CFR_I-XXXIV_1-614.pdf [dostęp: 25.04.2020].

15 Co do oceny PECL zob. w szczególności O. Lando, H. Beale., *Principles of European Contract Law: parts I and II*, Hague 2000; H.L. MacQueen, *Illegality and Immorality in Contracts: Towards European Principles*, [w:] A.S. Hartkamp, *Towards a European civil code*, Hague 2004, s. 415-430; P. Meijkchnet, *Tworzenie zasad europejskiego prawa kontraktów*, „Państwo i Prawo” 2004, nr 2, s. 39-56.

16 Zob. P. Skorupa, *Nieważność czynności prawnej...*, s. 14 i nast.

17 Zob. art. 15: 102 § 2 PECL.

18 Według art. 15: 102 § 3 PECL sąd powinien wziąć pod uwagę wszystkie okoliczności, a w szczególności: a) cel naruszonego przepisu; b) kategorie osób, które przepis ma chronić; c) inne sankcje, które mogą wynikać z naruszenia tego przepisu; d) stopień naruszenia; e) charakter umyślny lub nieumyślny naruszenia; f) związek między umową a naruszeniem.

19 Zob. H.L. MacQueen, *Illegality and Immorality...*, s. 422 i nast.

2.3. Sankcja sędziowska w DCFR

Przyjęta w PECL typologia oraz zakres zastosowania sankcji wadliwości przejęte zostały w znacznej mierze przez DCFR. W porównywalnym stopniu zachowano nie tylko trzon regulacji systematyki sankcji wadliwości umów, lecz także zasadę proporcjonalnej reakcji na wadliwość, a zwłaszcza – ograniczoną strukturalnie sankcję sędziowską²⁰.

Reguły DCFR, które promują dyrektywę proporcjonalnej reakcji i elastycznej sankcji w razie nielegalności lub niemoralności czynności prawnej (umowy), przyjmują jako punkt wyjścia tzw. częściową ważność umowy. W przypadku, gdy naruszony przepis jako *lex imperfecta* nie określa sankcji, wówczas właściwą ma być sankcja sędziowska, która pod względem konstrukcyjnym opiera się w dużej mierze na propozycjach angielskiej Komisji Kodyfikacyjnej²¹.

Model wadliwości czynności prawnych przyjęty w DCFR jest uważany za dyskusyjny w odniesieniu do regulacji sankcji nieważności (zwłaszcza tzw. częściowej nieważności klauzul abuzywnych, które „nie wiążą”, lecz zawiera szereg rozwiązań promujących sankcję sędziowską i wykładnię celowościową). W przyjętym w DCFR systemie sankcji sędziowskiej o ważności i skutkach czynności prawnej naruszającej prawo lub moralność ma decydować sędzia, który w pierwszej kolejności powinien zbadać sprzeczność czynności prawnej (umowy) nie z prawem, lecz z zasadami fundamentalnymi (moralnością), a dopiero później ustalić, czy nie nastąpiło naruszenie określonego zakazu lub nakazu wprowadzonego przez ustawodawcę²². W DCFR model sędziowskiej kompetencji opiera się na konstytutywnym orzeczeniu jako podstawie prawnej stanu nieważności (braku skutków prawnych). Do czasu orzeczenia sądu czynność prawną należy traktować za ważną²³.

Decyzja procesowa sędziego, która opiera się na modelu ograniczonej i jednocześnie uporządkowanej uznaniowości, może wyrażać się w tym, że sąd: a) uzna umowę za ważną; b) unieważni umowę ze skutkiem wstecznym w całości lub w części; c) zmieni umowę lub jej skutki prawne²⁴. Jednocześnie DCFR przyjmuje, że sąd przed wydaniem orzeczenia (właściwego i proporcjonalnego) jako tzw. dyrektywę orzekania powinien uwzględnić wszystkie istotne okoliczności sprawy wskazane w ustawie (w sposób porównywalny z PECL)²⁵.

Wobec tak szeroko zakreślonej sankcji sędziowskiej, która daje możliwość reformatoryjnej ingerencji w treść umowy lub jej skutki prawne, zgłaszane są wątpliwości, czy uprawnienia sądu nie są nadmierne i czy da się utrzymać przewidywalność orzeczeń. W odpowiedzi wskazuje się na celowość wypracowania nie tylko tzw. dyrektyw orzekania, lecz także kryteriów ograniczenia nadmiernej uznaniowości sądu, w tym – opracowania merytorycznych reguł kontroli decyzji sądu z wykorzystaniem dotychczasowego dorobku judykatury w zakresie kryteriów dostosowania umowy (np. jak w razie wyzysku lub zająścia tzw. nadzwyczajnych okoliczności – *rebus sic stantibus*)²⁶.

W nurcie promującym uznaniowość sędziowską znajduje się też konstrukcja tzw. nieważności częściowej²⁷. DCFR aprobuje podejście klasyczne, zgodnie z którym po uchyleniu wadliwych postanowień pozostała część umowy zachowuje skuteczność, chyba że rozsądna ocena wyklucza utrzymanie jej w mocy bez części nieważnej lub nieskutecznej. Utrzymanie w mocy pozostałej części czynności prawnej może nastąpić w oparciu o klauzulę rozsądku, a nie hipotetyczną wolę stron. Przewaga kryteriów

20 Zob. rozdział 7 księgi II DCFR.

21 H.L. MacQueen, *Illegality and Immorality...*, s. 6 i nast.; P. Machnikowski, *Przepisy dotyczące czynności prawnych w Projekcie Common Frame of References i w Principles of the Existing EC Contract Law*, cz. 1, „Rejent” 2008, nr 4, s. 22-54.

22 P. Skorupa, *Nieważność czynności prawnej...* s. 54 i nast.

23 Art. II-7: 2012.

24 Art. II-7: 302 (2) DCFR.

25 Według art. II-7: 302 (3) DCFR sąd powinien przy wydawaniu orzeczenia wziąć pod uwagę w szczególności takie okoliczności jak: a) cel naruszonego przepisu; b) kategorie osób chronionych naruszonym przepisem; c) inne sankcje możliwe do zastosowania na podstawie naruszonego przepisu; d) powagę naruszenia; e) czy naruszenie było umyślne; f) stopień powiązania pomiędzy naruszeniem a umową.

26 Art. II-1: 108 DCFR. Zob. P. Skorupa, *Nieważność czynności prawnej...*, s. 68 i nast.

27 Art. II-1: 108 DCFR. P. Skorupa, *Nieważność czynności prawnej...*, s. 71 i nast.

obiektywnych może być też związana z postulatem gruntownego uzasadnienia skutku częściowej nieważności, względem równowagi wzajemnych zobowiązań stron umowy²⁸.

Wyrazem nowatorstwa sankcji sędziowskiej określonej w DCFR jest wprowadzenie uprawnienia do sędziowskiej modyfikacji umowy lub zmiany jej skutków prawnych w razie naruszenia przepisów imperatywnych (*iuris cogentis*). Daje to możliwość korekty treści umowy lub jej skutków prawnych. Obejmuje to też zasady rozliczania stron związane ze stanem nieważności, co pozwala na dostosowanie zasad rozliczania stron do konkretnego przypadku²⁹.

3. Przejawy proporcjonalnej reakcji na wadliwość czynności prawnej (umowy) w krajowym prawie prywatnym podlegającym unifikacji (harmonizacji) z prawem UE

3.1. Uwagi ogólne o kierunku przemian sankcji nieważności jako podstawie krajowego mechanizmu kontroli legalności w obrocie prawnym

Sankcja nieważności wadliwej czynności prawnej (umowy) z mocy prawa (*ex lege*), która stanowi podstawę krajowego mechanizmu kontroli legalności w obrocie prawnym³⁰, podlega – podobnie jak w innych państwach europejskich – ewolucji w kierunku proporcjonalnej (elastycznej) reakcji na wadliwość czynności prawnej (umowy).

Zwrot w kierunku proporcjonalności i większej elastyczności sztywnej sankcji nieważności czynności prawnej (*ex lege*) stymuluje prawo UE, otwarte na tradycję anglosaską i prawotwórczą rolę sądów, a także – globalna praktyka gospodarcza. Sztywna sankcja nieważności *ex lege* podlega daleko idącej ewolucji.

De lege lata ograniczenia tradycyjnej sankcji nieważności *ex lege* zmierzają w kierunku szczególnych postaci uznaniowości sędziowskiej o odrębnych podstawach normatywnych. Z jednej strony, ograniczenia te wyrażają się w katalogu innych sankcji bezskuteczności czynności prawnych, które precyzują dyrektywę proporcjonalnego stosowania sankcji nieważności. Przez to są w istocie określonymi normatywnie odmianami procedury (trybu) pozbawiania wadliwej czynności prawnej skutków prawnych (tzw. zewnętrznymi ograniczeniami stosowania sankcji nieważności). Dalej idące ograniczenia w stosowaniu sankcji nieważności wyraża rozszerzający się wachlarz innych skutków tzw. częściowej nieważności czynności prawnej. Skutkuje to coraz liczniejszymi szczegółowymi ograniczeniami (tzw. wewnętrznymi ograniczeniami sankcji nieważności)³¹.

3.2. Zewnętrzne ograniczenia w stosowaniu sankcji nieważności *ex lege*

Trwające od dawna poszukiwania teoretyczno-prawne proporcjonalnych i elastycznych sankcji wadliwych czynności prawnych w celu wykluczenia nieproporcjonalnego zastosowania sankcji nieważności *ex lege*, niekiedy z pokrzywdzeniem podmiotu chronionego, doprowadziły do wykształcenia się w praktyce katalogu niejako zewnętrznych wobec sankcji nieważności jej postaci. Ograniczają one automatyzm w eliminacji zamierzonych przez strony skutków prawnych³².

Łagodniejsze proceduralnie sankcje zniesienia skutków prawnych, przyznają zgodnie z regułą proporcjonalności szersze możliwości korzystania przez podmioty prywatne ze środków ochrony prawnej

28 Zob. tamże, s. 72 i nast.

29 Zob. II-7: 303 (1) DCFR.

30 Art. 58 ustawy z dnia 23 kwietnia 1964 r. – Kodeks cywilny, t.j. Dz.U. 2020, poz. 1740, 2320.

31 Szerzej w kwestii wyróżnienia tzw. zewnętrznych i wewnętrznych ograniczeń stosowania sankcji nieważności bezwzględnej (*ex lege*) zob. P. Skorupa, *Nieważność czynności prawnej...*, s. 403 i nast.

32 Zob. M. Gutowski, *Nieważność czynności prawnej*, Instytucje Prawa Prywatnego, Warszawa 2017, s. 45 i nast.; por. też T. Liszcz, *Nieważność czynności prawnych w umownych stosunkach pracy*, Warszawa 1971; J. Preussner-Zamorska, *Nieważność czynności prawnej w prawie cywilnym*, Warszawa 1983; Z. Radwański, *Jeszcze w sprawie nieważności czynności prawnych*, „Państwo i Prawo” 1986, nr 6, s. 93-98; T. Zieliński, *Znaczenie terminu „nieważność” w języku prawniczym*, „Krakowskie Studia Prawnicze” 1970, nr 3, s. 55-74.

w obrocie prawnym. Inicjatywę w zakresie doprowadzenia do stanu nieważności (zniesienia skutków prawnych) powierza się stronom umowy (uczestnikom czynności prawnej), które najlepiej mogą też ocenić ewentualne korzyści z unieważnienia przez sąd umowy i przywrócenia stanu poprzedniego (*restitutio in integrum*).

W razie zaistnienia szczególnych, określonych w ustawie dodatkowych okoliczności krajowa jurysprudencja i legislacja, inspirowane w dużej mierze tradycją *ius civile*, aprobują fakt, że obok podstawowej, sztywnej sankcji nieważności z mocy prawa (*ex lege*) mogą być stosowane łagodniejsze jej postaci jako wyraz proporcjonalizacji *ad casum* tej podstawowej sankcji. Są to: a) unieważnialność nazywana też wzruszalnością; b) bezskuteczność zawieszona; c) bezskuteczność względna³³.

Wprawdzie wskazane sankcje mogą w efekcie prowadzić do nieważności (zniesienia skutków prawnych) czynności prawnej (umowy), lecz stwarzają też na ogół lepszą możliwość uniknięcia stanu nieważności i utrzymania stanu prawnego zamierzonego przez strony. Decyzja o wszczęciu procesu podejmowana jest przez uczestników obrotu prawnego, a nie z urzędu (*ex officio*) przez sąd.

Bez wątpienia te ugruntowane, już łagodniejsze formy stosowania sankcji nieważności *ex lege*, a ściślej – szczególne odmiany procedury pozbawiania wadliwej czynności skutków prawnych realizują w określonym zakresie dyrektywę proporcjonalnej reakcji na wadliwość. Z kolei proporcjonalizację sankcji nieważności wyraża konstrukcja tzw. częściowej nieważności czynności prawnej i jej szczególnych postaci, które dopuszczają w szerszym zakresie tzw. ograniczoną, uporządkowaną normatywnie uznaniowość sędziowską.

3.3. Wewnętrzne ograniczenia sankcji nieważności *ex lege* czyli szczególne odmiany konstrukcji nieważności częściowej wadliwej czynności prawnej (umowy)

3.3.1. Uwagi ogólne o istocie tzw. wewnętrznych ograniczeń w stosowaniu sankcji nieważności

Względy aksjologiczne (ochrona autonomii woli i realizacja zasady słuszności) oraz pragmatyczne (troska o efektywność regulacji prawnych) spowodowały, że w prawie krajowym, podobnie jak w prawie innych państw europejskich, ugruntowała się tendencja do unikania całkowitej nieważności skutków prawnych wadliwej czynności prawnej (umowy). Tendencja ta jest związana z dyrektywą proporcjonalnej reakcji na wadliwość czynności prawnej (umowy), co w efekcie powoduje rozszerzanie się zakresu uznaniowości sędziowskiej (w normatywnych ramach)³⁴.

W sferze teoretyczno-prawnej przyjęto, że skutki nieważności z powodu naruszenia prawa lub moralności mogą zostać wyłączone przez wystąpienie zdarzeń, które częściowo lub całkowicie neutralizują pierwotny poziom wadliwości czynności prawnej i wykluczają *ex post* możliwość postawienia zarzutu naruszenia. W związku z tym, punktem wyjściowym stało się promowanie ważności częściowej, tj. zachowanie skutków prawnych w części dozwolonej pod względem prawnym jako wyraz proporcjonalności sankcji³⁵.

Wyrazem proporcjonalnej (elastycznej) reakcji ustawodawcy na wadliwość czynności prawnej (umowy) jest – w ramach klasycznego modelu sankcji nieważności *ex lege* – konstrukcja tzw. częściowej nieważności, a zwłaszcza jej szczególne postaci przyjmowane pod wpływem prawa UE i praktyki. Inaczej mówiąc, normatywnie sprecyzowane wyjątki od sankcji nieważności *ex lege* pozwalają ograniczyć całkowitą nieważność czynności prawnej, tj. automatyzm całkowitego wykluczenia zamierzonych przez strony skutków prawnych, a nawet dokonać przez sądy prawotwórczej ingerencji w treść czynności

33 Szerzej o tym M. Gutowski, *Nieważność czynności prawnej...*, dz.cyt.; M. Gutowski, *Wzruszalność czynności prawnej*, Warszawa 2010; M. Gutowski, *Bezskuteczność czynności prawnej*, Instytucje Prawa Prywatnego, Warszawa 2013; zob. też A. Bierć, *Zarys prawa prywatnego. Część ogólna*, Warszawa 2018, s. 829 i nast.

34 Zob. R. Trzaskowski, *Skutki sprzeczności umów...*, s. 275 i nast.

35 P. Skorupa, *Nieważność czynności prawnej...*, s. 630 i nast.

prawnej (umowy). Jednakże z uwagi na niespójność tworzonych empirycznie regulacji, a zwłaszcza krzyżowanie się zakresów wyjątków od sankcji nieważności *ex lege*, są to rozwiązania narażone na nieefektywność i spory sądowe.

Ustawodawca dopuszcza wyraźnie możliwość częściowego ograniczenia sankcji nieważności *ex lege* oraz zachowanie części skutków prawnych nie tylko w normie ogólnej, lecz także w przepisach szczególnych wykreowanych często przez judykaturę. *De lege lata* w ramach krajowego prawa prywatnego konstrukcja sankcji sędziowskiej jest zbieżna w praktycznych następstwach z instytucją zastrzeżenia odmiennego skutku naruszenia ustawy lub norm moralnych (art. 58 § 3 k.c.)³⁶.

Jurisprudencja podejmuje próby klasyfikacji rozszerzającego się katalogu instrumentów prawnych, służących utrzymaniu częściowej skuteczności czynności prawnej (umowy), lecz nie bez rozbieżności klasyfikacyjnych³⁷.

3.3.2. Konstrukcja nieważności części czynności prawnej (umowy)

Konstrukcja nieważności częściowej, która dopuszcza zniesienie niektórych skutków prawnych wadliwej czynności prawnej (umowy) z zachowaniem pozostałych, jest jednym z najważniejszych przejawów tendencji krajowego prawa prywatnego do zapewnienia skuteczności i proporcjonalności sankcji nieważności. Konstrukcja ta ewoluje współcześnie w kierunku nie tyle swoistego domniemania prawnego dla ograniczenia zastosowania ogólnej sankcji nieważności *ex lege*, ile w kierunku autonomicznej normy sankcjonującej oraz jej quasi-autonomicznych postaci z coraz szerszym zakresem uznaniowości sędziowskiej³⁸.

W judykaturze i legislacji zaznacza się wyraźnie tendencja do wyróżniania nowych typów sankcji *sui generis*, tj. różnych trybów proceduralnych, prowadzących do stanu nieważności części tzw. normatywnej czynności prawnej. Przybiera norm autonomicznych sankcjonujących stanem nieważności tylko część czynności prawnej³⁹.

W sprawie wpływu częściowej nieważności czynności prawnej na ważność całej czynności prawnej panuje *opinio communis*, że decyduje zindywidualizowana analiza sytuacji osób jej dokonujących i obiektywna ocena, jak w określonej sytuacji postąpiłby rozsądny człowiek. Kryteria nieważności części czynności prawnej podlegają obiektywizacji. Tendencja ta dotyczy procedury stosowania instytucji nieważności częściowej. Ogranicza przesłankę tzw. hipotetycznej woli stron, wobec której postuluje się też przyjęcie pierwszeństwa kryterium obiektywnego. Zdaniem wielu, o ustaleniu hipotetycznej woli stron powinna decydować sędziowska ocena, u podstaw której znajduje się kryterium rozsądku – ocena działania w określonych *in concreto* okolicznościach, jeżeli brakuje danych wskazujących na rzeczywiste intencje stron⁴⁰.

W doktrynie zyskuje na znaczeniu pogląd, że częściowe uchylenie skutków prawnych wadliwej czynności prawnej nie powinno się ograniczać wyłącznie do ram instytucji tzw. częściowej nieważności. Celowi temu powinny też służyć inne wyspecjalizowane sankcje zwalczania wadliwości, określone w sferze normatywnej. System sankcji wadliwości powinien być elastyczny, lecz szczególnie przypadki nieważności częściowej nie mogą być ledwie wzmiankowane, a kwestie takie, jak tryb (z urzędu czy na wniosek) oraz legitymacja procesowa powinny być doprecyzowane⁴¹. Wnioskuje się, aby zgodnie z zasadą odstraszenia i stosowania sankcji na korzyść strony słabszej, nie pozwolić na unikanie sankcji podmiotowi odpowiedzialnemu za wadliwość. Nie wyklucza się też dopuszczalności ingerencji sędziego w treść umowy

36 Zob. Z. Radwański, P. Machnikowski [w:] Z. Radwański (red.), *Prawo cywilne – część ogólna*, System Prawa Prywatnego, t. 2, Warszawa 2008, s. 439 i nast.; zob. też A. Bień, *Zarys prawa prywatnego...*, s. 827-828.

37 Zob. M. Gutowski, *Nieważność czynności prawnej...*, s. 435 i nast.; P. Skorupa, *Nieważność czynności prawnej...*, s. 607 i nast.

38 Zob. J. Pisuliński, *Sankcja zamieszczenia w umowie niedozwolonego postanowienia w świetle dyrektywy 93/13/EWG i orzecznictwa TSUE*, [w:] M. Romanowski (red.), *Życie umowy konsumenckiej po uznaniu jej postanowienia za nieuczciwe na tle orzecznictwa TSUE*, Warszawa 2017, s. 95 i nast.

39 Tamże, s. 99 i nast.

40 Zob. np. wyrok SN z 12 maja 2000 r., V CKN 1029/00, OSNC 2001, nr 6, poz. 83.

41 P. Skorupa, *Nieważność czynności prawnej...*, s. 656 i nast. oraz s. 771 i nast.

i ukształtowanie jej na nowo. Co więcej, twierdzi się, że nie można zablokować takiej formy postępowania, w której sąd aktywnie wypracuje ze stronami umowy stanowisko w celu wydania orzeczenia⁴².

Dążenie praktyki do możliwie proporcjonalnej i elastycznej reakcji na wadliwość czynności prawnej (umowy) doprowadziło do wykreowania, nie bez wpływu prawa UE, szczególnych postaci nieważności częściowej. Nie oznacza to, że nie powstały w tym zakresie dalsze rozbieżności w jej stosowaniu.

3.4. Szczególne postacie nieważności częściowej

3.4.1. Sankcja bezskuteczności niedozwolonych (abuzywnych) klauzul umownych w obrocie konsumenckim, czyli „brak związania konsumenta” nieuczciwymi postanowieniami umownymi

Do istotnych zagadnień w ramach krajowego prawa konsumenckiego, którego regulacja prawna jest wynikiem implementacji dyrektyw UE, należy natura prawna sankcji bezskuteczności niedozwolonych klauzul umownych, określanych mianem braku związania konsumenta nieuczciwymi postanowieniami umownymi przy związaniu stron pozostałymi postanowieniami umowy (art. 385¹ § 1 i 2 k.c.)⁴³. Ocena natury jurydycznej tej sankcji wywołuje liczne spory zarówno w doktrynie europejskiej jak i krajowej. Poglądy ewoluują w kierunku uznania, że ma się tu do czynienia z nieważnością częściową, gdyż jej efektem jest brak skutków prawnych wadliwej klauzuli *ex lege* oraz *ex tunc*. Dostrzegane odmienności nie usprawiedliwiają stanowiska, że chodzi tu o nowy typ sankcji wadliwej czynności prawnej⁴⁴.

Orzecznictwo TSUE, które istotnie ewoluuje i jednocześnie pozostawia legislacjom krajowym dobór konkretnych norm ustawowych, mających prowadzić do osiągnięcia celu dyrektywy i skutku sankcji (braku związania konsumenta), przyczyniło się do rozdźwięku pomiędzy europejskimi tradycjami prawnymi, a nawet wywołało pojawienie się sankcji o swoistych cechach formalnych, tj. nieważności ochronnej (*nullita di protezione*)⁴⁵. Odegrało ono istotną rolę w zakresie określenia sankcji bezskuteczności niedozwolonych klauzul umownych w umowach kredytowych zawieranych w wysokości regulowanej tzw. klauzulami waloryzacyjnymi, jak w przypadku kredytów indeksowanych oraz denominowanych do kursu waluty obcej (franków szwajcarskich). Pojawiały się w tym kontekście zagadnienia oceny natury jurydycznej wpływu wadliwości klauzul waloryzacyjnych na los prawny całej umowy. Jednak na ogół przyjmowano, że uznanie zarzutu abuzywności nie prowadzi do nieważności całej umowy, chyba że konsument wyraża na to zgodę⁴⁶.

Dorobek orzeczniczy TSUE i sądów krajowych wskazuje, że do istotnych zagadnień praktycznych należy kwestia związania umową po eliminacji niedozwolonych postanowień umownych oraz uzupełniania jej treści przepisami dyspozytywnymi w ramach ograniczonej sankcji sędziowskiej. Ważną kwestią jest też zapobieganie tej nieważności przez uzupełnianie umowy konsumenckiej, a także ustalenie, w jakim trybie mogłoby to nastąpić⁴⁷.

42 Tamże, s. 621 i nast. oraz s. 636 i nast.

43 Por. też M. Bednarek [w:] E. Łętowska (red.), *Prawo zobowiązań – część ogólna*, System Prawa Prywatnego, t. 5, Warszawa 2006, s. 595 i nast.; E. Łętowska, *Prawo umów konsumenckich*, Warszawa 2002, s. 344 i nast.

44 Zob. M. Safjan [w:] K. Pietrzykowski (red.), *Kodeks cywilny. T. 1 Komentarz do art. 1-449¹⁰*, Warszawa 2002, s. 180 i nast.; M. Romanowski, *Życie umowy konsumenckiej po uznaniu jej postanowienia za nieuczciwe*, [w:] M. Romanowski (red.), *Życie umowy konsumenckiej po uznaniu jej postanowienia za nieuczciwe na tle orzecznictwa TSUE*, Warszawa 2017, s. 8 i nast.; M. Skory, *Klauzule abuzywne w polskim prawie ochrony konsumenta*, Kraków 2005.

45 P. Skorupa, *Nieważność czynności prawnej...*, s. 646 i nast.

46 Zob. wyrok TSUE z 3 października 2019 r. w sprawie *Dziubak v. Raiffeisen* C-260/18, ECLI:EU:C:2019:819; wyrok TSUE z 30 kwietnia 2014 r., C-26/13, ECLI:EU:C:2014:282; por. też wyrok SN z 14 maja 2015 r., II CSK 768/14, OSNC 2015, nr 11, poz. 132; wyrok SN z 8 września 2016 r., II CSK 750/15, LEX 2182659; zob. też M. Jabłoński, K. Koźmiński, *Bankowe kredyty waloryzowane do kursu walut obcych w orzecznictwie sądowym*, Warszawa 2018; M. Korpalski, *Co wynika z wyroku w sprawie frankowiczów*, „Rzeczpospolita” z 8.10.2019 r.; A. Wiewiórowska-Domagalska, *Trybunał nie rozwiązał wszystkich problemów*, „Rzeczpospolita” z 17.10.2019 r.

47 Zob. M. Bławat, K. Pasko, *O zakresie zachowania mocy wiążącej umowy po eliminacji klauzul abuzywnych*, „Transformacje Prawa Prywatnego” 2016, nr 3, s. 5-28; M. Romanowski, *Życie umowy konsumenckiej...*, s. 35 i nast.

W literaturze europejskiej i krajowej można wyróżnić tradycyjny nurt, który usiłuje dokonać kwalifikacji normy sankcjonującej niedozwolone postanowienia w umowie konsumenckiej do już istniejących postaci sankcji wadliwości, tj. od nieważności częściowej do bezskuteczności zawieszanej albo do sytuacji braku inkorporacji wzorca⁴⁸. Coraz większego znaczenia nabiera jednak nurt teoretyczny, zgodnie z którym w razie niedozwolonych postanowień umownych ma się do czynienia z normą *sui generis*, niedającą się przyporządkowywać do żadnej znanej prawu cywilnemu sankcji. W szczególności postuluje się odejście od myślenia kategoriami tradycyjnych sankcji cywilno-prawnych i uznanie rozwiązania przewidzianego w prawie konsumenckim za specyficzną sankcją właściwą tylko dla tego prawa – brak związania konsumenta przy związaniu jednoczesnym niedozwolonym postanowieniem przedsiębiorcy⁴⁹.

Po uznaniu sankcji bezskuteczności zawieszanej jako najbliższej realizacji celu „braku związania konsumenta”⁵⁰, dalej idącym rozwiązaniem byłoby rozszerzenie kompetencji sędziowskiej o możliwość modyfikacji treści umowy konsumenckiej (w ramach ograniczonej i uporządkowanej uznaniowości)⁵¹.

3.4.2. Redukcja utrzymująca skuteczność

Redukcja utrzymująca skuteczność jako wewnętrzne ograniczenie sankcji nieważności *ex lege* z poszanowaniem autonomii woli stron łączona jest z sankcją sędziowską, tj. z przyjęciem kompetencji sądu do określenia treści umowy drogą redukcji części treści czynności prawnej naruszającej prawo. Taka zmiana może wywoływać skutki prawne na przyszłość⁵².

De lege lata redukcja utrzymująca skuteczność nie ma wyraźnej podstawy w obowiązujących przepisach krajowych, lecz wynika z analizy charakteru naruszenia, które może polegać na przekształceniu jakościowym lub ilościowym równowagi kontraktowej. Jej zastosowanie wymaga wystąpienia ogólnych przesłanek dopuszczalności uzupełnienia treści umowy dla zachowania jej ważności⁵³.

W doktrynie krajowej przyjmuje się, że redukcja utrzymująca skuteczność ma na celu ochronę strony umowy przed niekorzystnym skutkiem zastosowania nieważności częściowej. Rezultat jej zastosowania nie może być sprzeczny z ustawą ani z klauzulą rozsądku i słuszności⁵⁴. W literaturze i judykaturze przyjmuje się na ogół, że redukcja utrzymująca skuteczność nie jest dopuszczalna w odniesieniu do umów zawieranych w obrocie konsumenckim, gdzie klauzula niedozwolona może być zastąpiona tylko przez dyspozytywny przepis prawa⁵⁵. Jednakże na zasadzie wyjątku prezentowany jest też pogląd, że w obrocie konsumenckim dopuszczalna byłaby redukcja jako sankcja działająca jednostronnie, stosowana wówczas, gdy jej efekt byłby bardziej korzystny dla konsumenta od uchylecia niedozwolonej klauzuli⁵⁶.

Redukcja utrzymująca skuteczność łączy się w prawie polskim z tzw. zastrzeżeniem odmiennego skutku naruszenia ustawy (art. 58 k.c.), pozwalającym na tzw. redukcję ilościową, gdy naruszona zostanie równowaga kontraktowa i strona postąpi wbrew zasadom współżycia społecznego (zasadom słuszności)⁵⁷.

48 Nie wykluczając zastosowania innego środka prawnego z arsenału prawa cywilnego, korzystnego dla podmiotu chronionego (np. art. 5 i 58 k.c.). Zob. E. Łętowska, *Prawo umów konsumenckich...*, s. 338 i nast.

49 R. Trzaskowski, *Skutki sprzeczności umów...*, s. 633; por. J. Pisuliński, *Sankcja zamieszczenia w umowie...*, s. 103 i nast.

50 R. Trzaskowski, *Skutki sprzeczności umów...*, s. 606 i nast.

51 Zob. M. Łemkowski, *Materialna ochrona konsumenta*, „Ruch Prawniczy, Ekonomiczny i Socjologiczny” 2002, nr 3, s. 67-96.

52 F. Zoll, *Kilka uwag na temat tzw. redukcji utrzymującej skuteczność*, „Transformacje Prawa Prywatnego” 2000, nr 1-2, s. 10 i nast.; P. Skorupa, *Redukcja utrzymująca skuteczność na tle projektu Księgi Pierwszej Kodeksu cywilnego*, „Studia Prawnicze” 2000, nr 3-4, s. 93-146; A. Bieć A., *Zarys prawa prywatnego...*, s. 837 i nast.

53 R. Trzaskowski, *Skutki sprzeczności umów...*, s. 275 i nast.

54 P. Skorupa, *Nieważność czynności prawnej...*, s. 98 i nast.

55 E. Łętowska, *Prawo umów konsumenckich...*, s. 344 i nast.

56 Zob. P. Skorupa, *Nieważność czynności prawnej...*, s. 683 i nast.

57 E. Węgrzynowski, *Sądowe ustalanie treści stosunku prawnego*, „Przeгляд Prawa Handlowego” 2007, nr 5, s. 45 i nast.

Łagodniejszą postacią redukcji utrzymującej skuteczność jest tzw. wykładnia utrzymująca skuteczność, w wyniku której kwestionowana jako niedozwolona część umowy może w drodze wykładni być uznana za ważną⁵⁸. Pod względem funkcjonalnym wykładnię utrzymującą skuteczność traktuje się jako komplementarne połączenie częściowej nieważności i konwersji⁵⁹.

3.4.3. Klauzule salwatoryjne jako instrument ochrony stron umowy przed jej nieważnością

Klauzule salwatoryjne stanowią środek ochrony przed nieważnością całości umowy. W przypadku wystąpienia wadliwości części umowy, mogą skłonić sąd do uznania skuteczności pozostałej części umowy⁶⁰. Wprawdzie ich stosowanie jest uzależnione od swobodnej oceny sądu, lecz usprawniają one postępowanie dowodowe, gdyż zawierają rozwiązania ustalone przez strony w celu utrzymania ważności umowy.

W literaturze polskiej wyróżnia się ich trzy rodzaje, służące wypełnianiu luk powstających w treści umowy wskutek jej częściowej nieważności. Pierwszym rodzajem są tzw. klauzule utrzymujące, w których strony wyrażają wolę ważności pozostałej części umowy w przypadku zastosowania sankcji nieważności *ex lege* jednego lub kilku postanowień umowy. Drugim rodzajem są tzw. klauzule zastępujące, które jako postanowienia rezerwowe określają mechanizm zastępowania postanowień nieważnych. Trzecim rodzajem są tzw. klauzule uzupełniające, które zawierają zobowiązania stron do podjęcia negocjacji w celu zmiany i uzupełnienia umowy, aby uzyskać efekty możliwie najbliższe – w sensie ekonomicznym – postanowieniom pierwotnym⁶¹.

Nie dopuszcza się stosowania klauzul salwatoryjnych w obrocie konsumenckim ze względu na obowiązek transparentnego i jednostronnego formułowania ogólnych warunków umów oraz ustawowe pierwszeństwo substytucyjnych przepisów dyspozytywnych⁶².

3.4.4. Konwersja nieważnej czynności prawnej w inną czynność prawną odpowiadającą hipotetycznej woli stron

Konwersja jako instrument prawny, służący częściowemu ratowaniu nieważnej czynności prawnej za pomocą jej *interpretacyjnego przedstawienia na nowe tory*, stanowi szczególną odmianę nieważności częściowej o dużym stopniu uznaniowości sędziowskiej. Pozostaje ona w zgodzie z generalnymi założeniami aksjologicznymi, tak aby skutki naruszenia ustawy lub dobrych obyczajów wpływały na skuteczność czynności prawnej w sposób proporcjonalny⁶³.

Konwersja, która ma na celu ochronę godziwych interesów stron (przed zbyt surową sankcją nieważności *ex lege*), jest logicznie zespolona z wykładnią oświadczenia woli, a także z wykonaniem czynności prawnej. U jej podstaw teoretycznych znajduje się wykładnia (interpretacja) oświadczeń woli, a ściślej tzw. wnioski redukcyjne, które polegają na ustaleniu, że jeżeli czynność nieważna spełnia – z reguły mniej rygorystyczne – dopuszczalne wymogi innego rodzaju czynności prawnej, to uznaje się, że doszła do skutku niewadliwa, mniej wymagająca czynność prawna. Obliguje to jednak do identyfikacji dopuszczalnych skutków prawnych z hipotetyczną wolą stron⁶⁴.

58 F. Zoll, *Kilka uwag...*, s. 11 i nast.

59 T. Wiśniewski [w:] G. Bieniek (red.), *Komentarz do kodeksu cywilnego. Księga 3. Zobowiązania*, t. 2, Warszawa 2007 – komentarz do art. 764⁶ § 2 k.c.

60 Z. Radwański, A. Olejniczak [w:] Z. Radwański (red.), *Prawo cywilne...*, s. 267 i nast.

61 P. Drapała, *Wpływ klauzul salwatoryjnych na ocenę skutków nieważności części umowy*, [w:] M. Pazdan, M. Szpunar, E. Rott-Pietrzyk, W. Popiołek (red.), *Europeizacja prawa prywatnego*, t. I, Warszawa 2008, s. 165 i nast.; R. Strugała, *Standardowe klauzule umowne: adaptacyjne, salwatoryjne, merger, interpretacyjne oraz pactum de forma*, Warszawa 2013, s. 196 i nast.

62 F. Zoll, *Kilka uwag...*, s. 15 i nast.

63 K. Gandor, *Konwersja nieważnych czynności prawnych*, „Studia Cywilistyczne” 1963, t. IV, s. 30 i nast.; A. Bierć, *Zarys prawa prywatnego...*, s. 838 i nast.; M. Rzewuski, *Konwersja testamentu*, [w:] P. Stec, M. Załucki (red.), *Pięćdziesiąt lat kodeksu cywilnego. Perspektywy rekodyfikacji*, Warszawa 2015, s. 401-415.

64 M. Gutowski, *Konwersja umowy stanowiącej w przedwstępnej wobec zmian Kodeksu cywilnego*, „Państwo i Prawo” 2004, nr 11, s. 52 i nast.

Mimo braku w prawie polskim podstawy prawnej o normatywnie sprecyzowanych przesłankach, krajowa doktryna upatruje normatywny fundament konwersji w regułach interpretacji oświadczeń woli określonych w przepisach kodeksu cywilnego (art. 65 k.c.), ze szczególnym wskazaniem na dyrektywę tzw. życzliwej interpretacji. W tym ujęciu istotą konwersji, mającej „ratować” czynność prawną, jest zabieg interpretacyjny zmierzający do odtworzenia rzeczywistej, choć dorozumianej (hipotetycznej), woli stron w drodze ważenia interesów stron. Wymaga to z reguły wzbogacenia wykładni językowej o wykładnię funkcjonalną⁶⁵.

Jednakże konwersja nieważnej czynności prawnej w niewadliwą czynność prawną – w drodze życzliwej interpretacji oświadczeń woli – może być stosowana tylko w ostateczności, tj. gdy nie jest możliwe częściowe utrzymanie ważności czynności prawnych za pomocą takiej konstrukcji jak konwalidacja⁶⁶.

Wskazany w doktrynie zakres zastosowania konwersji znajduje potwierdzenie w praktyce. Judykatura wiąże na ogół konwersję z interpretacją, której celem jest utrzymanie w mocy oświadczeń woli, aczkolwiek w zmodyfikowanej postaci. Konwersja znajduje często zastosowanie w sferze prawa umów oraz prawa spółek, zwłaszcza gdy zachodzi nieważność czynności prawnej z przyczyn formalnych, tj. w sytuacjach naruszenia formy *ad solemnitatem*⁶⁷.

Przewiduje się, że w nowym kodeksie cywilnym konwersja uzyska podstawy normatywne bliższe formuły tzw. skutkowej, obowiązującej w holenderskiej regulacji, tak aby skutki naruszenia ustawy lub dobrych obyczajów wpływały w sposób proporcjonalny na skuteczność czynności prawnej. W szczególności podkreśla się, że konwersja, stosowana z urzędu, której podstawą jest tzw. hipotetyczna wola stron, nie może być wykorzystywana, jeśli sprzeciwia się temu cel naruszonej normy⁶⁸.

3.4.5. Konwalidacja jako ograniczone normatywnie „uzdrowienie” (regularyzacja) wadliwej czynności prawnej

W procesie przeciwdziałania skłonności do mechanicznego stosowania sankcji nieważności z mocy prawa (*ex lege*), zwłaszcza z naruszeniem zasady proporcjonalności, ważne miejsce zajmuje konwalidacja, która jest postrzegana jako dopełnienie procesu stosowania sankcji w ramach tzw. ograniczonej uznaniowości sędziowskiej, pozwalającej utrzymać w mocy czynność prawną (uznać za skuteczną) w razie późniejszej zmiany okoliczności (określonego zdarzenia), lecz tylko w sytuacjach ściśle określonych i unormowanych ustawą⁶⁹.

Wprawdzie działanie mechanizmu konwalidacyjnego jest w pewnym stopniu zbieżne z działaniem konwersji, jednak w praktyce pojawia się różnica. O ile przy konwersji ostatecznie utrzymane w mocy skutki prawne będą jedynie zbliżone do zamierzonych, gdyż nie będą tymi, które formalnie wynikły z czynności prawnej, o tyle konwalidacja dotyczy takich sytuacji, kiedy skutki prawne są znane i określone, a konieczne jest tylko wyszukanie podstawy prawnej dla zachowania ich w mocy, ze względu na występowanie doniosłych argumentów natury aksjologicznej (np. ochrona dobrej wiary osób działających w zaufaniu do czynności prawnej, wykonanie zobowiązania)⁷⁰.

65 Z. Radwański, P. Machnikowski [w:] Z. Radwański, *Prawo cywilne...*, s. 433 i nast.

66 K. Gandor, *Konwersja nieważnych czynności...*, s. 81 i nast. Po pierwsze – wówczas, gdy nieważność czynności prawnej wynika z innych niż tzw. konstrukcyjne przesłanki nieważności z wyjątkiem formy prawnej *ad solemnitatem*. Po drugie – gdy wadliwa czynność prawna odpowiada istotnym wymogom tzw. zastępczej czynności prawnej, która umożliwia osiągnięcie celu społeczno-gospodarczego czynności konwertowanej i nie wykracza poza jej skutki prawne. Po trzecie – gdy z interpretacji oświadczeń woli można wnosić, że strony dokonałyby zastępczej czynności prawnej, gdyby wiedziały, że dokonana przez nie czynność prawna jest wadliwa (tzw. hipotetyczna wola stron). M. Gutowski, *Nieważność czynności prawnej...*, s. 406 i nast.

67 M. Grochowski M., *Skutki braku zachowania formy szczególnej oświadczenia woli*, Warszawa 2017, s. 45 i nast.

68 R. Trzaskowski, *Skutki sprzeczności umów...*, s. 420 i nast.

69 Tamże, s. 435 i nast.; M. Grochowski, *Skutki braku zachowania formy szczególnej...*, s. 115 i nast.; S. Grzybowski, *O rzekomej konwalidacji nieważnej czynności prawnej*, „Ruch Prawniczy, Ekonomiczny i Socjologiczny” 1974, nr 3, s. 37-48.

70 S. Czepita, Z. Kuniewicz, *Spór o konwalidację nieważnych czynności prawnych*, „Państwo i Prawo” 2002, nr 9, s. 79-87; A. Szpunar, *O konwalidacji wadliwych czynności prawnych*, „Państwo i Prawo” 2002, nr 7, s. 7-15.

Za dopuszczalnością konwalidacji i wykluczeniem sankcji nieważności *ex lege* przemawia – podobnie jak w przypadku innych ograniczeń tzw. wewnętrznych – dyrektywa reakcji proporcjonalnej. Wobec pozytywnego celu oświadczenia woli całkowite wyeliminowanie skutków prawnych jej wadliwości, zwłaszcza bez wymaganej formy szczególnej, byłoby często niezgodne z niektórymi z tzw. zasad fundamentalnych.

Z uwagi na brak w prawie krajowym globalnej normy, konwalidacja jako sposób na uzdrowienie tzw. nieważnej czynności prawnej dopuszczalna jest w przypadkach ściśle określonych w k.c. lub w k.s.h. (tzw. konwalidacja ustawowa)⁷¹.

Zgodnie z przeważającym poglądem, najważniejszym skutkiem konwalidacji jest to, że czynność prawna staje się ważna od chwili jej dokonania. Sanacja czynności prawnej następuje *ex tunc* z mocy określonego zdarzenia, natomiast czynność prawna obowiązuje jak czynność niewadliwa. Brak wadliwości odnosi się również do skutków prawnych wywołanych do czasu zajścia sanującego zdarzenia⁷².

Główną ustawową przesłanką „pomijania zarzutu naruszenia” sankcjonowanego nieważnością *ex lege* oraz powstania skutków prawnych jest wykonanie umowy obok upływu czasu – jak w przypadku testamentu. Konwalidacja wadliwej formy, tj. zastąpienie wymogu zachowania formy szczególnej (*ad solemnitate*), przez spełnienie świadczenia (wykonanie zobowiązania) jest standardem europejskim⁷³.

Z chwilą wykonania umowy wymóg formy prawnej traci swoją ważność. W związku z tym, można występować ze wszystkimi roszczeniami, tak jak z czynności pierwotnie dokonanej w przepisanej formie.

Wprowadzenie do prawa krajowego ogólnej podstawy normatywnej konwalidacji nieważnej czynności prawnej przewiduje projekt I księgi k.c. (z 2015 r.). Według tego projektu norma konwalidacyjna powoduje, że nieważna czynność prawna staje się ważna z mocy prawa od momentu, w którym przyczyny nieważności utraciły znaczenie⁷⁴.

4. Model normatywny ograniczonej sankcji sędziowskiej w pracach krajowej Komisji Kodyfikacyjnej Prawa Cywilnego

W pracach polskiej Komisji Kodyfikacyjnej, a zwłaszcza w kolejnych projektach księgi I kodeksu cywilnego (z 2008 r. i z 2015 r.), inspirowanych prawem modelowym UE (PECL oraz DCFR), uwidacznia się dążenie do uelastycznienia przesłanek tradycyjnej konstrukcji sankcji nieważności czynności prawnej (umowy) *ex lege* oraz zwiększenia zakresu uznaniowości sędziowskiej, lecz w ustawowych ramach⁷⁵.

Utrzymano co do zasady tradycyjny model sankcji nieważności *ex lege* w razie naruszenia ustawy (niezgodności z prawem) lub moralności (naruszenia dobrych obyczajów), a jednocześnie nadano większą elastyczność dotychczasowej konstrukcji zastrzeżenia odmiennego skutku wadliwej czynności prawnej („chyba że co innego wynika z treści lub celu umowy”⁷⁶).

Rozwinięciem obowiązującej konstrukcji tzw. zastrzeżenia odmiennego skutku naruszenia prawa lub moralności stała się konstrukcja tzw. sankcji sędziowskiej, traktowana jako sankcja umożliwiająca proporcjonalną reakcję na wadliwość i elastyczniejsza niż dotychczasowa ogólna sankcja nieważności w razie wadliwości czynności prawnej (umowy) i jej tzw. zewnętrznych lub wewnętrznych ograniczeń⁷⁷.

71 S. Rudnicki [w:] S. Dmowski, S. Rudnicki, *Komentarz do Kodeksu cywilnego. Księga pierwsza. Część ogólna*, Warszawa 2001, s. 190 i nast.

72 P. Skorupa, *Nieważność czynności prawnej...*, s. 731 i nast.; A. Bieć, *Zarys prawa prywatnego...*, s. 840 i nast.

73 M. Grochowski, *Skutki braku zachowania...*, s. 178 i nast.

74 Zob. art. 76 *Kodeksu cywilnego. Księga pierwsza. Część ogólna. Projekt Komisji Kodyfikacyjnej Prawa Cywilnego przyjęty w 2015 r. z komentarzem członków zespołu problemowego KKCP*, Warszawa 2017; zob. też Z. Radwański (red.), *Zielona Księga. Optymalna wizja Kodeksu cywilnego w Rzeczypospolitej Polskiej*, Warszawa 2006, http://www.arch-bip.ms.gov.pl/Data/Files/_public/bip/kkpc/zielona_ksiega.pdf [dostęp: 25.04.2020]; R. Trzaskowski [w:] *Księga pierwsza Kodeksu cywilnego. Projekt...*, s. 119 i nast.

75 Zob. tamże, s. 97 i nast. oraz 106 i nast.

76 Art. 58 § 1 k.c. *in fine*.

77 Zob. P. Skorupa, *Nieważność czynności prawnej...*, s. 773 i nast.

U podstaw rozszerzenia roli konstrukcji zastrzeżenia odmiennego skutku i aprobaty dla stosowania ograniczonej i uporządkowanej normatywnie sankcji sędziowskiej (uznaniowości sędziowskiej) znalazło się przekonanie o potrzebie przełamania dotychczasowego dogmatycznego (wąskiego) pojmowania skutku sankcji nieważności, a zwłaszcza – odrzucenie automatyzmu w stosowaniu tej sankcji. W szczególności uznano, że niezbędne jest dynamiczne (kreatywne) rozumienie konstrukcji zastrzeżenia odmiennego skutku naruszenia, obejmujące nie tylko sytuacje, gdy wyraźny przepis prawny przewiduje inny skutek, jak było dotychczas, lecz także gdy cel naruszonej normy sprzeciwia się sankcji nieważności czynności prawnej jako zbyt daleko idącej.

Ustalenie właściwej sankcji za naruszenie ustawy lub norm moralnych ma następować w drodze wykładni naruszonej normy, dokonywanej przez sąd, który ma obowiązek takiego określenia sankcji, aby skutek najlepiej odpowiadał celowi naruszonej normy, a w konsekwencji najlepiej służył realizacji słuszności i uczciwości rynkowej. Oznacza to, że inspiracje w określaniu sankcji sędziowskiej mogą stanowić cechy innych sankcji wadliwości, a nawet sankcji *sui generis*, nie mającej odpowiednika w ustawie, lecz proporcjonalnej do naruszenia wymogów prawnych (porządku prawnego)⁷⁸.

Strukturalna uznaniowość, w ramach normatywnych – jako ograniczenie dowolności sędziowskiej – nawiązuje nie tylko do regulacji modelowych UE (PECL i DCFR), lecz także do regulacji sankcji sędziowskiej w *common law*, nie tracąc przy tym cechy nowatorstwa (przynajmniej w obszarze *iuris civile*)⁷⁹.

W razie czynności prawnej (umowy) niezgodnej z prawem zakres sędziowskiej kompetencji nie odbiega pod względem funkcjonalnym od prawa modelowego UE, jednak pod względem proceduralnym jest bardziej zbliżony do *common law*. W szczególności projekt nowego kodeksu cywilnego zasadniczo nie jest ukierunkowany na całkowitą eliminację skutków prawnych, lecz na zachowanie przynajmniej ich części w mocy. W szczególności sankcja inna niż nieważność może polegać na zablokowaniu lub zmodyfikowaniu skutków prawnych wadliwej czynności prawnej.

W projekcie wskazuje się na takie sankcje jak: a) nieważność czynności prawnej ze skutkiem na przyszłość; b) obowiązywanie, w miejsce postanowienia sprzecznego z prawem, postanowienia wynikającego z ustawy lub z dobrych obyczajów albo postanowienia najbliższego woli wyrażonej w treści czynności prawnej; c) brak możliwości dochodzenia roszczenia; d) bezskuteczność czynności lub jej części do czasu dopełnienia dodatkowej przesłanki, w tym uzyskania zgody oznaczonej osoby; e) przysługiwanie jednej lub obu stronom uprawnienia do odstąpienia albo wypowiedzenia stosunku prawnego; f) bezskuteczność czynności względem osoby chronionej naruszoną normą; g) odpowiedzialność odszkodowawcza jednej ze stron względem osób, których interesy były chronione naruszoną normą⁸⁰.

Projekt Komisji Kodyfikacyjnej, oparty na podejściu uporządkowanym normatywnie (strukturalnym) oraz ograniczonym proceduralnie, nie tylko wskazuje katalog możliwych modyfikacji cech sankcji (normy sankcjonowanej), lecz także określa okoliczności ograniczające (wytyczające) uznaniowość sądu jako uzasadnienie dla wyboru danej sankcji (normy sankcjonowanej). Według projektu inspirowanego prawem modelowym (art. 15:102 (2) PECL) sąd podczas ustalania sankcji właściwej ze względu na cel naruszonej normy powinien rozważyć w szczególności: a) interesy chronione przez naruszoną normę, a także godne ochrony interesy stron umowy i osób trzecich; b) inne konsekwencje prawne, jakie pociąga za sobą naruszenie prawa; c) świadomość albo brak świadomości naruszenia ustawy lub dobrych obyczajów po stronie osób dokonujących czynności; d) czy czynność prawna zobowiązuje do respektowania postępowania zakazanego przez ustawę lub dobre obyczaje; e) czy sprzeczność czynności z ustawą lub dobrymi obyczajami jest wynikiem nadużycia przez jedną ze stron silniejszej pozycji kontraktowej; f) czy wykonanie obowiązków stron prowadzi do rezultatu, któremu miała zapobiegać naruszona norma⁸¹.

78 R. Trzaskowski [w:] *Księga pierwsza Kodeksu cywilnego. Projekt...*, s. 97 i nast.

79 Zob. w szczególności P. Skorupa, *Nieważność czynności prawnej...*, s. 778 i nast.

80 Art. 71 § 1 projektu Komisji Kodyfikacyjnej Prawa Cywilnego.

81 Art. 71 § 2 pkt 1-6 projektu Komisji Kodyfikacyjnej Prawa Cywilnego.

W literaturze podkreśla się, że wskazana propozycja wykracza w niektórych postanowieniach poza prawo modelowe UE, wyróżniając się odejściem od badania kryterium stopnia naruszenia na rzecz wskazania okoliczności (punkt d-f) dotyczących nie tylko stopnia naruszenia, a także uzależnienia sankcji od statusu legalności świadczenia strony⁸².

Ograniczenie uznaniowości sądu oraz podniesienie pewności prawa przejawia się też w propozycjach precyzyjniej określonych sankcji innej natury. Propozycją wyjściową jest sankcja bezskuteczności zawieszanej. Odnosi się ona do zawarcia umowy przez osobę niemającą zezwolenia organu władzy publicznej lub uprawnień zawodowych wymaganych przez ustawę⁸³.

Traktując ograniczoną normatywnie sankcję sędziowską jako mechanizm proporcjonalizacji sankcji, należy pamiętać o toczącej się w doktrynie dyskusji o kodyfikacji takiej sankcji (w kontekście ogólnej sankcji nieważności). Zdaje się dominować pogląd, że ogólnie aprobowany postulat proporcjonalności sankcji nieważności powinien dopuszczać, oprócz sankcji określonej przez sąd, możliwość obrony stron czynności prawnej (umowy) przed niechcianymi skutkami prawnymi wynikającymi z oceny sądu w drodze kontroli instancyjnej. Przyjmuje się, że ograniczenia zakresu władzy dyskrecjonalnej, według kryteriów określonych w przepisach prawnych, powinny być obligatoryjnie wskazane w uzasadnieniu orzeczenia, aby mogły realnie stanowić podstawę kontroli instancyjnej⁸⁴.

Projekt Komisji Kodyfikacyjnej Prawa Cywilnego, przewidujący ograniczoną normatywnie sankcję sędziowską jako proporcjonalną reakcję na wadliwość czynności prawnej (umowy), jest podstawą ożywionej dyskusji na temat ujęcia normatywnego ogólnej sankcji nieważności z mocy prawa (utrzymanej przez Komisję). W ramach tej dyskusji wskazuje się na kilka kwestii. Po pierwsze – w sferze legislacji akcentuje się potrzebę ograniczenia praktyki tworzenia przez ustawodawcę prawa bez wyraźnej sankcji, gdyż prowadzi to do niejasności prawa. Remedium ma stanowić opatrywanie przepisów prawnych tzw. punktowymi regulacjami, które powinny określać relacje do konkretnych przesłanek konstrukcji nieważności (braku skutków prawnych). Może to nastąpić dzięki całkowitej rezygnacji ze stosowania ogólnej sankcji nieważności na rzecz innych sankcji albo przez wskazanie kierunku modyfikacji cech normy sankcjonowanej (np. stan nieważności na przyszłość, odszkodowanie za uznanie *ex tunc*). Po drugie – oprócz nieważności określonej w normie globalnej i propozycji norm określonych „punktowo”, dopasowanych do poszczególnych dziedzin prawa (np. prawo spółek, prawo pracy), wskazuje się na konieczność przyporządkowania skutków naruszenia ustaw do jednego modelu cech formalnych sankcji. To samo dotyczy naruszenia norm moralnych i naruszenia wymogów formalnych *ad solemnitatem*. Po trzecie – w celu kontroli poprawności korzystania z uznaniowości sędziowskiej uznaje się za niezbędne określenie, co sąd, powinien konkretnie zrobić, widząc dysproporcje w następstwach stanu nieważności dla uczestników sporu (stron umowy). Proporcjonalność sankcji powinna przejawiać się odrzuceniem skrajnie nieobiektywnych efektów przywracania stanu poprzedniego (*restitutio in integrum*). W szczególności określenie, czy podstawą odszkodowania mają być względy słuszności.

Mającą na celu modernizację ogólnej (abstrakcyjnej) sankcji nieważności *ex lege*, dzięki przykładowemu wyliczeniu możliwości modyfikacji cech tej sankcji i określeniu procesowej pozycji sądu, propozycja Komisji Kodyfikacyjnej na ogół spotyka się w doktrynie z aprobatą, gdyż rozwiązania te wpisują się w kształtowanie nowej europejskiej kultury prawnej, której wyrazem jest pragmatyzm, a nie postawy dogmatyczne⁸⁵.

82 P. Skorupa, *Nieważność czynności prawnej...*, s. 782; R. Trzaskowski, *Sprzeczność umów obligacyjnych...*, s. 110 i nast.

83 P. Skorupa, *Nieważność czynności prawnej...*, s. 788-789.

84 Tamże, s. 837.

85 W literaturze trafnie wskazuje się, że propozycje legislacyjne Komisji Kodyfikacyjnej Prawa Cywilnego mogą zwiększyć skuteczność i efektywność sankcji wadliwości czynności prawnych (umów), w tym być przeciwwagą dla daleko idącego wpływu grup nacisku (lobbystów) na stanowienie prawa w czasach współczesnych. Zob. P. Skorupa, *Nieważność czynności prawnej...*, s. 837; A. Bierć, *Lobbing w prawodawstwie*, „Nauka” 2000, nr 4, s. 172-182; A. Bierć, *Racjonalna procedura prawodawcza jako podstawa dobrego prawa*, [w:] W. Czapliński (red.), *Prawo w XXI wieku. Księga pamiątkowa 50-lecia Instytutu Nauk Prawnych Polskiej Akademii Nauk*, Warszawa 2006, s. 85-105.

ZAKAZ DYSKRYMINACJI JAKO OGRANICZENIE SWOBODY ZAWIERANIA UMÓW W KONTEKŚCIE EUROPEIZACJI I GLOBALIZACJI PRAWA UMÓW

10.5281/zenodo.5576226

dr Karolina Aromińska

1. Wstęp

Wskutek ujawniającego się na przestrzeni wielu lat zjawiska tzw. izoformizmu systemów prawnych oraz procesu publicyzacji prawa prywatnego, znanego od czasów antycznych, niektóre działy prawa prywatnego nabrały obecnie cech prawa publicznego. Proces ten nabiera wciąż znaczenia dzięki regulacjom prawa ponadnarodowego, co uwidacznia się m.in. w zakresie horyzontalnego oddziaływania konstytucyjnych praw człowieka i wpływu tego zjawiska na polski system prawny.

Wzajemne przenikanie się zasad należących do prawa prywatnego i publicznego na skutek przemian cywilizacyjnych, internacjonalizacji oraz europeizacji krajowego prawa prywatnego dotknęło także obszaru prawa umów, a w szczególności obszarów charakteryzujących się znacznymi różnicami w sytuacji prawnej podmiotów i ich siły negocjacyjnej. Wyraża się ono w zawężaniu autonomii prywatnej na rzecz ochrony dobra wspólnego. Władcza metoda regulacyjna, zwana koordynacyjną i jej normy bezwzględnie wiążące *ius cogentis* wkraczają w coraz większym stopniu w zachowania autonomiczne podmiotów prywatnych rządzących się niewładczą, tzw. kooperacyjną, metodą regulacyjną, która z zasady posługuje się normami dyspozytywnymi. Upowszechniający się masowy obrót handlowy oraz rola komunikacji elektronicznej doprowadziły do nieuchronnych zmian w sposobie zawierania umów. W imię ochrony dobra wspólnego wzmożła się potrzeba ochrony słabszej strony obrotu kosztem ingerencji w autonomię prywatną. Odnosi się to zwłaszcza do tak jaskrawych przejawów jak dyskryminacja w procesie zawierania umów.

Ciekawym zjawiskiem okazał się proces ewolucji standardów prawa międzynarodowego, ponadnarodowego oraz modelowego. Z jednej strony miał on znaczny wpływ na obecny „kształt” prawa krajowego poszczególnych państw członkowskich Unii Europejskiej, z drugiej strony czerpał wzorce z krajowych dorobków prawnych, np. z niemieckiej doktryny *Drittwirkung*. Na skutek tego zjawiska obowiązywanie zakazu dyskryminacji w relacjach horyzontalnych stanowi obecnie jedno z zadań prawnotraktatowych, potwierdzone wielokrotnie w judykaturze Trybunału Sprawie dliwości Unii Europejskiej¹. Proces ewolucji był długotrwały i złożony, największy wpływ na regulację zasady niedyskryminacji na gruncie prawa polskiego miał reżim prawny ONZ, Rady Europy oraz ponadnarodowy system prawny tworzony w ramach Unii Europejskiej. Zarówno postanowienia o zasięgu globalnym ujęte w Karcie Narodów Zjednoczonych², Powszechnej deklaracji praw człowieka³

1 A. Wróbel, *O niektórych aspektach koncepcji praw podstawowych UE jako zasad*, „Europejski Przegląd Sądowy” 2014, nr 1, s. 106 i nast.; M. Domańska [w:] A. Wróbel (red.), *Stosowanie Prawa UE przez sądy*, System Prawa Unii Europejskiej, t. 1, Warszawa 2010, s. 162 i nast.

2 Karta Narodów Zjednoczonych, Statut Międzynarodowego Trybunału Sprawiedliwości i Porozumienie ustanawiające Komisję Przygotowawczą Narodów Zjednoczonych, Dz.U. 1947 Nr 23, poz. 90. Zasada równości ujęta w preambule Karty Narodów Zjednoczonych stanowi jedną z ważniejszych zasad systemu praw człowieka: „My, Ludy Narodów Zjednoczonych, zdecydowane przywrócić wiarę w podstawowe prawa człowieka, godność i wartość jednostki, równość praw mężczyzn i kobiet oraz narodów wielkich i małych”. Zob. więcej: L. Wiśniewski (red.), *Podstawowe prawa jednostki i ich sądowa ochrona*, Warszawa 1997.

3 Powszechna Deklaracja Praw Człowieka (Paryż, 10 XII 1948), <http://libr.sejm.gov.pl/tek01/txt/onz/1948.html> [dostęp:

oraz międzynarodowych paktach praw człowieka z 1966 r.⁴, jak i postanowienia o zasięgu europejskim ujęte w Europejskiej konwencji praw człowieka⁵ oraz prawie pierwotnym Unii Europejskiej, w tym Karcie praw podstawowych⁶, a także w wybranych aktach prawa wtórnego w postaci dyrektywy⁷ prezentują fakt, iż na proces ewolucji zasady niedyskryminacji na gruncie polskiego prawa umów ogromny wpływ wywarła ogólna tendencja do wzmacniania ochrony praw człowieka. Sprawiała, iż zasada niedyskryminacji jest dziś najszybciej rozwijającym się prawem człowieka w Europie, a także fundamentalnym prawem Unii Europejskiej.

-
- 31.12.2020]. Dzięki Deklaracji upowszechniło się przekonanie, że prawa człowieka, demokracja i rozwój społeczno-gospodarczy są wobec siebie współzależne. Zakaz dyskryminacji ujęty w niej nie dotyczy wprost dostępu do określonych, konkretnych dóbr, ale samego sposobu określania i gwarantowania praw.
- 4 Protokół fakultatywny do Międzynarodowego Paktu Praw Obywatelskich i Politycznych, <http://libr.sejm.gov.pl/tek01/txt/onz/1966-b.html> [dostęp: 31.12.2020]. Obydwa międzynarodowe paktory praw człowieka odwołują się w swoich preambułach do zasad ogłoszonych w Karcie Narodów Zjednoczonych i śladami Powszechnej deklaracji praw człowieka uznają przyrodzoną godność oraz równe i niezbywalne prawa wszystkich członków wspólnoty ludzkiej za podstawę wolności, sprawiedliwości i pokoju na świecie. Międzynarodowy Pakt Praw Obywatelskich i Politycznych zawiera zasadę równości wobec prawa oraz jednakowej ochrony prawnej, przewidując katalog otwarty cech dyskryminacyjnych. Pakt zapewnia prawo do własnego życia kulturalnego, wyznawania i praktykowania własnej religii oraz posługiwania się własnym językiem mniejszościom etnicznym, religijnym lub językowym. Międzynarodowy Pakt Praw Gospodarczych, Socjalnych i Kulturalnych w swych postanowieniach odnosi się natomiast ze względu na specyfikę dokumentu do praw socjalnych, gospodarczych i kulturalnych przewidując m.in. prawo do pracy w godziwych i korzystnych warunkach bez dyskryminacji pracowników na podstawie ich rasy, płci ani innych charakterystyk oraz z warunkami sprzyjającymi do prawa do pracy (art. 7), do ochrony socjalnej, do życia na godziwym poziomie, do najwyższych dostępnych standardów opieki medycznej oraz prawo do edukacji i korzystania w pełni z wolności kulturowej i postępu naukowego.
- 5 Konwencja o ochronie praw człowieka i podstawowych wolności, sporządzona w Rzymie dnia 4 listopada 1950 r., zmieniona następnie Protokołami nr 3, 5 i 8 oraz uzupełniona Protokołem nr 2, Dz.U. 1993 Nr 61, poz. 284. Konwencja rozwinęła idee wyrażone w Karcie Narodów Zjednoczonych oraz Powszechnej deklaracji praw człowieka, szczególnie miejsce znalazło się dla ochrony przed dyskryminacją. „Dzięki konwencji istnieje obecnie europejski porządek prawny w sferze ochrony praw jednostki, obejmujący nie tylko katalog praw chronionych, rozwijany przez dodatkowe protokoły i interpretację jej organów, ale również unikalny w skali globalnej mechanizm wprowadzania ich w życie. Omawiany dokument jest od tej strony oryginalnym przedsięwzięciem w stosunku do klasycznych koncepcji prawa międzynarodowego, przede wszystkim z powodu ponadnarodowej kontroli aktów i działań organów państwa, możliwej do podjęcia również z inicjatywy samych pokrzywdzonych.” Zob. więcej na ten temat: M.A. Nowicki, *Wokół Konwencji Europejskiej. Komentarz do Europejskiej Konwencji Praw Człowieka*, Warszawa 2010, s. 15 i nast.
- 6 Karta praw podstawowych Unii Europejskiej, Dz. Urz. UE C 326 z 26.10.2012 r., s. 391-407. Istotną zmianę w zakresie zasady niedyskryminacji wprowadziły do prawa pierwotnego Unii Europejskiej Jednolity Akt Europejski Dz. Urz. UE L 169 z 29.06.1987 r., s. 1-28, Traktat o Unii Europejskiej, Dz. Urz. UE C 326 z 26.10.2012 r., s. 13-390 oraz Traktat o Funkcjonowaniu Unii Europejskiej, Dz. Urz. UE C 326 z 26.10.2012 r., s. 47-39. Zasada niedyskryminacji ewoluowała w nich poczynszy od „zarysu” jedynie w kontekście interesów ekonomicznych i zakazu dyskryminacji ze względu na płeć w kierunku ochrony ze względu na przynależność państwową gwarantowaną przez przepis art. 18 TFUE, poprzez stopniowe rozszerzenie kompetencji Unii Traktatem z Amsterdamu, Dz. Urz. UE C 340 z 10.11.1997 r., s. 1-144 na inne cechy dyskryminacyjne (pochodzenie rasowe i etniczne, religia i światopogląd, wiek, niepełnosprawność i orientacja seksualna) zagwarantowane w przepisie art. 19 TFUE do zastosowania w strefie dostępu do dóbr i usług. Zwężeniem tego procesu było zrównanie mocy prawnej traktatów i Karty praw podstawowych. Z ostatniego dokumentu wynika generalna zasada równości wobec prawa mająca za zadanie tak wpływać na politykę Unii, aby doprowadzić do jej implementacji w tym zakresie przez wszystkie państwa członkowskie.
- 7 Początkowo dyrektywy dotyczyły jedynie zakazu dyskryminacji ze względu na płeć, obejmując swym zakresem powszechne systemy zabezpieczenia społecznego. Kolejne ułatwiały dochodzenie praw ofiarom dyskryminacji poprzez wprowadzenie możliwości przeniesienia ciężaru dowodu na skarżonego, by następnie rozszerzyć zakaz dyskryminacji z dotychczas obowiązującego ze względu na płeć na pochodzenie rasowe lub etniczne. Mocą kolejnych dyrektyw regulacje unijne zaczęły wykraczać poza ochronę kobiet i mężczyzn odwołując się zarówno do praw podstawowych zagwarantowanych w Europejskiej konwencji o ochronie praw człowieka i podstawowych wolności, jak i do zasad ogólnych prawa wspólnotowego oraz tradycji konstytucyjnych wspólnych dla państw członkowskich. Objęły swym zakresem przedmiotowym dyskryminację ze względu na wiele cech chronionych, mianowicie: religię, przekonania lub wyznanie, niepełnosprawność, wiek i orientację seksualną tworząc w ten sposób ogólne ramy równego traktowania w zatrudnieniu i wykonywaniu zawodu. Zakaz dyskryminacji został następnie wzmocniony poprzez zakaz molestowania seksualnego w pracy uznanego za przejaw dyskryminacji ze względu na płeć. Kolejnym etapem było rozszerzenie zakazu o dostęp do towarów i usług, ich dostarczania oraz umowy ubezpieczenia obejmującego swym zakresem podmiotowym wszystkich, którzy dostarczają towary i usługi ogólnodostępne.

Ewolucja doktryny międzynarodowej oraz europejskiej i przemiany kontynentalnej nauki prawa oraz judykatury wpływającej na orzecznictwo poszczególnych państw członkowskich przyczyniła się do podjęcia problematyki horyzontalnego oddziaływania praw podstawowych. W polskim systemie prawnym utrwaliła się ona jako umiarkowana koncepcja pośredniego horyzontalnego obowiązywania konstytucyjnego zakazu dyskryminacji.

2. Ograniczenie swobody zawierania umów w postaci zakazu dyskryminacji na gruncie prawa krajowego w dobie obecnych przemian cywilizacyjnych

Ochrona przed dyskryminacją w polskim prawie umów zleży obecnie od kilku czynników: od sposobu ujęcia swobody umów jako normy prawa prywatnego; zakresu ochrony praw człowieka, w tym regulacji antydyskryminacyjnych jako norm prawa publicznego; i sposobu regulacji wzajemnej relacji pomiędzy powyższymi. Mimo że prawa człowieka, w tym zasada niedyskryminacji, są domeną prawa publicznego, mają one istotny wpływ na stosunki prywatnoprawne. Zarówno bowiem zasada niedyskryminacji, jak i zakaz dyskryminacji ujęte w przepisie art. 32 Konstytucji RP⁸ mogą być stosowane nie tylko w stosunkach wertykalnych, czyli między jednostką a państwem, lecz także w stosunkach horyzontalnych, tzn. pomiędzy równorzędnymi podmiotami prawa prywatnego. Przy zawieraniu umów, strony są zobowiązane nie tylko normami prawa prywatnego, lecz także normami konstytucyjnymi, oddziałującymi na swobodę umów. Swoboda ta, ujęta w przepisach kodeksu cywilnego⁹ w postaci zasady swobody umów, pozostaje pod wpływem zakazu dyskryminacji, czyli normy o charakterze konstytucyjnym.

Na skutek m.in. rozwoju zagranicznej doktryny prawa – m.in. niemieckiej koncepcji tzw. *Drittwirkung der Grundrechte*, francuskiej *validité erga omnes*, w krajach anglosaskich określanej jako *third party effect on human rights* – horyzontalne stosowanie norm konstytucyjnych stało się faktem również na gruncie prawa polskiego¹⁰. Z biegiem czasu pogląd o horyzontalnym skutku konstytucyjnych praw i wolności stawał się coraz bardziej powszechny¹¹. Rozszerzona skuteczność norm konstytucyjnych obecnie jest pojmowana m.in. jako konsekwencja tzw. neokonstytucjonalizmu wyrażanego poprzez zasadę bezpośredniego stosowania konstytucji jako *signum specificum*¹². Ustawa zasadnicza jest traktowana jako superdogmatyka, co oznacza, że konstytucja wywiera realny wpływ na wykładnię przepisów, a w konsekwencji również na rozstrzygnięcia sądowe, w których problematyczny okazuje się nie sam fakt horyzontalnego oddziaływania norm konstytucyjnych, ale jego zakres podmiotowy, przedmiotowy, jak również pole zastosowania, ograniczenia, funkcje ustrojowe, oraz struktura prawna¹³. Jak pisał M. Safjan: „istota [sporu] [...] polega na odmienności stanowisk nie co do tego, czy prawa podstawowe

8 Przepis art. 32 Konstytucji Rzeczypospolitej Polskiej, Dz.U. 1997 Nr 78, poz. 483 wyraża ogólną zasadę równości wobec prawa oraz zakaz dyskryminacji w życiu społecznym, politycznym i gospodarczym. Wskazuje na równe traktowanie podmiotów uznanych za podobne, tzn. znajdujących się w sytuacjach porównywalnych, a *contrario* nie oznacza obowiązku równego traktowania wszystkich podmiotów. Przesłanki ochrony przed dyskryminacją wskazuje także analiza orzecznictwa na kanwie konstytucji. Wynika z niej, iż po pierwsze, zasadę niedyskryminacji można stosować do podmiotów posiadających cechę relewantną, inaczej zwaną cechą chronioną. Po drugie, dyspozycja normy prawnej musi wyróżniać sferę stosunków prawnych, które dotyczą wskazanej cechy. Po trzecie, musi istnieć związek pomiędzy cechą relewantną a treścią owej regulacji.

9 Ustawa z dnia 23 kwietnia 1964 r. – Kodeks cywilny, t.j. Dz.U. 2020, poz. 1740, 2320.

10 P. Radziejewicz, *Pojęcie horyzontalnego skutku norm konstytucyjnych – uwagi wprowadzające z perspektywy prawa konstytucyjnego*, „Studia i Materiały Trybunału Konstytucyjnego” 2015, t. 56, s. 27 i nast.

11 Zob. np.: Z. Kędzia, *Burżazyjna koncepcja praw człowieka*, Wrocław–Warszawa–Kraków–Gdańsk 1980, s. 280 i nast.; K. Działocha, *Bezpośrednie stosowanie podstawowych praw jednostki (w związku z projektem Karty Praw i Wolności)*, „Studia Iuridica” 1995, nr XXI, s. 35 i nast.; M. Florczak-Wątor, *Horyzontalny wymiar praw człowieka*, Kraków 2015, s. 11 i nast.; I. Wróblewska, *Poziome działanie praw jednostki, jako rozwiązanie ustrojowe*, „Przegląd Prawa Konstytucyjnego” 2014, nr 1, s. 55 i nast.; B. Skwara, *Horyzontalne oddziaływanie praw człowieka. Rozważania teoretyczno-prawne*, [w:] J. Jaskiernia (red.), *Efektywność europejskiego systemu ochrony praw człowieka*, Toruń 2012, s. 160 i nast.

12 Zob. więcej na ten temat: A. Grabowski, *Teoria konstytucyjnego państwa prawa i jej wpływ na argumentację prawniczą*, [w:] M. Aleksandrowicz, A. Jamróz, L. Jamróz (red.), *Demokratyczne państwo prawa. Zagadnienia wybrane*, Białystok 2014, s. 58-59.

13 P. Radziejewicz, *Pojęcie horyzontalnego skutku norm konstytucyjnych...*, s. 28 i nast.

powinny oddziaływać na prawo prywatne, ale kto (ustawodawca, sąd konstytucyjny, sąd powszechny) i przy użyciu jakich metod ma zapewnić przenikanie praw podstawowych do wszystkich gałęzi prawa, nie wyłączając prawa prywatnego¹⁴.

Wielokrotnie do tej kwestii odnosił się Trybunał Konstytucyjny, który m.in. w orzeczeniu z dnia 19 czerwca 2013 r. wskazał, że: „wolność działalności gospodarczej w rozumieniu art. 20 i 22 Konstytucji ma jako zasada ustrojowa w sferze praw i wolności człowieka i obywatela charakter uzupełniający, »subsydiarny« wobec uregulowań rozdziału II Konstytucji”, w którym ujęte zostały wolności, prawa i obowiązki człowieka i obywatela, m. in. wspomniana zasada równości. Ponadto: [Trybunał podkreśla, że zasada swobody umów jest przede wszystkim pochodną przyjęcia zasady państwa liberalnego i konkretyzacji tego założenia dokonanej w art. 31 ust. 1 i 2 Konstytucji. Tak więc na płaszczyźnie konstytucyjnej to właśnie te przepisy regulują problematykę, która w prawie cywilnym jest objęta zakresem swobody umów]¹⁵.

Trybunał wskazuje ponadto, iż mimo że Konstytucja w żadnym z przepisów nie proklamuje wprost zasady swobody umów w znaczeniu instytucji o randze konstytucyjnej, co nie oznacza jednak, że omawiana zasada nie odgrywa większej roli dla podmiotów prawa prywatnego. Otóż, „zgodnie z genezą zasadę swobody umów należy widzieć w pierwszej kolejności przez pryzmat wolności jednostki”. Oznacza to, że skoro przepisy rozdziału II Konstytucji RP, m.in. art. 31 ust. 1 i ust. 2 zd. 2 stanowią, że wolność człowieka podlega ochronie prawnej i nikogo nie wolno zmuszać do czynienia tego, czego prawo mu nie nakazuje, to obowiązek poszanowania wolności człowieka ma zastosowanie nie tylko do relacji wertykalnych: państwo – obywatel, ale także horyzontalnych, pomiędzy równorzędnymi podmiotami. Z art. 31 ust 1 i 2 wynika zatem zakaz zmuszania kogokolwiek do zawarcia umowy bądź do jej niezawierania, zakaz zmuszania do wyboru określonego kontrahenta, czy określania w dany sposób postanowień umownych, o ile przepisy prawa nie stanowią inaczej¹⁶.

Należy dodać, iż przedstawiciele polskiej doktryny nie wypracowali dotychczas jednego spójnego poglądu na stosunki prawne pomiędzy autonomicznymi podmiotami prawa prywatnego korzystającymi ze swobody umów jako fundamentu wolnego rynku i jego relacji do norm konstytucyjnych. Jak pisze B. Skwara, niezbędne jest stworzenie koncepcji kompromisowej, która poprzez swoje założenia teoretyczne będzie mogła funkcjonować w systemie Konstytucji RP. Autor proponuje, aby [ważnym, jeśli nie decydującym kryterium oceny, czy w konkretnym przypadku należy uznać istnienie horyzontalnego skutku praw podstawowych, uczynić warunek zaistnienia przemocy między dwiema osobami prawa prywatnego. Polska wersja instytucji *Drittwirkung* winna [...] w pierwszej kolejności eliminować zdefiniowaną na wstępie przemoc ze stosunków cywilnoprawnych, modyfikując tym samym swobodę umów, ale zarazem – realizując założenia horyzontalnego skutku praw jednostki – wpływać w istotny sposób na zachowanie spójności i koherencji aksjologicznej systemu prawnego RP]¹⁷.

3. Ograniczenie swobody zawierania umów w postaci zasady niedyskryminacji w europejskim prawie umów

Zasada swobody umów jako pochodna autonomii woli jest głęboko „zakotwiczona” w aksjologii międzynarodowego i unijnego systemu praw człowieka. W konsekwencji wywiera istotny wpływ na

14 Zob. M. Safjan, *O różnych metodach oddziaływania horyzontalnego praw podstawowych na prawo prywatne*, „Państwo i Prawo” 2014, nr 2, s. 19.

15 Zob. postanowienie TK z 19 czerwca 2013 r., Ts 11/13, OTK-B 2013, nr 4, poz. 3438.

16 Zob. wyrok TK z 29 kwietnia 2003 r., SK 24/02, Dz.U. 2003 Nr 83, poz. 773.

17 B. Skwara, *Poziome obowiązki praw człowieka w świetle Konstytucji RP*, „Homines Hominibus” 2009, nr 1(5), s. 66, http://www.homines.wspia.pl/pdf/2009/Homines2009_04_Skwara.pdf [dostęp: 18.10.2020]. Szerzej na temat horyzontalnego obowiązywania praw podstawowych: B. Skwara, *Horyzontalny skutek praw i wolności jednostki w systemie Konstytucji RP*, [w:] T. Gardocka, J. Sobczak (red.), *Dylematy praw człowieka*, Toruń 2008, s. 375 i nast.; B. Skwara, *Zasada swobody sumienia w świetle konstytucyjnego orzecznictwa europejskiego*, [w:] J. Jaskiernia (red.), *Europa Środkowa i Wschodnia jako obszar demokracji, praworządności i ochrony praw człowieka, Międzynarodowa Konferencja Naukowa z okazji 60-lecia powstania Rady Europy oraz 20-lecia przemian demokratycznych w Europie Środkowej i Wschodniej* (w druku).

prawo modelowe, co jest widoczne na gruncie normatywnym. Stanowiąc przedmiot regulacji nie tylko europejskiego prawa *soft law*, ale także prawa międzynarodowego, europejskiego prawa umów i prawa krajowego, zasada swobody zawierania umów urzeczywistnia w szerokim zakresie wolność jednostki do samookreślenia i samostanowienia, nie jest jednak kompetencją nieograniczoną¹⁸.

Prawo umów jako część prawa prywatnego od wielu lat podlega unifikacji obejmującej swym zakresem także swobodę umów i zasadę niedyskryminacji, co uwidacznia się zarówno w działalności Parlamentu Europejskiego¹⁹, konsekwentnie kontynuującego swoje działania²⁰, jak i Komisji Europejskiej²¹. Przygotowanie, a następnie opublikowanie w latach 2008–2009 Wspólnych ram odniesienia – *Draft Common Frame of Reference*²² stanowiło jednocześnie punkt przełomowy i katalizator do dalszej unifikacji ujętej w programie sztokholmskim na lata 2010–2014²³. Ogłoszony w marcu 2010 r. komunikat Komisji *Strategia Europa 2020*²⁴ oraz publikacja Zielonej Księgi Komisji²⁵ w sprawie możliwości politycznych w zakresie postępów w kierunku ustanowienia europejskiego prawa umów dla konsumentów i przedsiębiorstw wskazały, iż planowana kodyfikacja ma za zadanie zapewnić wysoki poziom ochrony konsumentów jako słabszych uczestników obrotu prawnego. Wskutek komunikatów Komisji Europejskiej, głównie dotyczących „bardziej spójnego wspólnotowego prawa umów”, powstały grupy badawcze zajmujące się kwestią europejskiego prawa umów. Jako cel jednej z nich *Acquis Group*, pod przewodnictwem H. Schulte-Nölke obrano wypracowanie wspólnych reguł w oparciu o zasady prawa, które stanowią część dorobku Unii Europejskiej i z którymi utożsamiają się państwa członkowskie. Prawnicy posługujący się metodą *acquis* wyszukują w szczegółowym materiale normatywnym prawodawcy europejskiego zasady ogólne i na ich podstawie budują powszechny system prawa umów²⁶. Według F. Zolla „metoda ta niesie zagrożenia związane z wykrzywieniem obrazu prawa wspólnotowego, ale jednocześnie stwarza nadzieję na to, że dotychczasowy dorobek prawa wspólnotowego zostanie uwzględniony w dalszych procesach harmonizacji prawa w Europie”²⁷. Warto dodać,

- 18 Zob. więcej na ten temat: E. Wieczorek, *Zasady europejskiego prawa umów*, Gdańsk 2005; R. Mańko, *Zasady umów długoterminowych. Tekst Zasad prawa europejskiego o umowie agencyjnej, umowie franczyzy oraz umowie dystrybucyjnej - tekst równoległe angielski i polski*, „Kwartalnik Prawa Prywatnego” 2006, nr 2, s. 531-563; 564-591; P. Machnikowski, *Zasady europejskiego prawa umów a przepisy kodeksu cywilnego o zawieraniu umowy*, „Transformacje Prawa Prywatnego” 2006, nr 3-4, s. 77-87, <http://www.transformacje.pl/wp-content/uploads/2006/09/machnikowski.pdf> [dostęp: 31.12.2020]; A. Bierć, *Zarys prawa prywatnego. Część ogólna*, Warszawa 2018, s. 84 i nast.
- 19 Uchwała Parlamentu Europejskiego z dnia 26 maja 1989 r. w sprawie zbliżenia przepisów prawnych państw członkowskich, Dz. Urz. WE C 158 z 28.06.1989 r.
- 20 Zob. Uchwała Parlamentu Europejskiego z 6 maja 1994 r., Dz. Urz. WE C 205 z 25.07.1994 r.
- 21 Komunikat Komisji Europejskiej dla Rady i Parlamentu Europejskiego w sprawie europejskiego prawa umów z dnia 11 lipca 2001 r. (COM(2001)398), Dz. Urz. WE C 255 z 13.09.2001 r.; komunikat Komisji Europejskiej dla Rady i Parlamentu Europejskiego z dnia 12 lutego 2003 r. (COM (2003)68), Dz. Urz. WE C 63 z 15.03.2003 r.; komunikat Komisji Europejskiej dla Rady i Parlamentu Europejskiego z dnia 11 października 2004 r. (COM(2004)651), Dz. Urz. WE C 14 z 20.01.2005 r.
- 22 Ch. von Bar, E. Clive, H. Schulte-Nölke (red.), *Principles, Definitions and Model Rules of European Private Law. Draft Common Frame of Reference*, Monachium 2009.
- 23 The Stockholm Programme – An open and secure Europe serving and protecting the citizen, Brussels, 2.12.2009, 17024/09, <http://register.consilium.europa.eu/pdf/en/09/st17/st17024.en09.pdf> [dostęp: 31.12.2020].
- 24 Komunikat Komisji Europa 2020 Strategia na rzecz inteligentnego i zrównoważonego rozwoju sprzyjającego włączeniu społecznemu, Bruksela, 3.03.2010 r., KOM(2010)2020, http://ec.europa.eu/eu2020/index_en.html [dostęp: 31.12.2020]; Europa 2020: Komisja przedstawia nową strategię gospodarczą dla Europy, Bruksela, dnia 3 marca 2010 r., IP/10/ 225, <http://europa.eu/rapid/pressReleasesAction.do?reference=IP/10/225&format=HTML&aged=0&language=PL&guiLanguage=en> [dostęp: 31.12.2020]; Communication from the Commission Europe 2020. A strategy for smart, sustainable and inclusive growth, Brussels, 3.03.2010 COM(2010)020 final, <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=COM:2010:2020:FIN:EN:PDF> [dostęp: 31.12.2020].
- 25 Green paper from the Commission on policy options for progress towards a European Contract Law for consumers and businesses, Brussels 1.07.2010 (COM(2010)348), <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=COM:2010:0348:FIN:en:PDF> [dostęp: 31.12.2020].
- 26 *Tzw. acquis approach*. Zob. R. Schulze, *European Private Law and Existing EC-Law*, „European Review of Private Law” 2005, nr 1, s. 7.
- 27 F. Zoll, *Metoda Acquis-Group. Wkład w harmonizację prawa umów w Europie*, [w:] M. Pazdan, W. Popiołek, E. Rott-Pietrzyk, M. Szpunar (red.), *Europeizacja Prawa Prywatnego*, t. 2, Warszawa 2008, s. 761.

że projekt zasad obowiązującego prawa umów *Principles of the Existing EC Contract Law* (PEECL) opracowany w ramach *Acquis Group* w ścisłym związku z Wspólnym systemem odniesienia i Zasadami europejskiego prawa umów. Prowadzenie badań prawno-porównawczych w ramach poszczególnych grup badawczych wskazuje na porównywalność zasady niedyskryminacji w poszczególnych systemach prawnych państw członkowskich. Badania nad zasadami wciąż trwają, podobnie jak nad europejskim systemem odniesienia stanowiącym podwaliny siatki pojęciowej zasad.

Istotnym jest fakt, iż projekt grupy *Acquis* obejmuje swoim zakresem m. in. przepisy antydyskryminacyjne wskazujące na zakaz jakiejkolwiek dyskryminacji ze względu na płeć, rasę lub pochodzenie etniczne. Za taką uznaje się przede wszystkim dyskryminację bezpośrednią, czyli sytuację, w której jedna osoba jest traktowana mniej korzystnie niż druga osoba jest, była lub mogłaby być traktowana w podobnym przypadku. Zakazana jest również dyskryminacja pośrednia występująca w sytuacji, w której pozornie neutralne postanowienie, kryterium, lub praktyka mogłyby postawić osobę posiadającą określoną cechę w sytuacji szczególnie niedogodnej w porównaniu z innymi osobami. Poza tym, zakazane jest działanie bez zgody danej osoby, które narusza jej godność i powoduje zastraszenie, wrogość, poniżenie, upokorzenie lub napastliwe otoczenie, bądź ma na celu doprowadzenie do takiego skutku lub jakąkolwiek formę fizycznego, werbalnego, niewerbalnego lub psychicznego zachowania natury seksualnej, które narusza jej godność lub ma na celu doprowadzenie do takiego skutku. Nie traktuje się jako dyskryminację jedynie nierównego traktowania uzasadnionego usprawiedliwionym celem, pod warunkiem, że środki użyte do osiągnięcia tego celu są właściwe i konieczne.

Obserwując działania grupy *Acquis* warto zastanowić się, jakie będzie zastosowanie tego projektu w europejskim prawie umów – czy zostanie wykorzystany w praktyce arbitrażowej, czy może stanie się instrumentem opcjonalnym. Zgodnie z rozporządzeniem o prawie właściwym dla zobowiązań umownych – Rzym I²⁸ – zasady powinny spełnić warunek „zbioru zasad i reguł materialnego prawa umów uznanego międzynarodowo lub w ramach Wspólnoty”. Na podstawie orzecznictwa Trybunału Sprawiedliwości Unii Europejskiej można bez wątplenia stwierdzić, że do tego zbioru należy zasada niedyskryminacji. Należy podkreślić, iż powstanie i działanie grupy *Acquis* w zakresie zasady niedyskryminacji wskazuje jak zmienił się również stosunek środowisk akademickich do praw człowieka i potrzeby ich ochrony. Jak wiadomo, ich działania mają dalekosiężne skutki na przyszłość, dlatego uwzględnienie zasady niedyskryminacji świadczy o wzroście tendencji do ochrony praw człowieka kosztem osłabienia wagi swobody umów²⁹.

Warto zwrócić uwagę na sposób unifikacji wynikający ze Strategii 2020 oraz Zielonej Księgi. Otóż, wskazując na kierunek unifikacji, obydwa dokumenty uwidaczniają, iż proces ten obejmuje głównie prawo umów (nie szersze pojęcie zobowiązań) zawieranych zarówno w obrocie profesjonalnym i powszechnym, jak i konsumenckim. Rozróżnienie to ma szczególne znaczenie z punktu widzenia niniejszej rozprawy, bowiem podkreśla jak zróżnicowane są te stosunki prawne i jak odmienne są zasady prawne nimi rządzące. Okazuje się bowiem, że prawo kontraktów, w którym dominuje zasada autonomii (swobody) umów oraz *pacta sunt servanda* znajdują swoje zastosowanie w obrocie profesjonalnym. Z kolei w konsumenckim prawie kontraktów główną rolę odgrywają zasady w znacznym stopniu ograniczające swobodę umów, wśród nich zasada niedyskryminacji³⁰.

W europejskim prawie konsumenckim, wyrażonym w wielu dyrektywach oraz w orzecznictwie Trybunału Sprawiedliwości Unii Europejskiej, zakaz dyskryminacji dominuje nad swobodą zawierania umów. W orzecznictwie funkcjonuje model przeciętnie poinformowanego i przeciętnie uważnego konsumenta³¹. Ze względu na uznanie tego podmiotu za słabszą stronę obrotu obowiązuje doktryna paternalizmu, która dąży do wyrównania słabszej pozycji rynkowej konsumenta. Ustawodawca eu-

28 Rozporządzenie Parlamentu Europejskiego i Rady (WE) nr 593/2008 z dnia 17 czerwca 2008 r. w sprawie prawa właściwego dla zobowiązań umownych (Rzym I), Dz. Urz. UE L 177 z 4.07.2008 r., s. 6-16.

29 F. Zoll, *Metoda Acquis-Group...*, s. 751 i nast.

30 K. Osajda, *Perspektywy europejskiego prawa umów: Zielona Księga Komisji Europejskiej o Europejskim Prawie Kontraktów*, „Przegląd Prawa Handlowego” 2010, nr 11, s. 19 i nast.

31 Zob. m.in. wyrok TSUE z 9 listopada 2016 r., C-42/15, ECLI:EU:C:2016:842.

ropejski uprzywilejowuje go i zapewnia mu lepszą ochronę w stosunkach prawnych z przedsiębiorcą, od którego wymaga rzetelnej informacji, co do umowy, spełnienia wymogów formalnych. Przewiduje również odpowiednie środki prawne służące ochronie konsumenta. Aby konsument był w stanie realnie korzystać z autonomii woli, której pochodną jest m.in. swoboda zawierania umów, musi być spełniona przede wszystkim funkcja informacyjna. Konsument musi być właściwie poinformowany w zakresie postanowień umownych i ich znaczenia. „Ochrona konsumenta ma, więc u swych podstaw paternalizm makroekonomiczny (protekcjonizm), tj. ekonomiczną efektywność (teorię informacji), a ściślej – budowanie konkurencyjnego, europejskiego rynku wewnętrznego z uwzględnieniem teorii państwa opiekuńczego”³².

Podobne działania w zakresie znalezienia kompromisu pomiędzy ochroną praw człowieka i autonomią (swobodą) umów można dostrzec ostatnio po stronie Parlamentu Europejskiego, który wydając rezolucję z dnia 25 listopada 2009 r. poparł pomysł fakultatywnego europejskiego prawa umów³³. PE wezwał Komisję Europejską do zintensyfikowania prac w tej dziedzinie w oparciu o DCFR oraz o inne prace naukowe dotyczące europejskiego prawa umów. Według PE, polityczne wspólne ramy odniesienia powinny stworzyć opcjonalny, bezpośrednio stosowany instrument, który umożliwiłby stronom umowy – zarówno przedsiębiorstwom, jak i konsumentom – swobodny wybór europejskiego prawa umów jako podstawy prawnej zawieranej transakcji³⁴.

Jak widać, „kształt” europejskiego prawa umów wyraźnie potwierdza, iż ograniczenie swobody umów w obrocie profesjonalnym nie ma uzasadnienia aksjologicznego. Jednak jest ono niezbędne w stosunkach prawnych, w których uwidacznia się konieczność ochrony interesów prawnych słabszej strony obrotu prawnego, np. konsumenta. Należy podkreślić, iż na ochrona swobody umów niewątpliwie wpływa stosunek Unii Europejskiej do zagadnień praw człowieka. Wszak ostatnimi laty widoczna staje się narastająca tendencja do wzmacniania tychże praw celem ujednoczenia rozwiązań w zakresie umów konsumenckich³⁵, wzmacniania europejskich wzorcowych klauzul umownych oraz do działań zmierzających do ujednoczenia całościowo europejskiego prawa umów. Wszystkie środki wskazują jak istotna stała się obecnie ochrona praw człowieka nie tylko w szerokim, ale także w wąskim tego słowa znaczeniu – mianowicie w kontekście prawa umów, zwłaszcza tych, w których występuje konieczność ochrony interesu słabszej strony.

4. Autonomia woli i zasada niedyskryminacji we wspólnym systemie odniesień

Projekt wspólnego systemu odniesienia to wzór dla aktów unifikacji prawa prywatnego, w szczególności zaś dla prawa umów³⁶. Zawiera zbiór zasad, definicji oraz ponadnarodowych norm modelowych, który jest stworzony w oparciu o wzory anglosaskie, głównie amerykańskie. „Technika regulacyjna jest amerykańska, lecz <<krajobraz>> europejski, odzwierciedlający europejski model społecznej gospodarki rynkowej, ucieleśniony w konstytucjach państw europejskich, w tym w Konstytucji RP”³⁷. Zasada autonomii woli rozumiana jest przez DCFR jako prawo do samodzielnego decydowania o swoim zachowaniu i własnym życiu przy równoczesnym respektowaniu potrzeb innych. Wraz z zasadami służącymi jej realizacji jest pochodną prawa człowieka do godności, a jej granice wyznaczone są m.in. przez poszanowanie praw człowieka wynikających m.in. z zasady niedyskryminacji. Mimo że zasada autonomii woli i swobody umów oraz zasada niedyskryminacji realizują przeciwstawne interesy uczest-

32 A. Bierć, *Zarys prawa prywatnego...*, s. 318.

33 Rezolucja Parlamentu Europejskiego z dnia 25 listopada 2009 r. w sprawie komunikatu Komisji do Parlamentu Europejskiego i Rady: „Przestrzeń wolności, bezpieczeństwa i sprawiedliwości w służbie obywateli” – program sztokholmski, Dz. Urz. UE C 285E z 21.10.2010 r., s. 12–35.

34 *Boom na prywatne ubezpieczenia zdrowotne*, http://pewp.pl/index.php?option=com_content&view=article&id=93:jaka-przyszlo-dla-europejskiego-prawa-umow&catid=34:wymiar-sprawiedliwosci&Itemid=53 [dostęp: 18.10.2020].

35 Utworzenie fakultatywnego instrumentu prawa umów jest również jednym z najważniejszych działań w ramach Europejskiej agendy cyfrowej.

36 Zob. Księga pierwsza Kodeksu cywilnego. Projekt z uzasadnieniem, Warszawa 10.2008, s. 183, <https://www.gov.pl/attachment/913828a1-9cd5-4801-822b-2bb9d99e5960> [dostęp: 18.10.2021]

37 A. Bierć, *Zarys prawa prywatnego...*, s. 178.

ników obrotu prawnego, są one ze sobą ściśle powiązane. Istotą autonomii woli i swobody umów jest bowiem swobodne dokonywanie czynności prawnych, w tym umów. Ograniczenie stanowi natomiast zasada niedyskryminacji zakazująca nieuzasadnionego różnicowania podmiotów³⁸.

Należy zaznaczyć, że zasada autonomii woli, konsekwentnie również służąca jej realizacji zasada swobody umów, stanowi podstawowe wartości DCFR, służące realizacji „wolności” jako jednej z podstawowych zasad systemu. Obok innych zasad – mianowicie bezpieczeństwa, sprawiedliwości i efektywności – zasada wolności stanowi podstawę aksjologiczną DCFR. Należy podkreślić, że wszystkie wymienione wartości, choć wzajemnie się ograniczające, paradoksalnie służą osiągnięciu wspólnego celu, jakim jest promocja dobrobytu oraz umożliwienie podmiotom prawa prywatnego realizacji interesów prawnych, m.in. w ramach zawieranych przez nie kontraktów. Mimo że są wzajemnie dla siebie pewnego rodzaju „hamulcem”, urzeczywistniają te same cele. Wolność i jej pochodne w postaci zasady autonomii woli i swobody umów są bowiem równoważone poprzez zasadę sprawiedliwości, której realizacji służy m.in. zasada niedyskryminacji.

Wyrazem zasady wolności są zaś m.in. przepisy zawierające normy regulujące swobodę zawierania umów, zasadę najbardziej bezpośrednio związaną z prawem umów. Polega ona na podjęciu decyzji czy w ogóle zawierać umowę, a jeśli tak to na jakich warunkach i kto będzie wówczas stroną umowy. Oznacza to, że strony mogą zawrzeć umowę albo inny akt prawny i określić jego treść z zastrzeżeniem bezwzględnie obowiązujących reguł. Jednocześnie mają prawo do zastosowania lub uchylecia każdej innej reguły związanej z umową lub innym aktem prawnym oraz do zmiany praw i obowiązków z nich wynikających³⁹.

Powyższą swobodę na gruncie DCFR ograniczają zatem reguły bezwzględnie obowiązujące. Porównawszy z granicami wytyczanymi przez polskiego ustawodawcę należy stwierdzić, że przewiduje on ograniczenie nie tylko w postaci niezgodności z przepisami imperatywnymi, lecz także w postaci zasad współżycia społecznego i natury stosunku prawnego. Zgodnie bowiem z przepisami art. 58 i 353¹ k.c. granice swobody umów stanowią, analogicznie jak w DCFR, bezwzględnie obowiązujące przepisy prawa (wśród nich Konstytucji RP)⁴⁰. Oprócz powyższych ograniczeń, w drugim z wymienionych przepisów polski ustawodawca odwołuje się także do klauzul generalnych w postaci zasad moralnych realizowanych za pomocą zaczerpniętej z ustroju socjalistycznego klauzuli zasad współżycia społecznego, a także klauzuli dobrych obyczajów oraz właściwości stosunku prawnego. Nieważna jest zatem czynność prawna sprzeczna z normami znajdującymi uzasadnienie aksjologiczne w systemie prawnym.

Analizując normy wywiedzione z polskiego kodeksu cywilnego nie sposób nie odnieść się do projektu tego aktu prawnego przygotowywanego przez Komisję Kodyfikacyjną Prawa Cywilnego. Zgodnie z przepisami ogólnymi, które regulują problematykę wykładni czynności prawnych, ustawodawca przewiduje, iż powinny wywierać one skutki prawne określone w oświadczeniu woli, ustawie, wynikające ze zwyczajów, a także za którymi przemawiają względy słuszności⁴¹. Nawiązując więc treścią do obecnie obowiązującego art. 56 k.c. z tą różnicą, że zamiast posługiwać się pojęciem „zasad współżycia społecznego wprowadza nową klauzulę generalną, mianowicie „względny rozsądek i słuszności”, wzorowaną na rozwiązaniu zastosowanym w kodeksie holenderskim. Odnosząc się do problematyki zasady swobody umów i jej ograniczeń ujętych w Zielonej Księdze kodeksu cywilnego, „należy jednak przestrzec przed nadmierną ingerencją prawa stanowionego w sferę stosunków zobowiązaniowych z natury swojej łączącej indywidualne oznaczenie strony. Niech raczej same stanowią o swoich wzajemnych relacjach bo najlepiej oceniają swoje interesy. Natomiast silniejszy niż dotychczas

38 Tamże, s. 57 i nast.

39 Zob. przepis art. II.-1:102 DCFR; Ch.van Bar, E. Clive, H. Schulte-Nölke, *Principles Definitions...*, s. 60 i nast.

40 Ustawa o wdrożeniu niektórych przepisów Unii Europejskiej w zakresie równego traktowania z dnia 3 grudnia 2010 r., Dz.U. 2020, poz. 2156.

41 Zob. art. 78 projektu księgi I k.c.: „§1. Czynność prawna wywołuje nie tylko skutki prawne określone w oświadczeniu woli, ustawie i wynikające ze zwyczajów, ale także te za którymi przemawiają względy rozsądku i słuszności. § 2. Oświadczeniem woli jest każde zachowanie się osoby, którym wyraża ona wolę wywołania skutków prawnych polegających w szczególności na powstaniu, zmianie albo zgaśnięciu stosunku prawnego”.

nacisk należałoby położyć na ustalone zwyczaje w określonych typach relacji społecznych, które na ogół bliższe są intencjom storn, niż ogólne normy prawne⁴². Według twórców Zielonej Księgi należy wzmocnić zasadę swobody umów kosztem jej ograniczeń, zatem prymat według tego dokumentu wiedzie zasada swobody umów nad zasadami wyznaczającymi jej granice, m.in. zasadą niedyskryminacji.

Wracając do analizy swobody umów na gruncie DCFR, warto zaznaczyć, że została ona również ujęta we wskazówkach interpretacyjnych, które dotyczą kwestii bezpośrednio związanych z zawarciem umowy, czyli ze swobodą zawierania umów. Zgodnie z dyrektywą interpretacyjną każda ze stron umowy ma prawo swobodnego wyboru innej strony oraz do swobodnego kształtowania treści i formy umowy. Warunkiem jest jednak, aby przedmiot swobody umów był zgodny z obowiązującymi przepisami prawa⁴³. W ramach swobody umów strony mają także prawo do zmiany kontraktu lub jego rozwiązania przez cały czas jego trwania⁴⁴. Swoboda zawierania umów, która stanowi przedmiot niniejszej rozprawy, została szczegółowo uregulowana w DCFR i oznacza swobodny wybór strony umowy, kształtowania treści i formy umowy pod jednym warunkiem – mianowicie zgodności z obowiązującymi przepisami prawa⁴⁵.

Jak już wspomniano, podstawą aksjologiczną DCFR obok zasady wolności są zasady: bezpieczeństwa, sprawiedliwości i efektywności. Wyrazem zasady sprawiedliwości jest m.in. zasada niedyskryminacji⁴⁶, zgodnie z którą każdy ma prawo do bycia niedyskryminowanym ze względu na płeć, pochodzenie etniczne, bądź rasowe w związku z umową lub innym aktem prawnym, którego celem jest zapewnienie dostępu, bądź dostawa towarów lub usług publicznie dostępnych⁴⁷. DCFR, zakazując dyskryminacji w odniesieniu do umów, wprowadza dwa ograniczenia.

Pierwsze z nich dotyczy kryteriów dyskryminacji – zakaz obowiązuje jedynie ze względu na płeć, pochodzenie etniczne i rasowe, co wynika z przejęcia rozwiązań ze źródeł prawa Unii, mianowicie dyrektyw 2000/43/WE⁴⁸ i 2004/113/WE⁴⁹. Należy jednak zaznaczyć, że inne cechy, mimo iż nie zostały wymienione w DCFR, „również podlegają ochronie. Jej podstawę stanowią zasady dobrej wiary i uczciwego kontraktowania zawarte w omawianym dokumencie i służące gwarancji ochrony praw człowieka oraz praw podstawowych”⁵⁰. Jako że wynikają one z prawa międzynarodowego (m.in. z przepisu art. 14 Europejskiej konwencji o ochronie praw człowieka i podstawowych wolności) oraz Unii Europejskiej (z treści traktatów, bądź z przepisu art. 21 Karty praw podstawowych.).

Drugie ograniczenie zastosowania zasady niedyskryminacji dotyczy rodzaju zawieranych umów w związku z którymi dyskryminacja jest zakazana, czyli umów dotyczących towarów i usług publicznie dostępnych. Ujęcie w ten sposób zakazu dyskryminacji w DCFR także nawiązuje do treści dyrektyw 2000/43/WE i 2004/113/WE z tą różnicą, że obok pojęcia towarów i usług wprowadzono dodatkowo pojęcie *other assets*. W DCFR pojęcie towaru ma węższe znaczenie niż wynikające z wymienionych dyrektyw i z tego względu zostało uzupełnione. Jako przykład transakcji dotyczących usług publicznie dostępnych mogą posłużyć umowy, których przedmiotem są towary lub usługi skierowane do publiczności za pośrednictwem mediów, bądź oferowane publicznie usługi np. restauratorów. Co istotne, przepisy regulujące omawiane usługi należy analizować łącznie z innymi przepisami⁵¹

42 Zob. Optymalna wizja kodeksu cywilnego – Zielona Księga, s. 84, <https://bip.ms.gov.pl/pl/dzialalnosc.komisje-kodyfikacyjne/komisja-kodyfikacyjna-prawa-cywilnego> [dostęp: 16.12.2015].

43 Art. 0:101 DCFR potwierdza również inną wskazówkę interpretacyjną do zasad ujętą w art. II.-1:103(1) oraz III.-1:109(2).

44 Zob. art. II.-1:103(3), III.-1:108(1) DCFR.

45 Ch. van Bar, E. Clive, H. Schulte-Nölke, *Principles Definitions...*, s. 60 i nast.

46 Dość szczegółowo uregulowana przez przepisy rozdziału II DCFR.

47 Art. II.-2:101 DCFR.

48 Dyrektywa Rady 2000/43/WE z dnia 29 czerwca 2000 r. wprowadzająca w życie zasadę równego traktowania osób bez względu na pochodzenie rasowe lub etniczne, Dz. Urz. UE L 180 z 19.07.2000 r., s. 22-26.

49 Dyrektywa Rady 2004/113/WE z dnia 13 grudnia 2004 r. wprowadzająca w życie zasadę równego traktowania mężczyzn i kobiet w zakresie dostępu do towarów i usług oraz dostarczania towarów i usług, Dz. Urz. UE L 373 z 21.12.2004 r., s. 37-43.

50 Zob. art. I.-1:102 DCFR.

51 Chodzi głównie o przepisy zawarte w rozdziale 2 DCFR i częściowo w księdze III DCFR.

dotyczącymi definicji dyskryminacji⁵², wyjątków od niej⁵³, środków ochrony prawnej⁵⁴ oraz zasad ogólnych odpowiedzialności za wyrządzoną szkodę w przypadku naruszenia zakazu dyskryminacji⁵⁵. DCFR posługuje się zatem pojęciem dyskryminacji bezpośredniej, pośredniej, molestowania, w tym seksualnego i polecenia dyskryminacji⁵⁶.

W polskim systemie prawnym ustawa antydyskryminacyjna wprowadza bardzo zbliżoną definicję dyskryminacji obowiązującą w zakresie przewidzianym w dyrektywie 2000/43/WE z tą różnicą, że ustawodawca zawęży zastosowanie wymienionej ustawy do niektórych tylko zakresów usług, ograniczając w ten sposób znacznie jej praktyczne zastosowanie w obrocie prywatnoprawnym⁵⁷.

Warto podać przykłady poszczególnych rodzajów dyskryminacji wymienionych zarówno w DCFR, jak i w polskiej ustawie antydyskryminacyjnej. Otóż bezpośrednią dyskryminację w stosunkach umownych stanowi np. odmowa zawarcia umowy przez bank z czarnoskórą osobą; wymóg wobec klientów pochodzących z danego kraju aby wpłacali zaliczkę przed dostarczeniem im danych dóbr i usług podczas gdy takiego wymogu nie przewiduje się wobec osób pochodzących z innych państw. Przykładem dyskryminacji pośredniej w stosunkach umownych jest natomiast udzielanie pożyczek przez bank tylko osobom zatrudnionym na pełny etat. Jeśli na część etatu zatrudniane są głównie kobiety, taka praktyka jest jednoznaczna z ich pośrednią dyskryminacją, bowiem jej efektem jest finalnie dyskryminacja tej grupy społecznej. Przykładem molestowania jest wyświetlanie filmu o rasistowskim zabarwieniu w kawiarni, co może godzić w godność jej czarnoskórych klientów. Przykładem polecenia dyskryminacji w stosunkach umownych jest natomiast polecenie wydane przez właściciela sklepu aby nie obsługiwać klientów pochodzenia np. żydowskiego.

Co istotne, DCFR zawiera szczegółowe regulacje odnośnie środków ochrony prawnej, w których nie różnicuje ze względu na formę dyskryminacji, co ma miejsce również w przypadku regulacji wyjątku od dyskryminacji. Nierówne traktowanie jest dopuszczalne tylko w sytuacji usprawiedliwienia celem zgodnym z prawem, a środki do osiągnięcia tego celu są odpowiednie i konieczne⁵⁸. Wprowadza to niezbędną elastyczność w zastosowaniu zasady niedyskryminacji, pozwalającą na wytyczenie rozsądnej granicy pomiędzy zasadą niedyskryminacji a innymi wartościami, wśród nich swobodą zawierania umów. W tym znaczeniu ocena czy dane działanie jest usprawiedliwione zgodnym z prawem celem sprowadza się do ustalenia czy jego skutkiem jest naruszenie godności drugiego człowieka. Jeśli tak, to wówczas mamy do czynienia z zachowaniem dyskryminacyjnym; jeśli nie, to oznacza, że inna wartość, m.in. swoboda zawierania umów, ma „prymat” nad zasadą niedyskryminacji. W takim przypadku omawiane zachowanie oznacza nierówne traktowanie dopuszczalne w ramach prawa, a nie dyskryminację przez prawo zabronioną. Wyjątek od zasady niedyskryminacji przewidziany w tym artykule spełnia zatem bardzo ważną rolę. Uniemożliwia automatyczną kwalifikację każdego nierównego traktowania jako dyskryminację, tym samym zapewniając rozsądną granicę pomiędzy zastosowaniem tej zasady, a swobodą zawierania umów.

Odnosząc się do rozwiązania obowiązującego na gruncie polskiej ustawy antydyskryminacyjnej, wyjątek od zasady równego traktowania stanowi ogólnie rozumiane dobro publiczne i porządek publiczny. Dyskryminacja nie stanowi bowiem nierównego traktowania, jeśli służy podjęciu środków niezbędnych w demokratycznym państwie prawnym do ochrony bezpieczeństwa publicznego, porządku publicznego, ochrony zdrowia lub ochrony wolności i praw innych osób oraz zapobiegania działaniom podlegającym sankcjom karnym. Stąd wniosek, że przy wprowadzaniu przepisów antydyskryminacyjnych polski ustawodawca opiera się głównie na rozwiązaniach istotnych z punktu widzenia

52 Zob. art. II.-2:102 DCFR.

53 Zob. art. II.-2:103 DCFR.

54 Zob. art. II.-2:104 DCFR.

55 Ch. van Bar, E. Clive, H. Schulte-Nölke, *Principles Definitions...*, s. 210 i nast.

56 Art. II.-2:102 DCFR.

57 Zob. art. 4 i 5 ustawy o wdrożeniu niektórych przepisów Unii Europejskiej w zakresie równego traktowania z dnia 3 grudnia 2010 r.

58 Art. II.-2:103 DCFR.

demokratycznego państwa prawa. Prymat wiedzy zatem zasada bezpieczeństwa obrotu prawnego⁵⁹, podczas gdy system odniesień koncentruje się na usprawiedliwionym celu zgodnym z prawem, kładąc nacisk na ekonomiczne aspekty obrotu prawnego, które służą realizacji zasady efektywności.

Przechodząc do analizy środków ochrony prawnej, zgodnie z DCFR oferuje dyskryminacji przysługują środki przewidziane w ramach odpowiedzialności deliktowej⁶⁰ oraz środki przysługujące w przypadku niewykonania zobowiązania⁶¹. Podczas gdy do tych pierwszych należy głównie odszkodowanie, drugie obejmują⁶²: odszkodowanie, domaganie się wykonania zobowiązania, zerwanie umowy, redukcję ceny.

W przypadku pierwszego z wymienionych środków ochrony prawnej istotną kwestię stanowi odpowiedź na pytanie, kto może domagać się odszkodowania – czy tylko ofiara dyskryminacji będąca stroną umowy, bądź potencjalną stroną umowy w przypadku niezawarcia jej wskutek działania dyskryminacyjnego, czy także osoba będąca po prostu klientem niebędącym stroną, ani potencjalną stroną umowy. Otóż DCFR szeroko ujmuje prawo do skorzystania ze środków ochrony prawnej, w związku z tym służą one zarówno „bezpośredniej” ofierze dyskryminacji, jak i innym osobom. Na przykład, prawo do domagania się odszkodowania będzie przysługiwało osobie, która jako gość została zaproszona do restauracji i uległa dyskryminacji na skutek odmowy obsłużenia ze względu na swoją rasę. Mimo iż wspomniana osoba nie była stroną umowy, ma prawo do domagania się odszkodowania za straty niematerialne.

Warto dodać, że mimo iż prawo do odszkodowania obejmuje zarówno straty materialne jak i niematerialne. Dyskryminacja jest ściśle związana z naruszeniem godności człowieka, a z reguły odszkodowanie za jej wystąpienie obejmuje straty niematerialne właśnie w postaci naruszenia prawa do godności. Nie oznacza to jednak, że niemożliwym jest doświadczenie straty majątkowej na skutek działania dyskryminacyjnego. Jako przykład może posłużyć sytuacja osoby, której z rasistowskich pobudek odmówiono przyznania kredytu, co zmusiło ją do zaciągnięcia go w innej instytucji na gorszych warunkach. W omawianym stanie faktycznym ofiara dyskryminacji ma prawo domagać się odszkodowania za straty materialne oznaczające różnicę w kosztach kredytu jaką poniosła. Poza tym, ma prawo do odszkodowania za straty niemajątkowe ze względu na naruszenie jej godności na skutek dyskryminacji⁶³.

Porównując powyższe środki prawne z przewidzianymi przez polską ustawę antydyskryminacyjną, uwidacznia się fakt, że zawiera ona jedynie środek prawny w postaci odszkodowania za szkodę majątkową przysługujący w przypadku naruszenia zasady równego traktowania⁶⁴. Analogicznie, ciężar dowodu spoczywa na osobie, której zarzucono działanie dyskryminacyjne, jak przewidują to implementowane przez omawianą ustawę dyrektywy unijne. Doświadczywszy zatem szkody niemajątkowej, pokrzywdzony jest zmuszony do oparcia swojego roszczenia na podstawie prawnej wynikającej z aktu prawnego *lex generali*, jaką w stosunku do ustawy antydyskryminacyjnej stanowi kodeks cywilny. W związku z faktem, iż w obecnym kształcie nie przewiduje on środka prawnego służącego rekompensacie za doznaną w ramach reżimu kontraktowego szkodę niemajątkową⁶⁵, poszkodowany może oprzeć swoje roszczenia jedynie, gdy naruszenie jego praw godziło jednocześnie w jego dobra osobiste.

Analizując zakres odszkodowania należy w kilku słowach wspomnieć o tendencji do rozszerzania zakresu odpowiedzialności deliktowej na uszczerbki niemajątkowe widocznej m.in w orzecznictwie

59 Zob. art. 8 ust. 2 ustawy o wdrożeniu niektórych przepisów Unii Europejskiej w zakresie równego traktowania z dnia 3 grudnia 2010 r.

60 Wynikają one z księgi VI DCFR.

61 Wynikają one z rozdziału 3 księgi III, art. II.–2:104 DCFR.

62 Art. III.–3:101 (1) DCFR.

63 Ch.v. Bar, E. Clive, H. Schulte-Nölke, *Principles Definitions...*, s. 222 i nast.

64 Zob. art. 13 ustawy o wdrożeniu niektórych przepisów Unii Europejskiej w zakresie równego traktowania z dnia 3 grudnia 2010 r.

65 Zob. więcej o szkodzie niemajątkowej: A. Szpunar, *O zadośćuczynieniu z tytułu uszkodzenia ciała*, „Studia Iuridica” 1994, nr XXI, s. 172.

Trybunału Konstytucyjnego⁶⁶. Zgodnie z nim, szeroki zakres pojęcia szkody obejmuje każdy uszczerbek w prawnie chronionych dobrach danego podmiotu – zarówno o charakterze majątkowym, jak i niemajątkowym. Trybunał utorował w ten sposób drogę poglądom pojawiającym się w piśmiennictwie, które postulują wzmocnienie ochrony majątkowej dóbr osobistych oraz określenie zakresu podstaw dla żądania zadośćuczynienia pieniężnego w ramach odpowiedzialności kontraktowej⁶⁷.

Trzeba podkreślić, że, przy regulacji środków prawnych za naruszenie zasady równości, DCFR posługuje się pojęciem odszkodowania, które swym zakresem obejmuje zarówno szkodę majątkową, jak i niemajątkową. Przewiduje on zatem regulację analogiczną do obecnie obowiązujących roszczeń za naruszenie dóbr osobistych na gruncie polskiego kodeksu cywilnego.

Przechodząc do drugiego z wymienionych środków w DCFR, czyli prawa do domagania się wykonania zobowiązania, należy wspomnieć, iż budzi on wiele kontrowersji. Często bowiem przy okazji wystąpienia dyskryminacji przyjmuje formę prawa do domagania się zawarcia umowy. Siłą rzeczy zmuszenie kogoś do zawarcia umowy z osobą, z którą nie miał woli tego uczynić, ingeruje w sposób istotny w swobodę zawierania umów. Ocenę, czy zastosować ten środek ochrony prawnej, opiera się z reguły na sprawdzeniu czy ofiara dyskryminacji ma dostęp do innych dóbr i usług których jej odmówiono z pobudek dyskryminacyjnych – innymi słowy, czy może zawrzeć umowę z kimś innym na takich samych lub zbliżonych warunkach. Jeśli może, wówczas nie mamy do czynienia w sytuacją wymagającą zmuszenia osoby dyskryminującej do zawarcia umowy z osobą dyskryminowaną, tym samym nie ingerują znacznie w swobodę zawierania umów. Jeśli natomiast ofiara dyskryminacji nie ma dostępu do takich samych lub zbliżonych dóbr i usług, wówczas zastosowanie środka ochrony prawnej w postaci odszkodowania nie spełni swojej funkcji i należy zastosować środek w postaci domagania się zawarcia umowy. Jako przykład może posłużyć odmowa zawarcia umowy najmu z ciężarną kobietą ze względu na trudności z wypowiedzeniem takiej umowy. W tym przypadku ofiara dyskryminacji może domagać się zawarcia umowy ze względu na duże prawdopodobieństwo spotkania się z podobnymi reakcjami innych wynajmujących.

W związku z faktem, że dyskryminacja może przybierać różne formy i mieć różne nasilenie, należy zawsze rozpatrzyć każdy stan faktyczny *ad casum*. Analogicznie, w ten sam sposób należy dobierać środki ochrony prawnej. Te ostatnie wynikają z różnych przepisów DCFR – np. stwierdzenie nieważności umowy⁶⁸ w przypadku naruszenia podstawowych zasad⁶⁹, wykładnia umowy dokonana na korzyść ofiary dyskryminacji⁷⁰ uznanie za nieważne postanowień umowy ze względu na ich niesprawiedliwość⁷¹, bądź środki przewidujące pozakontraktową odpowiedzialność za szkodę⁷². Co istotne, wymienione środki ochrony prawnej mogą się kumulować, co oznacza, że ofiara dyskryminacji ma prawo korzystać z nich jeśli tylko dadzą się ze sobą pogodzić⁷³. Poza tym, powinny służyć osiągnięciu celów, jakimi są rekompensata za doznaną szkodę dla ofiary dyskryminacji i spełnienie funkcji odstraszającej dla dyskryminującego przy zachowaniu wymogu proporcjonalności środka prawnego względem wyrządzonej szkody. Przy ocenie, czy dany środek jest proporcjonalny, bierze się pod uwagę sytuację osoby dopuszczającej się dyskryminacji tak, aby jednocześnie środek spełniał funkcję odstraszającą – ostatni z wymienionych skutków występuje, jeśli dany środek ochrony prawnej jest dla dyskryminującego dotkliwy. Jako przykład może posłużyć właściwe miarkowanie odszkodowania. Inne będzie w przypadku, gdy dyskryminacji dopuściła się mała rodzima firma, a inne jeśli duża międzynarodowa korporacja. Tylko w ten sposób środek ochrony prawnej może spełnić funkcję odstraszającą – poprzez

66 Zob. m.in. wyrok TK z 4 grudnia 2001 r., SK 18/00, OTK 2001, nr 8, poz. 256.

67 G. Bieniek, *Komentarz do kodeksu cywilnego. Zobowiązania. Księga trzecia*, t. I, Warszawa 2001, s. 429.

68 Zob. art. II.-7:301 DCFR.

69 Zob. art. II.-8:101.

70 Zob. art. II.-8:102 DCFR.

71 Zgodnie z przepisami wynikającymi z rozdziału 9, sekcji 4, księgi II DCFR.

72 Zob. księga VI DCFR.

73 Środek ochrony prawnej w postaci zerwania umowy jest ze swej natury nie do pogodzenia z żądaniem jej zmiany. Ofiara dyskryminacji może żądać natomiast odszkodowania za szkodę majątkową i niemajątkową oraz zerwania umowy.

swoją dotkliwość. Oprócz tego, należy brać pod uwagę sytuację ofiary dyskryminacji, na przykład gdy istnieje duże prawdopodobieństwo powtórzenia dyskryminacji w przyszłości, najbardziej odpowiednim środkiem będzie zakaz ponownej dyskryminacji⁷⁴.

Przy okazji analizowania kolejnych z wymienionych w rozdziale III DCFR środków ochrony prawnej, a mianowicie prawa do zerwania umowy i redukcji ceny, warto zaznaczyć, że wymóg spełnienia funkcji odstraszałającej ma ograniczone znaczenie. Oznacza to, że ofiara dyskryminacji może użyć także bardziej dotkliwych środków, a nie jedynie tych które zrekompensują jej poniesioną szkodę. Trzeba jednak uwzględnić warunek proporcjonalności. Może się bowiem zdarzyć, że zastosowany zostanie środek ochrony prawnej w postaci zerwania umowy w sytuacji, gdy można było ją zmodyfikować⁷⁵.

Jak widać, wszystkie sankcje za naruszenie zasady niedyskryminacji mają podwójne zadanie. Po pierwsze mają zrekompensować już powstałe skutki dyskryminacji, a po drugie – zapobiec dyskryminacji, która mogłaby wystąpić w przyszłości. Aby powyższe cele mogły zostać zrealizowane, omawiane środki muszą być skuteczne, proporcjonalne i spełniać funkcję odstraszałającą. Co istotne, śladem dyrektyw antydyskryminacyjnych⁷⁶ DCFR przewiduje domniemanie dyskryminacji, oraz przeniesienie ciężaru dowodu⁷⁷ na drugą stronę, która musi udowodnić, iż nie dopuściła się dyskryminacji wykazując, że jej zachowanie było motywowane prawnie uzasadnionym celem, innym niż względy oparte na płci, rasie i pochodzeniu etnicznym⁷⁸.

5. Wnioski końcowe

Podsumowując, choć projekt DCFR ma charakter jedynie prawa modelowego, mającego zastosowanie zgodnie z wolą stron (opcja *opt-in* lub *opt-out*) niewątpliwie dokument ten stanowi silną inspirację dla prawodawców poszczególnych państw członkowskich. Mimo że nie zastępuje przepisów krajowych, to z pewnością wpływa na nie w znacznym stopniu. Za przykład może posłużyć uwzględnienie reguł jakimi rządzi się projekt w pracach rekodyfikacyjnych w naszym kraju. Wyraz tego stanowi już wspomniana pierwsza księga nowego kodeksu cywilnego opracowanego przez Komisję Kodyfikacyjną Prawa Cywilnego⁷⁹.

DCFR zawiera regulacje, które mogą zainspirować ustawodawcę krajowego, jak zachować równowagę pomiędzy dwoma przeciwstawnymi sobie wartościami – swobodą zawierania umów, będącą pochodną zasady wolności i zasadą niedyskryminacji wywodzącą się z zasady sprawiedliwości. Jako że swoboda zawierania umów nie jest kompetencją nieograniczoną, każde z państw, które ją stosuje powinno przewidywać odpowiednie ograniczenia, wzorując się na postanowieniach DCFR. Niekiedy ograniczenia mogą być złagodzone bądź zaostrzone, lecz ustawodawca powinien zawsze mieć je na względzie. DCFR przewiduje konsekwentnie różnorodne ograniczenia omawianej swobody – m.in. w postaci możliwości uchylenia się od umowy zawartej przy użyciu oszustwa lub wykorzystania niekorzystnego położenia drugiej strony⁸⁰, bezskuteczności postanowień umowy sprzecznych z zasadą dobrej wiary i uczciwego kontraktowania⁸¹, nieważności postanowień sprzecznych z podstawowymi wartościami państw członkowskich Unii Europejskiej⁸², czy też ograniczenia skuteczności postanowienia umownego sprzecznego z imperatywnym przepisem prawa do ustalenia treści zgodnie z tym prawem⁸³.

Pytanie zasadnicze brzmi: do której kategorii zaliczyć zasadę niedyskryminacji? Otóż, niewątpliwie do fundamentalnych wartości wspólnych państwom członkowskim Unii Europejskiej. Wynika to

74 Ch. von Bar, E. Clive, H. Schulte-Nölke, *Principles Definitions...*, s. 234 i nast.

75 Tamże.

76 Dyrektywy 2000/43/WE i 2004/113/WE.

77 Art. II.-2:105 DCFR.

78 Ch. von Bar, E. Clive, H. Schulte-Nölke, *Principles Definitions...*, s. 234 i nast.

79 A. Bierć, *Zarys prawa prywatnego...*, s. 85 i nast.

80 Art. II.-7:205.

81 Art. III.-1:103.

82 Art. II.-7:301.

83 Art. II.-7:302 DCFR.

m.in. z postanowień Europejskiej konwencji praw człowieka i podstawowych wolności oraz Karty praw podstawowych, co wielokrotnie zostało podkreślone w orzecznictwie Trybunału Sprawiedliwości Unii Europejskiej. Postanowienia DCFR, które odnoszą się do zasady niedyskryminacji, potwierdzają i uszczegółwiają zasadę niedyskryminacji jako fundamentalną wartość wspólną wszystkim państwom członkowskim tej organizacji. Potwierdzają także fakt, że wraz z rosnącym znaczeniem praw człowieka w Europie zasada niedyskryminacji wywiera istotny wpływ na inne wartości, m.in. na swobodę zawierania umów⁸⁴.

Konkludując należy stwierdzić, że liberalizm w postaci swobody zawierania umów podlega wielu ograniczeniom na rzecz rozwiązań prawnych zakotwiczonych w doktrynie paternalizmu, takich jak zasada niedyskryminacji. Ingerencja w swobodę zawierania umów jest zatem niezbędna, zwłaszcza w kontekście ochrony słabszych uczestników masowego obrotu, m.in. konsumentów. Wówczas mechanizmem służącym ważeniu sprzecznych wartości *od casum* jest zasada proporcjonalności. Potwierdza to zarówno prawo krajowe państw członkowskich Unii Europejskiej, prawo unijne, jaki i wyżej omawiane prawo modelowe⁸⁵.

Ochrona praw człowieka stała się bez wątpienia jednym z głównych celów Unii Europejskiej, czego wyrazem jest m.in. zmiana statusu Karty praw podstawowych na mającą moc zrównaną z traktatami. Prawo Unii Europejskiej w coraz większym stopniu ingeruje w zasadę swobody umów na rzecz wzmocnienia ochrony praw człowieka, w tym prawa do bycia niedyskryminowanym przy zawieraniu umów. Dotyczy to zwłaszcza obszarów, w których występuje potencjalna nierówność kontrahentów, m.in. w prawie konsumenckim. Wskazana tendencja jest widoczna zarówno w prawie pierwotnym i wtórnym tej organizacji, jak i w prawie modelowym w postaci DCFR oraz w działaniach harmonizacyjnych podjętych m.in. przez grupę *Acquis*. Wzmacnianie ochrony praw człowieka ma również ogromny wpływ na regulacje prawne poszczególnych państw członkowskich, w tym regulację polską. Nasuwa się więc wniosek, że znalezienie trudnego kompromisu pomiędzy zasadą niedyskryminacji a autonomią woli jest elementem procesu harmonizacji, a właściwie unifikacji, europejskiego prawa prywatnego. Proces ten przybiera postać nie tylko próby utworzenia wspólnej europejskiej kultury prawnej, swoistego rodzaju *ius commune* Europy, lecz także prawa globalnego, czyli ujednoczenia zarówno metody, stylu ustawodawstwa, dogmatyki, jak i orzecznictwa na skalę światową.

84 Ch. van Bar, E. Clive, H. Schulte-Nölke, *Principles Definitions...*, s. 175-176.

85 A. Bierć, *Zarys prawa prywatnego...*, s. 60.

Prawo umów, będące podstawową regulacją organizującą obrót gospodarczy we współczesnym świecie, od zawsze stanowiło fundament prawa prywatnego. Postępująca globalizacja (internacjonalizacja) i multicytryczność (wielość ośrodków stanowienia) prawa prywatnego powoduje, że na jego kształt – czy szerzej kierunek ewolucji – wpływ mają nie tyle krajowi, czy ponadnarodowi ustawodawcy, ale przede wszystkim praktyka jego stosowania. Obecnie to bowiem tzw. prawotwórstwo sędziowskie najpełniej jest w stanie recypować do prawa system norm i wartości społecznych (sędzia jako gwarant słuszności w treści prawa).

Wskazane tendencje prawa prywatnego potwierdzają, że już dawno nastąpiło odejście od pozytywistycznej (formalnej) myśli prawniczej w kierunku pragmatyzmu, którego wyrazem pozostaje anglosaski model stanowienia i stosowania prawa (prawo efektywne ekonomicznie, klauzula rozsądku oraz roztropność sędziowska jako środek kontroli wyników literalnej wykładni prawa).

Niniejsza monografia stanowi zbiór rozdziałów napisanych przez pracowników i współpracowników (w tym byłych doktorantów) Zakładu Prawa Prywatnego Instytutu Nauk Prawnych PAN, poświęconych wyzwaniom cywilizacyjnym prawa kontraktowego, związanym m.in. cyfryzacją wszystkich dziedzin życia, globalizacją, publicyzacją prawa cywilnego i związaną z tym standaryzacją umów, czy ochroną konsumenta.

ISBN 978-83-66300-21-7



9 788366 300217