



**co do zasady.
studia i analizy
prawne**

2 / 2020 [półrocznik]



co do zasady. studia i analizy prawne

2 / 2020 [półrocznik]

Kolegium redakcyjne

dr Przemysław Szymczyk, redaktor naczelny
dr Maciej Kiełbowski, z-ca redaktora naczelnego

Redakcja językowa

Justyna Zandberg-Malec, Joanna Gonczarow

Rada Naukowa

prof. Alexander Bělohlávek, prof. Elżbieta Chojna-
-Duch, prof. Lech Garlicki, prof. Tomasz Giaro,
prof. Roman Hauser, prof. Carlos Flores Juberías,
dr hab. Tomasz Koncewicz (prof. UG), prof. Bertrand
Mathieu, prof. Witold Modzelewski, prof. Fryderyk Zoll

Zespół recenzentów

prof. Jan Barcz, prof. Andrzej Kidyba, prof. Elżbieta
Kornberger-Sokołowska, prof. Adam Łazowski,
prof. Zygmunt Niewiadomski, prof. Gertruda
Uścińska, prof. Jerzy Zajadło, dr hab. Jarosław
Grykiel (prof. UAM), dr hab. Michał Krakowiak
(prof. Uł), dr Adam Błachnio, dr Wiktor Klimiuk,
dr Marta Kozłowska, dr Olga Piaskowska,
dr Piotr Piesiewicz, dr Beata Rogalska, dr Mateusz
Tchórzewski, dr Radosław Wiśniewski

Redakcja zastrzega sobie prawo dokonywania zmian redakcyjnych w nadsyłanych tekstach, w tym skracania ich, zmiany tytułów, umieszczania śródtytułów, redukowania liczby przypisów, jak również wprowadzania poprawek merytorycznych i stylistycznych. Opracowań niezamówionych redakcja nie zwraca. Z chwilą przekazania tekstu do redakcji Autor przenosi wyłączne prawo do jego publikacji (prawa autorskie i wydawnicze) na wydawcę. Wymogi redakcyjne wobec Autorów, zasady recenzowania opracowań oraz warunki prenumeraty są dostępne na stronie: www.codozasady.pl/studia-analizes.

Wersją podstawową
(referencyjną) czasopisma
jest wersja papierowa.

Co do zasady. Studia i analizy prawne
In principle. Legal studies and analyses

wardynski.com.pl
codozasady.pl

Wydawca

WIW Services
Al. Ujazdowskie 10
00-478 Warszawa
Tel.: 22 437 82 00, 22 537 82 00

ISSN 2658-0098

Nakład: 200 egz.

e-mail: redakcja@wardynski.com.pl

od redakcji

2 / 2020

Drodzy Czytelnicy,

z radością oddajemy w Wasze ręce trzeci numer naszego czasopisma. Fakt, że mimo wszystkich zawirowań w Polsce i na świecie kolejny numer ukazuje się o czasie – i zawiera wypowiedzi tak znamienitych autorów – pozwala nam optymistycznie spoglądać w nie tylko wydawniczą przyszłość.

Zaniepokoiło nas tylko nieco, że teksty naszych autorów – choć przygotowane ze sporym wyprzedzeniem – mają najwyraźniej moc sprawczą, gdyż miejscami sprawiają wrażenie komentarza do obecnych problemów prawnych i społecznych. W kolejnych numerach obiecujemy zachować daleko posuniętą ostrożność w doborze tekstów do publikacji.

Mówiąc jednak serio, autorzy dotykają szeregu ważkich i bardzo aktualnych spraw: poczynając od zastosowania klauzuli nadzwyczajnej zmiany okoliczności w przypadku rażącej straty (temat, niestety, bardzo istotny dziś dla wielu przedsiębiorców), przez zagadnienia dotyczące wchodzącego za chwilę w życie nowego Prawa zamówień publicznych, usprawnień dla pracowników niepełnosprawnych, aż po opodatkowanie platform VOD. Czytelnik odnajdzie w numerze także uwagi o wykonywaniu przez Polskę Konwencji w sprawie likwidacji wszelkich form dyskryminacji kobiet oraz szersze spojrzenie na zagadnienia ustrojowe z zagranicznego punktu widzenia. Głosowane orzeczenia dotyczą kosztów likwidacji szkód samochodowych (aktualne niestety również w czasie

nieco mniejszej mobilności) oraz rozproszonej kontroli konstytucyjnej w sprawach dotyczących administracyjnych kar pieniężnych.

Nieźmiennie zapraszamy do lektury oraz publikowania na naszych łamach.

Jako że numer ten ukazuje się jeszcze przed świętami Bożego Narodzenia, chcielibyśmy życzyć wszystkim czytelnikom, autorom, członkom Rady Naukowej czasopisma oraz naszym współpracownikom i ich bliskim dużo zdrowia i spokoju nie tylko na świąteczny czas. Oby 2021 rok przynosił wyłącznie dobre wydarzenia i miłe niespodzianki.

*adw. dr Maciej Kielbowski
zastępca redaktora naczelnego*



artykuły i studia

- 7 Rażąca strata jako przesłanka zastosowania klauzuli *rebus sic stantibus*
MARCIN LEMKOWSKI
- 25 Znaczenie pojęcia „istotna zmiana umowy” na gruncie prawa zamówień publicznych, ze szczególnym uwzględnieniem dyrektywy 2014/24/UE i orzecznictwa TSUE
MIRELLA LECHNA-MARCHEWKA
- 53 Zapewnienie racjonalnych usprawnień dla pracownika z niepełnościami jako obowiązek pracodawcy
MARCIN WUJCZYK

analizy i opinie

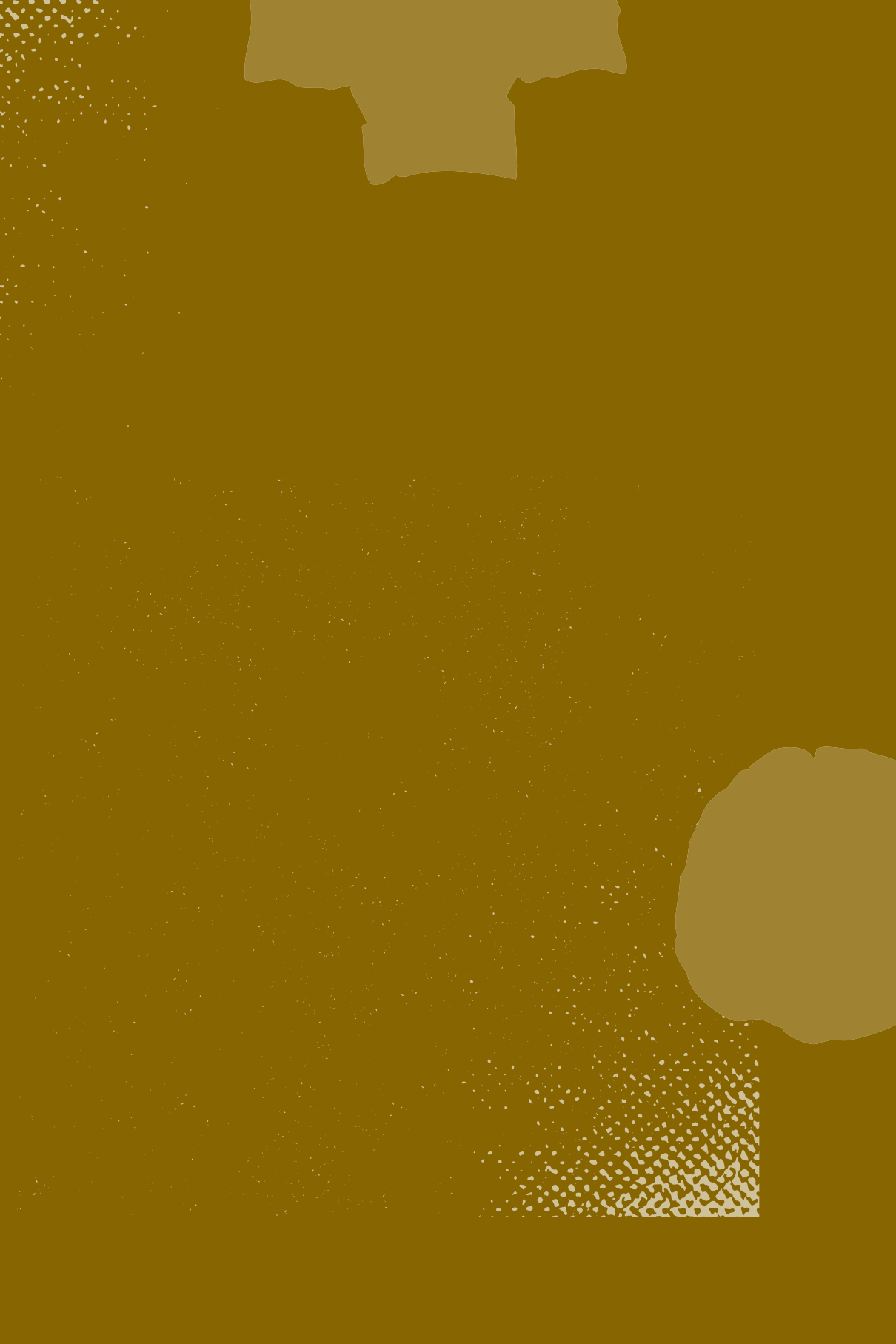
- 73 Kryzys demokracji: próba wyjaśnienia
BERTRAND MATHIEU
- 89 Wykonywanie przez Polskę Konwencji w sprawie likwidacji wszelkich form dyskryminacji kobiet w świetle Uwag końcowych Komitetu CEDAW
JOANNA DUDA
- 107 Opłata od usług VOD – analiza prawnopodatkowa na tle rozwiązań polskich i francuskich
AGATA ZACZEK, BARTOSZ GRZYIAK

judykatura i glosy

- 121 Przelew wierzytelności z tytułu obowiązkowego ubezpieczenia odpowiedzialności cywilnej posiadaczy pojazdów mechanicznych w zakresie zwrotu kosztów za sporządzenie prywatnej ekspertyzy rzeczoznawcy. Glosa do uchwały 7 sędziów Sądu Najwyższego z 2 września 2019 r., III CZP 99/18
MATEUSZ KOSIOROWSKI
- 135 Oczywista sprzeczność przepisu z Konstytucją jako podstawa do uchylecia decyzji nakładającej karę pieniężną. Glosa do wyroku Naczelnego Sądu Administracyjnego z 30 stycznia 2019 r., II OSK 555/17
MACIEJ KIEŁBOWSKI

wywiad

- 145 Przede wszystkim nie szkodzić
ROZMOWA
Z PROF. LECHEM GARLICKIM





prof. UAM dr hab. Marcin LEMKOWSKI

[adwokat, kancelaria Wardyński i Wspólnicy]

Rażąca strata jako przesłanka zastosowania klauzul *rebus sic stantibus*

W Kodeksie cywilnym istnieją dwie klauzule określane mianem klauzuli *rebus sic stantibus*: ogólna – w art. 357¹ k.c. oraz szczegółowa, odnosząca się tylko do umowy o dzieło oraz o roboty budowlane – w art. 632 § 2 k.c.¹ Przepisy te stanowią wyjątek od zasady *pacta sunt servanda*, czy – jak uważają niektórzy² – jej dopełnienie, pozwalając sądowi na dokonywanie zmian w treści umownego stosunku obligacyjnego łączącego strony, jeśli zajdzie nieprzewidywana przez kontrahentów zmiana stosunków. Strony chętnie sięgają do tych rozwiązań prawnych, zwłaszcza w dużych kontraktach budowlanych, które zakończyły się niekorzystnym dla wykonawcy wynikiem finansowym. Można przypuszczać, że z uwagi na wybuch pandemii w 2020 r. art. 357¹ k.c. oraz 632 § 2 k.c. jeszcze częściej niż do tej pory będą podstawą prawną powództwa. Skłania to do uczynienia ich przedmiotem badań, które w ramach niniejszego artykułu zostaną ograniczone do jednej z przesłanek zastosowania tych przepisów, a mianowicie do rażącej straty, o której mowa w każdym z nich.

REBUS SIC STANTIBUS | NADZWYCZAJNA ZMIANA STOSUNKÓW | STRATA | RAŻĄCA STRATA | ŻĄDANIE ZMIANY UMOWY

Mimo że przepisy art. 357¹ k.c. oraz 632 § 2 k.c. obowiązują już długo, nadal nie ma zgody co do tego, jak należy rozumieć przesłankę rażącej straty, która uzasadnia ich zastosowanie.

Co więcej, wedle niektórych poglądów, strata stanowi nie tylko przesłankę stosowania tych przepisów, ale również determinuje to, jaki kształt ma przybrać zobowiązanie wskutek ingerencji sądu,

¹ Por. wyrok SN z 11 stycznia 2017 r., IV CSK 109/16, Legalis, w myśl którego art. 632 § 2 k.c. jako szczególny wyłącza stosowanie przepisu ogólnego, jakim jest art. 357¹ k.c., oraz ma *per analogiam* zastosowanie do wynagrodzenia ry-

czałtowego przewidzianego w umowie o roboty budowlane.

² A. Brzozowski, *Klauzula rebus sic stantibus także w obrocie gospodarczym*, „Przegląd Prawa Handlowego” 1997, nr 1, s. 7.

a więc do jakiej kwoty wynagrodzenie ma zostać podwyższone, bo przeważnie tego żąda powód. Rozbieżne stanowiska co do tej kwestii zarysowały się również w orzecznictwie³. Wszystko to uzasadnia potrzebę podjęcia badań nad przesłanką rażącej straty w rozumieniu wskazanych regulacji.

Pojęcie straty w innych przepisach Kodeksu cywilnego

Nie tylko art. 357¹ k.c. oraz art. 632 § 2 k.c. odwołują się do pojęcia straty. Występuje ono przede wszystkim w art. 361 § 2 k.c., w myśl którego naprawienie szkody obejmuje straty, które poszkodowany poniósł, oraz korzyści, które mógłby osiągnąć, gdyby mu szkody nie wyrządzono. W przepisie art. 361 § 2 k.c. strata (*damnum emergens*) stanowi element wyznaczający zakres odpowiedzialności odszkodowawczej i jest wyraźnie oddzielana od utraconych

korzyści (*lucrum cessans*)⁴. Przez stratę rozumiane jest zmniejszenie majątku poszkodowanego wskutek zdarzenia szkodzącego, które przeciwstawiane jest sytuacji, w której majątek poszkodowanego nie wzrósł w taki sposób, w jaki miałyby to miejsce, gdyby nie nastąpiło zdarzenie szkodzące, za które ktoś ponosi odpowiedzialność⁵.

Art. 361 § 2 k.c. reguluje zatem co innego niż art. 357¹ i art. 632 § 2 k.c., zwłaszcza że ten pierwszy przepis dotyczy nie tylko umów, ale także naprawienia szkody wyrządzonej przez zdarzenie inne niż niewykonanie umowy. Ponadto art. 361 § 2 k.c. nie upoważnia sądu do zmiany stosunku prawnego, a jedynie wyznacza zakres kompensacji (wyrok nie ma w tym przypadku charakteru konstytutywnego, inaczej niż ten wydawany w oparciu o którąkolwiek z klauzul *rebus sic stantibus*). Mimo to nie wydaje się, aby dla potrzeb wykładni art. 357¹ k.c. i art. 632 § 2 k.c. niedopuszczalne było sięganie do dorobku judykatury i piśmiennictwa wypracowanego na gruncie art. 361 § 2 k.c., w myśl zasady, że to samo wyrażenie w ramach jednego aktu prawnego winno zachowywać tożsame znaczenie.

Rażąca strata a zysk

Jeśli zgodzić się z powyższą tezą, to od razu nasuwa się wniosek, że nie może

³ Postanowieniem z 24 kwietnia 2019 r., I CSK 640/18, SN odmówił przyjęcia do rozpoznania skargi kasacyjnej, w której jedno z pytań skarżącego brzmiało: czy pojęcie rażącej straty, w kontekście art. 357¹ k.c. w zw. z art. 647 k.c., powinno obejmować także zakładany przez wykonawcę zysk z umowy? Skargę tę wniesiono od wyroku SA w Warszawie z 6 listopada 2017 r., I ACa 1462/13, w którym zawarto bardzo interesujące spostrzeżenia właśnie na temat rażącej straty, uznając, że winna być ona rozumiana, jako przerzucenie na wykonawcę ciężaru finansowania umowy z własnych środków, jednakże nie jako narzędzie służące do odzyskania przez wykonawcę tej części wynagrodzenia, która jego zdaniem miała stanowić zysk. Z kolei w wyroku z 24 maja 2019 r., I CSK 218/18 przyjęto, że podwyższenie wynagrodzenia ryczałtowego na podstawie art. 632 § 2 k.c. nie ma na celu zrekompensowanie całej grożącej przyjmującemu zamówienie lub poniesionej przez niego straty, lecz zniwelowanie tej straty do takiego poziomu, który nie będzie rażący w rozumieniu tego przepisu. Już tylko te orzeczenia dowodzą, że problem, jak pojmować pojęcie „rażącej straty”, o których mowa we wspomnianych przepisach, jest kontrowersyjny.

⁴ Na temat pojęć straty i utraconych korzyści por. np. Z. Radwański, A. Olejniczak, *Zobowiązania – część ogólna*, Warszawa 2016, s. 93.

⁵ *Lucrum cessans* powoduje szczególne trudności w zakresie związku przyczynowego, jako że rozumowanie w procesie ustalania czyjejs odpowiedzialności odszkodowawczej ma w takim przypadku zawsze charakter hipotetyczny i jako taki niepewny – por. na ten temat A. Koch, *Związek przyczynowy jako podstawa odpowiedzialności odszkodowawczej*, Warszawa 1975, s. 156–166.

być stratą w rozumieniu art. 357¹ k.c. i art. 632 § 2 k.c. jedynie zmniejszenie zysku. Pojęcia zysku i straty są sobie przeciwstawne, czego dowodzi treść art. 867 § 1 k.c., regulującego udział wspólnika w zyskach i stratach. Każde przedsięwzięcie gospodarcze może zakończyć się zyskiem, stratą, albo wynikiem neutralnym – brakiem zysku, ale też niewystąpieniem straty, który to stan określany jest potocznie „wyjściem na zero”. Osiągnięcie zysku wyklucza wystąpienie straty, wobec czego, jeśli ogólny wynik danego kontraktu zamyka się zyskiem, nie może być mowy o zastosowaniu art. 357¹ k.c. czy art. 632 § 2 k.c. Stanowisko to można uznać za utrwalone w orzecznictwie⁶.

Tak samo jak w ramach art. 361 § 2 k.c. nie bada się całościowej sytuacji majątkowej poszkodowanego, a jedynie tę jej część, która mogła zostać dotknięta przez zdarzenie szkodzące⁷, tak samo postępuje się przy rozważaniu stosowania art. 357¹ k.c. i art. 632 § 2 k.c. Należy wyizolować z ogółu stosunków prawno-ekonomicznych jedynie te, które wiążą się z umową dotkniętą zmianą stosunków. Niestety, powiązania w tym zakresie są równie skomplikowane (jeśli nie bardziej) jak te, z którymi trzeba się zmierzyć przy stosowaniu metody dyferencyjnej. Ustalenie, jaki wynik osiągnęła strona umowy w związku z jej zawarciem i wykonaniem,

jest często bardzo trudne i możliwe do osiągnięcia różnymi metodami. Najczęściej w praktyce sporządza się pewien rachunek kosztów, zarówno bezpośrednich, jak i pośrednich, które trzeba ponieść, aby wykonać umowę, a następnie porównuje się je z przychodami. Nadwyżka przychodów nad kosztami oznacza dochód, zysk, z kolei przewaga kosztów – stratę.

Jeśli chodzi o przychody, to są one zwykle określone wprost w umowie, dzięki czemu ich ustalenie przeważnie jest proste i nie budzi wątpliwości. Zwłaszcza w systemie wynagrodzenia ryczałtowego można bardzo łatwo ustalić, na jaki przychód może liczyć strona wykonująca umowę. Niewiadomą są jednak koszty i to nie tylko te bezpośrednie, ale również pośrednie. Z pomocą w ich odróżnieniu przychodzi nauki ekonomiczne, niemniej w ramach dokonywanego rachunku kosztów i określania zasad ich przypisania do danego kontraktu mogą zachodzić istotne różnice pomiędzy poszczególnymi przedsiębiorcami. Zwykle jednak przedsiębiorcy stosują jakiś system ewidencjonujący koszty poniesione na dany projekt. Dzięki temu można kontrolować budżet projektu przez cały czas jego realizacji, a tym samym wpływać na ostateczny wynik finansowy. Systemy te mogą się jednak różnić pomiędzy przedsiębiorcami. Inna może być zasada podziału np. kosztów zarządu pomiędzy poszczególne projekty realizowane przez przedsiębiorcę.

Dodatkową trudność stanowi to, że w wielu przypadkach koszty, których wysokość trzeba ustalić, a następnie przypisać do danego projektu po to, aby zbadać, jakim wynikiem finansowym

⁶ Por. np. wyrok SN z 29 października 2015 r. (I CSK 901/14) czy wyrok SA w Gdańsku z 25 marca 2015 r. (I ACa 907/14).

⁷ Por. M. Kaliński, w: *System Prawa Prywatnego*, Tom 6, Warszawa 2018, s. 87, który słusznie zaznacza, że poszkodowany zawsze ma prawo dowodzić, że zakres oddziaływania szkody jest szerszy, niż wynikałoby to z badania jego stanu majątkowego jedynie w ograniczonym zakresie.

się zakończy, nie są jeszcze dokładnie znane, bo nie zostały poniesione. Bierze się to stąd, że powództwa oparte o art. 357¹ k.c. i art. 632 § 2 k.c. w przeważającej mierze wnoszone są jeszcze przed terminem wykonania umowy, po to aby wykonawcy nie można było zarzucić popadnięcia w zwłokę⁸. Takie ostrożne podejście praktyki wynika z tego, że wedle niektórych poglądów wykonane zobowiązanie nie może już podlegać modyfikacji na podstawie klauzuli *rebus sic stantibus*. Ten niezwykle kontrowersyjny pogląd ma coraz mniej zwolenników⁹, niemniej strony nadal nie chcą niepotrzebnie ekspozować się na dodatkowe ryzyko procesowe i właśnie dlatego składają pozew, jeszcze zanim są w stanie dokładnie obliczyć wynik osiągnięty na kontrakcie.

Konieczność oszacowania przychodów i kosztów

Fakt, że koszty nie zostały jeszcze poniesione, a więc nie można dowieść dokładnie ich wysokości, a jedynie można próbować je oszacować, nie stoi na przeszkodzie zastosowaniu art. 357¹ k.c. lub art. 632 § 2 k.c. Wprost przeciwnie, w naturę tych przepisów jest wpisane antycypowanie wyniku finansowego oczekiwanego z wyko-

niania umowy. Nie jest to zresztą nic nadzwyczajnego, gdyż prawo cywilne odwołuje się czasami do przyszłego, przewidywanego biegu zdarzeń, pozwalając stronom skorzystać z pewnych uprawnień jedynie na podstawie samego przypuszczenia, aczkolwiek dostatecznie silnie uprawdopodobnionego. Jest tak wówczas, gdy strona chce odstąpić od umowy na podstawie art. 635 k.c. czy art. 492¹ k.c.: w naturę tych przepisów jest wpisany pewien hipotetyczny przebieg zdarzeń, przy czym w art. 635 k.c. trzeba wykazać, że ukończenie dzieła albo prac budowlanych (art. 656 § 1 k.c.) w terminie nie jest prawdopodobne, a zgodnie z art. 492¹ k.c. dla powstania uprawnienia do odstąpienia od umowy wystarczy złożenie przez drugą stronę oświadczenia, że zobowiązania nie wykona.

W tym miejscu znowu nasuwa się podobieństwo do art. 361 § 2 k.c., jednak tym razem do tej jego części, która ze stratą nie ma nic wspólnego, bo wiąże się z utraconymi korzyściami. Skoro korzyści te zostały utracone, to znaczy, że w rzeczywistości nie wystąpiły, a rolą powoda – niezwykle trudną zresztą – jest przekonanie sądu, że gdyby nie zdarzenie szkodzące, korzyści te pojawiłyby się, zostałyby osiągnięte. Rozumowanie hipotetyczne pojawia się wobec tego w płaszczyźnie odpowiedzialności odszkodowawczej jedynie tam, gdzie chodzi o szkodę w postaci *lucrum cessans*. Inaczej jest, gdy rozważane jest stosowanie art. 357¹ k.c. lub art. 632 § 2 k.c. – w takim przypadku rozumowanie hipotetyczne może pojawić się od samego początku, także gdy chodzi o wysokość prawdopodobnej straty. O ile bowiem, co już podkreślono, przychody w ramach umowy najczęściej

⁸ Por. kategoryczne stanowisko SN wyrażone w uchwałę z 10 grudnia 1982 r. (III CZP 45/82), akceptowane przez Z. Radwańskiego, J. Pano-wicz-Lipską, *Zobowiązania – część szczegółowa*, Warszawa 2004, s. 165, A. Brzozowskiego, w: *Kodeks cywilny. Komentarz, Tom II*, red. K. Pietrzykowski, Warszawa 2020, Nb. 4 do art. 629 oraz M. Gutowskiego, w: M. Gutowski, *Kodeks cywilny. Komentarz, Tom III*, red. M. Gutowski, Warszawa 2019, Nb. 9 do art. 629.

⁹ Stanowiska w tym zakresie referują m.in. M. Mataczyński, M. Saczywko, w: *Kodeks cywilny. Komentarz. Tom II*, red. M. Gutowski, Warszawa 2019, Nb 17 do art. 357¹.

są stałe, o tyle koszty ulegają zmianie i do momentu ich poniesienia nie da się z całą pewnością stwierdzić, jaki byłby ich poziom. Stąd już tylko krok do wniosku, że sprawy, w których powód żąda zmiany umowy na podstawie klauzuli *rebus sic stantibus*, są konstrukcyjnie podobne do powództw o naprawienie szkody w zakresie utraconych korzyści, a tym samym są trudne z uwagi na konieczność kreślenia często jedynie hipotetycznego przebiegu wydarzeń¹⁰. Trudność ta wynika z niechęci organów stosujących prawo do opierania rozstrzygnięcia na zdarzeniach innych niż pewne, ustalone w sposób bezdyskusyjny.

Powyższe nie może oczywiście zwalniać sądu z podjęcia próby ustalenia takiego prawdopodobnego poziomu kosztów, które trzeba ponieść, aby wykonać umowę. Zarówno w art. 357¹ k.c., jak i w art. 632 § 2 k.c. mowa jest o stracie „grożącej”, a więc takiej, która jedynie zagraża stronie wskutek wykonania umowy, zatem wcale nie ma jeszcze pewności, że rzeczywiście wystąpi. Może nie wystąpić w rzeczywistości i to jeszcze nie oznacza, że powództwo oparte o klauzulę *rebus sic stantibus* będzie bezzasadne. Poniesienie straty musi być nieuchronne, bliskie pewności, ale nie stuprocentowo pewne, ponieważ w warunkach art. 357¹ k.c. i art. 632 § 2 k.c. poruszamy się mimo wszystko w sferze przypuszczeń. Ustawodawca w przepisach tych daje stronie zagrożonej stratą możliwość działania aktywnego, co jest przydatne zwłaszcza w kontraktach wieloletnich. Nie trzeba

czekać na to, aż strata rzeczywiście się zmaterializuje, gdyż wtedy może być już za późno dla przedsiębiorcy dotkniętego zmianą stosunków. Może on z pozwem wystąpić wcześniej, już podczas wykonywania umowy, kiedy straty jeszcze nie ma, ale wiadomo, że będzie, bo wszystko na to wskazuje. Zagrożenie stratą ma wobec tego znaczenie temporalne: przyspiesza moment, w którym można wystąpić do sądu z żądaniem zmiany umowy (albo nawet jej rozwiązania).

Zniweczenie kalkulacji czynionych przez stronę

W orzecznictwie wydanym na tle badanych przepisów napotkać można często także i takie stwierdzenie, które wiąże stratę ze zniweczeniem kalkulacji strony, czynionych przed zawarciem umowy i zakładających osiągnięcie określonego wyniku finansowego przy tzw. normalnym ryzyku kontraktowym, czyli niezakłóconym przez zdarzenie stanowiące zmianę stosunków¹¹. Założenie, że strona przed zawarciem umowy zawsze czyni tego rodzaju obliczenia, a do tego działając z należytą starannością, nie jest prawdziwe. Proces kosztorysowania, budżetowania danego projektu jest zadaniem niezwy-

¹¹ Pogląd, że w art. 357¹ k.c. i art. 632 § 2 k.c. chodzi o „stratę, która niweczy przeprowadzoną przez wykonawcę kalkulację, z uwzględnieniem zwykłego ryzyka kontraktowego” został wyrażony w wielu orzeczeniach: w wyroku SA w Katowicach z 25 czerwca 2013 r. (I ACa 226/13); w wyroku SN z 5 grudnia 2013 r. (V CSK 2/13); w wyroku SA w Krakowie z 25 maja 2016 r. (I ACa 179/16); w wyroku SA w Warszawie z 27 listopada 2017 r. (VII ACa 824/17); w wyroku SN z 8 marca 2018 r. (II CSK 325/17); w wyroku SN z 24 maja 2019 r. (I CSK 218/18).

¹⁰ Por. A. Koch, *Związek przyczynowy*, s. 160–166.

kle trudnym i rzadko zdarza się tak, że osiągnięty w rzeczywistości wynik pokrywa się w pełni z założeniami. Strona, która ma określone doświadczenie, często już tylko na tej podstawie potrafi określić, ile będzie ją kosztowało wykonanie danego zadania. Dowodzą tego dane podawane w przetargach, w których zamawiający przeważnie przeznacza określony budżet na dane zadanie, a przedłożone w nim oferty owszem różnią się od siebie, ale nie w znaczącym stopniu¹². Dla przykładu, w budownictwie mieszkaniowym można podać przybliżoną cenę budowy jednego metra kwadratowego mieszkania w stanie do wykończenia, z kolei w budownictwie infrastrukturalnym można określić, ile kosztuje jeden kilometr drogi ekspresowej czy autostrady, istnieją też przybliżone metody wyceny obiektów inżynierskich, takich jak mosty, wiadukty czy tunele¹³.

Może się wobec tego zdarzyć tak, że doświadczony wykonawca wcale nie musi na etapie zawierania umowy opiewającej na cenę ryczałtową prowadzić czaso- i kosztochłonnych kalkulacji, zwłaszcza jeśli umowa zawierana jest w systemie wynagrodzenia ryczałtowego, a mimo to doskonale zaproponuje wysokość wynagrodzenia, a następnie jego oferta zostanie wybrana. Jeśli potem sprawy przybiorą taki obrót (łac. *rebus sic stantibus*)¹⁴, że trzeba

będzie sięgnąć do art. 357¹ k.c. lub do art. 632 § 2 k.c., to czy taki wykonawca ma zostać pozbawiony ochrony, jaką dają te regulacje, tylko dlatego, że nie potrafi przedstawić sądowi kalkulacji pochodzących sprzed zawarcia umowy, które zostały przez tę zmianę stosunków zniweczone? Uważam, że nie, jednak taki wykonawca sam stawia się w trudniejszej pozycji procesowej niż ten, który będzie potrafił wylegitymować się założeniami i obliczeniami, jakie czynił przed zawarciem umowy, gdy chodzi o poszczególne elementy kosztotwórcze. Wykonawca nieposiadający kalkulacji będzie mógł przekonywać, że ofertę sporządził na podstawie własnego doświadczenia, wiedząc, ile kosztuje wykonanie danego zadania. Zwykle jednak późniejsza zmiana stosunków wpływa tylko na jeden bądź najwyżej kilka elementów kosztotwórczych, co oznacza, że takiemu przedsiębiorcy trudniej będzie wykazać, który koszt został tym wpływem dotknięty i w jakim stopniu, skoro nie potrafi udowodnić, jaki koszt zakładał.

Przedsiębiorcy na ogół nie doceniają, że w tego typu sprawach – których istotnego przyrostu można się zresztą w najbliższym czasie spodziewać z powodu pandemii – takie kalkulacje czynione na etapie zawierania umowy są bardzo silnym dowodem potwierdzającym racje powoda. Oczywiście każdy kosztorys zawiera jakieś pozycje, które w rzeczywistości odchylają się od wartości w nim przyjętych, ale przeważnie są to odchylenia nieznaczne, niewpływające w normalnym biegu zdarzeń w istotny

¹² Cena zbyt niska uruchamia procedurę badania rażąco niskiej ceny, o której mowa w art. 90 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych (tj. Dz.U. 2019, poz. 1843).

¹³ Por. E. Pałys, *Ile kosztuje kilometr drogi*, rynekinfrastruktury.pl, 20 sierpnia 2018, dostęp: październik 2020 r.

¹⁴ M. Matczyński, M. Saczywko, op.cit., Nb. 1 do art. 357¹.

sposób na wynik finansowy¹⁵. Jeśli natomiast nie ma żadnego szczegółowego kosztorysu, istnieje podejrzenie – często niezasadne, ale pojawiające się w tego typu sprawach – że strona sporządziła kosztorys niedbale, że nie doszacowała znaczenia jakiegoś elementu, albo wprost przeciwnie – że już uwzględniła przy budżetowaniu projektu tę zmianę stosunków, która w rzeczywistości później wystąpiła. Taki zarzut pojawia się w tych sprawach, w których podstawą żądania zmiany umowy jest zmiana prawa, np. zmiana wysokości minimalnego wynagrodzenia za pracę. Zamawiający w takim przypadku broni się przed żądaniem zmiany umowy, twierdząc, że wykonawca nie zatrudnił do wykonania umowy osób otrzymujących minimalne wynagrodzenie za pracę, albo wprawdzie zatrudnił, ale od początku zakładał jego sukcesywny wzrost co roku. Jeżeli strona nie potrafi tego zarzutu odeprzeć w ten sposób, że przedłoży założenia i obliczenia, na podstawie których stworzyła swoją ofertę, jej sytuacja procesowa jest trudna, bo sąd nie musi dać jej wiary co do tego, że rzeczywiście poczyniła wówczas takie, a nie inne założenia. Zresztą procesy z art. 357¹ k.c. i art. 632 § 2 k.c. najczęściej dotyczą wykonywania kontraktów długoterminowych, przynajmniej kilkuletnich, bo w takim horyzoncie czasowym prawdopodobieństwo wystąpienia zmiany stosunków jest znacznie większe. Często bywa tak, że w momencie, gdy strona podejmuje decyzję o zainicjowaniu tego postępo-

wania, odszukanie tych założeń bywa utrudnione, ludzie je sporządzający nie są już dostępni, albo wprawdzie są, ale nie pamiętają, na podstawie czego dane oszacowanie kosztów przygotowano, a dane, na podstawie których można by to ustalić, nie istnieją z uwagi na zmiany systemów informatycznych czy księgowych.

Innym aspektem tego problemu jest to, że założenia poczynione na etapie budżetowania kontraktu strona niekiedy chce niestety zataić przed sądem, dlatego że dowodzą one czego innego niż prezentowane przez nią twierdzenia¹⁶. Doświadczony przedsiębiorca potrafi często dobrze przewidzieć wzrost kosztów danego elementu potrzebnego do wykonania umowy, co nie przeszkadza mu potem twierdzić, że został tym przewidywanym wpływem tak czy inaczej dotknięty i zasługuje z tego tytułu na rekompensatę. Odsłaniając swoje wyliczenia, przedsiębiorca pokazuje też to, czego często nie chce ujawniać – a mianowicie oczekiwaną rentowność umowy, która w świetle art. 357¹ k.c. i art. 632 § 2 k.c. również może mieć ogromne znaczenie, a która stanowi tajemnicę tego przedsiębiorcy, np. w relacjach z jego konsorcjantem. Poza tym umożliwia przez to analizę składników tej oferty przeciwnikowi procesowemu, który może wytykać błędy przy jej sporządzaniu, nierealistyczne założenia co do pracochłon-

¹⁵ Często bywa tak, że jeden element kosztorysu odchyła się w jedną, a drugi w drugą stronę, pozostawiając w rezultacie końcowy wynik finansowy na niezmiennym poziomie.

¹⁶ Dzieje się tak mimo że obowiązuje art. 3 k.p.c., zgodnie z którym strony i uczestnicy postępowania obowiązani są dokonywać czynności procesowych zgodnie z dobrymi obyczajami, dawać wyjaśnienia co do okoliczności sprawy zgodnie z prawdą i bez zatajania czegokolwiek oraz przedstawiać dowody.

ności, kosztochłonności itp. Wszystko to sprawia, że przedsiębiorcy bardzo niechętnie wyjawiają, jakie założenia finansowe czynili na etapie budżetowania projektu.

Z perspektywy rażącej straty jako przesłanki klauzuli *rebus sic stantibus* stwierdzić trzeba wobec tego, że jeśli kalkulacje kosztów projektu były przez stronę czynione przed zawarciem umowy, to powinny stanowić punkt wyjścia do oceny, czy stronie grozi rażąca strata. Jednak brak tych kalkulacji nie może stanowić sam w sobie podstawy do oddalenia powództwa. Przedsiębiorca nie ma obowiązku dokumentować tego procesu, zwłaszcza w przypadku wynagrodzenia ryczałtowego, w którym dochodzi do pewnych naturalnych zmian kosztów wykonywanych. Kontrahent nie ma prawa oczekiwać od drugiej strony wykazywania, na jakiej podstawie zaproponowała określone wynagrodzenie. Istotne jest, że to wynagrodzenie zostało zaakceptowane. Sytuacja ta nie ulega zmianie z chwilą, gdy obie strony zasiądą naprzeciwko siebie w sprawach opartych o art. 357¹ k.c. lub art. 632 § 2 k.c.

Rażący charakter straty

Najtrudniejszym, a jednocześnie największym wyzwaniem intelektualnym jest ustalenie, kiedy strata w rozumieniu art. 357¹ k.c. i art. 632 § 2 k.c. staje się rażąca. Wiadomo, że określić to można dopiero w konkretnej sprawie, niemniej zadaniem nauki prawa jest wskazywanie właśnie kryteriów ogólnych, które będą pomocne przy dokonywaniu takiej oceny *ad casum*, mimo że od razu wiadomo, że nie w każdym przypadku te uogólnienia okażą się niezawodne.

Wniosek, który można postawić już na wstępie, jest taki, że nie każda strata uzasadnia wystąpienie z żądaniem zmiany umowy na podstawie klauzuli *rebus sic stantibus*. Już to pierwsze ustalenie często spotyka się z niezrozumieniem ze strony przedsiębiorców, chcących skorzystać z tego instrumentu. Wolą ustawodawcy, jasno wyrażoną, jest to, aby pewien rozmiar straty – taki, który jeszcze nie razi – nie dawał podstawy do żądania zmiany umowy. Oznacza to, że zgodnie z prawem stratę tę strona musi pokryć sama. Po raz kolejny nasuwa się podobieństwo do spraw z zakresu naprawienia szkody, co do których niekiedy również istnieje w obrocie przekonanie, że jeśli szkoda już wystąpiła, to ktoś musi być za nią odpowiedzialny. Takie rozumowanie jest oczywiście błędne, bo szkoda dotyka przede wszystkim poszkodowanego i o ile nie istnieje przepis prawny, który nakazuje innemu podmiotowi ją naprawić, poszkodowany musi poradzić z nią sobie sam.

Oczywiście można dyskutować, ale jedynie w płaszczyźnie *de lege ferenda*, czy wymóg, aby strata w rozumieniu badanych przepisów była rażąca, nie jest nazbyt wygórowany, zwłaszcza że wprowadza on pewien pas nieostrości w stosowaniu prawa, zależny w dużym stopniu od uznania sędziowskiego. Niemniej w imię zasady nienaruszalności umów, nieingerowania w nie orzeczeniem sądu, ustawodawca godzi się z niewątpliwie negatywnym ekonomicznie skutkiem polegającym na tym, że jedna ze stron – choć prawidłowo wykona swoje zobowiązanie w warunkach zmiany okoliczności – nie tylko nie otrzyma pełnego ekwiwalentu za spełnione świadczenie, nie wzbogaci

się na swojej pracy, ale nawet będzie musiała dopłacić do danego kontraktu. Strona taka byłaby w lepszej sytuacji, gdyby w ogóle nie zawarła umowy, gdyby nie rozpoczęła jej wykonywania; nie ma to jednak znaczenia. Przedsiębiorcy muszą wiedzieć, że prawo polskie nie tylko nie gwarantuje zysku z każdej odpłatnej i wzajemnej czynności prawnej, ale dopuszcza również to, że mimo prawidłowego wykonania zobowiązania wobec zmiany stosunków strona finalnie poniesie stratę.

Art. 357¹ k.c. i art. 632 § 2 k.c. nie są jedynymi przepisami, w których Kodeks cywilny używa przymiotnika „rażący”. Spośród innych regulacji największym podobieństwem do badanych regulacji cechuje się art. 484 § 2 zd. 2 k.c., zgodnie z którym jeżeli kara umowna jest rażąco wygórowana, dłużnik może żądać jej zmniejszenia. Również ten przepis, jako przejaw prawa sędziowskiego, nie pozwala jasno wytyczyć granic uznania kary umownej za rażąco wygórowaną. W odpowiedzi na pytanie, czy kara umowna ma taki charakter, postuluje się porównanie wysokości kary umownej z innymi elementami zobowiązania, takimi jak wartość umowy czy wysokość odszkodowania, które wierzyciel miałby szansę otrzymać na zasadach ogólnych¹⁷. Efektem miarkowania kary umownej jest sprowadzenie jej do poziomu, który w ocenie sądu przestaje być rażąco wygórowany: dłużnik nadal pozostaje zobowiązany do zapłaty kary umownej, ale w mniejszej wysokości.

Badanie, czy grożąca stronie strata w rozumieniu art. 357¹ k.c. lub art. 632 § 2 k.c. jest rażąca, rozpoczyna się oczywiście od sprawdzenia (wyliczenia), czy strata w ogóle wystąpiła. Już tutaj, na co wskazano, mogą pojawić się wątpliwości co do tego, w jaki sposób ustalać sam fakt poniesienia straty, z uwagi na to, że sporne mogą być zasady przypisywania określonych kategorii kosztów do danego projektu. Tego problemu nie da się rozwiązać w sposób ogólny, ani bez pomocy specjalisty z zakresu finansów przedsiębiorstw, co w sprawach sądowych oznacza konieczność sięgnięcia po wiadomości specjalne i opinię biegłego (art. 278 § 1 k.p.c.).

Po ustaleniu, że strata wystąpiła albo że jej wystąpienie jest realne, kolejnym etapem jest dokonanie oceny, czy ma ona charakter rażąco, uzasadniający zastosowanie klauzuli *rebus sic stantibus*. Raz jeszcze przypomnieć trzeba, że strata niemająca rażącego charakteru nie pozwoli na uruchomienie art. 357¹ k.c. ani art. 632 § 2 k.c.

Strata może być obliczona w ujęciu kwotowym albo procentowym, w relacji do tzw. wartości umowy, która przeważnie równa się wysokości wynagrodzenia. Strata w tej samej kwocie w jednym przypadku może stanowić 1% wartości umowy, a w drugim 100% (np. strata w wysokości 1 mln zł w przypadku kontraktu o wartości odpowiednio 100 mln zł i 1 mln zł). Niewątpliwie suma 1 mln zł to kwota bardzo wysoka, nieosiągalna dla większości społeczeństwa nawet w dłuższym horyzoncie czasowym. Czy można wobec tego przyjąć, że strata w takiej kwocie ma charakter rażąco, bez względu na wartość umowy,

¹⁷ Kryteria umożliwiające miarkowanie kary umownej wskazuje wyrok SN z 22 stycznia 2015 r. I CSK 690/13.

czy też większe znaczenie ma jednak kryterium procentowe?

Im większa wartość kontraktu i wynagrodzenia, tym większe ryzyko finansowe bierze na siebie strona umowy. Wiele elementów umowy jest lub przynajmniej może być powiązanych z jej wartością: rentowność, kary umowne, forma płatności. Z tych samych powodów większą wagę przywiązywać należy do tego, jaki procent strata stanowi w odniesieniu do wartości kontraktu, niż do tego, jaka jest jej wielkość kwotowa. To ogólne stwierdzenie jednak również niewiele wnosi i nie stanowi konkretnej pomocy przy wykładni tej części art. 357¹ k.c. i art. 632 § 2 k.c. Spróbujmy wobec tego z nieco większą precyzją ustalić procent wartości umowy, od którego można uznać stratę za rażącą.

Pamiętajmy, że skoro rozważamy już, czy strata ma charakter rażący, czy nie, to znaczy, że strata już wystąpiła (bądź jej wystąpienie grozi stronie), a więc jeśli nie dojdzie do zmiany umowy, strona dotknięta zmianą stosunków będzie musiała dopłacić do jej wykonania. Prowadzony proces myślowy ma wobec tego takie konsekwencje, że jeśli strata nie zostanie uznana za rażącą, strona ta będzie musiała sama udźwignąć jej konsekwencje.

Groźba upadłości a rażąca strata

Można wobec tego przyjąć, że stratą rażącą w rozumieniu art. 357¹ k.c. i art. 632 § 2 k.c. będzie każda strata, bez względu na jej wielkość kwotową albo procentową w stosunku do wartości umowy, która zagrozi wypłacalności strony i może spowodować jej upadłość. Jeśli zmiana stosunków dotyczy podmiot

na tyle słaby, że zagrożone jest jego ekonomiczne przetrwanie, który nie może pokryć straty z projektu dotkniętego zmianą okoliczności zyskami z innych kontraktów, strata będzie miała charakter rażący. Stwierdzenie, że strata, która może spowodować upadłość, jest zbyt mała dla uruchomienia klauzuli *rebus sic stantibus*, byłoby wyjątkowo nietrafne, a do tego kompletnie niezrozumiałe ekonomicznie. Nie da się racjonalnie uzasadnić i wytłumaczyć podmiotowi dotkniętemu taką stratą, że tylko dlatego, że jest ona za mała, nie może on żądać zmiany umowy, że gdyby była większa – to owszem, otrzymałby pomoc, jaką dają art. 357¹ k.c. i art. 632 § 2 k.c., natomiast z uwagi na niewielką stratę jej nie otrzyma, wskutek czego upadnie i będzie musiał zaprzestać działalności. Strata, która grozi upadłością, jest rażąca w rozumieniu art. 357¹ k.c. i art. 632 § 2 k.c.

W większości przypadków przedsiębiorcy na szczęście potrafią poradzić sobie ze stratami pojawiającymi się wskutek zmiany stosunków. Zaciągają kredyty na pokrycie tej straty albo przeznaczają na to zysk osiągnięty z innej działalności. Poradzenie sobie przez przedsiębiorcę ze stratą nie oznacza oczywiście, że nie ma ona charakteru rażącego. Po raz kolejny przypomnijmy, że prowadzenie działalności gospodarczej jest nakierowane na osiągnięcie zysku i w zdecydowanej większości przypadków ten cel jest osiągnięty. Przecież każdy, kto podejmuje się wykonania pracy, czyni to w celu zarobkowym, wyjąwszy oczywiście świadomie dobroczynne postępowanie. Nie można od nikogo oczekiwać wbrew jego woli, że będzie dopłacał do pracy, której wykonania się podjął, jeśli efekt taki jest skutkiem zmiany stosunków.

Korzyść wierzyciela wskutek zmiany stosunków

Można natomiast oczekiwać, że podmiot, który w realiach takiej zmiany stosunków nabywa określone dobro czy usługi, zapłaci za nie więcej, niż zakładał, bo realnie wskutek tej zmiany stosunków jego majątek się powiększa: nabywa określone dobro po cenie niższej niż rynkowa, tylko dlatego, że zakontraktował jego nabycie przed zmianą stosunków wpływającą na koszt jego wytworzenia.

Zobowiązania powstają w interesie wierzyciela. To wierzyciel, a nie dłużnik, jest tym podmiotem, z powodu którego zobowiązanie zostaje powołane do życia. Wierzyciel zaspokaja swój interes, otrzymując od dłużnika świadczenie. Jeśli w okresie pomiędzy powstaniem zobowiązania a spełnieniem świadczenia zaszły niezależne od stron okoliczności, w wyniku których spełnienie świadczenia stało się droższe, to ryzyko tej podwyżki powinno spoczywać na wierzycielu, który nie powinien bogacić się kosztem dłużnika – a tak jest wtedy, gdy dłużnik musi dopłacić do wykonania umowy.

Rażąca strata w relacji do zakładanego zysku

Wracając jeszcze do próby określenia procentowego wielkości straty, od której można uznać jej poziom za rażący, to zdając sobie sprawę z niedoskonałości wszelkiego tego typu generalizacji, a jednocześnie dostrzegając potrzebę przynajmniej otwarcia dyskusji naukowej w tym zakresie, można zaproponować następujące rozwiązanie.

Za rażącą stratę w rozumieniu art. 357¹ k.c. i art. 632 § 2 k.c. można uznać taką stratę w ujęciu procentowym, której wielkość przekracza wielkość zysku zakładanego przez tę stronę do osiągnięcia wskutek wykonania umowy. Przekładając to na konkretny przykład: strona zakładała, że z umowy osiągnie zysk 7%. Przy akceptacji tego ujęcia strata powyżej 7% byłaby rażąca, co nie znaczy, że w okolicznościach konkretnej sprawy nie można za taką uznać straty już 5-procentowej. Ta zasada swego rodzaju lustrzanego odbicia sprawia, że ryzyko, na które wskutek zmiany stosunków wyeksponowana będzie strona umowy, nie przekroczy wielkości zysku, który zamierzała osiągnąć z tego przedsięwzięcia¹⁸. Jeśli zakładana rentowność kontraktu była większa (np. 20%), zwiększeniu ulega także próg, od którego stratę można uznać za rażącą. Z kolei w kontraktach niskomarzowych rażąca strata może pojawić się już przy stracie rzędu 1 czy 2 procent.

Za takim ujęciem przemawia również zasada *cuius commodum, eius periculum*: czyj zysk, tego ryzyko (niebezpieczeństwo). Im większa szansa na duży zysk, tym większe ryzyko dużej straty. Strona, która godzi się na duże ryzyko, ma szansę na większy zysk, wobec tego można też w większym stopniu oczekiwać, że sama rozwiąże problem straty wywołanej zmianą okoliczności.

Powyższe obrazuje, jak ważne są wspomniane wcześniej kalkulacje i założenia, które strona czyniła przy zawarciu umowy. Pozwalają one sądowi na od-

¹⁸ Widoczne jest tutaj pewne podobieństwo tego ujęcia do zadatku (art. 394 k.c.).

tworzenie, jakiej rentowności kontraktu strona oczekiwała, jaki poziom ryzyka akceptowała. Jeśli ryzyko było małe, a marża niska, stratę należy uznać za rażącą na niższym poziomie niż w kontraktach o dużym ryzyku i dużej zyskowności.

Rażąca strata przy wielości podmiotów po jednej stronie zobowiązania

Istotny problem w praktyce wywołuje także kwestia rażącej straty w kontraktach, w których po jednej ze stron występuje kilka podmiotów. Często zobowiązanie wykonywane jest przez kilka podmiotów, tworzących tzw. konsorcjum¹⁹. Mimo że każdy członek konsorcjum solidarnie odpowiada za wykonanie całego zobowiązania, w rzeczywistości umowa konsorcjum precyzyjnie dzieli zadania pomiędzy określonych konsorcjantów, określając także należne im wynagrodzenie. Judykatura upatruje w takim przypadku współuczestnictwa koniecznego po stronie wykonawcy²⁰, co budzi poważne zastrzeżenia. Zmiana stosunków nie musi grozić rażącą stratą wszystkim członkom konsorcjum, a jedynie jednemu bądź kilku z nich. W takim przypadku nie ma sensu oczekiwanie, aby osoby te wzięły się w spór, który w żaden sposób nie dotyczy ich interesów majątkowych, gdyż ich część zobowiązania została już wykonana i wynagrodzona.

Art. 357¹ k.c. stanowi, że strata ma grozić „jednej ze stron”, co w umowach, w których po stronie dłużnika występuje kilka podmiotów, w pewnym stopniu wspiera argumentację, w myśl której rażąca strata pojedynczego członka konsorcjum wystarcza dla uruchomienia klauzuli *rebus sic stantibus*. Jednak art. 632 § 2 k.c. odnosi się do straty „przyjmującego zamówienie”, nie dostarcza zatem dodatkowych argumentów na rzecz tezy, że jeśli kilka podmiotów występuje w roli przyjmującego zamówienie, z żądaniem zmiany umowy może wystąpić każdy z nich z osobna, wyłącznie z powołaniem się na swoją własną stratę.

Dla pełnego zilustrowania problemu można sobie wyobrazić następującą sytuację: umowę wykonuje trzech członków konsorcjum, z których jeden (A) poniósł stratę rażącą (np. 30% wartości umowy), drugi (B) nierażącą (0,5%), a trzeci (C) osiągnął zysk (10%). Czyją stratę w takim przypadku należy badać pod kątem tego, czy jest rażąca, w procesie stosowania art. 357¹ k.c. lub art. 632 § 2 k.c.?

W grę wchodzi dwie możliwości: badanie straty ogółem wszystkich członków konsorcjum albo badanie straty każdego z nich z osobna. Zdecydowanie prostszym i bardziej odpowiadającym naturze klauzuli *rebus sic stantibus* jest wariant drugi – indywidualny.

Przed wszystkim w tym wariantcie poza procesem pozostaje ta strona, wobec której – indywidualnie rzecz oceniając – przesłanki klauzuli *rebus sic stantibus* nie są spełnione. W powyższym przykładowie podmioty B i C w ogóle nie biorą udziału w postępowaniu, a z powodz-

¹⁹ W zakresie zamówień publicznych o konsorcjum mowa jest w art. 23 Prawa zamówień publicznych.

²⁰ Por. wyrok SA w Warszawie z 17 lipca 2020 r., VII AGa 2305/18.

twem o zmianę umowy występuje tylko A, bo tylko on ma w nim interes. Tak samo jak podmiot niemający interesu prawnego w powództwie z art. 189 k.p.c. nie ma legitymacji do jego wytoczenia, podobnie nie ma żadnego racjonalnego uzasadnienia oczekiwanie, że podmioty, które nie zostały dotknięte zmianą stosunków, mają brać udział w procesie, dla którego ta zmiana stanowi podstawę powództwa.

Dalej, odrzucenie wariantu indywidualnego na rzecz kolegiąlnego sprawia, że chcąc wnieść powództwo o zmianę umowy, każda ze stron musi wyjawić drugiej, i to jeszcze przed procesem, jaką rentowność osiągnęła z kontraktu, bo inaczej nie da się ocenić, czy strata w ogóle wystąpiła, a już tym bardziej, czy ma charakter rażąca. Tymczasem takie oczekiwanie narusza praktykę gospodarczą, bo strony trzymają takie dane w tajemnicy. Ich ujawnienie może niepotrzebnie prowadzić do tarć między członkami konsorcjum, jeśli okaże się, że wspólny kontrakt był dla jednego z nich dużo bardziej rentowny niż dla drugiego. Konieczność dokonywania wspólnych obliczeń wydłuża i przedraża proces, a co najważniejsze – wypacza jego wynik. Wracając do powyższego przykładu, strata A na poziomie 30% sama w sobie jest rażąca i uzasadnia zmianę umowy na podstawie klauzuli *rebus sic stantibus*. Jednak skoro drugi konsorcjant osiągnął zysk 10%, to przy założeniu, że każdy miał do wykonania część umowy o tej samej wartości, strata zmniejsza się do 20%, co może w niektórych przypadkach otworzyć dyskusję co do jej rażącego charakteru. Jeśli uznać, że uwzględniając wspólny wynik całego konsorcjum strata nie ma charakteru rażącego, powództwo będzie

oddalone, a przecież A niewątpliwie zasługuje na to, aby umowę w części jego dotyczącą zmienić. Skoro zmiana ta nie nastąpi w odniesieniu do umowy z zamawiającym, to zmianie musiałaby podlegać umowa konsorcjum – A musiałaby domagać się od C, a może też i od B, aby współuczestniczyli w jego stratach. Tylko że podmioty B i C wykonały umowę w całości, otrzymały należne wynagrodzenie, a zmiana stosunków nie dotknęła ich w stopniu uzasadniającym zmianę umowy. Zmiana stosunków wystąpiła w takim przypadku nie w odniesieniu do umowy konsorcjum, ale w odniesieniu do umowy głównej, będącej podstawą zawiązania się konsorcjum, i to ona powinna zostać zmieniona. Ponieważ podejście globalne, jak wykazano, może doprowadzić do oddalenia powództwa wniesionego przez wszystkie podmioty, które zostały dotknięte zmianą stosunków, zdecydowanie należy odpowiedzieć się za podejściem indywidualnym, zarówno w kontekście legitymacji do wytoczenia powództwa, jak i tego, czyja strata podlega badaniu pod kątem tego, czy jest rażąca w rozumieniu art. 357¹ k.c. lub art. 632 § 2 k.c.

Zakres zmiany umowy a rażąca strata

Ostatnia kwestia odnosząca się do rażącej straty dotyczy tego, czy jej ustalenie stanowi tylko przesłankę uprawniającą do sformułowania żądania na podstawie klauzuli *rebus sic stantibus*, czy też poziom tej straty wyznacza również górną granicę, do której powinno nastąpić podwyższenie wynagrodzenia. Dla przykładu, jeśli uznamy, że w danej sprawie rażąca strata rozpoczyna się od straty na poziomie 7% rocznie, a strata poniesiona przez

powoda wynosi 30%, to czy podwyższenie wynagrodzenia ma nastąpić tylko do takiego stopnia, w którym powód poniesie stratę na poziomie 7%, czy też można to wynagrodzenie podnieść w większym stopniu?

Zagadnienie to było przedmiotem zainteresowania judykatury. Uczyniono je podstawą wniosku o przyjęcie skargi kasacyjnej do rozpoznania w sprawie zakończonej wyrokiem Sądu Apelacyjnego w Warszawie z 6 listopada 2017 r., VI ACa 1462/13²¹. Sąd Najwyższy jednak skargi do rozpoznania nie przyjął. Sąd drugiej instancji w tej sprawie uznał zaś, że gdy spełnione są przesłanki zmiany umowy na podstawie badanych przepisów, wówczas cała poniesiona strata podlega kompensacji, natomiast nie ma podstaw do zasądzenia także utraconego zysku.

Z kolei w przytoczonym wyroku z 24 maja 2019 r. w sprawie I CSK 218/18 Sąd Najwyższy przyjął, że podwyższenie wynagrodzenia w takim przypadku następuje jedynie do poziomu, w którym strata przestaje być rażąca w rozumieniu art. 357¹ k.c. i art. 632 § 2 k.c. Uzasadniono to tym, że skoro podmiot, który podniósł stratę, ale nie rażąca, w ogóle nie może żądać zmiany umowy, to byłoby niezasadne wynagradzanie pełnej straty takiemu podmiotowi, którego strata osiągnęła już rażące rozmiary. To ostatnie stanowisko nie ma oparcia w prawie materialnym.

Rażąca strata, o której mowa w art. 357¹ k.c. i art. 632 § 2 k.c., stanowi

jedynie przesłankę umożliwiającą wystąpienie z żądaniem zmiany umowy. Ten pierwszy przepis pozwala sądowi oznaczyć wysokość świadczenia, a drugi podwyższyć ryczałt już bez żadnych dodatkowych ograniczeń, w szczególności w powiązaniu z poziomem rażącej straty. Ustawodawca nie wskazał w tych przepisach, że zmiana wysokości świadczenia jest w jakikolwiek sposób ograniczona. Kwestia ta została pozostawiona uznaniu sądu i w żadnym razie nie można twierdzić, że granicą jest tutaj poziom, od którego strata przestaje być rażąca, abstrahując od tego, jak trudno może być niekiedy wyznaczyć tę granicę w konkretnej sprawie.

Sąd Najwyższy w swoim rozumowaniu przerzuca na dłużnika ryzyko wpływu zmiany stosunków na zobowiązania w zakresie, w jakim oczekuje od niego, że sam pokryje doznaną stratę niemającą rażącego charakteru – a do tego nie ma podstaw. Ustawodawca istotnie postanowił, że jeśli strata nie jest rażąca, ryzyko to ciąży na dłużniku i wtedy musi je znieść, przezwyćżyć. Niemniej gdy poziom ten zostaje przekroczony, nie jest tak, że dłużnikowi można ulżyć jedynie co do części straty. Zależy to oczywiście od okoliczności konkretnej sprawy, ale regułą powinno być nie tylko wynagradzanie całej straty, ale również pewnej części zysku, a nawet jego całości – gdyby zdarzyło się tak, że to druga strona umowy wywołała zmianę stosunków wpływającą na zobowiązanie. Jeśli natomiast zmiana stosunków ma charakter w pełni zewnętrzny, niezależny od stron, to wynagrodzenie całej straty powinno stanowić regułę.

²¹ Por. przytaczane już postanowienie SN z 24 kwietnia 2019 r., I CSK 640/18.

Nie przekonuje argument, że taki podmiot będzie w lepszej sytuacji niż ten, który doznał straty, ale nie rażącej, i który w ogóle nie mógł wystąpić z roszczeniem. Twierdzenie to jest prawdziwe, ale tak dzieje się z woli ustawodawcy, który w sposób surowy dla strony dotkniętej zmianą okoliczności postanowił, że ze stratą do pewnego poziomu musi uporać się sama. Już ta decyzja ustawodawcy z ekonomicznego punktu widzenia jest krzywdząca dla dłużnika, który mimo że często z dużym trudem mimo zmiany stosunków doprowadza do wykonania umowy, musi do tego dopłacić. Gdy poziom tej straty staje się tak duży, że dłużnik już go nie udźwignie, zasługuje na pełne jej pokrycie. Sąd Najwyższy zdaje się nie dostrzegać, że w takim przypadku dłużnik niczego nie osiąga z wykonania zobowiązania, nie ma żadnej korzyści, bo jego wynik z kontraktu będzie równał się zeru, natomiast wierzyciel wprost przeciwnie – osiąga pełną korzyść ze zobowiązania, bo otrzymuje świadczenie, które wskutek zmiany okoliczności przeważnie stało się droższe, zwiększyło swoją wartość rynkową. Sprawiedliwość wymaga, aby wierzyciel dopłacił wówczas do takiego kontraktu przynajmniej tyle, aby dłużnik na nim nie stracił. Również w tym wypadku można zresztą zastosować zasadę lustrzanego odbicia: skoro istnieje zbiór takich kontraktów, w których zmiana stosunków w całości

obciąża dłużnika (gdy jego strata nie jest rażąca), to dla równowagi gospodarczej obu stron zobowiązania powinien istnieć również taki zbiór, w którym ryzyko tej zmiany w całości obciąża wierzyciela, co oznacza, że wynagrodzeniu podlega nie tylko poniesiona strata, ale także utracony wskutek zmiany stosunków zysk. Tę zasadę należałoby stosować przede wszystkim wtedy, gdy wierzyciel będzie eksploatował uzyskane świadczenie, osiągając za jego pomocą dalsze korzyści ekonomiczne, gdy jego majątek uległ powiększeniu wskutek nabycia określonego dobra czy usługi przy zapłacie ceny niższej od rynkowej. Nie byłoby dobrze, aby wskutek zmiany stosunków taki wierzyciel bogacił się kosztem dłużnika.

Przedstawione problemy prawne dotyczące zagrożenia rażąca stratą w świetle art. 357¹ k.c. i art. 632 § 2 k.c. na pewno będą przedmiotem dalszej dyskusji w piśmiennictwie. Należy spodziewać się również kolejnych wypowiedzi judykatury, doprecyzowujących tę przesłankę klauzuli *rebus sic stantibus*. Czy i w jakim zakresie stanowisko zajęte w niniejszym artykule spotka się z przychylnym przyjęciem, tego oczywiście nie sposób przewidzieć. Jednak bez względu na to już samo wskazanie powyższych problemów i propozycji ich rozwiązań jawi się jako istotne i inspirujące do dalszych wypowiedzi.



BIBLIOGRAFIA:

Brzozowski A., *Klauzula rebus sic stantibus także w obrocie gospodarczym*, „Przeegląd Prawa Handlowego” 1997, nr 1.

Brzozowski A., w: *Kodeks cywilny. Komentarz*, Tom II, red. K. Pietrzykowski, Warszawa 2020, Nb. 4 do art. 629.

Gutowski M., *Kodeks cywilny. Komentarz*, Tom III, red. M. Gutowski, Warszawa 2019, Nb. 9 do art. 629.

Kaliński M., w: *System Prawa Prywatnego*, Tom 6, Warszawa 2018.

Koch A., *Związek przyczynowy jako podstawa odpowiedzialności odszkodowawczej w prawie cywilnym*, Warszawa 1975.

Mataczyński M., Saczywko M., w: *Kodeks cywilny. Komentarz*. Tom II, red. M. Gutowski, Warszawa 2019, Nb 1 i 17 do art. 357¹.

Radwański Z., Olejniczak A., *Zobowiązania – część ogólna*, Warszawa 2016.

Radwański Z., Panowicz-Lipska J., *Zobowiązania – część szczegółowa*, Warszawa 2004.



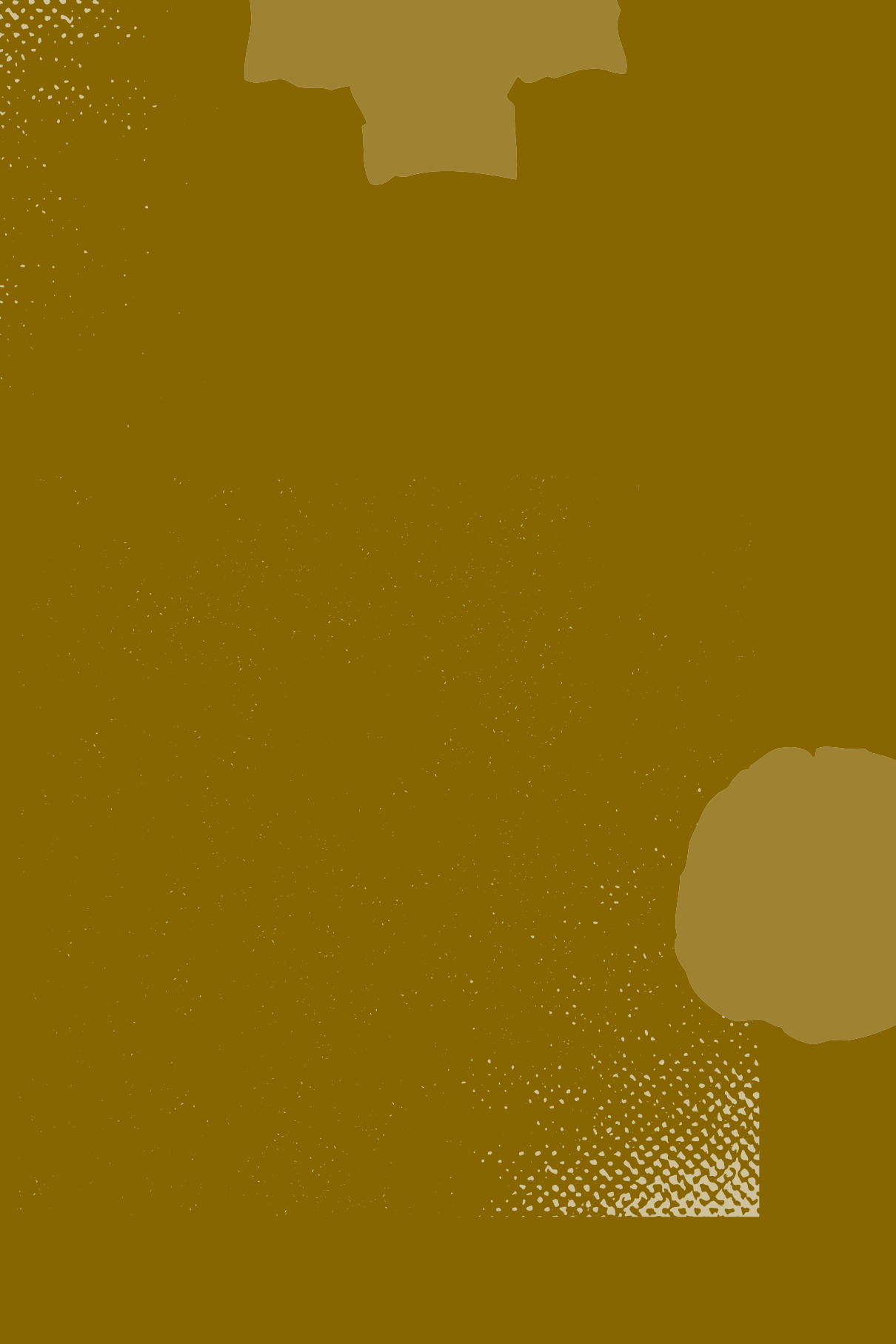
Dr hab. Marcin LEMKOWSKI,
professor of Adam Mickiewicz University

[adwokat, Wardyński & Partners]

Glaring loss as a ground for applying *rebus sic stantibus* clauses

There are two clauses in the Polish Civil Code regarded as clauses on extraordinary changes in circumstances (*rebus sic stantibus*): a general clause in Art. 357¹, and a specific clause referring only to contracts to perform a specific work and construction contracts in Art. 632 §2. These provisions constitute an exception to the principle of the enforceability of contracts (*pacta sunt servanda*), or, as some claim, a supplement to that principle, allowing the court to modify the substance of the contractual obligation in force between the parties if a change in circumstances not foreseen by the parties occurs. Parties are eager to resort to these legal solutions, particularly in major construction contracts that have ended in an unfavourable financial result for the contractor. It may be anticipated that due to the outbreak of the pandemic in 2020, Civil Code Art. 357¹ and 632 §2 will be the basis for lawsuits even more than they have been in the past. This provides an impetus to study these clauses. The examination in this article is limited to one of the grounds for applying these provisions, namely “glaring loss,” which is referred to in both of them.

REBUS SIC STANTIBUS | EXTRAORDINARY CHANGE IN CIRCUMSTANCES | LOSS |
GLARING LOSS | DEMAND TO MODIFY CONTRACT





Mirella LECHNA-MARCHEWKA

[radca prawny, kancelaria Wardyński i Wspólnicy]

Znaczenie pojęcia „istotna zmiana umowy” na gruncie prawa zamówień publicznych, ze szczególnym uwzględnieniem dyrektywy 2014/24/UE i orzecznictwa TSUE

W niniejszej pracy autorka analizuje ewolucję zasad dotyczących zmian umów o zamówienie publiczne na tle orzecznictwa TSUE oraz ocenia regulację art. 72 dyrektywy 2014/24/UE¹ według wytycznych testu istotności wypracowanych przez Trybunał w ramach koncepcji „istotnej zmiany” umowy o zamówienie publiczne. Celem artykułu jest odpowiedź na pytanie, czy występuje brak spójności pomiędzy regulacjami art. 454 i art. 455 nowego p.z.p.

ZAMÓWIENIA PUBLICZNE | MODYFIKACJA UMOWY O ZAMÓWIENIA PUBLICZNE | ISTOTNA ZMIANA UMOWY

Kwestie zmiany umowy w sprawie zamówienia publicznego w okresie jej obowiązywania zostały po raz pierwszy uregulowane na poziomie europejskim w 2014 r. Wcześniej wskazówki dotyczące modyfikacji umowy zawartej w reżimie prawa zamówień publicznych wynikały wyłącznie z orzeczeń Trybunału Sprawiedliwości Unii Eu-

ropejskiej (poprzednio: Europejskiego Trybunału Sprawiedliwości, łącznie dalej jako Trybunał lub TSUE). Trybunał w szczególności rozwinął koncepcję „istotnej zmiany” umowy o zamówienie publiczne, wyznaczając w ten sposób granicę możliwej do przeprowadzenia modyfikacji obowiązujących umów. Zgodnie z tą koncepcją zmiana

¹ Ponieważ przepis art. 89 dyrektywy 2014/25/UE jest zasadniczo zbieżny z regulacją art. 72 dyrektywy 2014/24/UE, przy czym ta ostatnia

jest obszerniejsza, na potrzeby analizy podstawę będzie stanowiła regulacja z art. 72 dyrektywy 2014/24/UE.

zamówienia (umowy o zamówienie publiczne), która ma charakter istotny, wymaga przeprowadzenia nowej procedury przetargowej w sprawie udzielenia zamówienia².

Regulacja dotycząca zmiany umowy w sprawie zamówienia publicznego znajduje się obecnie w art. 72 dyrektywy klasycznej 2014/24/UE³ oraz art. 89 dyrektywy sektorowej 2014/25/UE⁴. Okazało się jednak, że jej wprowadzenie nie uchyliło wątpliwości dotyczących zasad zmiany umowy w sprawie zamówienia publicznego, a nawet spowodowało nowe. Podniosły się bowiem głosy, że po 2014 r. wcześniej obowiązująca koncepcja „istotnej zmiany” zamówienia stała się irrelevantna, gdyż dyrektywa pozwala na wprowadzenie do umowy o zamówienie publiczne zarówno zmian istotnych, jak i nieistotnych, bez konieczności przeprowadzenia procedury przetargowej, o ile zostaną spełnione warunki wskazane w art. 72 dyrektywy klasycznej⁵. W konsekwencji formułowany był pogląd, że po 2014 r. zmiany do umowy o zamówienie publiczne można określać wyłącznie jako zmiany dozwolone

albo zmiany niedozwolone, mimo że taki podział zaprzeczał logice orzeczeń TSUE formułujących wytyczne dla przeprowadzenia zmian w oparciu o koncepcję zmian istotnych⁶.

Powyższa dyskusja ożyła wśród uczestników rynku zamówień publicznych w Polsce, kiedy na mocy ustawy z 11 września 2019 r. (dalej: nowe p.z.p.)⁷ w polskim prawie zamówień publicznych pojawił się przepis art. 454 ust. 1 w brzmieniu: *Istotna zmiana zawartej umowy wymaga przeprowadzenia nowego postępowania o udzielenie zamówienia*⁸. Ponieważ art. 455 nowego p.z.p. zawiera listę przypadków, w których zmiana umowy o zamówienie publiczne jest dopuszczalna bez przeprowadzenia nowego zamówienia⁹, a te obejmują taki zakres modyfikacji, że trudno je określić mianem nieistotnych, pojawia się pytanie o spójność regulacji art. 454 i 455 nowego p.z.p.

I. Zasady dotyczące zmiany umów

1. Uwagi wprowadzające

Podstawową zasadą prawa zobowiązań jest to, że strony stosunku obligacyjnego powinny wykonać zobowiązanie zgodnie z jego treścią niezależnie od okoliczności, jakie wystąpią później. W systemach prawa cywilnego reguła ta wywodzi się z zasady *pacta*

² Sprawa C-454/06 *Pressetext Nachrichtenagentur GmbH przeciwko Austrii* [2008] ECR I-4401.

³ Dyrektywa Parlamentu Europejskiego i Rady 2014/24/UE z dnia 26 lutego 2014 r. w sprawie zamówień publicznych, uchylająca dyrektywę 2004/18/WE, Dz. Urz. UE L 94 (dyrektywa klasyczna).

⁴ Dyrektywa Parlamentu Europejskiego i Rady 2014/25/UE z dnia 26 lutego 2014 r. w sprawie udzielania zamówień przez podmioty działające w sektorach gospodarki wodnej, energetyki, transportu i usług pocztowych, uchylająca dyrektywę 2004/17/WE, Dz. Urz. UE L 94 (dyrektywa sektorowa).

⁵ J. Brodec, V. Janeček, *How does the substantial modification of a public contract affect its legal regime?*, „Public Procurement Law Review” 2015, nr 3, s. 90–105.

⁶ P. Bogdanowicz, *The Application of the Principle of Proportionality to Modification of Public Contracts*, „European Procurement & Public-Private Partnership Law Review” 2016, nr 3.

⁷ Ustawa z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych, Dz.U. z 2019 r., poz. 2019.

⁸ Art. 454 ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych.

⁹ Art. 455 ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych.

*sunt servanda*¹⁰. W efekcie zmiana umowy może mieć miejsce w wyjątkowych przypadkach, tj. w sytuacjach znaczącej zmiany okoliczności, która jest określana jako „naruszenie podstawowych założeń” umowy (*breach of basic assumptions*)¹¹, czy w ramach instytucji *rebus sic stantibus*¹².

Nie ulega jednak wątpliwości, że w toku realizacji umowy związane z nią okoliczności i prawo podlegają zmianom. W takich sytuacjach, jeśli strony mają wolę dostosowania umowy do nowych warunków, nieprzymuszona zmiana umowy nie narusza zasady *pacta sunt servanda*, ponieważ powód zmiany umowy wynika z intencji samych jej stron¹³.

Zastosowanie powyższych zasad do umów w sprawie zamówienia publicznego oznacza, że strony takiej umowy muszą przede wszystkim realizować

obowiązki wynikające z jej treści. Z drugiej jednak strony potrzeba rzeczywistej i uczciwej realizacji zadań publicznych, tzn. potrzeba zaspokojenia interesu publicznego i racjonalnego oraz efektywnego wydatkowania środków publicznych, oznacza, że konieczne może się okazać dostosowanie umowy o zamówienie publiczne do zmian prawnych lub faktycznych, jakie mają miejsce podczas jej realizacji. Kwestia ta jednak nie może być poddana wyłącznie decyzji stron umowy o zamówienie publiczne, tj. zamawiającego i wykonawcy. W odróżnieniu bowiem od innych umów cywilnoprawnych możliwość wprowadzenia zmiany w tym przypadku wymaga rozważenia w kontekście podstawowych zasad, na jakich dochodzi do otwarcia rynku zamówień publicznych każdego z państw członkowskich na wewnątrzunijną konkurencję.

2. Ograniczenia swobody kontraktowania w zamówieniach publicznych

Patrząc na zamówienia publiczne z perspektywy rynku wewnętrznego, regulacja tworząca system zamówień publicznych jawi się jako jeden z fundamentów jego funkcjonowania. Tym samym prawo zamówień publicznych wprowadza procedury dla ucieleśnienia podstawowych swobód wynikających z Traktatu o funkcjonowaniu Unii Europejskiej¹⁴ (dalej: TFUE), tj. swobody świadczenia usług, przepływu towaru i przedsiębiorczości¹⁵.

¹⁰ Art. 354 Kodeksu cywilnego wskazuje kryteria określające zobowiązanie dłużnika, w których najistotniejsze znaczenie ma treść zobowiązania. Zgodnie ze stanowiskiem Sądu Najwyższego wyrażonym w uzasadnieniu wyroku z 24 stycznia 2017 r., VCSK 207/16: *Pośród wymienionych kryteriów określających powinność dłużnika zasadnicze znaczenie ma treść zobowiązania, którą określa źródło powstania zobowiązania, a więc w przypadku zobowiązań umownych – umowa, w razie potrzeby dookreślana przez przepisy kodeksu cywilnego albo innych ustaw (Lex nr 2255336). Systemy prawa common law zawierają podobne zasady ograniczające zmiany do umowy, których może żądać druga strona, por. H. Beale, *Chitty on Contracts*, wyd. 32, t. 2 *Specific Contracts*, rozdz. 37 *Construction Contracts*, sekcja 4 *Particular Features*, podsekcja (a) *Variations*, s. 37–96.*

¹¹ S. Treumer, *Denmark*, [w:] R. Noguellou, U. Stelkens (red.), *Comparative Law on Public Contracts, Administrative Law* (vol. 5, Bruylant, Bruxelles 2010), powołując § 36(4) duńskiej ustawy o umowach (Danish Contract Act), s. 549.

¹² Art. 632 § 2 i 357¹ Kodeksu cywilnego.

¹³ R. Szostak, *O dopuszczalnych modyfikacjach zobowiązań z umów o zamówienia publiczne*, „Prawo Zamówień Publicznych” 2008, nr 4.

¹⁴ Traktat o funkcjonowaniu Unii Europejskiej, Dz. Urz. UE C 326, s. 1–390.

¹⁵ Art. 260 TFUE.

TFUE i dyrektywy dotyczące zamówień publicznych to dwa zasadnicze źródła europejskiego prawa zamówień publicznych. Przepisy TFUE formułują tzw. obowiązki negatywne, zabraniając państwowym członkowskim dyskryminowania przedsiębiorstw lub produktów z innych państw członkowskich poprzez stosowanie jakiegokolwiek rodzaju środków dyskryminujących (*discriminatory measures*). Z kolei dyrektywy zamówieniowe regulują procedury udzielania zamówień i wymagają ich przejrzystego przeprowadzenia, co ma wyeliminować dyskryminację w dostępie do zamówienia i faworyzowanie krajowych dostawców lub produktów. Dyrektywy w szczególności formułują kluczowe zasady, wg których ma dochodzić do udzielenia zamówienia, czyli zawarcia umowy o zamówienie publiczne. Są to: zasada uczciwej konkurencji i równego traktowania, zasada przejrzystości oraz zasada proporcjonalności¹⁶.

Przepisy dotyczące zamówień publicznych znacząco zatem ograniczają swobodę kontraktowania, a zamówienie może być udzielone wyłącznie podmiotowi wybranemu zgodnie z zastosowaną procedurą i przy poszanowaniu powyższych zasad. Z tych względów proces zmiany umowy o zamówienie publiczne musi być poddany analogicznym rygorom jak udzielenie pierwotnego zamówienia, aby wykluczyć, że w wyniku zmiany dotychczasowej umowy dojdzie *de facto* do udzielenia nowego zamówienia (w efekcie wprowadzonej zmiany).

¹⁶ Art. 18 dyrektywy klasycznej, art. 7 ustawy p.z.p., art. 16 nowego p.z.p.

Taki przypadek bowiem oznaczałby obejście prawa i procedur zamówieniowych.

3. Zmiana umowy w sprawie zamówienia wg polskiego prawa w ujęciu historycznym

Punktem wyjścia dla oceny, czy dochodzi do zmiany umowy o zamówienie publiczne, jest to, czy w jej wyniku dochodzi do zmiany treści oferty złożonej przez zwycięskiego wykonawcę. W Polsce od początku kształtowania się prawa i praktyki zamówieniowej, tj. od czasu wejścia w życie ustawy z 10 czerwca 1994 r.¹⁷, w taki właśnie sposób uregulowano kwestię zmiany umowy o zamówienie. Wprowadzono zakaz zmian postanowień zawartej umowy oraz wprowadzania nowych postanowień do umowy, jeżeli przy ich uwzględnieniu należałoby zmienić treść oferty, na podstawie której dokonano wyboru oferenta.

Moment uchwalenia ustawy z 1994 r. przypadł na wczesny etap rozwoju gospodarki rynkowej w Polsce. Nie budzi więc zdziwienia, że ustalony wówczas zakaz obejmował wyłącznie zmiany, które były dla zamawiającego niekorzystne¹⁸. Bardzo prawdopodobne, że nawet postrzegając zamówienia publiczne w ujęciu krajowym, powyższa regulacja nie mogła skutecznie zapewnić realizacji celów związanych

¹⁷ <https://sip.lex.pl/get/scanlex/pdf/dzienniki/1994/18832.pdf> (dostęp: 16.11.2020).

¹⁸ Jedynym wyjątkiem pozwalającym na wprowadzenie niekorzystnej zmiany była konieczność jej wprowadzenia wynikała z okoliczności, których nie można było przewidzieć w chwili zawarcia umowy – art. 76 ust. 1 ustawy z 1994 r.

z dyscypliną finansów publicznych czy zapobieganiem korupcji.

Od 2004 r. kwestie zmiany umowy o zamówienie reguluje art. 144 ustawy Prawo zamówień publicznych z dnia 29 stycznia 2004 r.¹⁹ (dalej: ustawa p.z.p.), który pierwotnie wprowadził zakaz wprowadzania zmian do umowy w sprawie zamówienia publicznego, z wyjątkiem sytuacji, gdy potrzeba wprowadzenia zmian wynikała z okoliczności, których nie można było przewidzieć w momencie podpisywania umowy, lub zmiana była korzystna dla instytucji zamawiającej.

Artykuł 144 ustawy p.z.p. był wielokrotnie nowelizowany (w latach 2008 i 2009 z powodu zastrzeżeń Komisji Europejskiej wskazujących na niezgodność powyższej regulacji z europejskim prawem zamówień publicznych). W efekcie od 2008 r. zgodnie z art. 144 ustawy p.z.p. zmiana umów była zakazana, chyba że zamawiający przewidział możliwość zmiany w dokumentacji przetargowej i określił jej warunki, a od 2009 r. sformułowany w tym przepisie zakaz wprowadzania zmian do umowy o zamówienie publiczne dotyczył „istotnych zmian postanowień zawartej umowy”. Uzasadnienie nowelizacji art. 144 ustawy p.z.p. odsyłało w tym względzie wyraźnie do orzeczeń TSUE w sprawach *Pressetext*, *Succhi di Frutta* i *Rennes*.

Od 2016 r. w związku z implementacją dyrektywy 2014/24/UE oraz dyrekty-

wy 2014/25/UE przepis art. 144 ustawy p.z.p. brzmi: *zakazuje się zmian postanowień umowy [...], chyba że zachodzi co najmniej jedna z następujących okoliczności: [...], po czym następuje wyliczenie przypadków wymienionych w art. 72 dyrektywy klasycznej.*

Istotne dla kształtowania się polskiej nauki i praktyki w obszarze zamówień publicznych jest to, że na przestrzeni lat przepisy dotyczące zmian w umowach o zamówienie konsekwentnie formułują ogólny zakaz modyfikowania takiej umowy. Ma to zasadniczy wpływ na sposób interpretacji regulacji dotyczącej zasad, na jakich zmiany mogą być wprowadzone. Te bowiem formułują wyjątki od ogólnego zakazu, które, jako takie, nie mogą być interpretowane w sposób rozszerzający (*exceptiones non sunt extendendae*).

W tym kontekście zmiana wprowadzana do polskiego prawa zamówień publicznych na mocy art. 454 nowego p.z.p. oznacza rewolucję w podejściu do zmiany umowy w sprawie zamówienia publicznego. Ustawodawca rezygnuje bowiem ze sformułowania: *zakazuje się zmian do umowy* i w to miejsce wprowadza zasadę: *Istotna zmiana do zawartej umowy wymaga przeprowadzenia nowego postępowania udzielenie zamówienia*. Oto bowiem umowy o zamówienie publiczne będzie można zmieniać o tyle, o ile nie zamierza się tego robić w sposób istotny. Jest to zdecydowane *novum*, skoro do tej pory obowiązywał w Polsce sztywny zakaz zmiany umowy o zamówienie. Przez lata pozostawał on zresztą bez związku z zasadą równego traktowania i uczciwej konkurencji, bowiem mógł być uchylony, jeśli zmiany były dla zamawiającego korzystne.

¹⁹ Ustawa z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (tekst jednolity Dz. U. z 2019 r. poz. 1843 oraz z 2020 r. poz. 288, 1086).

II. Rozwój koncepcji zmiany umowy o zamówienie publiczne w prawie europejskim

1. Uwagi wprowadzające

Mimo że kwestia zmiany umowy w sprawie zamówienia publicznego jest związana z kluczowymi zasadami udzielania zamówień, jakie wynikają z prawa europejskiego, przez wiele lat kwestia ta była pomijana w legislacji europejskiej. Od 1971 r., kiedy dyrektywa 71/305/EWG²⁰ zapoczątkowała proces harmonizacji europejskiego systemu zamówień publicznych, aż do 2014 r. dyrektywy zamówieniowe nie regulowały jej w ogóle. Celem regulacji dyrektyw było bowiem *zagwarantowanie przejrzystych i niedyskryminacyjnych procedur dla zapewnienia, że wykonawcy w pełni korzystają z podstawowych swobód w obszarze zamówień publicznych*²¹. Dlatego aspekty, które nie miały związku z udzieleniem zamówienia, ale z jego wykonaniem, nie były regulowane – poza wymogiem przejrzystości odnośnie do klauzul dotyczących realizacji umowy o zamówienie publiczne²².

Dostrzeżono jednak, że nie tylko udzielenie zamówienia publicznego, ale także jego wykonanie może budzić obawy dotyczące przestrzegania zasady uczciwej konkurencji oraz za-

sady przejrzystości, jeśli na tym etapie miałyby dojść do zmiany umowy. Rozwiązania tych wątpliwości poprzez rozstrzygnięcie, czy zmiana umowy oznacza w istocie udzielenie nowego zamówienia, należało poszukiwać na podstawie celów dyrektyw zamówieniowych gwarantujących realizację kluczowych zasad udzielania zamówień²³. Ponieważ jednak dyrektywy zamówieniowe milczały na temat zmian do umowy w sprawie zamówienia, zasady modyfikacji umów stały się przedmiotem orzecznictwa TSUE.

2. Zasady zmiany umowy o zamówienie publiczne wypracowane przez TSUE

Orzeczenia Trybunału stały się zatem głównym źródłem prawa w zakresie zasad modyfikacji umów o zamówienia publiczne, na których państwa członkowskie polegały przez szereg lat. Poniżej wskazane orzeczenia TSUE dowodzą, że Trybunał nie miał wątpliwości co do tego, że istnieje konieczność zmiany umowy o zamówienie publiczne, w szczególności tych o długim okresie realizacji, gdy postanowienia umowy tracą na aktualności w związku ze zmianą okoliczności, które dotyczą realizacji zamówienia²⁴. Wątpliwości dotyczyły jedynie stopnia, w jakim taka umowa mogła podlegać zmianom, by nie naruszać podstawowych zasad udzielania zamówień.

²⁰ Dyrektywa Rady 71/305/EWG z 26 lipca 1971 r. dotycząca koordynacji procedur udzielania zamówień publicznych na roboty budowlane, Dz. Urz. UE L 185/5.

²¹ Zob. *Green Paper on the modernization of EU public procurement policy. Towards a more efficient European Procurement Market*, Brussels, 27.1.2011 [COM(2011) 15 final, s. 4.

²² Zob. *Green Paper on the modernization of EU public procurement policy. Towards a more efficient European Procurement Market*, Brussels, 27.1.2011 [COM(2011) 15 final, s. 24.

²³ S. Arrowsmith, *Amendments to specifications under the European public procurement Directives*, „Public Procurement Law Review” 1997, nr 3, s. 2, 3, 11.

²⁴ Opinia Rzecznik Generalnej Kokott z 13 marca 2008 r., sprawa C454/06, pkt 43.

Pytania, które wymagały rozstrzygnięcia w sprawach dotyczących odejścia od pierwotnych warunków ustalonych w przetargu, były wnoszone do Trybunału już w drugiej połowie lat 80. XX w. Sprawy te często dotyczyły zasad modyfikacji warunków w toku trwającej procedury o udzielenie zamówienia, mimo to prezentowane są w kontekście rozwoju interpretacji Trybunału odnośnie do zasad zmiany zawartej umowy, bowiem są uważane za punkt wyjścia dla ustalenia tych ostatnich. Wynika to z faktu, że opierają się o ocenę dokonywanych zmian w kontekście zasad udzielania zamówień publicznych²⁵, a nie może budzić wątpliwości, że zasady dozwolonych zmian umowy o zamówienie publiczne powinny być zrównane z tymi, które znajdują zastosowanie do procedury udzielenia zamówienia²⁶.

W sprawie *Storebaelt*, w której Trybunał rozważał zmianę w odniesieniu do warunków przetargu, jaka miała miejsce przed udzieleniem zamówienia, Trybunał orzekł, że zasada równego traktowania wymaga stwierdzenia, że jakiegokolwiek odejście od podstawowych warunków przetargu jest dozwolone, jeśli zostało przewidziane od początku w tych warunkach²⁷. W spra-

wie *Walloon buses* Trybunał stwierdził, że zmiana pierwotnych warunków oferty wyłącznie w odniesieniu do jednego z wykonawców oznacza, że uzyskuje on przewagę nad swoimi konkurentami, a to narusza zasadę równego traktowania wykonawców i podważa przejrzystość procedury udzielenia zamówienia, które stoją na straży równej szansy wykonawców na formułowanie swoich ofert²⁸. Podobnie w sprawie *Telaustria* i *Universale-Bau* Trybunał podkreślił, że procedura udzielenia zamówienia musi być zgodna, na każdym etapie, z zasadą równego traktowania i przejrzystości, aby zapewnić, w interesie każdego potencjalnego wykonawcy, że procedura jest otwarta na konkurencję²⁹. Na podstawie oceny zaprezentowanej w powyższych sprawach Trybunał doszedł do przekonania, że dokonanie zmiany doprowadziło do nierównego traktowania wykonawców.

W sprawie *Renne* Trybunał szczegółowo przeanalizował renegowację pierwotnej umowy i po raz pierwszy odwołał się do kwestii istotnej różnicy w jej warunkach. Wskazał, że przedmiotem oceny było to, czy negocjacje wszczęte po podjęciu decyzji o udzieleniu zamówienia były w spo-

²⁵ Np.: M. Rodriguez Martin-Retortillo, *The jurisprudence of the court of justice of the European Union on modification of public contract and its reflection in the Directive 2014/24/EU*, [w:] *Modification under the case law of the UE, Public Procurement Global Revolution Conference Presentation 2016*. Jak wyjaśnia autor prezentacji: *The court, taking the principles of the public procurement as a starting point, set out the guidelines that established a genuine doctrine on modification*.

²⁶ Por. wyrok z 6 czerwca 1995 r. w sprawie *R. przeciwko Portsmouth City Council, ex parte Banaco Builders*, por. S. Arrowsmith, op.cit, s. 10.

²⁷ Sprawa C-243/89 *Komisja przeciwko Danii*

[1993] ECR I-03353, pkt 37 i 40.

²⁸ Sprawa C-87/94 *Komisja Wspólnot Europejskich przeciwko Królestwu Belgii* [1996], ECR I-2043, pkt 54 i 56.

²⁹ Sprawa C-324/98 *Telaustria Verlags GmbH i Telefonadress GmbH przeciwko Telekom Austria AG*, przy udziale: Herold Business Data AG. [2000] ECR I-10745, pkt 61 i 62, oraz sprawa C-470/99 *Universale-Bau AG, Bietergemeinschaft: 1) Hinteregger & Söhne Bauges.m.b.H. Salzburg, 2) ÖSTÜ-STETTIN Hoch- und Tiefbau GmbH przeciwko Entsorgungsbetriebe Simmering GmbH* [2002] ECR I-11617, pkt 93.

sób istotny odmienne w swoim charakterze od projektu umowy już zaakceptowanego przez strony oraz czy wobec tego ujawniły intencję stron do renegotjowania istotnych warunków umowy. Jeśli miałyby się okazać, że otwarto na nowo negocjacje umowy w sprawie udzielenia zamówienia, to, zdaniem Trybunału, oznaczałoby to konieczność wszczęcia nowej procedury udzielenia zamówienia³⁰. W tym czasie Trybunał oceniał, że zmiana naruszała zasadę równego traktowania, jeśli była istotna, w takim znaczeniu, że dotyczyła zasadniczych warunków umowy. W efekcie stwierdził, że nie każda zmiana jest niemożliwa, ale tylko taka, która wprowadzałaby do umowy warunki istotnie odmienne od istniejących.

Trybunał wskazał, kiedy zmiana ma charakter istotny (*substantially different*), analizując stanowisko Komisji Europejskiej zaprezentowane w sprawie. Komisja podniosła, że wzrost ceny o 10%, jak również zmiany w oferowanej technologii, oznaczają, że doszło do zawarcia nowej umowy w sprawie zamówienia. Trybunał jednak tej oceny nie podzielił. Oceniał natomiast, że w pierwszej kolejności strony długotrwałej umowy o zamówienie publiczne mogą uwzględnić w umowie rozwój technologiczny, bez uznania, że za każdym razem dochodzi do renegotjacji zasadniczych jej warunków³¹. Warto jednak wskazać, że Trybunał doszedł do takiego wnio-

sku w sytuacji, kiedy faktyczna zmiana technologii dotyczyła wyłącznie wymiarów sprzętu i to w niewielkim stopniu. W efekcie zmiana nie okazała się w żadnym razie zasadnicza.

Po drugie, pomimo przyznania, że wzrost ceny nie był uzasadniony wzrostem inflacji, Trybunał stwierdził, że wzrost ten nie stanowił przypadku renegotjowania zasadniczych warunków umowy, ponieważ nastąpił na podstawie zastosowania formuły przewidzianej w umowie³².

Argument ten legł u podstaw orzeczenia w sprawie *Succhi di Frutta*. Trybunał rozstrzygnął, że zmiana uzgodnień, która obejmowała zarówno zastąpienie jednego rodzaju owoców innym rodzajem (owoce stanowiły zapłatę dla wykonawcy), jak i ustalenie współczynnika równowartości pomiędzy tymi rodzajami owoców poprzez odniesienie się do okoliczności powstałych po udzieleniu zamówienia, stanowiła istotną zmianę zasadniczych warunków ogłoszenia o zamówieniu³³. Trybunał uzasadniał, że ponieważ ogłoszenie o zamówieniu zapraszające do udziału w postępowaniu nie określało dokładnych warunków, na jakich miałyby nastąpić zastąpienie owoców pierwotnie przewidzianych jako zapłata innymi owocami, taka zmiana naruszała zasadę równego traktowania i z tego względu jej wprowadzenie wymagało przeprowadzenia nowego postępowania

³⁰ Sprawa C-337/98 *Komisja Wspólnot Europejskich przeciwko Republice Francuskiej* [2000] ECR I-08377, pkt 44 i 46.

³¹ Sprawa C-337/98 *Komisja Wspólnot Europejskich przeciwko Republice Francuskiej*, pkt 51.

³² Sprawa C-337/98 *Komisja Wspólnot Europejskich przeciwko Republice Francuskiej*, pkt 53.

³³ Sprawa C-496/99 *CAS Succhi di Frutta SpA*, [2004] ECR I-03801, pkt 77 i 79.

o udzielenie zamówienia³⁴. Rzecznik Generalny Alber w wydanej w sprawie opinii w szczególności podnosił, że zmiana dotycząca wynagrodzenia (zasadniczego elementu umowy) naruszyła zasady równego traktowania i przejrzystości, ponieważ w jej efekcie zwycięski wykonawca uzyskał możliwość, jaka nie była przewidziana w ogłoszeniu o zamówieniu. Taki skutek nastąpił, jak stwierdził Alber, niezależnie od tego, czy wykonawca złożyłby korzystniejszą ofertę, gdyby wiedział o możliwych zmianach zasad płatności wynagrodzenia³⁵. Trybunał zatem ostatecznie wyartykułował zasadę, że zmiana warunków zamówienia na etapie po wyborze oferty jest dopuszczalna tylko wtedy, gdy w ogłoszeniu o zamówieniu zapraszającym do udziału w przetargu znalazło się wyraźne postanowienie zawierające odpowiednio szczegółowe zasady takiej zmiany. Uzasadnieniem tego stanowiska jest to, że każdy z wykonawców zainteresowanych uzyskaniem zamówienia musi mieć tę samą świadomość co do możliwości przyszłych zmian umowy. Tylko wtedy bowiem wykonawcy znajdują się w tej samej sytuacji przy formułowaniu swoich ofert³⁶.

Zasada ta ugruntowała elastyczne podejście do zmian umowy w sprawie zamówienia po wyborze oferty, jeśli możliwość zmiany została ujawniona

z góry wszystkim wykonawcom. Była ona powszechnie akceptowana także w decyzjach Komisji Europejskiej, jako że tego rodzaju działanie nie stało w sprzeczności z zasadą równego traktowania i uczciwej konkurencji³⁷.

Następnie Trybunał w sprawie *Presse-text* wydał wyrok, który jest postrzegany jako przełomowy w sprawach dotyczących oceny możliwości dokonania zmiany warunków umowy o zamówienie publiczne w czasie jej trwania. Tym razem Trybunał skoncentrował się na interpretacji pojęcia „udzielać” na gruncie dyrektyw zamówieniowych, jako że wniesiona sprawa dotyczyła zmian, które nie były pierwotnie przewidziane w dokumentacji przetargowej. Trybunał ocenił trzy przypadki, w których doszło do zmiany umowy w sprawie zamówienia publicznego. Zmiana umowy polegała na: zmianie wykonawcy, zmianie ceny, zrzeczeniu się prawa do rozwiązania umowy oraz wdrożeniu rabatów. W efekcie Trybunał orzekł, jednoznacznie odwołując się do wyroku w sprawie *Rennes*, że udzielenie nowego zamówienia ma miejsce, jeśli zmiany do umowy *charakteryzują się cechami w sposób istotny odbiegającymi od postanowień pierwotnego zamówienia (materially different) i w związku z tym mogą wskazywać na wolę ponownego negocjowania przez strony podstawowych ustaleń tego zamówie-*

³⁴ Sprawa C-496/99 CAS *Succhi di Frutta*, pkt 81.

³⁵ Opinia Rzecznika Generalnego Albera 24.10.2002. C-496/99, pkt 49, 50 i 52.

³⁶ Sprawa C-496/99 CAS *Succhi di Frutta*, pkt 110, 111 i 118. Podobnie w wyroku z 18 października 2001 w sprawie C-19/00, pkt 34 (z powołaniem na rozstrzygnięcie w sprawie C-87/94).

³⁷ Decyzja KE z 2 października 2002 r. N264/2002 w sprawie *London Underground Public-Private Partnership* oraz z 3 kwietnia 2003 r. IP/03/601 w sprawie *Thessaloniki metro contract*. Zob. także: A. Brown, *Green light to Thessaloniki metro contract, despite post-tender modifications: Commission press release IP/03/2003 of April 30, 2003*, „Public Procurement Law Review” 2003, nr 4.

nia³⁸. Trybunał dał dalsze wskazówki co do rozumienia pojęcia istotnej zmiany umowy o zamówienie publiczne, wskazując, że taką zmianą jest:

- wprowadzenie warunków, które – gdyby były elementem pierwotnej dokumentacji postępowania – pozwoliłyby na udział innych wykonawców niż ci dopuszczeni do postępowania, lub pozwoliłyby na dopuszczenie innych ofert,
- znaczne zwiększenie zakresu umowy wcześniej w niej nieprzewidziane,
- zmiana równowagi ekonomicznej umowy na korzyść wykonawcy, w sposób wcześniej w umowie nieprzewidziany.

Rzecznik Generalna Kokott w swojej opinii w tej sprawie dodatkowo wyjaśniła, że kryterium istotnej zmiany umowy obejmuje takie zmiany, *które konkretnie mogą zakłócić konkurencję na danym rynku i uprzywilejowywać kontrahentów instytucji zamawiającej w stosunku do innych możliwych usługodawców. W szczególności stwierdziła, że zmiana istotna ma miejsce zawsze wtedy, gdy nie da się wykluczyć, że pozostali usługodawcy wskutek pierwotnych, mniej korzystnych warunków, zostali zniechęceni do ubiegania się o zamówienie publiczne lub że z uwagi na nowe warunki umowy byłiby tym razem zainteresowani ubieganiem się o zamówienie publiczne, lub także że wniosek oferenta, który swego czasu został odrzucony, mógłby z uwagi na nowe warunki umowy zostać uwzględniony*³⁹.

³⁸ Sprawa C-454/06 *Presstext*, pkt 34.

³⁹ Opinia Rzecznik Generalnej Kokott z 13 marca 2008 r., sprawa C454/06, pkt 48 i 49.

Wobec powyższego przy rozstrzygnięciu sprawy Trybunał po raz pierwszy orzekł, że choć generalnie zastąpienie kontrahenta, któremu zostało udzielone zamówienie (o ile nie zostało to przewidziane w ramach pierwotnego zamówienia), stanowi zmianę jednego z podstawowych postanowień zamówienia, to jednak w poddanej rozstrzygnięciu sprawie nie doszło do zmiany warunków zamówienia w sposób fundamentalny. A to dlatego, że zmiana kontrahenta nastąpiła na rzecz podmiotu, który w całości był własnością pierwotnego wykonawcy i z tego względu zmianę uznano za wewnętrzną reorganizację wykonawcy, a nie udzielenie nowego zamówienia⁴⁰.

Po wtóre, zostało potwierdzone, że rozstrzygnięciem w sprawie *Succhi di Frutta*, że zmiany umowy w zakresie ceny zawsze oznaczają zmianę zasadniczych warunków umowy i z tego powodu mogą stanowić zagrożenie naruszenia zasad przejrzystości i równego traktowania oferentów. Jednakże Trybunał dalej wyjaśnił, że w przypadku przeliczenia waluty umowy nie chodziło o istotną zmianę umowy, lecz jedynie o dostosowanie zamówienia do zmienionych okoliczności zewnętrznych. Nawet jeśli takie przeliczenie odbywa się przy jednoczesnym dostosowaniu kwot, nie stanowi to udzielenia nowego zamówienia, jeśli takie dostosowanie jest minimalne i obiektywnie uzasadnione⁴¹.

Po trzecie, Trybunał orzekł, że ani odnowienie zrzeczenia się prawa do

⁴⁰ Sprawa C-454/06 *Presstext*, pkt 40 i 45.

⁴¹ Sprawa C-454/06 *Presstext*, pkt 55–61.

wypowiedzenia umowy, ani wzrost udzielonych rabatów nie stanowią udzielenia nowego zamówienia. Trybunał w szczególności ocenił, że takie zmiany nie powodują ryzyka zaburzenia konkurencji ani nie zmieniają równowagi ekonomicznej umowy na korzyść wykonawcy⁴².

W efekcie, na podstawie powyższych parametrów, Trybunał określił zakres i znaczenie pojęcia zmiany istotnej i sformułował zasady oceny co do tego, czy umowa o zamówienie publiczne może być zmieniona, co odbywa się za pomocą tzw. testu istotności.

Słusznie się uważa (Brown), że kryteria wynikające ze sprawy *Pressetext* są zgodne z poczuciem sprawiedliwości, jako że wprowadzają rozwiązanie proporcjonalne, tzn. wymagają nowej procedury udzielenia zamówienia tylko wtedy, kiedy skala lub charakter zmiany mają rzeczywisty wpływ na procedurę przetargową lub wprowadzają znaczną korzyść dla wybranego oferenta⁴³. Zasady te nie mogą jednak być stosowane rutynowo, lecz w każdym indywidualnym przypadku należy starannie określić dla konkretnej umowy zakres zmiany i dokonać różniczenia pomiędzy zmianami istotnymi a nieistotnymi.

Jako przykład trudności w praktycznym zastosowaniu testu istotności ze sprawy *Pressetext* można podać spr-

wę *Gottlieb przeciwko Winchester City Council* rozstrzyganą przez High Court of England and Wales w 2015 r.⁴⁴ Okoliczności sprawy dotyczyły zmian umowy o zamówienie publiczne, które nigdy nie zostało poddane procedurze konkurencyjnej i z tego powodu nie można było ustalić wykonawców, którzy mogli być zniechęceni udziałem w postępowaniu lub niedopuszczeni do niego, tak aby przeprowadzić ocenę istotności zmiany umowy wg testu *Pressetext*. Oznaczałoby to, że w przypadku wprowadzenia zmiany do umowy o zamówienie publiczne zamawiający, który w całości pominął wymogi procedur zamówieniowych, znajdowałby się w lepszej sytuacji niż zamawiający, który tych procedur przestrzegał⁴⁵. W efekcie, pomimo że dotychczasowe zasady wypracowane w judykaturze wymagały dla wykazania istotności zmiany dowodu w postaci wykazania, że byłby ktoś inny, kto byłby gotowy, chętny i zdolny do udziału w przetargu, i kto chciałby wziąć w nim udział, gdyby możliwość zmiany została jasno określona, ale do przetargu nie przystąpił, ponieważ taka możliwość określona nie została⁴⁶, sąd orzekł, że taka przesłanka nie musi

⁴² Sprawa C-454/06 *Pressetext*, pkt 79, 84–86.

⁴³ A. Brown, *When do changes to an existing public contract amount to the award of a new contract for the purposes of the EU procurement rules? Guidance at last in Case C-454/06*, „Public Procurement Law Review” 2008, nr 6, s. 9.

⁴⁴ Dyrektywy zamówieniowe z 2014 nie były w tym czasie implementowane do prawa brytyjskiego i sąd orzekł, odwołując się do zasad wynikających z orzecznictwa Trybunału, w szczególności do sprawy *Pressetext*, por. R. Ashmore: *Variations on a theme (Pressetext in action) – changes to development plans in favor of commercial developer successfully challenged: R (on app. Gottlieb) v Winchester City Council*, „Public Procurement Law Review” 2015, nr 3.

⁴⁵ Sprawa R. (*on the application of Gottlieb*) przeciwko *Winchester City Council* [2015] EWHC 231 (Admin) [QBD (Admin)], pkt 67.

⁴⁶ Sąd powołał wyrok w sprawie *Edenred (UK Group) Ltd przeciwko HM Treasury & Ors* [2015] EWHC 90 (QB), pkt 62.

zachodzić za każdym razem. Sąd doszedł do wniosku, że w okolicznościach sprawy wykazanie *na podstawie prawdopodobieństwa, że realistyczny potencjalny oferent ubiegałby się o zamówienie, gdyby przetarg był ogłoszony*⁴⁷, jest wystarczające dla przeprowadzenia testu istotności.

Podobnie w sprawie *Wall* wskazano, jak bardzo indywidualne jest zastosowanie testu istotności w konkretnym stanie faktycznym. Trybunał ocenił istotność zmiany umowy o zamówienie publiczne na podstawie zasad ustalonych w sprawie *Presetext*, a także odwołując się do sprawy *Rennes*. Na tej podstawie doszedł do przekonania, że zmiana podwykonawcy zamówienia publicznego może w wyjątkowych przypadkach stanowić istotną zmianę zasadniczych postanowień umowy, jeśli zaangażowanie danego podwykonawcy było decydującym czynnikiem przy udzieleniu zamówienia⁴⁸. Trybunał dodatkowo stwierdził, że powyższa kwalifikacja nie uległaby zmianie, nawet gdyby możliwość zmiany podwykonawcy została uprzednio przewidziana w umowie⁴⁹. Z drugiej jednak strony w poprzednich sprawach Trybunał uznał, że fakt, iż daną zmianę wyraźnie przewidziano w pierwotnych warunkach zamówienia, zasadniczo uchyła ryzyko zakłócenia konkurencji. Pogląd ten dotyczył także zmiany wykonawcy, a jego uzasadnieniem było

to, że wszystkie podmioty od samego początku były poinformowane o takiej możliwości i z tego względu miały równe szanse na sformułowanie swych ofert⁵⁰. Stąd stanowisko Trybunału było takie, że przewidzenie zmiany w dokumentacji przetargowej pozbawia ją charakteru zmiany istotnej.

Jednakże w sprawie *Wall* zaprezentowano inny pogląd, tj. że nawet umownie przewidziana zmiana może być niedozwolona. Rzecznik Generalny Bot w szczególności wyjaśnił, że okoliczności sprawy wskazywały, że tożsamość podwykonawcy była kluczowym elementem, na którym zamawiający oparł swoją decyzję o udzieleniu zamówienia, ponieważ wykonawca polegał na szeregu zdolności tego podmiotu w trakcie przetargu. W efekcie, jeśli wykonawca, po udzieleniu zamówienia zamierzał zastąpić takiego podwykonawcę, zanim ten rozpoczął świadczenie usług objętych umową i bez uzasadnionych powodów, należy zorganizować nowy przetarg, inaczej uchybiono by zasadzie przejrzystości⁵¹. W tym sensie wyrok w sprawie *Wall* uzupełnia kryterium istotności zmiany umowy w sprawie zamówienia.

W powyższy sposób Trybunał dążył do wypracowania zasad, wg których należy oceniać zmiany do umowy w spra-

⁴⁷ Sprawa *R. (on the application of Gottlieb) przeciwko Winchester City Council* [2015] EWHC 231 (Admin) (QBD (Admin)), pkt 69.

⁴⁸ Sprawa *C-91/08 Wall AG przeciwko La ville de Francfort-sur-le-Main and Frankfurter Entsorgungs- und Service (FES) GmbH* [2010] ECR I-02815, pkt 39.

⁴⁹ Sprawa *C-91/08 Wall* pkt 39 *ab initio*.

⁵⁰ Por. sprawa *C496/99 Succhi di Frutta* pkt 118, *C-454/06 Presetext* pkt 40, sprawa *C-337/98 Rennes* lub sprawy *C-19/00* i *C-87/94*.

⁵¹ Opinia Rzecznika Generalnego Bota z 27 października 2009 w sprawie 91/08, pkt 66, 67, 69 i 75. Wyraził on zdanie, że gdyby podwykonawca nie realizował powierzonych mu prac z należytą starannością, wtedy byłaby możliwość jego zmiany, jednak sytuacja taka nie miała miejsca w sprawie *C-91/08* (pkt 63).

wie zamówienia, aby przeprowadzać je bez naruszenia podstawowych zasad udzielania zamówień publicznych. Ukształtowały one koncepcję istotnej zmiany umowy na potrzeby ustalenia, czy zmiana oznacza, co do jej skutków, udzielenie nowego zamówienia. Z orzeczeń jednak wynika, że praktyczny skutek zastosowania testu istotności zależy zawsze od indywidualnych okoliczności danej sprawy⁵², bowiem przyjęta w prawie koncepcja co do tego, które zmiany stanowią udzielenie nowego zamówienia, nie może podlegać generalizowaniu⁵³.

III. Ocena regulacji art. 72 dyrektywy wg testu istotności

1. Wprowadzenie

Wypracowane przez Trybunał zasady pozwalały na ocenę, kiedy zmiana umowy o zamówienie publiczne oznacza, że w rzeczywistości doszło do udzielenia nowego zamówienia. Jednak na potrzeby harmonizacji prawa zamówień publicznych w ramach rynku wewnętrznego zasady wynikające z orzecznictwa TSUE okazały się niewystarczająco jednoznaczne dla ich praktycznego zastosowania⁵⁴, a jednocześnie zmiana umowy o zamówienie publiczne w czasie jej obowiązywania stopniowo stawała się coraz waż-

niejszą i problematyczną kwestią dla praktyków⁵⁵. W związku z tym w toku reformy zamówień publicznych na poziomie europejskim w 2014 r. postawiono pytanie: czy *prawodawstwo UE powinno przewidywać konkretne instrumenty regulacyjne, które mogłyby umożliwić instytucjom zamawiającym skuteczniejsze rozwiązywanie zauważonych problemów w tym obszarze, a konkretnie wprowadzić prawne wyjaśnienie dotyczące warunków, w razie spełnienia których zmiana umowy wymaga nowej procedury przetargowej?*⁵⁶ W rezultacie tych rozważań powstał art. 72 dyrektywy 2014/24/UE.

2. Regulacja art. 72 ust. 4 dyrektywy klasycznej a zmiana istotna wg TSUE

Celem art. 72 dyrektywy klasycznej, jak wskazuje uzasadnienie (*Explanatory Memorandum*), jest dostarczenie uczestnikom zamówień publicznych praktycznego instrumentu dla rozwiązania problemów, jakie pojawiają się w sprawach zmian niewykonanych jeszcze umów o zamówienie publiczne. Uzasadnienie w szczególności wyjaśnia, że w tym zakresie dyrektywa przyjęła podstawowe rozwiązania wypracowane w orzecznictwie Trybunału⁵⁷.

⁵² Por. A. Brown, *When do changes to an existing public contract amount to the award of a new contract for the purposes of the EU procurement rules? Guidance at last in case C-454/06*, „Public Procurement Law Review” 2008, nr 6, s. 9.

⁵³ Zob.: Opinia Rzecznik Generalnej Kokott z 13 marca 2008 r., sprawa C454/06, przypis 29 do pkt 43.

⁵⁴ *Green Paper on the modernization of EU public procurement policy. Towards a more efficient European Procurement Market*, Brussels, 27.1.2011 (COM(2011) 15 final, s. 25).

⁵⁵ *Proposal for a Directive of the European Parliament and the Council on public procurement*, Brussels, 20.12.2011, COM(2011) 896 final, 2011/0438 (COD) C7-0006/12 EN.

⁵⁶ *Green Paper on the modernization of EU public procurement policy. Towards a more efficient European Procurement Market*, Brussels, 27.1.2011 (COM(2011) 15 final, s. 25).

⁵⁷ *Proposal for a Directive of the European Parliament and the Council on public procurement*, Brussels, 20.12.2011, COM(2011) 896 final, 2011/0438 (COD) C7-0006/12 EN, s. 9 uzasadnienia (*Explanatory Memorandum*).

Szczegółowe przepisy dotyczące zmiany umów o zamówienie publiczne w okresie ich obowiązywania (zwanej w dyrektywie klasycznej modyfikacją) bez konieczności przeprowadzenia nowego postępowania o udzielenie zamówienia znajdują się w art. 72 dyrektywy 2014/24/UE w dwóch ustępach:

- w art. 72 ust. 1, który wymienia przypadki, w których możliwa jest zmiana umowy, i obejmuje zmiany w oparciu o klauzule przeglądowe, niezbędne dodatkowe zamówienia, nieprzewidziane okoliczności zewnętrzne, a także zastąpienie wykonawcy następcą prawnym lub innym podmiotem zdolnym do wykonania umowy, oraz przewiduje, że modyfikacja jest dozwolona, gdy zmiana nie jest istotna, niezależnie od jej wartości;
- w art. 72 ust. 2, który reguluje przypadki relatywnie niewielkiej zmiany, która mieści się w granicach 10% lub 15% pierwotnej wartości zamówienia, przy czym wartość zmiany nie przekracza progów ustalonych dla stosowania przepisów dyrektywy klasycznej oraz zmiana nie ma na celu zmiany ogólnego charakteru umowy w sprawie zamówienia.

Art. 72 wyjaśnia ponadto, kiedy zmiana do umowy o zamówienie publiczne jest istotna. Jest to taka zmiana, która powoduje, że *charakter umowy zmienia się w sposób istotny w stosunku do charakteru pierwotnie zawartej umowy* (art. 72 ust. 4). W dalszej części przepisu przesądza, że – bez uszczerbku dla przepisów z art. 72 ust. 1 i 2 – zmianę umowy uważa się za istotną w każdym z następujących przypadków:

- gdy modyfikacja wprowadza warunki, które, gdyby były częścią

pierwotnego postępowania o udzielenie zamówienia, umożliwiłyby dopuszczenie innych kandydatów niż ci, którzy zostali pierwotnie zakwalifikowani, lub przyjęcie oferty innej niż pierwotnie przyjęta, albo zainteresowałyby dodatkowych uczestników postępowania o udzielenie zamówienia;

- gdy modyfikacja zmienia równowagę ekonomiczną umowy w sprawie zamówienia na korzyść wykonawcy w sposób nieprzewidziany w pierwotnej umowie;
- gdy modyfikacja znacznie rozszerza zakres umowy w sprawie zamówienia;
- gdy nowy wykonawca zastępuje wykonawcę, któremu instytucja zamawiająca pierwotnie udzieliła zamówienia, w przypadkach innych niż przewidziane w ust. 1 lit. d.

W art. 72 ust. 5 dyrektywa klasyczna stanowi, że nowe postępowanie o udzielenie zamówienia jest wymagane w przypadku modyfikacji umowy innym niż modyfikacje przewidziane na mocy art. 72 ust. 1 i 2.

Szeroko dyskutowano, czy przedstawiona powyżej regulacja art. 72 dyrektywy klasycznej jedynie precyzuje orzecznictwo TSUE, czy jednak wprowadza nowatorską europejską koncepcję dotyczącą sposobu zmiany umów o zamówienie publiczne. Arrowsmith zajęła stanowisko, że art. 72 potwierdza ogólne zasady testu istotności ze sprawy *Presstext*⁵⁸. Dominguez Oli-

⁵⁸ S. Arrowsmith, *The law of Public and Utilities Procurement*. t. 1, wyd. 3, Sweet & Maxwell, London 2014, s. 597.

vera wskazał wprost, że orzecznictwo TSUE zostało skodyfikowane w art. 72 dyrektywy klasycznej w celu zharmozowania regulacji dotyczącej zmian umów w zamówieniach publicznych⁵⁹. Treumer, komentując projekt dyrektywy 2014/24/UE w wersji z 2011 r., stwierdził nawet, że jest to bezpośrednia kodyfikacja orzecznictwa, która przyjęła bardziej rygorystyczne podejście do zmiany umowy niż to, które nakreślił TSUE w swoich orzeczeniach⁶⁰. Jednak ze względu na to, że struktura obecnego art. 72 odbiega od tej przewidzianej w projekcie Komisji Europejskiej⁶¹, pojawiły się komentarze wskazujące, że art. 72 w wersji obowiązującej w rzeczywistości odszedł od stanowiska TSUE w sprawie *Presstext*, pozwalając na większą elastyczność w zakresie zmiany umów niż przewidziana w orzecznictwie⁶². Bruyninckx w szczególności uważał, że zasada zakazująca istotnych zmian umowy bez przeprowadzania nowego postępowania w sprawie udzielenia zamówienia została zdegradowana w trakcie procesu legislacyjnego. Wskazywał, że

w obecnym art. 72 zasada ta jest po pierwsze przekształcana w zezwolenie na modyfikację, gdy ta nie jest istotna, a po drugie, że pojawia się tylko w ostatnim akapicie art. 72, gdzie wymaga przeprowadzenia nowego postępowania jedynie wtedy, gdy warunki dopuszczalnej modyfikacji nie mają zastosowania⁶³. Ta szczególna opinia nie wydaje się jednak popularna, ponieważ nawet autorzy, którzy twierdzą, że prawodawstwo Unii w zakresie art. 72 dyrektywy klasycznej różni się od istniejącego w tej kwestii orzecznictwa (Brodec, Janeček), potwierdzali, że ogólna zasada zawarta w art. 72 mówi, że zabronione jest dokonywanie istotnych zmian w umowie⁶⁴.

Proces wykładni art. 72 dyrektywy klasycznej na potrzeby odpowiedzi na wątpliwości zaprezentowane powyżej należy rozpocząć od rozważenia historycznego aspektu rozwoju koncepcji istotnej zmiany umowy. Wcześniej w niniejszym artykule wskazano, że rozwojowi tej koncepcji przyświecał cel w postaci wzmocnienia ochrony przedsiębiorców korzystających z podstawowych swobód gwarantowanych przepisami TFUE w szczególnym kontekście rynku wewnętrznego w obszarze zamówień publicznych, tj. zapewnienia realizacji zasady równego traktowania, uczciwej konkurencji i przejrzystości, które są podstawowymi zasadami regulującymi dostęp do zamówień publicznych w UE. Pojęcie istotnej zmiany umowy w sprawie zamówienia publicznego zatem należy wyklądać w specyficznym kontekście

⁵⁹ R. Dominquez Olivera, *Modification of Public Contracts. Transposition and Interpretation of the new UE Directives (2015)*, „European Procurement & Public-Private Partnership Law Review” 2015, nr 1, s. 35.

⁶⁰ S. Treumer, *Regulation of contracts changes leading to a duty to retender the contract: The European Commission’s proposal of December 2011*, „Public Procurement Law Review” 2012, nr 21, s. 154.

⁶¹ S. Treumer, *Regulation of the Contract Changes in the New Public Procurement Directive*, [w:] F. Lichere, R. Caranta, S. Treumer (red.) *Modernising Public Procurement: The New Directive* (wyd. 1, Djøf Publishing, Copenhagen 2014), s. 283.

⁶² T. Bruyninckx, *Modification of contracts during their term: principle or exception a view from the perspective of negative externalities*, [w:] Skovgaard Oluke, Sanchez-Graells A (red.), *Reformation or Deformation of the EU Public Procurement Rules*, Edward Elgar Publishing, Cheltenham, 2016, s. 276.

⁶³ Ibidem, s. 281–283.

⁶⁴ J. Brodec, V. Janeček, op.cit., s. 6.

procedury udzielania zamówienia, tj. ocenić, czy dana zmiana negatywnie wpływa na równość szans wykonawców na etapie formułowania przez nich ofert⁶⁵. W konsekwencji cywilistyczna koncepcja kwalifikowania elementów czynności prawnej na przedmiotowo lub podmiotowo istotne (*essentialia* lub *accidentalialia negotii*) i przedmiotowo nieistotne (*naturalia negotii*) niekoniecznie wpisuje się w pojęcie istotności zmiany umowy o zamówienie publiczne, jeśli oceniany ma być wpływ danego postanowienia umowy objętego zmianą na przeprowadzone postępowanie o udzielenie zamówienia⁶⁶. W związku z tym pojęcia prawa cywilnego mają jedynie charakter pomocniczy przy interpretacji pojęcia istotnej zmiany umowy, jakie wynika z dyrektywy klasycznej. Rozumienie istotnej zmiany nie może także opierać się na znaczeniu potocznym tego pojęcia, gdyż podlega ono ocenie w kontekście okoliczności istotnych dla postępowań o udzielenie zamówienia publicznego.

Zakres znaczeniowy pojęcia istotnej zmiany wynika z art. 72 ust. 4, a dodatkowe wyjaśnienie pochodzi z motywu 107 dyrektywy klasycznej. Na tej podstawie zmiana jest istotna, gdy nadaje umowie istotnie inny charakter od pierwotnie zawartej, a konkretnie wskazuje na „zamiar stron dotyczący renegeacji istotnych warunków”

umowy, która to zasada pochodzi wprost z orzeczenia w sprawie *Rennes*, a następnie w sprawie *Presstetext*⁶⁷. W motywie 107 wyjaśniono dalej, że zmiana jest istotna, gdyby zmieniony warunek miał wpływ na wynik postępowania, jeśli zostałby uwzględniony w pierwotnym postępowaniu. Stanowi to parametr oceny istotności wskazany w sprawie *Presstetext*. Trybunał wtedy wskazał, że zmiana byłaby istotna, gdyby dodany warunek pozwolił na dopuszczenie do postępowania innych oferentów lub przyjęcie innych ofert⁶⁸. Ten parametr jest również wyraźnie zawarty w art. 72 ust. 4 lit. a dyrektywy, który stwierdza, że już jedna z okoliczności wymienionych w lit. a – d oznacza, że zmiana umowy jest istotna. Dalej art. 72 ust. 4 wymienia kolejne elementy definicji istotnej zmiany, takie jak:

- zmiana równowagi ekonomicznej na korzyść wykonawcy w sposób nieprzewidziany w pierwotnej umowie (lit. b),
- znaczne rozszerzenie zakresu umowy (lit. c).

Elementy definicji istotnej zmiany wymienione w lit. a, b i c art. 72 ust. 4 zostały wskazane (Hartlev, Liljenbøl) jako trzy podstawowe parametry istotności ustalone w sprawie *Presstetext* w pkt 35 – 37⁶⁹. Uważa się również, że tego rodzaju zmiany zawsze stanowią istotną modyfikację umowy (Brodec,

⁶⁵ Sprawa C-496/99 *CAS Succhi di Frutta*, pkt 118.

⁶⁶ Takie stanowisko zostało potwierdzone w orzeczeniach Krajowej Izby Odwoławczej: z 30 października 2012 r., KIO 86/12; z 7 lutego 2013 r., KIO 154/13, a także w rozstrzygnięciu organów właściwych ws. dyscypliny finansów publicznych: BDF1.4800.161.2015.

⁶⁷ Sprawa C-454/06 *Presstetext*, pkt 44.

⁶⁸ Sprawa C-454/06 *Presstetext*, pkt 34.

⁶⁹ K. Hartlev, M. Wahl Liljenbøl, *Changes to existing contracts under the EU public procurement rules and the drafting of review clauses to avoid the need for a new tender*, „Public Procurement Law Review” 2013, nr 2, s. 5.

Janeček)⁷⁰. Wreszcie art. 72 ust. 4 lit. d stanowi, że zastąpienie wykonawcy jest istotną zmianą, chyba że następuje na podstawie klauzuli przeglądowej lub z powodu restrukturyzacji wykonawcy. Element ten także opiera się na wyroku TSUE w sprawie *Presstext*, w którym Trybunał wyraźnie stwierdził, że zmiana kontrahenta jest co do zasady istotną zmianą umowy o zamówienie, chyba że pierwotna umowa przewidywała taką zmianę lub zmiana odbywa się w ramach wewnętrznej reorganizacji kontrahenta⁷¹.

Z powyższego wynika, że pojęcie istotnej zmiany umowy wypracowane w sprawie *Presstext* zostało odtworzone w art. 72 ust. 4 dyrektywy, co potwierdza tezę o kodyfikacji podstawowych parametrów testu istotności zmiany umowy w regulacji dyrektywy klasycznej, zwłaszcza wobec przyjętej w dyrektywie zasady, że nowe postępowanie w sprawie udzielenia zamówienia jest wymagane, ilekroć ma miejsce zmiana istotna, co potwierdza motyw 107 dyrektywy klasycznej.

W dyskusji na temat skutków regulacji art. 72 dyrektywy klasycznej kluczowa była jednak wątpliwość, czy art. 72 pozwala na istotną zmianę umowy o zamówienie publiczne bez przeprowadzenia nowego postępowania o udzielenie zamówienia. Kwestię tę analizowali Brodec i Janeček, którzy są zdania, że mimo ogólnego zakazu dokonywania zmian istotnych *dyrektywa wyraźnie zezwala na dokonanie istotnej zmiany umowy bez postępowania*

*o udzielenie zamówienia*⁷². Ten pogląd podziela Bogdanowicz, oceniając, że przepis art. 72 jest sprzeczny z logiką orzecznictwa TSUE, a konkretnie z tą wynikającą ze sprawy *Presstext*⁷³.

3. Art. 72 ust. 1 i 2 dyrektywy 2014/24/UE w kontekście testu istotności

Art. 72 ust. 4, który wprowadza definicję istotnej zmiany, zgodnie z wytycznymi Trybunału, wskazuje, że czyni to *bez uszczerbku dla przepisów ust. 1 i 2 art. 72*, zaś art. 72 ust. 5 stanowi, że nowe postępowanie o udzielenie zamówienia *jest wymagane w przypadku modyfikacji umowy w sprawie zamówienia publicznego, innych niż modyfikacje przewidziane na mocy art. 72 ust. 1 i 2*. Mogłoby to prowadzić do wniosku, że zmiany istotne są możliwe do wprowadzenia do umowy o zamówienie bez przeprowadzenia nowego postępowania o udzielenie zamówienia, o ile spełnione są warunki określone w art. 72 ust. 1 i 2⁷⁴. To z kolei oznaczałoby, że chociaż art. 72 zawiera definicję istotnej zmiany umowy w ust. 4, to jednak w ust. 1 i 2 wprowadza listę przypadków, w których zmiana umowy jest możliwa bez powiązania ich z definicją zmiany istotnej i zakazem jej wprowadzenia, które sam art. 72 przewiduje. Aby odpowiedzieć na pytanie, czy powyższy wniosek jest zasadny, każdy przypadek dopuszczalnej zmiany umowy wymieniony w art. 72 ust. 1 i 2 zostanie poddany ocenie w celu ustalenia, czy spełnia test istotności

⁷⁰ J. Brodec, V. Janeček, op.cit., s. 7.

⁷¹ Sprawa C-454/06 *Presstext*, pkt 40 i 45.

⁷² J. Brodec, V. Janeček, op.cit., s. 7.

⁷³ P. Bogdanowicz, op.cit., s. 198.

⁷⁴ J. Brodec, V. Janeček, op.cit., s. 7 oraz P. Bogdanowicz, op.cit., s. 198.

zgodnie z koncepcją istotnej zmiany, ustaloną w orzecznictwie Trybunału i transponowaną do art. 72 ust. 4 dyrektywy klasycznej.

3.1 Zmiany na podstawie klauzuli przeglądowej – art. 72 ust. 1 lit. a

Art. 72 ust. 1 lit. a stanowi, że modyfikacja umowy o zamówienie publiczne jest dopuszczalna, jeżeli następuje zgodnie z postanowieniami klauzuli przeglądowej zawartej w takiej umowie. Motyw 111 dyrektywy klasycznej dodatkowo wyjaśnia, że klauzule przeglądowe nie zapewniają nieograniczonej swobody zmiany umowy. Z tych względów, mimo że na podstawie klauzuli przeglądowej dopuszcza się wszelkie modyfikacje, istnieje jednocześnie ograniczenie polegające na tym, że ogólny charakter umowy nie może, w wyniku modyfikacji, ulec zmianie (art. 72 ust. 1 lit. a *in fine*). Ta regulacja ma na celu zagwarantowanie, że pierwotna umowa będzie kontynuowana i nie zostanie zmieniona do tego stopnia, że zostanie *de facto* zastąpiona inną umową – to bowiem oznaczałoby obejście prawa zamówień publicznych. Zasada, zgodnie z którą akceptowalne są zmiany do umowy o zamówienie na podstawie klauzuli przeglądowej, została w szczególności wyrażona w sprawie *Succhi di Frutta*, gdzie Trybunał stwierdził, że w tym celu wymagane jest wyraźne postanowienie w ogłoszeniu o zamówieniu odnośnie do możliwej zmiany, jaka nastąpi po wyborze oferty, łącznie z przewidzeniem jej szczegółowych zasad⁷⁵. Zasada ta

została następnie potwierdzona w sprawie *Presstetext*, kiedy Trybunał ocenił, że nawet jeśli zastąpienie wykonawcy jest zwykle istotną zmianą warunków umowy, to nie stanowi zmiany istotnej, jeśli zostało przewidziane w pierwotnej umowie⁷⁶. Stwierdzając powyższe, Trybunał ogólnie zezwolił na zmiany w ramach klauzul przeglądowych. Dodatkowo TSUE opracował zasady określające, jak precyzyjna musi być klauzula przeglądowa, aby legitymizowała zmianę umowy. W szczególności w sprawie *Komisja przeciwko Francji* Trybunał stwierdził, że klauzula przeglądowa nie może być jedynie opcją późniejszej modyfikacji zamówienia, lecz musi być jednoznacznie określona⁷⁷. W konsekwencji art. 72 ust. 1 lit. a wymaga, aby klauzula przeglądowa była jasna, precyzyjna i jednoznaczna. Słusznie wskazano (Hartlev, Liljenbøl), że logika leżąca u podstaw akceptacji zmiany umowy o zamówienie w ramach klauzuli przeglądowej jest taka, że wszyscy wykonawcy wraz wybranym oferentem mieli równe szanse uwzględnić możliwość dokonania takiej zmiany przy formułowaniu swoich ofert lub przy podejmowaniu decyzji o wzięciu udziału w postępowaniu⁷⁸. W efekcie nie można wykluczyć, że zmiana dokonana na podstawie klauzuli przeglądowej mogłaby w rzeczywistości nie stanowić zmiany, skoro była od początku elementem umowy. Arrowsmith wskazuje, że w przypadku zmiany na podstawie klauzuli przeglądowej należy każdorazowo rozważyć jej zakres i ocenić,

⁷⁶ Sprawa C-454/06 *Presstetext*, pkt 40.

⁷⁷ Sprawa C-340/02 *Komisja przeciwko Francji* [2004] ECR I-9845, pkt 35.

⁷⁸ K. Hartlev, M. Wahl Liljenbøl, *op.cit.*, s. 9.

⁷⁵ Sprawa C-496/99 CAS *Succhi di Frutta*, pkt 118.

czy jednak nie wymaga ona przeprowadzenia nowej procedury udzielenia zamówienia, biorąc pod uwagę zakres pierwotnego zamówienia⁷⁹. Pogląd taki nie wydaje się jednak uzasadniony wobec orzeczeń w sprawach *Succhi di Frutta* i *Pressetext*, jeśli wziąć pod uwagę, że zastosowanie klauzuli przeglądowej oznacza, że zmiana jest przeprowadzana zgodnie z umową. Słuszne jest bowiem stwierdzenie, że zakres umowy i równowaga ekonomiczna, nawet jeśli zostały zmodyfikowane na podstawie klauzuli przeglądowej, pozostają w rzeczywistości niezmienione, ponieważ w taki sposób zostały ustalone w umowie od samego początku, biorąc pod uwagę postanowienia danej klauzuli przeglądowej.

Powyższe uzasadnia, że zmiana umowy o zamówienie publiczne na podstawie art. 72 ust. 1 lit. a nie spełnia kryteriów zmiany istotnej, stosownie do regulacji art. 72 ust. 4 dyrektywy klasycznej pkt a – d (w związku z ust. 1 pkt d (i)).

3.2 Zmiany na skutek nieprzewidzianych okoliczności – art. 72 ust. 1 lit. b i c

Art. 72 ust. 1 lit. b i c zezwala na zmiany, które wprowadzają do umowy dodatkowe roboty, usługi lub dostawy i są wynikiem nieprzewidzianych okoliczności. Są to prawdopodobnie najbardziej krytyczne przykłady zmian w umowach, które są naturalnie postrzegane jako istotne⁸⁰. Dyrektywa

ma zatem w tym przypadku nader trudne zadanie, próbując zaoferować rozwiązanie konfliktu, jaki zachodzi pomiędzy dążeniem do możliwie jak najbardziej efektywnego kontynuowania wykonywania zamówienia z jednej strony i nakazem zachowania równości szans dla wszystkich aktualnych i potencjalnych wykonawców z drugiej strony, gdy warunki umowy wskutek nieprzewidzianej zmiany okoliczności zewnętrznych — okazały się być już nieodpowiednie do sytuacji⁸¹. W sprawie *Pressetext* jednak rozstrzygnięto, że z uwagi na cele europejskiego prawa zamówień publicznych za istotne zmiany umowy o zamówienie, które wymagają przeprowadzenia nowego postępowania o udzielenie zamówienia, uznać należy jedynie takie modyfikacje, które zakłócają konkurencję na rynku wewnętrznym i faworyzują zwycięskiego wykonawcę kosztem innych potencjalnych wykonawców. Dlatego kluczowa dla oceny, czy przedmiotowe zmiany są istotne w rozumieniu art. 72 ust. 4, jest ocena ograniczeń nałożonych przez art. 72 ust. 1 lit. b i c warunkujących ich wprowadzenie.

Powodem, dla którego przepisy z art. 72 ust. 1 lit. b oraz lit. c są połączone w tej części analizy, jest to, że oba przypadki dotyczą zmian z przyczyn obiektywnych. Warto także wskazać na pogląd Arrowsmith, że obie powyższe regulacje w znacznym stopniu się pokrywają, ponieważ wiele przypadków dodatkowych robót czy usług na podstawie art. 72 ust. 1 lit. b wynika z nieprzewidzianych okoliczności, o których mowa w art. 72 ust. 1 lit. c. Różnica polega na

⁷⁹ S. Arrowsmith, *The law of Public and Utilities Procurement*, op.cit., s. 589.

⁸⁰ Tak wydaje się sugerować Bogdanowicz [w:] P. Bogdanowicz, op.cit., s. 198.

⁸¹ Opinia Rzecznik Generalnej Kokott z 13 marca 2008 r., sprawa C454/06, pkt 43–44.

tym, że w przypadku art. 72 ust. 1 lit. b okoliczności uzasadniające zmianę mogą być przewidywalne, ale instytucja zamawiająca ich nie przewidziała⁸².

Jak się wskazuje (Treumer), oba powyższe przypadki zmiany umowy są silnie inspirowane art. 31 poprzedniej dyrektywy klasycznej 2004/18/WE⁸³, przy czym zapewniają większą elastyczność niż przepis dyrektywy z 2004 r.⁸⁴ Kwestie dotyczące możliwości udzielenia zamówienia na dodatkowe usługi z pominięciem konkurencji były także adresowane w poprzednich europejskich przepisach prawa zamówień publicznych, na przykład w art. 11 dyrektywy 92/50/EWG⁸⁵, co daje podstawy do przyjęcia (Hebly, Heijnsbroek), że ramy prawne dla zmiany umowy pod postacią dodatkowych zamówień zostały już wcześniej stworzone⁸⁶ i wobec tego już wcześniej przypadek takiej zmiany umowy został zweryfikowany jako nienaruszający zasady równego traktowania i zasady uczciwej konkurencji. Ponadto trzeba uwzględnić,

jak wskazuje Arrowsmith, że zgodnie z zasadą proporcjonalności zmiana umowy w pewnych wyjątkowych przypadkach nie stanowi udzielenia nowego zamówienia, nawet jeśli nie została przewidziana w umowie i nawet jeśli zachodzi jedna lub więcej przesłanek wskazujących na udzielenie nowego zamówienia wynikających ze sprawy *Presstext*⁸⁷.

Pozostaje bezsporne, że skoro warunkiem przeprowadzenia zmiany jest pojawienie się okoliczności nieprzewidywalnych lub nieprzewidzianych, żaden z wykonawców biorących udział w pierwotnym postępowaniu nie miał możliwości rozważenia potencjalnych przyszłych zmian do umowy. Mimo to zmiana w trybie art. 72 ust. 1 lit. b i c nie daje wygranemu wykonawcy przewagi nad jego konkurentami, bowiem jest uzależniona od niezależnych czynników. Warunki (ograniczenia) stosowania art. 72 ust. 1 lit. b i c mają bowiem charakter obiektywny. Przepis używa następujących sformułowań: „stały się niezbędne”, „nie może zostać dokonane ze powodów ekonomicznych lub technicznych”, „spowodowałoby istotną niedogodność lub znaczne zwiększenie kosztów”, „spowodowana okolicznościami, których instytucja zamawiająca działająca z należytą starannością nie mogła przewidzieć”. Ocena spełnienia tych warunków będzie przebiegać tak samo, niezależnie od tego, komu udzielono zamówienia. Na dodatek TSUE w *Presstext* powołał art. 11 dyrektywy 92/50/EWG regulujący udzielanie zamówień dodatkowych na

⁸² S. Arrowsmith, *The law of Public and Utilities Procurement*, op.cit. s. 602.

⁸³ Dyrektywa 2004/18/WE Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 31 marca 2004 r. w sprawie koordynacji procedur udzielania zamówień publicznych na roboty budowlane, dostawy i usługi, Dz. Urz. UE L 134/114, por. art. 31(2)(b) w sprawie zamówień dodatkowych, art. 31(4)(b) w sprawie zamówień uzupełniających oraz art. 31(4)(a).

⁸⁴ S. Treumer, *Regulation of the Contract Changes in the New Public Procurement Directive*, op.cit., s. 292–293.

⁸⁵ Dyrektywa Rady 92/50/EWG z dnia 18 czerwca 1992 r. odnosząca się do koordynacji procedur udzielania zamówień publicznych na usługi, Dz. Urz. UE L 209, s. 1–24.

⁸⁶ J.M. Hebly, P. Heijnsbroek, *When amending leads to ending. A theoretical and practical insight into the retendering of contracts after a material change*, [w:] G. Piga, S. Treumer (red.), *The Applied Law and Economics of Public Procurement*, Routledge, 2016, s. 178.

⁸⁷ S. Arrowsmith, *The law of Public and Utilities Procurement*, op.cit. s. 590.

potrzeby konkluzji, że dopiero znaczne rozszerzenie zakresu zamówienia o usługi dodatkowe przesądza o nieakceptowalnej na gruncie prawa zamówień publicznych zmianie umowy⁸⁸. Trybunał nie rozważał, czy rozszerzenie zakresu umowy na podstawie art. 11 dyrektywy 92/50/EWG jest dopuszczalne, ale użył tego przepisu dla wykazania akceptowalnego stopnia takiego rozszerzenia. Powyższe uzasadnia, że TSUE poczynił założenie, że tego typu korekty nie mogą wpłynąć na wynik postępowania w sprawie udzielenia pierwotnego zamówienia. Zmiana w ramach art. 72 ust. 1 lit. b i c może nastąpić jedynie w odpowiedzi na rzeczywistą potrzebę i w zakresie odpowiadającym takiej potrzebie – art. 72 nie zezwala instytucji zamawiającej na uznaniowe decydowanie o wprowadzeniu zmiany lub o określeniu jej zakresu. Modyfikacja jest ograniczona wymogiem, aby dodatkowe roboty budowlane lub usługi stały się niezbędne lub konieczne, a to w tym przypadku formułuje ograniczenia (na wzór rozwiązań z art. 11 dyrektywy 92/50/EWG) dla udzielenia, w trybie zmiany umowy, dodatkowych zamówień z pominięciem konkurencji, które wyznaczają granice istotności takiej zmiany wobec parametrów zmiany istotnej z art. 72 ust. 4 pkt a i c.

Wyjaśnienia wymaga, że dyrektywa 92/50/EWG (podobnie jak dyrektywa 2004/18/WE) ustalała łączny limit zmiany zakresu zamówienia na poziomie 50% wartości pierwotnego zamówienia, natomiast zgodnie z art. 72 ust. 1 lit. b i c taka wartość może zostać prze-

kroczone. W tym przypadku należy jednak podzielić pogląd Arrowsmith, że o istotności zmiany nie należy decydować wyłącznie na podstawie wartości zamówienia w porównaniu z ustalonymi progami, bowiem ta cecha wymaga określenia w obiektywny sposób, czy zmiana mogłaby potencjalnie wpłynąć na wynik postępowania o udzielenie zamówienia⁸⁹. Przy tym analizowane przepisy eliminują sytuacje, w których zmiana mogłaby być przeprowadzona w celu obejścia procedur dyrektywy.

Skoro w prawie zamówień publicznych od lat było dostępne rozwiązanie, zgodne z którym zamawiający mógł zmienić umowę w sprawie zamówienia w trybie niekonkurencyjnym, jeśli zachodziła nieprzewidziana potrzeba, i zasada ta ugruntowała się w porządku prawnym UE, nie może budzić wątpliwości pogląd prezentowany przez Hebly'ego i Heijnsbroeka, że w przypadkach, gdy istnieje prawdopodobieństwo, że pierwotny wykonawca wygra przetarg o udzielenie zamówienia ze względu na kwestie techniczne lub prawa wyłączne, pominięcie procedur konkurencyjnych należy uznać za uzasadnione⁹⁰. A warunki określone w art. 72 ust. 2 lit. b i c zdają się właśnie odnosić do takich sytuacji, w których dodatkowy zakres jest ściśle związany z realizacją pierwotnego zamówienia. Może to uzasadniać założenie, że jest mało prawdopodobne, aby w rzeczywistości mogła istnieć konkurencyjna oferta, gdyż prawdopodobnie oferta każdego innego wykonawcy wymagałaby uwzględnienia kosztów związanych

⁸⁸ Sprawa C-454/06 *Presstext*, pkt 36.

⁸⁹ S. Arrowsmith, *The law of Public and Utilities Procurement*, op.cit., s. 585.

⁹⁰ J.M. Hebly, P. Heijnsbroek, op.cit., s. 179.

z przejściem nieukończonego projektu lub zapewnieniem kompatybilności między pierwotnym projektem a pracami dodatkowymi.

Należy ocenić, że analizowana regulacja nie pozwala na zmianę równowagi ekonomicznej umowy na korzyść wykonawcy, o której mowa w art. 72 ust. 4 pkt b. Mimo że lit. b i c art. 72 ust. 1 milczą w tej kwestii, a ponadto z dużym prawdopodobieństwem po zmianie zakresu umowy dotychczasowa równowaga ekonomiczna umowy nie przetrwa, wskazuje się (Arrowsmith), że i tak nie dojdzie do jej zmiany na korzyść wykonawcy, co wynika wprost z zasady proporcjonalności. Ta bowiem ogranicza zmiany w analizowanych przypadkach do koniecznych i niezbędnych – poza tym limitem roboty i usługi dostępne są wyłącznie w konkurencyjnej procedurze o udzielenie zamówienia⁹¹. W tym aspekcie Arrowsmith słusznie stwierdza, że zasada równowagi ekonomicznej zezwala na zmianę ceny, jeśli stanowi ona rozsądną rekompensatę za dodatkowy zakres zamówienia zrealizowany przez wykonawcę, co ma zastosowanie do zmian przewidzianych w analizowanych przepisach⁹².

Wreszcie analizowane przepisy nie zezwalają na zastąpienie partnera umowy bez zastosowania warunków z art. 72 ust. 1 lit. d, wobec czego nie będą istotne w rozumieniu art. 72 ust. 4 lit. d.

Uwzględniając wszystko powyższe, należy podsumować, że modyfikacje

wynikające z art. 72 ust. 1 lit. b i c nie spełnią kryteriów istotności z art. 72 ust. 4 dyrektywy, jeżeli zmiana umowy zostanie przeprowadzona po zaistnieniu i odpowiednio do warunków (ograniczeń) zawartych w tych przepisach.

3.3 Zmiana wykonawcy – art. 72 ust. 1 lit. d

Art. 72 ust. 1 lit. d dyrektywy klasycznej określa warunki, które pozwalają na zmianę wykonawcy udzielonego zamówienia i wyraźnie odwołują się do rozstrzygnięcia w sprawie *Presstetext*. Wtedy Trybunał skonstatował fakt, że zmiana wykonawcy nie została przewidziana w pierwotnej umowie, co uchylałoby istotny charakter takiej zmiany. Doszedł jednak do wniosku, że zmiana wykonawcy spowodowana jego reorganizacją nie oznacza ponownego udzielenia zamówienia⁹³. Te dwie zasady pojawiają się w regulacji art. 72 ust. 1 lit. d ppkt (i) i (ii). Motyw 110 dyrektywy klasycznej dodatkowo potwierdza tezę, że reorganizacja wykonawcy musi mieć charakter wewnętrzny⁹⁴, co jest zgodne z orzeczeniem *Presstetext*, w którym stwierdzono, że proces, jakemu podlegał wykonawca, stanowił w istocie jego wewnętrzną reorganizację, która nie zmieniała warunków pierwotnej umowy w żaden zasadniczy sposób⁹⁵. Z powyższego należy wyciągnąć wnioski na uzasadnienie oceny, że zastąpienie wykonawcy w trybie art. 72 ust. 1 lit. d ppkt (i) i (ii) nie jest

⁹¹ S. Arrowsmith, *The law of Public and Utilities Procurement*, op.cit., s. 601.

⁹² Ibidem, s. 585.

⁹³ Sprawa C-454/06 *Presstetext*, pkt 40 i 45.

⁹⁴ S. Treumer, *Comparative Law on Public Contracts: Denmark*, [w:] Noguellou R., Stelkens U. (red.), *Comparative Law on Public Contracts, Administrative Law*, vol. 5, Bruylant, Bruxelles 2010., s. 289.

⁹⁵ Sprawa C-454/06 *Presstetext*, pkt 45.

zmianą istotną w kontekście testu istotności *Presstext* i przepisów art. 72 ust. 4 pkt a, b i c, ponieważ albo następuje zgodnie z umową (por. uwagi w pkt 3.1 powyżej), albo na warunkach zapewniających brak faworyzowania zwycięskiego wykonawcy, bowiem brak jest możliwości przeprowadzenia tej zmiany, jeśli pociągałoby to za sobą inną modyfikację o charakterze istotnym czy obejście przepisów dyrektywy. Należy bowiem wyjaśnić, że przepisu zezwalającego na zmianę wykonawcy nie można interpretować jako ogólnego otwarcia na cesję zamówień publicznych (Treumer). Można argumentować, że w art. 72 ust. 1 lit. d ppkt (iii) dyrektywa odbiega od zasad *Presstext*. Kwestię tę wyjaśnia Treumer, wskazując, że w tym przypadku dyrektywa klasyczna wprowadza rozwiązanie oparte o zasady zamówienia wewnętrznego (zamówienie typu *in-house*), które w ogóle nie wchodzi w zakres regulacji dyrektywy, a zatem nie ma znaczenia dla oceny istotności zmiany umowy.

3.4 Zmiany o niskiej wartości – art. 72 ust. 2

Wreszcie art. 72 ust. 2 dopuszcza zmiany o stosunkowo niewielkiej wartości. Motyw 107 wyjaśnia, że modyfikacje skutkujące niewielką zmianą wartości zamówienia powinny być zawsze możliwe. Przepis ten jest zgodny z testem *Presstext*, zgodnie z którym w kontekście celu dyrektyw w sprawie zamówień publicznych nie każda zmiana udzielonego zamówienia wymaga przeprowadzenia nowej procedury w sprawie udzielenia zamówienia. W związku z powyższym zmiana na podstawie art. 72 ust. 2 nie jest istotna w rozumieniu art. 72 ust. 4 dyrektywy, ponieważ

ze względu na stosunkowo niewielką wartość modyfikacji umowy zostało uznane, że nie narusza ona konkurencji, nie zmienia równowagi ekonomicznej na korzyść wykonawcy ani nie rozszerza zakresu zamówienia sposób znaczący.

4. Art. 72 jako doprecyzowanie zasad TSUE

Powyższe rozważania prowadzą do wniosku, że każdy z przypadków dopuszczalnej zmiany umowy o zamówienie publiczne wymieniony w art. 72 ust. 1 i 2 dyrektywy klasycznej koresponduje z oceną Trybunału wyrażoną w sprawie *Presstext* co do braku cechy istotności takiej zmiany. W efekcie art. 72 dyrektywy klasycznej wymienia tylko te przypadki, które – co do zasady – zostały uznane przez Trybunał za niebędące istotną zmianą umowy w rozumieniu prawa zamówień publicznych. Art. 72 ust. 5 ma zatem takie znaczenie, że wskazuje przypadki zmian umowy objęte art. 72 ust. 1 i 2 jako zmiany uznane za nieistotne w kontekście testu *Presstext* i wymaga przeprowadzenia nowej procedury o udzielenie zamówienia w innych przypadkach, niejako zakładając, że każda inna zmiana umowy będzie mogła być uznana za istotną. Jest to o tyle uzasadnione, że w art. 72 ust. 1 lit. e przewidziano także zezwolenie na modyfikację umowy, jeśli zmiana nie spełnia kryteriów zmiany istotnej ujętych w art. 72 ust. 4 lit. a – d. W tym sensie art. 72 dyrektywy 2014/24/UE to nie tylko doprecyzowanie zasad TSUE, ale także praktyczne narzędzie dla zamawiających mające ułatwić proces weryfikacji istotności zmiany umowy. Potwierdza to pogląd (Arrowsmith), że celem regulacji była głównie kodyfikacja orzeczeń TSUE, ale też wprowadzenie

pewnych postanowień w celu zwiększenia pewności prawa⁹⁶.

IV. Art. 455 i 454 nowego p.z.p. jako lepsza kodyfikacja testu Pressetext

Powyższa ocena znaczenia zasad zmiany umowy w oparciu o regulację przepisu art. 72 dyrektywy klasycznej uwzględnia także, że Trybunał w sprawie *Pressetext* dokonał interpretacji pojęcia „udzielenie zamówienia” i określił, jakie parametry zmiany w umowie o zamówienie publiczne świadczą o tym, że na skutek zmiany dochodzi do udzielenia nowego zamówienia. Na podstawie takich właśnie założeń Trybunał dokonał rozróżnienia między zmianami istotnymi stanowiącymi nowe zamówienie a zmianami nieistotnymi. Trybunał w szczególności nie sformułował nigdy zasady, która pozwalałaby na wprowadzenie istotnej zmiany do umowy o zamówienie bez przeprowadzenia konkurencyjnej procedury. To ostatecznie przekonuje, że na gruncie art. 72 dyrektywy klasycznej wprowadzenie zmiany istotnej do umowy o zamówienie publiczne nie jest akceptowalne. Istniejące orzecznictwo w dalszym ciągu bowiem pozostaje ważne dla interpretacji zasad skodyfikowanych w dyrektywie⁹⁷, co potwierdza np. motyw 107 dyrektywy klasycznej. Dlatego też nowy przepis art. 454 nowego p.z.p., stanowiący implementację art. 72 do polskiego prawa, jest prawidłowy i zgodny z europejskim prawem zamówień publicznych. Wymaga on bowiem przeprowadzenia

nowego postępowania w sprawie udzielenia zamówienia zawsze wtedy, kiedy ma dojść do istotnej zmiany umowy o zamówienie, a istotność każe oceniać według kryteriów przeniesionych z art. 72 ust. 4 dyrektywy klasycznej.

Przeprowadzona analiza wyklucza także niespójność pomiędzy regulacją art. 454 i 455 nowego p.z.p. Biorąc bowiem pod uwagę znaczenie listy przypadków zmian określonych w dyrektywie klasycznej określanych jako zmiany dopuszczalne (art. 72 ust. 1 i 2), bo niestanowiące zmiany istotnej w kontekście prawa zamówień publicznych, powtórzenie tej listy w art. 455 nowego p.z.p. musi być rozumiane jako rozwiązanie o znaczeniu praktycznym oferujące zbiór przypadków i warunków pozwalających na przyjęcie, że dana zmiana nie ma charakteru istotnego, co ma ułatwić ocenę, czy w przypadku danej zmiany aktualizuje się hipoteza normy art. 454 nowego p.z.p. Natomiast art. 455 nowego p.z.p. nie wprowadza zamkniętego katalogu możliwych zmian do umowy o zamówienie publiczne, bowiem zasadnicza ocena dopuszczalności danej zmiany odbywać się musi na podstawie przepisu art. 454 nowego p.z.p.

Inaczej niż w dyrektywie klasycznej, ujęty w art. 455 nowego p.z.p. zbiór przypadków zmian do umowy określonych jako dopuszczalne nie zawiera przypadku dotyczącego wprowadzenia do umowy zmian nieistotnych (por. art. 72 ust. 1 lit. e dyrektywy klasycznej). Jest to zrozumiały zabieg legislacyjny, bowiem z treści przepisu art. 454 nowego p.z.p. wynika, *a contrario*, że wprowadzanie do umowy o zamówienie publiczne zmiany pozbawionej cechy

⁹⁶ S. Arrowsmith, *The law of Public and Utilities Procurement*, op.cit., s. 597.

⁹⁷ *Ibidem*, s. 597.

istotności następuje bez konieczności przeprowadzenia nowego postępowania w sprawie udzielenia zamówienia.

W tym sensie implementacja zasad zmiany umowy o zamówienie publiczne w nowym p.z.p. jest dużo bardziej udana niż kodyfikacja orzeczeń Trybunału w art. 72 dyrektywy klasycznej. Polska ustawa bowiem wprowadza w sposób niebudzący wątpliwości zasadę, że każda zmiana istotna wymaga nowego postępowania o udzielenie zamówienia, dokładnie tak jak wskazał TSUE w sprawie *Pressetext*, dostarczając jednocześnie narzędzia do oceny istotności zmiany odnośnie do przypadków i warunków, których wystąpienie zostało wcześniej uznane przez prawo europejskie za przesądzające o nieistotności. W szczególności pozytywnie należy ocenić rezygnację z ogólnego zakazu zmiany umowy o zamówienie publiczne, bowiem rozwój koncepcji prawa europejskiego w tym zakresie dowodzi, że taki ogólny zakaz nie obowiązuje. Granica możliwości dokonania zmiany przebiega bowiem dopiero w miejscu, w którym zmiana powoduje, że dochodzi *de facto* do udzielenia nowego

zamówienia, bo tylko wtedy powstaje ryzyko naruszenia podstawowych zasad udzielania zamówień publicznych, będących przedmiotem ochrony prawa zamówień publicznych. Granicę tę należy badać w każdym przypadku zmiany umowy o zamówienie publiczne, według testu istotności zaoferowanego przez Trybunał w sprawie *Pressetext*, który implementuje do polskiego prawa art. 454 ust. 2 nowego p.z.p. Wejście w życie powyższej regulacji daje nadzieję na przyjęcie bardziej elastycznego podejścia w sprawach zmian umowy o zamówienie publiczne, poprzez większe otwarcie zamawiających na zmiany nieistotne. Natomiast zamawiający będą musieli się nauczyć podejmować decyzję o możliwości wprowadzenia planowanej zmiany w oparciu o ocenę wpływu danej zmiany na podstawowe zasady udzielania zamówień publicznych i w tym sensie ustalić granicę zmian dla każdej indywidualnej umowy. Art. 454 i 455 nowego p.z.p. będą w tym zakresie stanowić podstawę i wytyczną do takiej oceny, która jednak, jak wynika z rozwoju orzecznictwa Trybunału i doktryny europejskiej, nie może podlegać generalizacji.



BIBLIOGRAFIA:

- Arrowsmith S., *Amendments to specifications under the European public procurement Directives*, „Public Procurement Law Review” 1997, nr 3.
- Arrowsmith S., *The law of Public and Utilities Procurement*, t. 1, wyd. 3, London 2014.
- Ashmore R., *Variations on a theme (Presstext in action) – changes to development plans in favor of commercial developer successfully challenged: R (on app. Gottlieb) v Winchester City Council*, „Public Procurement Law Review” 2015, nr 3.
- Beale H., *Chitty on Contracts*, wyd. 32, t. 2 *Specific Contracts*, rozdz. 37 *Construction Contracts*, sekcja 4 *Particular Features*, podsekcja (a) *Variations*.
- Bogdanowicz P., *The Application of the Principle of Proportionality to Modification of Public Contracts*, „European Procurement & Public-Private Partnership Law Review” 2016, nr 3.
- Brodec J., Janeček V., *How does the substantial modification of a public contract affect its legal regime?*, „Public Procurement Law Review” 2015, nr 3.
- Brown A., *Green light to Thessaloniki metro contract, despite post-tender modifications: Commission press release IP /03/2003 of April 30, 2003*, „Public Procurement Law Review” 2003, nr 4.
- Brown A., *When do changes to an existing public contract amount to the award of a new contract for the purposes of the EU procurement rules? Guidance at last in Case C-454/06*, „Public Procurement Law Review” 2008, nr 6.
- Bruyninckx T., *Modification of contracts during their term: principle or exception a view from the perspective of negative externalities*, [w:] Skovgaard O., Sanchez-Graells A. (red.), *Reformation or Deformation of the EU Public Procurement Rules*, Edward Elgar Publishing, Cheltenham, 2016.
- Dominquez Olivera R., *Modification of Public Contracts. Transposition and Interpretation of the new UE Directives*, „European Procurement & Public-Private Partnership Law Review” 2015, nr 1.
- Hartlev K., Wahl Liljenbøl M., *Changes to existing contracts under the EU public procurement rules and the drafting of review clauses to avoid the need for a new tender*, „Public Procurement Law Review” 2013, nr 2.
- Hebly J.M., Heijnsbroek P., *When amending leads to ending. A theoretical and practical insight into the retendering of contracts after a material change*, [w:] Piga G., Treumer S. (red.) *The Applied Law and Economics of Public Procurement*, Routledge 2016.
- Szostak R., *O dopuszczalnych modyfikacjach zobowiązań z umów o zamówienia publiczne*, „Prawo Zamówień Publicznych” 2008, nr 4.
- Treumer S., *Comparative Law on Public Contracts: Denmark*, [w:] Noguellou R., Stelkens U. (red.), *Comparative Law on Public Contracts, Administrative Law*, vol. 5, Bruylant, Bruxelles 2010.
- Treumer S., *Regulation of contracts changes leading to a duty to retender the contract: The European Commission’s proposal of December 2011*, „Public Procurement Law Review” 2012, nr 21.
- Treumer S., *Regulation of the Contract Changes in the New Public Procurement Directive*, [w:] Lichere F., Caranta R., Treumer S. (red.), *Modernising Public Procurement: The New Directive*, wyd. 1, Djøf Publishing, Copenhagen 2014.



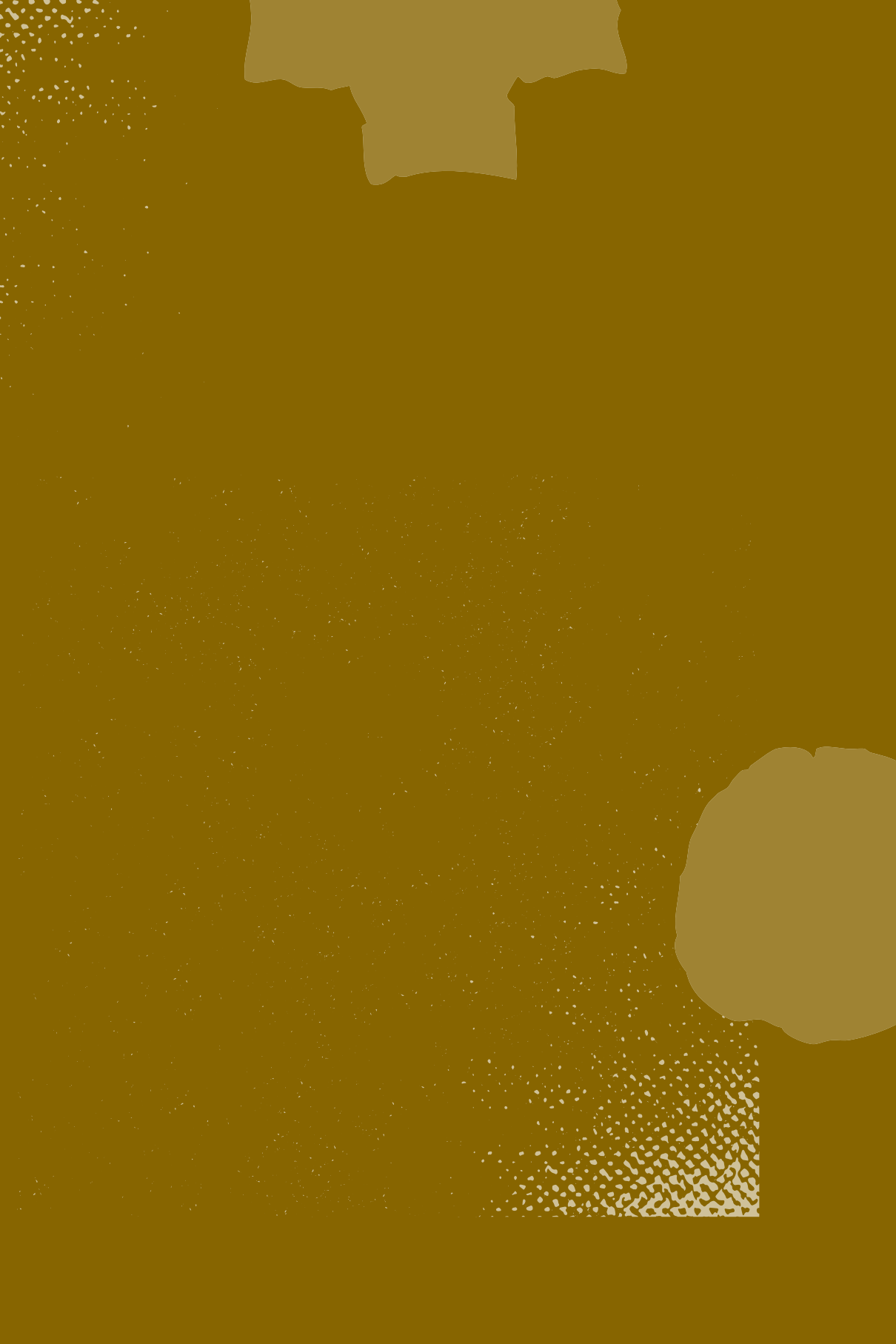
Mirella LECHNA-MARCHEWKA

[attorney-at-law, Wardyński & Partners]

The significance of the notion of “substantial modification of a contract” in public procurement law, with particular attention to Directive 2014/24/EU and the case law of the Court of Justice of the European Union

In this article the author analyses the evolution of rules regarding modifications to public contracts in light of the case law of the Court of Justice of the European Union, and evaluates Art. 72 of Directive 2014/24/EU according to the guidelines of the materiality test developed by the CJEU as part of the conception of “substantial modification” of a public contract. The aim of the article is to determine whether there is an inconsistency between Art. 454 and Art. 455 of Poland’s new Public Procurement Law.

PUBLIC PROCUREMENT | MODIFICATION OF A PUBLIC CONTRACT | SUBSTANTIAL
MODIFICATION OF CONTRACT





dr Marcin WUJCZYK

[radca prawny, kancelaria Wardyński i Wspólnicy]

Zapewnienie racjonalnych usprawnień dla pracownika z niepełnosprawnościami jako obowiązek pracodawcy

Przedmiotem opracowania jest ustalenie zakresu przedmiotowego obowiązku pracodawcy wprowadzenia racjonalnych usprawnień dla pracowników z niepełnosprawnościami. W artykule przeanalizowano pojęcie racjonalnych usprawnień. Autor ocenia również, w jakim stopniu koszty wprowadzenia racjonalnych usprawnień wpływają na obowiązki pracodawcy. Dowodzi, że zasada proporcjonalności powinna być głównym wyznacznikiem przy ocenie nakazu wprowadzenia racjonalnych usprawnień, jednak w niektórych przypadkach powinna ona ustąpić przed potrzebami pracowników z niepełnosprawnościami. W artykule omówiono również konsekwencje niewywiązania się z obowiązku wprowadzenia racjonalnych usprawnień.

RACJONALNE USZPRAWNIENIA | PRACOWNIK | NIEPEŁNOSPRAWNOŚĆ |
ZAKAZ DYSKRYMINACJI

Wstęp

Jedną z instytucji mających zapewnić równą pozycję pracowników w stosunkach pracy jest zakaz dyskryminacji. Został on ustanowiony, aby chronić osoby szczególnie narażone na wykluczenie lub traktowanie mniej korzystne niż większość zatrudnionych¹.

Do grupy tej włączone zostały również osoby niepełnosprawne. Rozwiązanie to należy uznać za słuszne, niepełnosprawność nadal bowiem wywołuje niechęć, a czasami nawet wrogość, a przez to utrudnia funkcjonowanie takim osobom w miejscu pracy.

¹ H. Szewczyk, *Równość płci w zatrudnieniu*, Warszawa 2017, s. 21–29; Z. Góral, *Zasada równości pracowników w dziedzinie zatrudnienia*

i niedyskryminacji w zatrudnieniu, [w:] *Zarys Systemu Prawa Pracy, Tom. I Część ogólna prawa pracy*, (red.) K.W. Baran, Warszawa 2010, s. 622 i nast. oraz powołana tam literatura.

Jednak zakaz dyskryminacji co do zasady sprowadza się do wzbronienia różnicowania pracowników ze względu na wynikające z przepisów cechy prawnie chronione, a ten zakres ochronny nie jest wystarczający w przypadku pracowników niepełnosprawnych. Nawet jeśli nie zostaną oni potraktowani w sposób odmienny od pracowników, którzy są w pełni sprawni, to i tak ich pozycja będzie gorsza. Osobie z niepełnosprawnością często będzie trudniej zrealizować stawiane przez pracodawcę wymagania czy konkurować z osobami zdrowymi. By wyeliminować tę różnicę, ustawodawca rozszerza pojęcie zakazu dyskryminacji nie tylko o zakaz określonego postępowania, ale również nakaz pewnego pozytywnego działania. Tym ostatnim jest obowiązek zapewnienia usprawnień dla osoby niepełnosprawnej. Celem regulacji jest więc ułatwienie wykonywania pracy osobie niepełnosprawnej, tak by jej niepełnosprawność nie stanowiła bariery dla podjęcia danej pracy.

Taki element pozytywny zakazu dyskryminacji przewidziano już w dyrektywie Rady 2000/78/WE z dnia 27 listopada 2000 r. ustanawiającej ogólne warunki ramowe równego traktowania w zakresie zatrudnienia i pracy². Na gruncie polskiego systemu prawnego obowiązek

² Dziennik Urzędowy L 303, 02/12/2000 s. 16–22, por. szerzej M. Szeroczyńska, *Niepełnosprawność*, [w:] *Prawo antydyskryminacyjne Unii Europejskiej* pod red. A. Zawidzkiej Łojek i A. Szerby-Zawady, Warszawa 2015, s. 201–209; L. Mitrus, *Niepełnosprawność jako przedmiot regulacji prawa pracy*, [w:] *Prawo a niepełnosprawność. Wybrane aspekty* pod red. M. Bosak, Warszawa 2015, s. 3–18; A. Bodnar, A. Śledzińska-Simon, *O potrzebie ratyfikacji Konwencji ONZ o Prawach Osób z Niepełnosprawnością*, „Europejski Przegląd Sądowy” 2012, nr 5, s. 5.

dokonania usprawnień uregulowano w ustawie o rehabilitacji zawodowej i społecznej oraz zatrudnianiu osób niepełnosprawnych, która implementuje postanowienia dyrektywy 2000/78/WE. Zgodnie z art. 23a ust. 1 tej ustawy *Pracodawca jest obowiązany zapewnić niezbędne racjonalne usprawnienia dla osoby niepełnosprawnej pozostającej z nim w stosunku pracy, uczestniczącej w procesie rekrutacji lub odbywającej szkolenie, staż, przygotowanie zawodowe albo praktyki zawodowe lub absolwenckie. Niezbędne racjonalne usprawnienia polegają na przeprowadzeniu koniecznych w konkretnej sytuacji zmian lub dostosowań do szczególnych, zgłoszonych pracodawcy potrzeb wynikających z niepełnosprawności danej osoby, o ile przeprowadzenie takich zmian lub dostosowań nie skutkowałoby nałożeniem na pracodawcę nieproporcjonalnie wysokich obciążeń (...)*. Jednocześnie w ust. 3 przywołanego artykułu wyraźnie stwierdzono, że *Niedokonanie niezbędnych racjonalnych usprawnień, o których mowa w ust. 1, uważa się za naruszenie zasady równego traktowania w zatrudnieniu w rozumieniu przepisów art. 18^{3a} § 2-5 ustawy z dnia 26 czerwca 1974 r. - Kodeks pracy*. Wyrażne wskazanie, że brak podejmowania przez pracodawcę pozytywnych działań na rzecz niepełnosprawnych stanowi naruszenie zasady równego traktowania, jest w mojej ocenie konieczne. W przeciwnym wypadku pasywna postawa pracodawcy nie mogłaby być sankcjonowana, jako że nie zawsze mieści się ona w definicji zakazu dyskryminacji w rozumieniu Rozdziału IIa Kodeksu pracy, choć niekiedy mogłaby być potraktowana jako dyskryminacja pośrednia.

Problemem badawczym, do którego rozstrzygnięcia zmierza niniejsze

opracowanie, jest weryfikacja, w jakim zakresie obowiązkiem pracodawcy jest zapewnienie racjonalnych usprawnień dla pracownika z niepełnosprawnościami. Celem pracy jest analiza prawnego obowiązku pracodawcy w zakresie zapewnienia racjonalnych usprawnień dla pracownika z niepełnosprawnością.

Niniejsze opracowanie ma charakter dogmatyczny i zostało oparte w szczególności o stanowiska wyrażone w doktrynie nauk prawnych.

Zakres podmiotowy obowiązku dokonania racjonalnych usprawnień

Podmiotem zobowiązanym do dokonania niezbędnych racjonalnych usprawnień jest pracodawca³. Nie może on wyłączyć swojej odpowiedzialności za naruszenie zasady równego traktowania, wskazując, że przeniósł obowiązek dokonania odpowiednich udogodnień dla osób niepełnosprawnych na inny podmiot w oparciu o zawartą z nim umowę. Nawet gdyby do braku wprowadzenia niezbędnych, racjonalnych usprawnień doszło wskutek niewywiązania się takiego podmiotu trzeciego z umowy zawartej z pracodawcą, to niepełnosprawny pracownik będzie uprawniony do wystąpienia z roszczeniem z tytułu naruszenia zakazu dyskryminacji bezpośrednio do pracodawcy. Stwierdzenie przez sąd, że niewprowadzenie usprawnień nastąpiło bez winy pracodawcy, może mieć co najwyżej wpływ na zakres jego

odpowiedzialności (wysokość odszkodowania), nie stanowi jednak okoliczności warunkującej tę odpowiedzialność.

Pewną wątpliwość może budzić ustalenie, kto jest odpowiedzialny za brak niezbędnych racjonalnych usprawnień w sytuacji kierowania pracownika tymczasowego do pracy u pracodawcy użytkownika. Zgodnie z regułami odpowiedzialności za naruszenie zasady równego traktowania wprowadzonymi przez ustawę o zatrudnieniu pracowników tymczasowych⁴ pracownikowi tymczasowemu, wobec którego pracodawca użytkownik naruszył zasadę równego traktowania, w zakresie warunków określonych w art. 15 ustawy, przysługuje prawo dochodzenia od agencji pracy tymczasowej odszkodowania w wysokości określonej w przepisach Kodeksu pracy dotyczących odszkodowania należnego pracownikowi od pracodawcy z tytułu naruszenia zasady równego traktowania pracowników w zatrudnieniu (art. 16 ust. 1 ustawy o zatrudnieniu pracowników tymczasowych). Agencja pracy tymczasowej ma prawo dochodzić od pracodawcy użytkownika zwrotu równowartości odszkodowania, które zostało wypłacone pracownikowi tymczasowemu (art. 16 ust. 2 ustawy o zatrudnieniu pracowników tymczasowych). Jednakże odesłanie do art. 15 cytowanej ustawy oznacza, że przedstawiony mechanizm znajdzie zastosowanie, o ile pracownik tymczasowy w okresie wykonywania pracy na rzecz pracodawcy użytkownika będzie traktowany mniej

³ L. Waddington, A. Lawson, *Disability and non-discrimination law in the European Union. An analysis of disability discrimination law within and beyond the employment field*, Luxembourg 2009, s. 16.

⁴ Ustawa z dnia 9 lipca 2003 o zatrudnieniu pracowników tymczasowych, t.j. Dz.U. z 2016 r. poz. 360.

korzystnie w zakresie warunków pracy i innych warunków zatrudnienia niż pracownicy zatrudnieni przez tego pracodawcę użytkownika na takim samym lub podobnym stanowisku pracy. Nie będzie problematyczne ustalenie takiego mniej korzystnego traktowania, jeśli pracodawca użytkownik zatrudnia „własnych” pracowników z niepełnosprawnością. Dość łatwo będzie wówczas ustalić, czy niepełnosprawni pracownicy tymczasowi są nierówno traktowani. Przepisy te nie dają jednak odpowiedzi, jaki podmiot jest odpowiedzialny za naruszenie zasady równego traktowania poprzez zaniechanie wprowadzenia niezbędnych racjonalnych usprawnień, gdy w trakcie pracy u pracodawcy użytkownika takie ułatwienia w ogóle nie są wprowadzane (ani wobec pracowników tymczasowych, ani zwykłych).

Powyższy problem należy rozstrzygnąć, biorąc pod uwagę cel regulacji dotyczących wprowadzania ułatwień dla niepełnosprawnych w stosunkach pracy. Uzasadnieniem jest tu chęć włączenia pracowników niepełnosprawnych w życie społeczne poprzez wyrównanie szans. Nie ma dostatecznych argumentów, które uzasadniałyby wyłączenie z tego założenia osób niepełnosprawnych wykonujących pracę na podstawie umowy o pracę tymczasową. Mając takie założenie na względzie, należy przyjąć, że za naruszenie zasady równego traktowania poprzez niewprowadzenie niezbędnych, racjonalnych usprawnień odpowiedzialność powinna być ponoszona na zasadach ogólnych, tj. pracownik tymczasowy jest uprawniony do skierowania roszczenia bezpośrednio do zatrudniającej go agencji pracy tymczasowej, ta zaś może wystąpić

z regresem do pracodawcy użytkownika. Odpowiedzialność tego ostatniego zależałaby jednak od poinformowania go przez agencję o konieczności wprowadzenia takich usprawnień. Należy przyjąć, że agencja pracy tymczasowej będzie mogła żądać zwrotu wypłaconego niepełnosprawnemu pracownikowi odszkodowania z tytułu naruszenia zasady równego traktowania również wówczas, gdy pracodawca użytkownik sam powziął informacje o konieczności wprowadzenia niezbędnych, racjonalnych usprawnień. Kwestia rozliczenia kosztów, jakie pracodawca użytkownik będzie musiał w związku z tym ponieść, nie jest regulowana przez przepisy prawa pracy i jest materią, którą strony mogą uregulować w umowie zawieranej między sobą.

Beneficjentem niezbędnych racjonalnych ułatwień jest osoba niepełnosprawna pozostająca w stosunku pracy⁵. Definicja niepełnosprawności została zawarta w ustawie o rehabilitacji zawodowej i społecznej oraz zatrudnieniu osób niepełnosprawnych. W świetle jej przepisów osobami niepełnosprawnymi są osoby, których stan fizyczny, psychiczny i umysłowy trwale lub okresowo utrudnia wypełnianie ról społecznych, a w szczególności powoduje niezdolność do wykonywania pracy zawodowej, jeżeli uzyskały one odpowiednie orzeczenie⁶.

⁵ I. Sierpowska, A. Kogut, *Status osoby niepełnosprawnej w polskim systemie prawa*, Wrocław 2010, s. 11 i nast.

⁶ Por. szerzej J. Czerniak-Swędzioł, *Osoby niepełnosprawne w realiach polskiego rynku pracy*, [w:] *Prawo a niepełnosprawność. Wybrane aspekty* pod red. M. Bosak, Warszawa 2015, s. 22–25; K. Bereda-Łabędź, L. Klimkiewicz, A. Palecka, *Ustawa o rehabilitacji zawodowej i społecznej oraz zatrudnieniu osób niepełnosprawnych. Komentarz*, Warszawa 2002, s. 15.

Nie ma znaczenia natomiast, jaka była podstawa nawiązania stosunku pracy (umowa o pracę, mianowanie, powołanie, wybór czy spółdzielcza umowa o pracę). Przepisy nie precyzują, w jakim zakresie powinny być wprowadzone usprawnienia. Stąd należy przyjąć, że dotyczy to wszelkich warunków, w jakich praca jest świadczona (szerzej na ten temat w dalszej części niniejszego opracowania). Szczególną wagę ustawodawca przykłada jednak do zapewnienia równych szans osobom niepełnosprawnym w zakresie podnoszenia ich kwalifikacji zawodowych. Przepisy ustawy o rehabilitacji zawodowej i społecznej oraz zatrudnianiu osób niepełnosprawnych wprost przywołują szkolenia jako obszar, w którym powinny być, w razie konieczności, wprowadzone niezbędne, racjonalne usprawnienia. Pojęcie szkoleń w rozumieniu ww. aktu nie ogranicza się wyłącznie do podnoszenia kwalifikacji zawodowych w rozumieniu Kodeksu pracy (art. 103¹ k.p.), ale również obejmuje inne formy zdobywania lub uzupełniania wiedzy i umiejętności (art. 103⁶ k.p.), o ile zorganizowane są przez pracodawcę lub za jego zgodą.

Racjonalne, niezbędne usprawnienia powinny zostać zapewnione również osobom „uczestniczącym w procesie rekrutacji”. Przepisy nie definiują pojęcia procesu rekrutacji. Należy go rozumieć szeroko, a więc poczynając od ogłoszenia o możliwości zatrudnienia, poprzez prowadzenie rozmów z potencjalnymi kandydatami, aż do bezpośrednich działań poprzedzających podpisanie umowy z osobą,

którą pracodawca zamierza zatrudnić⁷. Słusznie podnosi się, że ponieważ podmiotem zobowiązanym do zapewnienia usprawnień jest pracodawca, to obowiązek ich zapewnienia aktualizuje się, o ile efektem rekrutacji ma być zatrudnienie w oparciu o stosunek pracy⁸. Jest to logiczną konsekwencją braku nałożenia obowiązków w wyżej wymienionym zakresie w odniesieniu do osób zatrudnionych na podstawie umów cywilnoprawnych.

Przepisy nie przewidują natomiast obowiązku wprowadzenia usprawnień wobec byłych pracowników w sprawach związanych z zakończonym stosunkiem pracy. Należy uznać to za niedopatrzenie ustawodawcy i postulować jak najszybsze rozszerzenie zakresu podmiotowego analizowanego obowiązku. Należy uznać, że również byli pracownicy z niepełnosprawnością powinni uzyskać dodatkową ochronę poprzez wprowadzenie ułatwień wyrównujących ich szanse w porównaniu z pracownikami w pełni sprawnymi. Jest to tym bardziej istotne, że brak usprawnień może uniemożliwić by-

⁷ Wprawdzie pozostaje to poza zakresem niniejszego opracowania, ale należy wskazać, że obowiązek wprowadzenia ułatwień ciąży również w odniesieniu do osób niepełnosprawnych odbywających szkolenie, staż, przygotowanie zawodowe albo praktyki zawodowe lub absolwenckie. Termin „przygotowanie zawodowe” został tu przy tym użyty w rozumieniu, w jakim używa go ustawa z 20 kwietnia 2004 r. o promocji zatrudnienia i instytucjach rynku pracy w odniesieniu do szkolenia dorosłych, a nie w znaczeniu przyjętym przez Kodeks pracy odnośnie do kształcenia pracowników młodocianych.

⁸ Tak M. Paluszkiwicz, *Obowiązek pracodawcy zapewnienia osobie niepełnosprawnej niezbędnych racjonalnych usprawnień*, [w:] *Współczesne problemy prawa emerytalnego* pod red. T. Bińczyckiej-Majewskiej oraz M. Włodarczyka, Warszawa 2015, s. 315–316.

łym pracownikom dochodzenie ich uprawnień niezaspokojonych w trakcie trwania stosunku pracy.

Temporalny zakres obowiązku dokonania niezbędnych racjonalnych usprawnień

Obowiązek wprowadzenia niezbędnych racjonalnych usprawnień często określa się mianem obowiązku reakcyjnego⁹. Taką formułę przyjęła również polska ustawa o rehabilitacji zawodowej i społecznej oraz zatrudnianiu osób niepełnosprawnych, zgodnie z którą pracodawca jest zobowiązany do przeprowadzania takich zmian lub dostosowań, które wynikają ze zgłoszonych mu potrzeb osoby niepełnosprawnej. Oznacza to, że obowiązek ten aktualizuje się w odpowiedzi na pewną potrzebę zamanifestowaną przez pracownika. Tym samym pracodawca nie jest zobowiązany do wprowadzania ułatwień „na wszelki wypadek”. Nie można mu zarzucić naruszenia obowiązku dokonania zmian lub dostosowań, jeśli nie wie, że pracownik lub kandydat na pracownika takich ułatwień potrzebuje.

Powstaje pytanie, w jaki sposób istnienie potrzeby wprowadzenia dostosowań do potrzeb osoby niepełnosprawnej powinno być zamanifestowane pracodawcy, by zaktualizował się jego obowiązek, o którym mowa w art. 23a ustawy. Niewątpliwie za takie będzie uznana prośba skierowana przez samego zainteresowanego. Prośba ta może być zgłoszona wprost lub wynikać z czynności pracownika (np. przedstawienia

orzeczenia potwierdzającego niepełnosprawność bądź jej stopień czy przedłożenia orzeczenia wydanego przez lekarza przeprowadzającego badania profilaktyczne). Potrzeba ta może być zasygnalizowana również przez inne osoby (zarówno innych pracowników, jak i osoby trzecie).

Rodzi się pytanie, czy pracodawca jest zobowiązany wprowadzić ułatwienia, gdy wprawdzie pracownik nie zgłosił potrzeby wprowadzenia zmian lub dostosowań, lecz pracodawca sam dostrzegł konieczność wprowadzenia usprawnień. Niewątpliwie przepis nie formułuje takiego obowiązku wprost. Mowa jest w nim o zgłoszonych potrzebach, *a contrario* można więc argumentować, że w sytuacji, gdy potrzeby nie są zgłaszane, pracodawca nie jest zobowiązany do wprowadzenia usprawnień. Dodatkowo za taką opcją interpretacyjną przemawia również fakt, że trudno narzucać pracownikowi wbrew jego woli zmian w organizacji pracy, nawet jeśli miałyby one być mu pomocne. W mojej ocenie należy przyjąć jednak odmienną wykładnię. Art. 23a ustawy o rehabilitacji zawodowej i społecznej oraz zatrudnianiu osób niepełnosprawnych wskazuje, że niezbędne racjonalne usprawnienia polegają na przeprowadzeniu „koniecznych w konkretnej sytuacji zmian lub dostosowań”. Jeśli zmiany mają charakter konieczny, to nie można przyjąć, że są one warunkowane wnioskiem pracownika. Co więcej, szczególna relacja między pracownikiem a pracodawcą mogłaby skutkować obawą wielu pracowników przed wystąpieniem z prośbą o wprowadzenie usprawnień. Z tych względów należy stanąć na stanowisku, że pracodawca jest obo-

⁹ L. Waddington, A. Lawson, *Disability*, op.cit., s. 52–53.

wiązany wywiązać się z obowiązków wobec osoby niepełnosprawnej również w sytuacji, gdy sam poweźmie informację o zaistnieniu potrzeby wprowadzenia zmian lub dostosowań.

Należy przyjąć, że obowiązek wprowadzenia usprawnień ciąży na pracodawcy jedynie w okresie, gdy pracownik może z nich realnie korzystać. Jeśli więc pracownik jest nieobecny w pracy (np. z powodu urlopu wypoczynkowego czy macierzyńskiego), pracodawca jest zwolniony z utrzymania usprawnień.

Pracodawca, wprowadzając zmiany lub dostosowania w odpowiedzi na potrzeby zgłoszone przez niepełnosprawnego pracownika, nie ma obowiązku konsultować (a tym bardziej uzgadniać) z pracownikiem formy, w jakiej to nastąpi¹⁰. Oczywiście takie działanie jest wskazane, gdyż na wybór najefektywniejszej metody duży wpływ może mieć właśnie pracownik¹¹.

Pojęcie niezbędnych racjonalnych usprawnień

Przepisy ustawy o rehabilitacji zawodowej i społecznej oraz zatrudnianiu osób niepełnosprawnych pozwalają określić, w jakich granicach pracodawca

jest zobowiązany do wprowadzania niezbędnych racjonalnych usprawnień¹².

Art. 23a ust. 1 zd. 2 tego aktu precyzuje, że niezbędne racjonalne usprawnienia polegają na przeprowadzeniu zmian lub dostosowań do szczególnych potrzeb wynikających z niepełnosprawności danej osoby. Mamy tu do czynienia z bardzo szerokim określeniem możliwej gamy działań. Jest to rozwiązanie słuszne. Nie jest możliwe skatalogowanie form usprawnień. Wielość przypadków i utrudnień, jakie mogą napotkać osoby niepełnosprawne, nakazuje, by pracodawca wykazał się dużą elastycznością, wprowadzając rozwiązania w jak największym stopniu realizujące cel, dla którego na pracodawcę został nałożony analizowany obowiązek. Dyrektywą dla pracodawcy (co wprost wynika z art. 23a ust. 1 ustawy o rehabilitacji zawodowej i społecznej oraz zatrudnianiu osób niepełnosprawnych) przy określaniu, jakie zmiany lub dostosowania powinien wprowadzić, są potrzeby pracownika determinowane jego niepełnosprawnością¹³. Usprawnienia powinny więc niwelować trudności, jakich doznaje pracownik w związku ze swoją niepełnosprawnością w porównaniu z pracownikami w pełni sprawnymi. Inaczej jeszcze rzecz ujmując, można wskazać, że usprawnienia służą wyrównaniu szans i możliwości pracowników z niepełnosprawnością i bez niepełnosprawności. Podkreślić należy, że choć

¹⁰ A. Śledzińska-Simon, *Brak wprowadzenia racjonalnych usprawnień jako forma dyskryminacji osób niepełnosprawnych*, <http://www.europapraw.org> (dostęp: 6.03.2017); M. Paluszkiwicz [w:] *Ustawa o rehabilitacji zawodowej i społecznej oraz zatrudnieniu osób niepełnosprawnych. Komentarz*, pod red. M. Włodarczyka, Warszawa 2015, s. 576.
¹¹ L. Waddington, *Implementing and interpreting the reasonable accommodation provision of the framework employment directive: learning from experience and achieving best practice*, 2004, http://europa.eu.int/comm/employment_social/fundamental_rights/pdf/aneval/reasonaccom.pdf, s. 31–55 (dostęp: 3.12.2020).

¹² S. Dudek, E. Czech, *Wprowadzenie racjonalnych usprawnień dla osób niepełnosprawnych w zakładzie pracy*, [w:] *Zatrudnienie osób niepełnosprawnych. Regulacje prawne* pod red. A. Giedrewicz-Niewińska, M. Szablowska-Juckiewicz, Warszawa 2014, s. 337–242.

¹³ M. Szeroczyńska, *Niepełnosprawność*, op.cit., s. 212.

potrzeby mają zabarwienie subiektywistyczne, to jednak to, czy istnieje potrzeba wymuszająca wprowadzenie określonych usprawnień, oceniać należy według kryteriów obiektywnych. Jeśli więc jedynie w odczuciu pracownika dana zmiana jest konieczna, aby mógł on konkurować z pracownikami bez niepełnosprawności, nie będzie to stanowić okoliczności aktualizującej obowiązki wprowadzenia usprawnień.

Wprawdzie przepis o tym wyraźnie nie stanowi, ale za oczywisty czynnik wpływający na wybór odpowiedniego usprawnienia należy uznać charakter wykonywanej pracy lub obszaru, w którym usprawienie ma ułatwić funkcjonowanie osobie niepełnosprawnej. Do tych okoliczności nawiązuje użyte w art. 23a ust. 1 ustawy o rehabilitacji zawodowej i społecznej oraz zatrudnianiu osób niepełnosprawnych sformułowanie, że wprowadzane zmiany lub dostosowania powinny być konieczne „w konkretnej sytuacji”. Jest to sytuacja odnosząca się zarówno do osoby pracownika, charakteru wykonywanej przez niego pracy, jak i warunków, w jakich jest ona wykonywana.

Egzemplifikacji koniecznych racjonalnych usprawnień dostarcza m.in. motyw 20 preambuły dyrektywy 2000/78/WE, w którym jako przykłady środków służących przystosowaniu miejsca pracy wskazano przystosowanie pomieszczenia lub wyposażenia, czasu pracy, podziału zadań, oferty kształcenia lub oferty integracyjnej. Pomocne mogą być również wskazania zawarte w przepisach regulujących zasady refundacji pracodawcy określonych kosztów. Zgodnie z art. 26 ustawy pracodawca może ubiegać się o zwrot kosztów:

adaptacji pomieszczeń zakładu pracy do potrzeb osób niepełnosprawnych, w szczególności poniesionych w związku z przystosowaniem tworzonych lub istniejących stanowisk pracy dla tych osób, stosownie do potrzeb wynikających z ich niepełnosprawności, adaptacji lub nabycia urządzeń ułatwiających osobie niepełnosprawnej wykonywanie pracy lub funkcjonowanie w zakładzie pracy, jak też zakupu i autoryzacji oprogramowania na użytek pracowników niepełnosprawnych oraz urządzeń technologii wspomagających lub przystosowanych do potrzeb wynikających z ich niepełnosprawności.

Szeregu przykładów zmian lub dostosowań, które mogą zostać uznane za niezbędne racjonalne usprawnienia, dostarcza również praktyka innych krajów¹⁴. Dobrym przykładem są tu brytyjskie przepisy antydyskryminacyjne. Zgodnie z art. 20 Equality Act 2010 na pracodawcy ciążyą trzy rodzaje obowiązków związanych z przystosowaniem miejsca pracy do potrzeb osób niepełnosprawnych.

Pierwszy dotyczy sytuacji, w których określone postanowienie, stosowane

¹⁴ A. Śledzińska-Simon, *Obowiązek dokonania racjonalnych usprawnień – uwagi na tle wyroku TSUE Jetta Ring i Lone Skouboe Werge (C-335/11 i C 337/11)*, „Studia Prawnicze” 2013, nr 2, s. 34; L. Waddington, *When it is reasonable for Europeans to be confused: understanding when a disability accommodation is „reasonable” from comparative perspective*, „Comparative Labor Law and Policy Journal”, 2008, nr 29, s. 318; J.E. Goldshmidt, *Reasonable accommodation in EU equality law in a broader perspective*, „Europäische Rechtsakademie Forum”, 2007, vol. 8, s. 39–48; M. Wujczyk, *Zakaz dyskryminacji w prawie pracy. Uwagi de lege lata i de lege ferenda na gruncie polskich i brytyjskich przepisów antydyskryminacyjnych*, Warszawa 2016, s. 111.

przez pracodawcę kryterium lub praktyka prowadzi do istotnych niedogodności dla osoby niepełnosprawnej w porównaniu z osobą pełnosprawną. W takim wypadku pracodawca jest zobowiązany poczynić niezbędne działania, aby taka niedogodność nie powstała. Dobrym przykładem jest tu sprawa *Clark v. Newsquest Media (Southern) Ltd*¹⁵. W sprawie tej powódka była osoba chora na cukrzycę. Choroba wymagała od niej badania poziomu cukru i robienia sobie zastrzyków cztery razy dziennie (zastrzyk wymagał podniesienia swetra lub koszulki). Taki zastrzyk skarżąca zaaplikowała sobie w czasie trwania jednego z wewnętrznych szkoleń. Jej przełożony w obecności wszystkich uczestników szkolenia wskazał, że powódka powinna poinformować wszystkich, że jest diabetikiem, a zastrzyk zrobić w miejscu ustronnym. Clark wniosła pozew o dyskryminację. Sąd uznał jej skargę za zasadną. Wskazał, że stosowaną przez pracodawcę praktyką był wymóg, by badanie poziomu cukru i robienie sobie zastrzyków miało miejsce w miejscach odosobnionych. Takie oczekiwanie (stosowana praktyka) skutkowało dla pracownicy jako osoby niepełnosprawnej istotnymi niedogodnościami. Trybunał pracy uznał, że w rozpatrywanej sprawie stosowanie przyjętej praktyki nie było uzasadnione, a pracodawca, przyjmując ją, uchybił obowiązkowi wprowadzenia racjonalnych usprawnień.

Drugi obowiązek nałożony na pracodawcę zobowiązuje do wyeliminowania tych fizycznych ograniczeń, które tworzyłyby dla niepełnosprawnego pracownika szczególną niedogodność

w porównaniu z osobą bez niepełnosprawności. Za fizyczne ograniczenia uznaje się te wynikające z: konstrukcji budynku; dostępu, wejścia lub wyjścia z budynku; wyposażenia, mebli, sprzętu, innych rzeczy ruchomych znajdujących się na terenie należącym do pracodawcy; jakichkolwiek innych ruchomości¹⁶. Na tle takiej definicji powstaje wątpliwość – w prawie brytyjskim nie do końca rozstrzygnięta – czy pracodawca ma obowiązek wyeliminować fizyczne ograniczenia, jeśli pracownik świadczy pracę w domu lub odbywając wizyty u klientów. Jeśli pracodawca nie ma możliwości dokonywania zmian dostosowawczych w konstrukcji budynków, w których wykonywana jest praca, powinien wprowadzić zmiany do zasad wykonywania pracy, tak aby zminimalizować niedogodności dla pracownika niepełnosprawnego.

Wreszcie trzeci obowiązek dotyczy tych sytuacji, gdy szczególna niedogodność dla niepełnosprawnego (w porównaniu z sytuacją osoby pełnosprawnej) powstałaby z powodu braku udzielenia szczególnej pomocy. W takim wypadku pracodawca powinien podjąć działania, w rozsądnych granicach, w celu zapewnienia takiej pomocy.

W doktrynie prawa brytyjskiego za usprawnienia uznano również m.in.:

- zmiany techniczne w miejscu świadczenia pracy przez pracownika,
- przekazanie części zadań pracownika niepełnosprawnego innym pracownikom,
- przeniesienie pracownika na inne,

¹⁵ *Clark v. Newsquest Media (Southern) Ltd ET*, sprawa nr 3100102/10.

¹⁶ Equality Act s. 20(1).

- wolne stanowisko pracy lub stworzenie nowego stanowiska,
- zwolnienie od pracy na czas rekonwalescencji,
 - nabycie specjalistycznego sprzętu lub modyfikacja sprzętu już posiadanego,
 - zapewnienie osoby, która będzie wspomagała pracownika przy określonych czynnościach,
 - zmianę miejsca pracy¹⁷,
 - umożliwienie pracownikowi wzięcia urlopu bezpłatnego,
 - uwzględnienie kwestii niepełnosprawności w procesie doboru pracowników do zwolnień,
 - wprowadzenie elastycznych godzin pracy,
 - zapewnienie informacji w formie dostępnej dla niepełnosprawnego pracownika,
 - zmianę kryterium doboru pracownika do zwolnień,
 - stworzenie nowego stanowiska¹⁸.

Należy również zwrócić uwagę, że niekiedy dokonanie usprawnień może wymagać wprowadzenia zmian do istniejących polityk lub procedur oraz obowiązujących regulaminów.

Obowiązek wprowadzenia usprawnień ciąży na pracodawcy jedynie wówczas, gdy jest to niezbędne. Przepisy posługują się tu również sformułowaniem „konieczne”. Należy uznać, że oba terminy zostały użyte jako synonimy, stąd będą się nimi posługiwał zamiennie. Przyjęcie, że pracodawca jest obowiązany do wprowadzenia jedynie koniecznych

usprawnień, ma dwojakię implikację. Po pierwsze powinność ta nie będzie na nim ciążyła, jeśli identyczny cel będzie osiągniany w inny sposób, np. dzięki wsparciu pracownika (kandydata na pracownika) ze strony administracji państwowej. W takim wypadku dokonanie zmian lub dostosowań nie będzie wymagane, a potrzeby osoby niepełnosprawnej będą mogły zostać zaspokojone bez interwencji ze strony pracodawcy.

Po drugie przesłanka konieczności pozwala przyjąć, że w sytuacji gdy potrzeby wynikające z niepełnosprawności mogą być zaspokojone różnymi działaniami, na pracodawcy ciąży obowiązek przeprowadzenia jedynie tych zmian lub dostosowań, które są bezwzględnie niezbędne. Tym samym może on odmówić działań wykraczających poza przesłankę niezbędności, tj. takich, które nie tylko odpowiadają na potrzeby pracownika niepełnosprawnego, ale również przyznają mu uprawnienia niekonieczne dla wyrównania szans w porównaniu z pracownikami pełnosprawnymi.

Zgodnie z art. 23a ust. 1 ustawy o rehabilitacji zawodowej i społecznej oraz zatrudnianiu osób niepełnosprawnych pracodawca jest obowiązany wprowadzać jedynie te ułatwienia, które cechują się przymiotem racjonalności. W pierwszej kolejności należy odpowiedzieć na pytanie, wobec kogo działania pracodawcy mają być racjonalne. Spotkać się tu można z trzema zapatrywaniami. Według pierwszego racjonalność należy odnosić do kosztów i niedogodności, jakie będzie ponosił pracodawca. Racjonalne są więc tylko te działania, które nie powodują dla

¹⁷ EHRC Employment Code, sec. 6.33.

¹⁸ *Southampton City College v. Randall* 2006 IRLR 18, EAT.

pracodawcy nadmiernych, negatywnych konsekwencji. Takie stanowisko zajął m.in. Europejski Trybunał Sprawiedliwości w sprawie *HK Danmark*, stwierdzając, że zgodnie z art. 5 wspomnianej dyrektywy usprawnienia, których mogą domagać się osoby niepełnosprawne, muszą być racjonalne w tym znaczeniu, że nie mogą stanowić nieproporcjonalnie wysokiego obciążenia dla pracodawcy¹⁹. Według odmiennego zapatrywania wymóg racjonalności należy odnosić do potrzeb pracownika niepełnosprawnego. Zgodnie z tym poglądem dane usprawnienie jest racjonalne, o ile przyczynia się w sposób efektywny do ułatwienia wykonywania pracy przez pracownika, dla którego jest ono wprowadzane. Taka interpretacja racjonalności usprawnień została przyjęta przy interpretacji dyrektywy 2000/78/WE w Holandii, Francji i Irlandii²⁰. Wreszcie rozwiązanie kompromisowe nakazuje brać pod uwagę, czy dane działanie jest racjonalne zarówno z punktu widzenia funkcjonowania pracodawcy, jak i niepełnosprawnego pracownika. Trzecia z przedstawionych koncepcji wydaje się najwłaściwsza²¹. Co więcej wydaje się, że przy ocenie przesłanki racjonalności należy wziąć pod uwagę również interes osób trzecich, np. innych pracowników czy klientów.

¹⁹ Wyrok ETS z 11 kwietnia 2013, *HK Danmark*, działający w imieniu Jette Ring przeciwko Dansk almennyttigt Boligselskab (C-335/11) i *HK Danmark*, działający w imieniu Lone Skouboe Werge przeciwko Dansk Arbejdsgiverforening działającemu w imieniu Pro Display A/S (C-337/11), ECLI:EU:C:2013:222.

²⁰ L. Waddington, A. Lawson, *Disability*, op.cit., s. 26–27.

²¹ M. Paluszkiwicz, *Obowiązek pracodawcy zapewnienia osobie niepełnosprawnej niezbędnych racjonalnych usprawnień*, op.cit., s. 320.

Słownikowa definicja terminu „racjonalny” wskazuje, że mianem tym można określić działania, które są zgodne z rozumem, mają rozumowe podstawy, są zgodne z myślą współczesną, nowoczesne, efektywne czy przemysłane, logiczne i rozsądne. Wydaje się, że to ostatnie określenie najpełniej oddaje intencje ustawodawcy. Na pracodawcy nie ciąży więc obowiązek wprowadzenia ułatwień, jeśli można uznać, że nie są one rozsądne. Powstaje pytanie, jakie okoliczności należy wziąć pod uwagę przy ocenie, czy dana zmiana lub dostosowanie są racjonalne. Niekiedy w literaturze kryterium to sprowadza się do oceny finansowych kosztów, jakie za sobą pociąga usprawnienie (szerzej na ten temat w dalszej części niniejszego opracowania). Nie jest to stanowisko prawidłowe. Wprawdzie ocena wysokości nakładów finansowych, jakie musi ponieść pracodawca, by uzyskać oczekiwane efekty, jest istotnym elementem oceny, czy dane działanie jest czy nie jest racjonalne, nie wyczerpuje jednak tego pojęcia. O racjonalności zmiany lub dostosowania będą decydowały również takie czynniki jak wpływ usprawnień na wykonywanie pracy przez innych pracowników, jakość dostarczanego przez pracodawcę produktu lub usługi klientowi czy zagrożenia dla bezpieczeństwa i higieny pracy.

Warto również zwrócić uwagę na ustawę z dnia 19 lipca 2019 r. o zapewnianiu dostępności osobom ze szczególnymi potrzebami²², która na podmioty publiczne nakłada obowiązek zapewnienia dostępności osobom ze szczególnymi

²² Dz.U. 2019, poz. 1696.

potrzebami przez stosowanie uniwersalnego projektowania lub racjonalnych usprawnień. Do tego typu środków ustawa ta zalicza m.in. zapewnienie wolnych od barier poziomych i pionowych przestrzeni komunikacyjnych budynków, instalację urządzeń lub innych środków technicznych do obsługi osób słabosłyszących, w szczególności pętli indukcyjnych, systemów FM lub urządzeń opartych o inne technologie, których celem jest wspomaganie słyszenia, czy zapewnienie osobie ze szczególnymi potrzebami wsparcia innej osoby. Warto wskazać, że do realizacji podobnych celów zmierza prowadzony obecnie Program Dostępność Plus²³.

Koszty finansowe niezbędnych racjonalnych usprawnień jako czynnik warunkujący obowiązek ich wprowadzenia

Jak już wskazano, jednym z elementów wpływających na ocenę racjonalności wprowadzenia usprawnień jest ich koszt dla pracodawcy²⁴. Ustawodawca dostrzega szczególne znaczenie tego czynnika, wprost wskazując, że od kosztów, jakie wiążą się z wprowadzeniem usprawnień, zależy to, czy pracodawca będzie do takiego działania zobowiązany. Z treści art. 23a ustawy o rehabilitacji zawodowej i społecznej oraz zatrudnianiu osób niepełnosprawnych wynika, że pracodawca jest zwolniony z obowiązku wprowadzenia ułatwień, jeśli pociągałoby to za sobą niepropor-

cjonalnie wysokie obciążenia. Przepis nie precyzuje ani w stosunku do czego należy dokonywać oceny proporcjonalności potencjalnych kosztów, ani też co determinuje granicę, po przekroczeniu której dane obciążenie ma charakter nieproporcjonalny.

Pewne wskazówki daje w tym zakresie motyw 21 preambuły dyrektywy 2000/78/WE, zgodnie z którym aby ustalić, czy przyjęcie danego środka wiąże się z koniecznością nieproporcjonalnie wysokiego obciążenia, należy uwzględnić w szczególności związane z tym koszty finansowe i inne, rozmiar organizacji lub środki finansowe, którymi dysponują przedsiębiorstwa, oraz możliwość pozyskania środków publicznych lub jakiegokolwiek innej pomocy²⁵. Sąd Najwyższy w wyroku z 12 listopada 2014 r. wskazał, że ustalenie, czy występują nieproporcjonalnie wysokie obciążenia, należy do sądu i musi uwzględniać całokształt okoliczności danego przypadku²⁶. Wydaje się, że właśnie takie podejście jest prawidłowe. Użyte w analizowanej regulacji sformułowanie ma charakter klauzuli generalnej i nie powinno się dążyć do nadania mu ściśle określonej treści. Może być ona różna w zależności od okoliczności konkretnego przypadku. Z pewnością jednak przy ocenie, czy koszty wprowadzanych ułatwień nie stanowią nieproporcjonalnego obciążenia, pomocne będzie ich po-

²³ <https://www.funduszeuropejskie.gov.pl/strony/o-funduszach/fundusze-europejskie-bez-barier/dostepnosc-plus/> (dostęp: 30.11.2020).

²⁴ M. Stacey, *Niepełnosprawność i racjonalne usprawnienia*, <http://www.eracomm.eu> (dostęp: 3.12.2020).

²⁵ Por. szerzej M. Szeroczyńska, *Prawo Unii Europejskiej w zakresie zatrudnienia osób niepełnosprawnych i pomocy publicznej w zatrudnieniu*, [w:] ABC... dla niepełnosprawnego pracownika i pracodawcy pod red. A. Siemaszko, Warszawa 2003, s. 35–36.

²⁶ I PK 74/14, OSNAPiUS 2016 nr 8, poz. 101.

równanie z zyskami pracodawcy, jego obrotami, środkami wydatkowanymi na dostosowanie miejsc pracy do prowadzonej produkcji oraz możliwościami kredytowymi.

Nie zawsze jednak ustalenie, że wprowadzenie ułatwień znacznie przekracza możliwości pracodawcy, będzie skutkowało przyjęciem, że przewidywane obciążenia są nieproporcjonalne²⁷. Zgodnie z ust. 2 art. 23a ustawy o rehabilitacji zawodowej i społecznej oraz zatrudnianiu osób niepełnosprawnych obciążenia związane z wprowadzeniem ułatwień nie są nieproporcjonalne, jeżeli są w wystarczającym stopniu rekompensowane ze środków publicznych. Jak słusznie podniesiono w doktrynie, sformułowanie „w wystarczającym stopniu rekompensowane” powinno być interpretowane przy uwzględnieniu z jednej strony wysokości refundacji kosztów zmian lub dostosowań ze środków publicznych, z drugiej zaś sytuacji danego pracodawcy po jej uzyskaniu²⁸. Dopiero gdy po uwzględnieniu dotacji²⁹ obciążenia związane z wprowadzeniem usprawnień byłyby nieproporcjonalnie wysokie dla pracodawcy, będzie on zwolniony z obowiązku ich zapewnienia.

Reguła ta nie jest jednak wyłącznie potwierdzeniem konieczności uwzględnienia pomocy publicznej przy ocenie kryterium proporcjonalności. Wyżej przywołany przepis mówi o rekompensacie, co należy rozumieć jako zwrot środków już wydatkowanych (taka interpretacja znajduje potwierdzenie w treści art. 26 ustawy o rehabilitacji zawodowej i społecznej oraz zatrudnianiu osób niepełnosprawnych, który wprost wskazuje, że pracodawca może otrzymać zwrot poniesionych kosztów). Tym samym pracodawca będzie zobowiązany do wprowadzenia ułatwień, nawet jeśli będzie to skutkowało dla niego nieproporcjonalnymi obciążeniami, o ile przy uwzględnieniu zwracanych w przyszłości kosztów o takich obciążeniach mówić nie będzie można. Wydaje się, że nie taka była intencja wprowadzonej regulacji. Z pewnością w wielu przypadkach przyjęta zasada może stanowić zagrożenie dla sytuacji ekonomicznej, w szczególności mniejszych, pracodawców. Wyjściem w takiej sytuacji może być powołanie się przez dany podmiot na nieracjonalność wprowadzenia ułatwień (nawet przy uwzględnieniu możliwości otrzymania rekompensaty) ze względu na zagrożenia dla funkcjonowania pracodawcy.

Konsekwencje niezapewnienia niezbędnych racjonalnych usprawnień

Zgodnie z art. 23a ust. 3 ustawy o rehabilitacji zawodowej i społecznej oraz zatrudnianiu osób niepełnosprawnych niewykonanie przez pracodawcę obowiązku racjonalnych usprawnień uważa się za naruszenie zasady równego traktowania w rozumieniu art.

²⁷ J. Maliszewska-Nienartowicz, *Zakaz dyskryminacji ze względu na niepełnosprawność w świetle wyroków TS w sprawach Coleman o Chacón Navas*, „Europejski Przegląd Sądowy” 2011, nr 8, s. 34.

²⁸ M. Paluszkievicz, *Obowiązek pracodawcy zapewnienia osobie niepełnosprawnej niezbędnych racjonalnych usprawnień*, op.cit., s. 321.

²⁹ Szczegółowe zasady przyznawania zwrotu środków regulują art. 26 ustawy o rehabilitacji zawodowej i społecznej oraz zatrudnianiu osób niepełnosprawnych oraz rozporządzenie Ministra Pracy i Polityki Społecznej w sprawie zwrotu dodatkowych kosztów związanych z zatrudnianiem pracowników niepełnosprawnych z dnia 23 grudnia 2014 r. (Dz.U. z 2014 r. poz. 1987).

18^{5a} § 2–5 k.p.³⁰ Oznacza to, że w razie braku wprowadzenia takich usprawnień niepełnosprawny pracownik (kandydat na pracownika) będzie uprawniony do wystąpienia wobec pracodawcy z roszczeniem zasądzenia odszkodowania w oparciu o art. 18^{3d} k.p.³¹ Zastosowanie znajdzie również reguła, zgodnie z którą w toku postępowania wszczętego w celu uzyskania odszkodowania dojdzie do modyfikacji rozkładu ciężaru dowodów³². Pracownik będzie musiał więc wykazać fakty uprawdopodobniające zarzut niedokonania usprawnień wbrew przepisom prawa, a pracodawca będzie miał obowiązek udowodnić, że usprawnienia nie były w konkretnej sytuacji wymagane.

Polskie przepisy nie wskazują, czy brak racjonalnych usprawnień należy traktować jako dyskryminację bezpośrednią, pośrednią czy molestowanie. W doktrynie wskazano, że w oparciu o art. 2 ust. 2 lit. b pkt i dyrektywy 2000/78/WE należy przyjąć, że mamy do czynienia z dyskryminacją pośrednią.

³⁰ L. Florek, *Równe traktowanie pracowników w prawie europejskim*, „Praca i Zabezpieczenie Społeczne” 2002, nr 5, s. 7; W. Sanetra, *Zasada równego traktowania pracowników w kodeksie pracy*, „Państwo i Prawo” 1997, nr 7, s. 72; L. Florek, *Zakaz dyskryminacji w stosunkach pracy*, „Praca i Zabezpieczenie Społeczne” 1997, nr 1, s. 5.

³¹ K. Kędziora, K. Śmiszek, *Dyskryminacja i mobbing w zatrudnieniu*, Warszawa 2008, s. 104; K. Ślebzak, *Antydyskryminacyjne prawo Unii Europejskiej w dziedzinie zatrudnienia w orzecznictwie TSUE – zakres i podstawowe pojęcia*, „Praca i Zabezpieczenie Społeczne” 2013, nr 9, s. 7; B. Wagner, *Zasada równego traktowania i niedyskryminacji pracowników*, „Praca i Zabezpieczenie Społeczne” 2002, nr 3, s. 8.

³² Tak na gruncie m.in. wyroków SN: z 4 czerwca 2008 r., II PK 292/07, OSNP 2009, nr 19–20, poz. 259; z 7 grudnia 2011 r., II PK 77/11, MoPr 2012, nr 3, s. 149–152; z 18 kwietnia 2012 r., II PK 196/11, OSNP 2013, nr 7–8, poz. 73; z 10 maja 2012 r., II PK 227/11, OSNP 2013, nr 9–10, poz. 107 i powołanych w nich orzeczeń.

Nie jest to w mojej ocenie stanowisko prawidłowe. Z przywołanego przepisu wynika jedynie, że uprzywilejowane traktowanie osób niepełnosprawnych poprzez dokonywanie zmian lub dostosowań nie może prowadzić do uznania, że inne osoby (pełnosprawne) są dyskryminowane pośrednio. Brak wprowadzenia racjonalnych usprawnień należy traktować, w mojej ocenie, jako szczególną formę dyskryminacji odmienną od dyskryminacji bezpośredniej, pośredniej czy molestowania.

Obowiązek wprowadzenia racjonalnych, koniecznych usprawnień a możliwość wypowiedzenia umowy o pracę

Ciążący na pracodawcy obowiązek wprowadzenia racjonalnych, niezbędnych usprawnień nie oznacza, że pracodawca powinien traktować osoby niepełnosprawne w sposób bardziej korzystny niż osoby pełnosprawne w zakresie zatrudniania, warunków pracy czy podejmowania decyzji o zwolnieniu³³. Wręcz przeciwnie. Istotą analizowanej regulacji jest stworzenie równych szans osobom, które z powodu niepełnosprawności nie są w stanie w takim samym stopniu realizować oczekiwań pracodawcy³⁴. W momencie jednak gdy takie usprawnienia zostaną wprowadzone (a więc nastąpi wyrównanie szans i możliwości osób niepełnosprawnych i pełnosprawnych), pracodawca jest

³³ U. Torbus, *Równe traktowanie osób niepełnosprawnych w zatrudnieniu*, [w:] *Prawo a niepełnosprawność. Wybrane aspekty* pod red. M. Bosak, Warszawa 2015, s. 60.

³⁴ K. Wells, *The Impact of the Framework Employment Directive on UK Disability Discrimination Law*, „Industrial Law Journal” 2003, t. 32, nr 4, s. 264.

w pełni uprawniony do jednakowej oceny wszystkich pracowników (kandydatów na pracowników) i wyboru tego, który w największym stopniu realizuje jego oczekiwania³⁵. W szczególności dopuszczalne jest zwolnienie pracownika niepełnosprawnego, jeżeli mimo wprowadzonych usprawnień nie jest on w stanie realizować istotnych obowiązków na powierzonym mu stanowisku³⁶. Również odmowa zatrudnienia z tego powodu osoby niepełnosprawnej nie będzie mogła być potraktowana jako dyskryminacja ze względu na niepełnosprawność. Wniosek taki płynie również z postanowień regulacji unijnych, na co zwrócił uwagę Sąd Najwyższy w wyroku z 12 maja 2011 r., wskazując, że dyrektywa Rady nr 78/2000/WE ustanawiająca ogólne warunki ramowe równego traktowania w zakresie zatrudnienia i pracy odnosi się do sfery zatrudnienia i pracy osób niepełnosprawnych wyłącznie w aspekcie zakazu ich dyskryminacji, podobnie jak czyni to w odniesieniu do osób charakteryzujących się innymi cechami wymienionymi w jej art. 1. Z tego względu, jak zauważa Sąd Najwyższy, art. 5 dyrektywy nie gwarantuje szczególnej ochrony stosunku pracy osób niepełnosprawnych, ale przewiduje wprowadzenie racjonalnych usprawnień uwzględniających potrzeby takich osób w miejscu pracy w celu wyrównania występujących na

ich niekorzyść dysproporcji w zakresie dostępu do pracy i jej wykonywania (pkt 16 preambuły). Nie nakłada też wymagania, aby – przy nienaruszeniu wskazanego wyżej obowiązku – osoba, która nie jest kompetentna ani zdolna bądź dyspozycyjna do wykonywania najważniejszych czynności na danym stanowisku, była przyjmowana do pracy, awansowana lub dalej zatrudniana (pkt 17 preambuły). W konsekwencji, w ocenie Sądu Najwyższego, ustalenie niemożliwości lub niecelowości orzeczenia o przywróceniu do pracy niepełnosprawnego pracownika, któremu pracodawca wypowiedział stosunek pracy z przyczyn nieuznanych za dyskryminujące, nie może zostać podważone zarzutem nieuwzględnienia postanowień dyrektywy³⁷. Podobny wniosek płynie ze stanowiska Europejskiego Trybunału Sprawiedliwości wyrażonego w wyroku z 11 lipca 2006 r. w sprawie *Sonia Chacón Navas przeciwko Eurest Colectividades SA*³⁸.

Jednocześnie nie można wykluczyć, że usprawnienie przybierze formę odroczenia decyzji o wypowiedzeniu umowy o pracę. Może tak być w sytuacji, gdy pracownik potrzebuje czasu, by się w pełni nauczyć korzystać ze zmian lub dostosowań, które pracodawca wprowadził celem wyrównania szans pracownika niepełnosprawnego.

Podsumowanie

Polskie regulacje dotyczące wprowadzenia usprawnień dla pracowników

³⁵ J. Maliszewska-Nienartowicz, *Dyskryminacja ze względu na religię, niepełnosprawność, wiek lub orientację seksualną. Dyrektywa 2000/78 i orzecznictwo TS UE. Komentarz*, Warszawa 2013, s. 30.

³⁶ M. Łatos-Miłkowska: *Ochrona trwałości stosunku pracy pracowników niepełnosprawnych i opiekunów osób niepełnosprawnych*, [w:] *Zatrudnianie osób niepełnosprawnych*, red. A. Giedrewicz-Niewińska, M. Szablowska-Juckiewicz, Difin 2014, s. 260.

³⁷ Wyrok SN z 12 maja 2011, II PK 276/10, OSNAPiUS 2012 nr 13–14, poz. 164.

³⁸ ECLI:EU:C:2006:456.

z niepełnosprawnością należy uznać za gwarantujące im należytą ochronę. Stanowią one właściwy kompromis między dążeniem do wyrównania szans w zatrudnieniu osób niepełnosprawnych oraz uwzględnieniem interesu pracodawcy czy innych członków załogi.

Należy jednak wskazać, że ustawodawca nie ustrzegł się pewnych błędów, które warto by wyeliminować. W pierwszej kolejności należy wskazać, że na gruncie obecnie obowiązujących przepisów pracodawca może być zobowiązany do finansowania niezbędnych usprawnień, nawet jeśli nie ma na to środków. Konieczne jest w takich wypadkach zagwarantowanie pracodawcy możliwości uzyskania środków na pokrycie kosztów koniecznych zmian nie w formie rekompensaty, lecz pożyczki.

Liczne wątpliwości budzi również ustalenie, czy pracodawca powinien wprowadzać racjonalne usprawnienia jedynie na wyraźną prośbę pracownika, czy również w sytuacji, gdy sam stał się świadomy takiej potrzeby. Pożądana jest interwencja ustawodawcy, by sprawę tę uregulować w sposób jednoznaczny. W mojej ocenie dobrym rozwiązaniem byłoby również wprowadzenie wymogu

konsultacji z każdym pracownikiem z niepełnosprawnością, czy i w jakim zakresie pracodawca powinien poczynić zmiany lub dostosowania. Dzięki temu możliwe byłoby zidentyfikowanie faktycznie istniejących potrzeb pracowników niepełnosprawnych.

Krytycznie należy oceniać również brak obowiązku wprowadzenia racjonalnych usprawnień w odniesieniu do byłych pracowników w sprawach dotyczących zakończonego stosunku pracy. Aksjologia leżąca u podstaw wprowadzenia instytucji usprawnień przemawia za tym, by obowiązek w tym zakresie rozciągnąć również na osoby niepełnosprawne, których stosunek pracy uległ rozwiązaniu.

Wskazać wreszcie należy, że roszczenie o odszkodowanie nie zawsze będzie wystarczająco odpowiadało potrzebom pracowników niepełnosprawnych. O wiele istotniejsze może być dla nich rzeczywiste wprowadzenie zmian w organizacji pracy u danego przedsiębiorcy. Należałoby rozważyć poszerzenie gamy możliwych roszczeń również o roszczenie o nakazanie dokonania określonych zmian lub dostosowań.



BIBLIOGRAFIA:

- Bereda-Łabędź K., Klimkiewicz L., Pałeczka A., *Ustawa o rehabilitacji zawodowej i społecznej oraz zatrudnieniu osób niepełnosprawnych. Komentarz*, Warszawa 2002.
- Bodnar A., Ślędzińska-Simon A., *O potrzebie ratyfikacji Konwencji ONZ o Prawach Osób z Niepełnosprawnością*, „Europejski Przegląd Sądowy” 2012, nr 5.
- Czerniak-Swędziół J., *Osoby niepełnosprawne w realiach polskiego rynku pracy*, [w:] *Prawo a niepełnosprawność. Wybrane aspekty*, red. M. Bosak, Warszawa 2015.
- Dudek S., Czech E., *Wprowadzenie racjonalnych usprawnień dla osób niepełnosprawnych w zakładzie pracy*, [w:] *Zatrudnienie osób niepełnosprawnych. Regulacje prawne*, red. A. Giedrewicz-Niewińska, M. Szablowska-Juckiewicz, Warszawa 2014.
- Florek L., *Równe traktowanie pracowników w prawie europejskim*, „Praca i Zabezpieczenie Społeczne” 2002, nr 5.
- Florek L., *Zakaz dyskryminacji w stosunkach pracy*, „Praca i Zabezpieczenie Społeczne” 1997, nr 1.
- Goldshmidt J.E., *Reasonable accommodation in EU equality law in a broader perspective*, „Europäische Rechtsakademie Forum” 2007, vol. 8.
- Góral Z., *Zasada równości pracowników w dziedzinie zatrudnienia i niedyskryminacji w zatrudnieniu*, [w:] *Zarys Systemu Prawa Pracy, Tom. I Część ogólna prawa pracy*, red. K.W. Baran, Warszawa 2010.
- Kędziora K., Śmiszek K., *Dyskryminacja i mobbing w zatrudnieniu*, Warszawa 2008.
- Latos-Miłkowska M., *Ochrona trwałości stosunku pracy pracowników niepełnosprawnych i opiekunów osób niepełnosprawnych*, [w:] *Zatrudnianie osób niepełnosprawnych*, red. A. Giedrewicz-Niewińska, M. Szablowska-Juckiewicz, Difin 2014.
- Maliszewska-Nienartowicz J., *Dyskryminacja ze względu na religię, niepełnosprawność, wiek lub orientację seksualną. Dyrektywa 2000/78 i orzecznictwo TS UE. Komentarz*, Warszawa 2013.
- Maliszewska-Nienartowicz J., *Zakaz dyskryminacji ze względu na niepełnosprawność w świetle wyroków TS w sprawach Coleman o Chacón Navas*, „Europejski Przegląd Sądowy” 2011, nr 8.
- Mitrus L., *Niepełnosprawność jako przedmiot regulacji prawa pracy*, [w:] *Prawo a niepełnosprawność. Wybrane aspekty*, red. M. Bosak, Warszawa 2015.
- Paluszkiwicz M. [w:] *Ustawa o rehabilitacji zawodowej i społecznej oraz zatrudnieniu osób niepełnosprawnych. Komentarz*, pod red. M. Włodarczyka, Warszawa 2015.
- Paluszkiwicz M., *Obowiązek pracodawcy zapewnienia osobie niepełnosprawnej niezbędnych racjonalnych usprawnień*, [w:] *Współczesne problemy prawa emerytalnego*, red. T. Bińczycka-Majewska, M. Włodarczyk, Warszawa 2015.
- Sanetra W., *Zasada równego traktowania pracowników w kodeksie pracy*, „Państwo i Prawo” 1997, nr 7.
- Sierpowska I., Kogut A., *Status osoby niepełnosprawnej w polskim systemie prawa*, Wrocław 2010.
- Szeroczyńska M., *Niepełnosprawność*, [w:] *Prawo antydyskryminacyjne Unii Europejskiej*, red. A. Zawadzka-Łojek, A. Szczerba-Zawada, Warszawa 2015.
- Szeroczyńska M., *Prawo Unii Europejskiej w zakresie zatrudnienia osób niepełnosprawnych i pomocy publicznej w zatrudnieniu*, [w:] *ABC... dla niepełnosprawnego pracownika i pracodawcy*, red. A. Siemaszko, Warszawa 2003.
- Szewczyk H., *Równość płci w zatrudnieniu*, Warszawa 2017.
- Ślęzak K., *Antydyskryminacyjne prawo Unii Europejskiej w dziedzinie zatrudnienia w orzecznictwie TSUE – zakres i podstawowe pojęcia*, „Praca i Zabezpieczenie Społeczne” 2013, nr 9.
- Ślędzińska-Simon A., *Obowiązek dokonania racjonalnych usprawnień – uwagi na tle wyroku TSUE Jetta Ring i Lone Skouboe Werge (C-335/11 i C 337/11)*, „Studia Prawnicze” 2013, nr 2.

- Torbus U., *Równe traktowanie osób niepełnosprawnych w zatrudnieniu*, [w:] *Prawo a niepełnosprawność. Wybrane aspekty*, red. M. Bosak, Warszawa 2015.
- Waddington L., Lawson A., *Disability and non-discrimination law in the European Union. An analysis of disability discrimination law within and beyond the employment field*, Luxembourg 2009.
- Waddington L., *When it is reasonable for Europeans to be confused: understanding when a disability accommodation is "reasonable" from comparative perspective*, „Comparative Labor Law and Policy Journal”, 2008, nr 29.
- Wagner B., *Zasada równego traktowania i niedyskryminacji pracowników*, „Praca i Zabezpieczenie Społeczne” 2002, nr 3.
- Wells K., *The Impact of the Framework Employment Directive on UK Disability Discrimination Law*, „Industrial Law Journal” 2003, t. 32, nr 4.
- Wujczyk M., *Zakaz dyskryminacji w prawie pracy. Uwagi de lege lata i de lege ferenda na gruncie polskich i brytyjskich przepisów antydyskryminacyjnych*, Warszawa 2016.



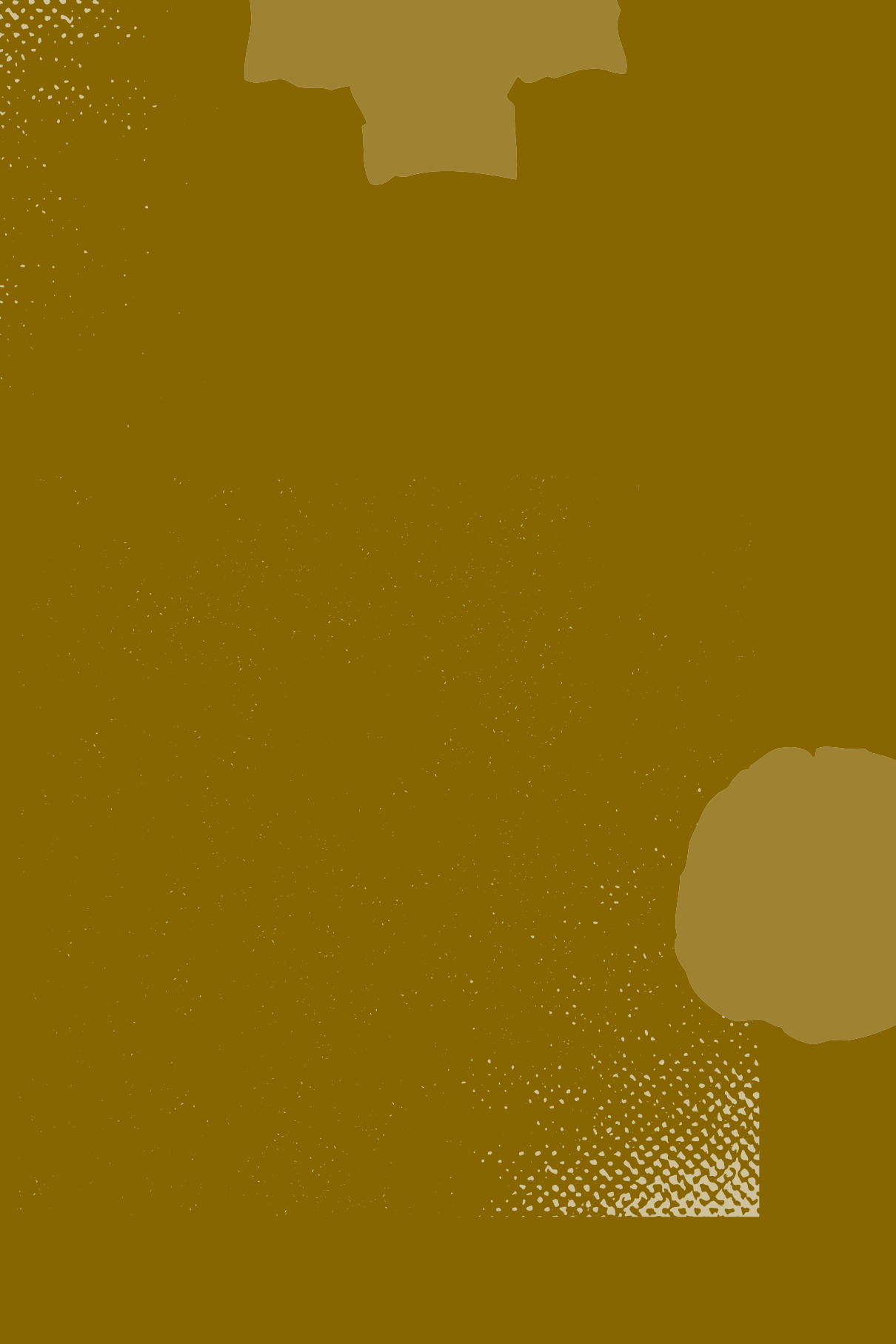
Dr Marcin WUJCZYK

[attorney-at-law, Wardyński & Partners]

The employer's obligation to provide reasonable accommodation to disabled employees

The subject of the paper is the scope of an employer's objective obligation to provide reasonable accommodation to disabled employees. The concept of reasonable accommodation is analysed. There is also an assessment of the extent to which the costs of providing such accommodation affect the obligation. It is argued that the principle of proportionality should be the main factor in assessing the requirement to provide reasonable accommodation, but sometimes the needs of disabled workers take precedence. There is also a discussion of the consequences of failing to comply with the obligation.

RATIONAL JUSTIFICATION | EMPLOYEE | DISABILITY | NON-DISCRIMINATION





Bertrand MATHIEU

[profesor na Wydziale Prawa Uniwersytetu Sorbona – Paris I, prezes emeritus francuskiego Stowarzyszenia Prawa Konstytucyjnego, wiceprezes międzynarodowego Stowarzyszenia Prawa Konstytucyjnego, obecnie członek nadzwyczajny francuskiej Rady Stanu. Członek Komisji Weneckiej (Rada Europy). Członek Zarządu Europejskiej Organizacji Prawa Publicznego (EPL0)]

Kryzys demokracji: próba wyjaśnienia

Tematem niniejszej analizy¹ jest wieloaspektowy kryzys demokracji liberalnej. Aby go przezwyciężyć, nie można zamykać się w swoich przekonaniach, tylko trzeba analizować jego przyczyny. U podstaw demokracji leży prawo i jest ono jednym z jej gwarantów, jednak pewne jego współczesne formy prowadzą do osłabienia władzy politycznej będącej wyrazem demokratycznej legitymacji. Ustrój demokracji liberalnej ma nieocenione zalety i należałoby znaleźć sposób na przywrócenie społeczeństwu kontroli nad własnym losem. Cel ten można osiągnąć także, choć nie wyłącznie, za pośrednictwem instrumentów prawnych. Z tej perspektywy należałoby przemyśleć na nowo zależności pomiędzy prawem a polityką. Poszukiwanie nowej równowagi byłoby może jedyną szansą na uratowanie tego kluczowego elementu spuścizny europejskiej, jakim jest demokracja liberalna. Wymaga to jednak wyjścia poza dominującą koncepcję państwa prawa.

DEMOKRACJA | LIBERALIZM | PAŃSTWO PRAWA | SĄDOWNICTWO | POLITYKA

Demokracja pośrednia przez wiele lat była wzorcem świata Zachodu. Była przedmiotem marzeń obywateli tych państw, które jej nie przyjęły. To na takich podwalinach powstał system, któremu w głównej mierze zawdzięczamy spójność społeczną, pokój oraz rozwój praw człowieka.

A mimo to publikacje na temat kryzysu demokracji nigdy nie były tak liczne. Liczne są również przejawy tego kryzysu.

Przede wszystkim oczywista jest utrata zaufania pokładanego w zachodnim systemie demokracji liberalnej. Mię-

¹ W tekście tym przywołuję pewne analizy zamieszczone w mojej pracy *Le droit contre la démocratie?*, Lextenso, 2017, zob. także *Le droit*

et la démocratie, des relations ambiguës, w: *La Semaine juridique*, wydanie ogólne, Lexis Nexis, 2018, nr 22, s. 1073.

dzynarodowe badanie przeprowadzone przez Fondapol (Fundacja na rzecz Innowacji Politycznej)² wykazało, że zdaniem 33% obywateli państw Unii Europejskiej inne systemy polityczne mogą być równie dobre jak demokracja. Pogląd ten podziela 33% Francuzów; dla 35% obywateli Francji nęcąco brzmi perspektywa rządów autorytarnych. 36% Europejczyków uważa, że udział w głosowaniu nie zdaje się na wiele, gdyż przywódcy polityczni nie uwzględniają zdania narodu. Jednocześnie 58% Europejczyków jest zdania, że Islam jest zagrożeniem, a 63% ocenia, że imigracja przynosi negatywne skutki. Wspomniane badanie pokazuje również, że nieufność wobec systemu demokratycznego jest większa wśród niższych klas społecznych. Ogólnie rzecz biorąc, wyniki pokazują nie tylko pewną atrakcyjność ustrojów autorytarnych, ale także korelację pomiędzy poczuciem utraty tożsamości i utratą zaufania do demokracji, jak również rosnącą przepaść pomiędzy elitami a resztą społeczeństwa. Świadczą one również o tym, że demokracja nie funkcjonuje prawidłowo, bo istnieje słaba zależność pomiędzy aktem głosowania a politycznymi decyzjami podejmowanymi przez wybranych przedstawicieli społeczeństwa.

Z perspektywy międzynarodowej uniwersalne marzenie o demokracji rozbiło się o kwestię granic i o niemożność opracowania pozapaństwowego modelu demokracji. Kryzys wartości zachodnich przyczynia się niewątpliwie do dewaloracji zachodniego modelu demokracji.

² S.d. D. Reynié, *Où va la démocratie*, Plon, 2017.

Mit jego uniwersalizmu roztrzaskał się, o czym świadczą skutki upadku dyktatorów w Iraku i Libii, a także zmiany ustroju w Rosji, Turcji i Chinach oraz porażka „arabskiej wiosny”.

Diagnozę zachodniego modelu demokracji liberalnej należy poprzedzić krótką analizą tego, czym w ogóle jest demokracja.

W rzeczywistości system zachodni jest połączeniem demokracji i liberalizmu.

Jest on demokratyczny w tym sensie, że oddaje prawomocną władzę w ręce narodu, który sprawuje ją, wybierając swoich przedstawicieli powołanych do wyrażania woli ogółu, przyjmując Konstytucję, czyli zasady rządzenia i życia we wspólnocie, a w niektórych przypadkach wyrażając swoją wolę w drodze referendum.

Liberalny jest z kolei w tym sensie, że dysponuje mechanizmami równowagi i wzajemnej kontroli, które mają władzę trzymać w ryzach. W tej samej logice utrzymuje się trójpodział władzy, w szczególności mechanizmy kontroli sądowej, a także tej sprawowanej przez nowe instytucje, tj. niezależne organy administracji publicznej.

Demokracja we współczesnym rozumieniu tego słowa (które często zastępowane jest pojęciem państwa prawa) łączy w sobie te dwa aspekty zachodniego systemu, maskując tym samym sprzeczności i konflikty pomiędzy demokracją a liberalizmem. Sprzeczności te odsłaniają zarówno związki, jak i rozbieżności pomiędzy, z jednej strony – suwerennością narodu wraz z powiązanymi z nią wolą i inte-

resem ogółu, z drugiej zaś – prawami jednostki, uprawnieniami sądów, prawami wspólnotowymi... Idea państwa prawa ma zagwarantować obywatelom, w imię zasad podstawowych, ochronę przed pokusami państwa do nadużycia władzy, nawet tej najbardziej prawnie uzasadnionej. Państwo prawa może się jednak zwrócić przeciwko swojej podstawowej misji, czyli zapewnieniu ochrony obywatelom. Państwo liberalne może zwrócić się przeciwko prawom jednostki, zamieniając prawa służące ochronie w prawa warunkowane ideologią.

Jednym z kierunków niniejszej analizy jest następujące stwierdzenie: mimo że prawo jest warunkiem demokracji i narzędziem jej urzeczywistnienia³, może się ono również okazać, wbrew ogólnie przyjętej formule, jarmem dla demokracji. W takiej sytuacji pilnie potrzebna wydaje się ponowna refleksja nad związkami pomiędzy prawem, narzędziem liberalizmu, a demokracją jako fundamentem polityki.

I. Demokracja przez prawo

Reguły prawne są oczywiście niezbędnym warunkiem istnienia ustroju demokratycznego. Warunki i sposób, w jaki społeczeństwo wyraża swoją wolę, a w niektórych przypadkach także sposób, w jaki sprawuje ono pewne formy kontroli nad wybranymi przez siebie rządzącymi, narzucają istnienie takich reguł.

Ponadto demokracja powstała i rozwijała się w ramach państwa. W każdym przypadku zakłada ona istnienie pewnej grupy ludzi w pewnych granicach terytorialnych. Grupa owa funkcjonuje jako społeczeństwo wyłącznie wtedy, gdy jednoczą ją wspólne wartości; w innym razie będą to koegzystujące jednostki lub społeczności, których nic ze sobą nie łączy. Wykonywanie władzy w takiej sytuacji polega na określeniu wspólnego interesu takiej narodowej społeczności. Konieczne zatem jest ustalenie sposobu określania wspólnego interesu lub interesu ogółu oraz sposobu wyłaniania przedstawicieli społeczeństwa, którzy w jego imieniu ustalają wspólne reguły.

W swojej pośredniej formie, jedynej możliwej w rozwiniętym społeczeństwie politycznym, demokracja zakłada przede wszystkim wolne wybory odbywające się w regularnych odstępach czasu, a także wolność słowa i istnienie opozycji, której wolno dążyć do zdobycia większości. Właściwie funkcjonująca demokracja wymaga jednak spełnienia również innych warunków: równości obywateli składających się na elektorat, wykształcenia wystarczającego do udziału w podejmowaniu decyzji politycznych, sprawowania przez niezależny sąd kontroli nad prawidłowością wyborów, a także odpowiedzialności rządzących wobec narodu. Przy czym odpowiedzialność ta przejawiałaby się przynajmniej w wyborach organizowanych w regularnych odstępach czasu.

Ponadto władza techniczna powinna być podporządkowana władzy politycznej, aby demokracja nie uległa degeneracji i nie przemieniła się w oligarchię. Demokracja wiąże się również z pojęciem

³ Por. pełna nazwa tzw. Komisji Weneckiej przy Radzie Europy: Europejska Komisja na rzecz Demokracji przez Prawo.

autorytetu. Jako system legitymizacji władzy wymaga ona, by praworządnie wybrana władza dysponowała środkami umożliwiającymi jej wprowadzanie w życie systematycznie podejmowanych decyzji. W przeciwnym razie wola narodu wyrażona w wyborze konkretnej polityki nie miałaby żadnego znaczenia.

II. Państwo prawa a demokracja

Wpływ prawa na społeczeństwo może prowadzić do pewnego osłabienia mechanizmów demokratycznych.

Liczne przejawy takiej ewolucji przenikają się wzajemnie. Odnotować można kilka z nich.

1. Powstawanie niedemokratycznych porządków prawnych

System państwowy jest naturalną kolebką demokracji, ale mutacje państwa narodowego wpływają na wspomnianą zasadę legitymizacji władzy.

Ramy państwowe kruszą się w związku z pojawianiem się organów ponadnarodowych generujących specyficzne porządki prawne, ale niebędące załączkami nowych państw. Oprócz tego są również państwa takie jak Hiszpania, Wielka Brytania czy Belgia, które są poddane nieustającej presji separatystycznej ze strony „księstw” dążących do uznania ich odrębnej tożsamości. Mapa geopolityczna ciągle się zmienia; z jednej strony – w związku z odbudowywaniem ustrojów „imperialnych” opartych na jednym państwie centralnym otoczonym państwami satelickimi lub pozostającymi pod wpływem państwa centralnego, z drugiej zaś strony – w związku z dekonstrukcją niektórych państw.

Przemiany te odzwierciedlają fakt, że prawo nie powstaje już w głównej mierze (a przynajmniej już nie wyłącznie) w strukturach reprezentacji narodu umożliwiających wyrażenie jego władzy. Diagnoza niniejsza nie podważa przy tym konieczności istnienia struktur europejskich, lecz jedynie sposób, w jaki one działają. W nieco karykaturalnym ujęciu: można uważać, że Unia Europejska generuje w niedemokratycznym procesie normy w przeważającej mierze gospodarcze i społeczne, które poszczególne państwa przejmują, zaś Rada Europy, za pośrednictwem własnej interpretacji praw podstawowych, kształtuje i narzuca wyjątkowy, przymusowy i podlegający zmianom system wartości. Warto zauważyć, że i w jednym, i w drugim porządku prawnym zasadniczym lub głównym organem kształtowania prawa jest organ sądowniczy. Natomiast legitymizacja władzy sądu – do czego jeszcze wrócimy – nie następuje w procesie demokratycznym.

Co więcej, jeśli chodzi o prawa podstawowe, ważną rolę odgrywają też inne pozapaństwowe organizacje: mowa tu o organizacjach pozarządowych (NGO). Bez względu na pozytywne skutki płynące z działań prowadzonych przez niektóre z nich, jasne jest, że pod przykrywką interesu publicznego chronią one zobowiązania o charakterze politycznym. Problem ten nie jest związany z samym charakterem tego zobowiązania, lecz z posiadanymi informacjami na temat osób i interesów stanowiących genezę prowadzonych działań.

Ponadto istnieją siły gospodarcze i finansowe działające poza ramami państwowymi, nieodpowiednimi dla rozwoju ich działalności, często potężniejsze niż

państwo. Mogą one pozostawać w rękach prywatnych firm, ale mogą również należeć do niezależnych organizacji, którym państwa lub instytucje ponadnarodowe przekazały zadania uważane za publiczne. Tak więc swoboda definiowania przez państwo swojej polityki gospodarczej, a zatem także wszelkich innych polityk, ulega osłabieniu ze względu na ograniczenia narzucane przez instytucje takie jak Bank Światowy czy Międzynarodowy Fundusz Walutowy, a nawet struktury prywatne jak np. agencje ratingowe. Kryzys w Grecji był tego wymowną ilustracją. Nieco bardziej pośrednio, ale równie skutecznie, wielkie firmy transnarodowe są w stanie podporządkować swoim własnym interesom pewne decyzje podejmowane na szczeblu państwowym. Zresztą niektóre korporacje, jak te określane wspólnym mianem GAFA⁴, mogą narzucać nie tylko własne wymagania gospodarcze, ale także normy zachowań i własne systemy wartości, korzystając z wpływu na systemy komunikacji i wymiany informacji. Połączenie tych wszystkich zjawisk prowadzi do coraz większego uszczuplenia władzy politycznej.

2. Prawo praw człowieka: powrót do „prawa naturalnego” dominującego nad demokratycznym wyrazem woli ogółu

Przyjmuje się, że prawa człowieka i demokracja stanowią nierozdzielną całość. Faktem jest, że demokracja stworzyła solidny grunt dla rozwoju praw człowieka, i faktem jest, że prawa te są tłumione w innych ustrojach.

Niemniej pojęcia te nie są nierozłączne.

Można wręcz sądzić, że rozwój zasadniczo indywidualistycznej koncepcji praw podstawowych wpływa na rozdarcie tkanki społecznej, na niszczenie pojęcia interesu publicznego oraz na budowę systemu wartości wspólnotowych i konkurencyjnych, które osłabiają demokrację.

Ponadto prawo praw człowieka wpisuje się w projekt przymusowej ideologii, który ogranicza zakres demokratycznej dyskusji i sprawowanie władzy politycznej. Z tego punktu widzenia można mówić o swego rodzaju intelektualnym totalitaryzmie nieprzystającym zarówno do demokracji, jak i do liberalizmu, z którego się wywodzi.

Naród definiuje się poprzez jego tożsamość, człowieka definiuje się poprzez jego uniwersalność. Hannah Arendt podnosi, że choć prawa człowieka obowiązują niezależnie od wszelkiej przynależności wspólnotowej, to z chwilą pozbawienia nas przynależności do pewnej zbiorowości czy wręcz narodu zostajemy również pozbawieni praw. Najważniejsze z praw człowieka to jej zdaniem prawo przynależności do wspólnoty politycznej.

Ta zasadnicza komplementarność pomiędzy prawami człowieka a demokracją zakłada istnienie równowagi między nimi, ale to nie znaczy, że można prawa człowieka zastąpić demokracją czy demokrację prawami człowieka.

- **Odchylenia od koncepcji praw podstawowych**

Brak powiązania między prawami podstawowymi a wymogami wynikającymi

⁴ Google, Apple, Facebook, Amazon.

z istnienia i działania wspólnoty narodowej wynika z faktu, że w obrębie praw podstawowych to jednostka jest punktem wyjścia do tworzenia prawa. Ta hiperindywidualizacja prawa prowadzi więc do budowania nowych solidarności wspólnotowych. Powyższe dwa ruchy powodują, że społeczeństwo funkcjonuje (lub staje się dysfunkcjonalne) w oparciu o obce demokracji mechanizmy legitymizacji, bo niemożliwa do określenia jest wola ogółu.

Związki społeczne i polityczne nie są już ani osadzone, ani kształtowane w wymiarze jednocześnie kolektywnym, historycznym i instytucjonalnym, ale zostają sprowadzone do relacji pomiędzy jednostkami⁵. Instytucje są postrzegane jako dostawcy indywidualnych świadczeń i uprawnień.

Ten zaostroszony indywidualizm prowadzi do dezorganizacji społeczeństwa, w dodatku na niekorzyść najsłabszych – tych, którzy mają mniejsze możliwości wyrażania siebie i zawalczenia o własne potrzeby. Cytując aforyzm Paula Valéry'ego: *Kiedy państwo jest silne – miażdży nas; kiedy jest słabe – ginimy*. Myśl liberalna widziała władzę polityczną jako obrońcę praw, ale dziś postrzega się ją raczej jako zagrożenie.

Jeszcze jedno odstępstwo od pierwotnego założenia wiąże się z tym, że jednostka nie zgadza się już na żadną predestynację i chce całkowicie dysponować swoim bytem. W rezultacie tego odstępstwa prawo staje się narzędziem w wyłącznej służbie woli i pragnień

indywidualnych. Nic nie umknie samostanowieniu jednostki: ani narodziny, ani jej tożsamość, ani jej płeć, ani jej rozrodczość, ani śmierć...

Atomizacja narodowej wspólnoty prowadzi do rozwoju komunitaryzmu, czyli nurtu oczekującego uznania szczegółowych powiązań wspólnotowych opartych o takie kryteria jak płeć, wyznanie czy przynależność etniczna. Z tego punktu widzenia paradoksem jest podkreślanie znaczenia wszelkich tożsamości czy to płciowych, czy kulturowych, czy religijnych, czy językowych, przy jednoczesnym podważaniu idei tożsamości narodowej. Żonglowanie pomiędzy prawami jednostki, prawami wspólnot i wspólnymi wartościami wymyka się obecnie spod kontroli. Ta subiektywna koncepcja praw podstawowych toczy systemy demokratyczne jak nowotwór.

Fragmentacja zapoczątkowana przez wspomniany komunitaryzm prowadzi do pęknięcia tożsamości kulturowej. Wielokulturowość stawia naprzeciw siebie w jednym społeczeństwie grupy ludności, które nie tylko nie mają tych samych problemów, lęków czy potrzeb, ale też nie mają nawet tych samych kulturowych odniesień. Algorytmy wdrażane przez Google'a czy Facebooka sprzyjają powstawaniu sztucznie budowanych wspólnot opartych na koncepcie „wśród swoich”. A między tymi wspólnotami dochodzi do podziałów, które ograniczają możliwość dialogu i wszelkiej wymiany.

- **Prawo a zagrożenie ideologicznym „totalitaryzmem”**

Obecnie cenzura wydaje się sprzeczna z europejskim modelem polityki.

⁵ J. Le Goff, *Malaise dans la démocratie*, Stock, 2016, s. 38.

W rzeczywistości jednak toczy ona nasze społeczeństwa podstępnie. Prawa oparte na prawdzie historycznej, penalizacja wyrażania pewnych opinii, presja społeczna wywierana przez tzw. „polityczną poprawność” nakładają wolności słowa kaganiec, zamykając, poprzez nawarstwienie tych wszystkich czynników, dyskusję w wąskich granicach, choć stosowanie takich czy innych środków przeciwdziałających mogłoby znaleźć indywidualne uzasadnienie.

Państwo przyjmuje na siebie rolę wychowawcy i terapeuty. Jacques Ellul mówi o *nowym autorytarnym porządku całkowicie oderwanym od demokratycznej debaty uwznioślonej pięknymi słowami, lecz w praktyce ograniczonej do szkolnego nauczania pewnego sposobu bycia*⁶. Władza polityczna określa, co mają myśleć i sądzić obywatele⁷.

Kontrola słów, język „politycznie poprawny” stają się jednym z najpotężniejszych narzędzi kontroli społecznej. Jak podkreślił Orwell w *Roku 1984*, prawdziwym *celem nowomowy jest [...] zawężenie zakresu myślenia. [...] W końcu doprowadzimy do tego, że myślozbrodnia stanie się fizycznie niemożliwa, gdyż zabraknie słów, żeby ją popełnić*.

Przestępstw związanych z posiadaniem odmiennej opinii jest coraz więcej. Prawo prasowe we Francji obrasta w zakazy, których przekroczenie pociąga za sobą odpowiedzialność karną.

W ten sposób karane są np. zachowania polegające na komentowaniu *pochożenia, płci, sytuacji rodzinnej, ciąży, wyglądu, szczególnej słabości wynikającej z sytuacji ekonomicznej widocznej lub znanej komentującemu, nazwiska, miejsca zamieszkania, stanu zdrowia, utraty samodzielności, niepełnosprawności, cech genetycznych, zwyczajów, orientacji seksualnej, tożsamości płciowej, wieku, poglądów politycznych, działalności związkowej, umiejętności wypowiedzania się w języku innym niż francuski, prawdziwej lub domniemanej przynależności lub braku przynależności do grupy etnicznej, narodowej, rzekomej rasy lub określonego wyznania osób trzecich*. Ponadto stacje radiowe i telewizyjne coraz częściej biorą udział w *walce z seksistowskimi uprzedzeniami i stereotypami związanymi z różnorodnością społeczeństwa francuskiego poprzez nadawanie programów związanych z tą tematyką*.

Nawet na uniwersytetach we Francji czy np. w USA następuje rozwój form zastraszania piętnujących wszelkie przejawy wyrażania opinii odmiennych od „jedynie słusznych”, który skutkuje poczuciem lęku i uległości⁸; równie dobrze może to zaowocować wybuchem oburzenia idącego w odwrotnym kierunku.

Toczy się proces ideologicznych ograniczeń.

Działanie to ma na celu regenerację narodu, który po odebraniu prawidłowej edukacji będzie mógł pełnoprawnie uczestniczyć w procesie podejmowania

⁶ Cytowany przez G. Hermet, *L'hiver de la démocratie*, Armand Colin, 2007, s. 194.

⁷ Zob. T. Todorov, *la peur des barbares*, Livre de poche, 2008, s. 140.

⁸ Zob. proroczy tytuł powieści Michela Houllébecq: *Soumission*, Flammarion, 2015.

decyzji politycznych, a jednocześnie zdyskwalifikowanie i zdelegitymizowanie tych grup ludności, które padły ofiarą swoich uprzedzeń i populistycznych tendencji. Parafrazując Brechta z czasów dawnej NRD: *Naród źle wybiera. Trzeba rozwiązać naród i wybrać sobie nowy.*

Logika takiego działania jest z gruntu totalitarna. Totalitaryzmu nie można jednak mylić z dyktaturą. Mowa tu o władzy, która wtrąca się we wszystkie sfery ludzkiej egzystencji⁹. Określając, co obywatele mają myśleć i sądzić, czy jak mogą wyrażać swoje opinie, tworząc narrację historyczną, państwo zmierza w tym właśnie kierunku. Idea wykucia nowego człowieka nawiązuje nieuchronnie do myśli totalitarnej.

Jak pisze Guy Carcassonne: *Temat państwa prawa przekroczył już swoje początkowe granice. Nie chodzi już tylko o to, by państwo samo dbało o przestrzeganie zasad. Chodzi o stopniowe wyłanianie tego, co tutaj nazwaliśmy społeczeństwem prawa, w którym prawie wszystkie działania ludzkie mogłyby, a wręcz powinny, podlegać prawu i być wtłoczone w jego ramy. Wynika z tego całkowicie nowa na tym poziomie ingerencja w zachowania jednostki, które do tej pory podlegały prawu jedynie w zakresie, w jakim stanowiły bezpośrednie zagrożenie dla innych*¹⁰.

Prawa człowieka, które w założeniu miały chronić jednostkę przed nadużyciami państwa, w koncepcji liberalnej mogą

zatem stać się narzędziem totalitaryzmu ideologicznego, który niszczy zarazem demokrację i liberalizm.

3. Sądy versus demokracja

Za tę koncepcję dominacji ideologicznej w imię jednej konkretnej koncepcji praw podstawowych odpowiadają krajowe i międzynarodowe sądy. Stanowi ona zasadnicze narzędzie ich władzy i jest również racją bytu licznych organizacji i uzasadnieniem ich istnienia. Pod przykrywką ochrony praw podstawowych powstaje coraz więcej organizacji kontrolujących ludzkie myśli i zachowania.

W taki właśnie sposób tworzy się przeciwwaga dla politycznej władzy demokratycznej podlegająca zupełnie innej logice i legitymizacji.

Wzrost jej siły jest przede wszystkim związany, jak to zostało przeanalizowane, z rozwojem prawa opartego na podstawowych prawach i swobodach. Sąd jako stróż tych praw ma uprawnienia konkurencyjne dla politycznej demokracji¹¹. Drugi czynnik wiąże się z penalizacją życia politycznego i społecznego. Choć odpowiedzialność polityczna powstała jako substytut odpowiedzialności karnej, ta ostatnia rozwija się w sytuacji, kiedy odpowiedzialność polityczna przestaje być skuteczna.

Sąd spełnia również funkcję wybitnie polityczną, regulując związki panujące pomiędzy poszczególnymi porządkami prawnymi. Takie regulowanie polega przede wszystkim na eliminowaniu

⁹ Y.-C. Zarka, *Métamorphoses du monstre politique et autres essais sur la démocratie*, PUF, 2016, s. 220.

¹⁰ Zob. *Société de droit contre État de droit*, Mélanges Braibant, op.cit., s. 37.

¹¹ W tej kwestii zob. mój artykuł *Justice et politique: La déchirure?*, Lextenso, 2015

konfliktów i blokad nieuniknionych w owym pluralizmie władzy¹².

Wzrost roli sądów przejawia się również we wzmocnieniu ich kompetencji prawodawczych – mogliśmy to zaobserwować przed Europejskim Trybunałem Praw Człowieka, ale kompetencje te znajdują się również w rękach sądów krajowych.

Jest to swego rodzaju odmiana zasady trójpodziału władzy prowadząca do uznania, że sądownictwo nie jest władzą państwową, lecz jej przeciwwagą. Przy tym ostatnim założeniu sytuacja taka nie prowadzi do optymalnej organizacji władzy w państwie, lecz do ograniczenia władzy rządu *sensu stricto* oraz w ostatecznym rozrachunku – do osłabienia państwa, a w konsekwencji także demokracji.

4. Moralność, transparentność i „dobre zarządzanie” – substytuty demokratycznej legitymacji

Choć przepływ informacji stanowi jeden z warunków sprawowania demokracji, jego zakres ma obecnie tendencję do wykraczania poza to założenie. Przeszliśmy od informowania obywateli o aktach administracyjnych do nadzorowania przywódców politycznych. I tak, by stawić czoło utracie przez obywateli zaufania do przywódców politycznych, ustawodawca podejmuje działania zmierzające do czuwania nad ich uczciwością, bo nie jest uprawniony do wpływania na ich uprawnienia lub skuteczność. Historia pokazuje jednak, że przywódcy polityczni o nieskalanej

moralności niekoniecznie byli tymi, którym państwo zawdzięcza najwięcej. I nie chodzi tu wcale o negowanie, że uczciwość ma być politycznym wymogiem, ale o podkreślenie, że dominuje ona nad wszystkimi innymi.

Niemniej jednak transparentność taka budzi pewne zastrzeżenia. Z jednej strony sprawowanie władzy jest nierozłącznie związane z pewną tajemnicą, zwłaszcza w kwestiach wojskowych i dyplomatycznych. Z drugiej zaś przekonanie, że każdy powinien wszystko wiedzieć o wszystkich i że wszyscy powinni wszystko wiedzieć o każdym, może prowadzić do pewnej formy totalitaryzmu, to jest całkowitej kontroli społeczeństwa nad jednostką. Demokracji nie buduje się już na zaufaniu, lecz na podejrzliwości¹³.

Co więcej, kiedy władza częściowo wymyka się z rąk przywódców politycznych, rozmywając się w rozmaitych korporacjach reprezentowanych przez stowarzyszenia, przez samowolnych rzeczników społeczeństwa, którzy gremialnie wymykają się wymogowi transparentności.

III. Odbudowa demokracji za pośrednictwem prawa czy dominacja prawa nad demokracją?

Demokracja liberalna stanowiła, pomimo swoich wad, ustrój polityczny gwarantujący rzadko osiąganą na tym poziomie równowagę pomiędzy ochroną swobód jednostek, budowaniem pewnego społecznego modelu, czynnikiem społeczno-gospodarczego rozwoju i ochroną systemu

¹² W tej kwestii zob. B. Bonnet, *Repenser les rapports entre les ordres juridiques*, LGDJ, 2013 i *supra*.

¹³ Zgodnie z formułą Didiera Truchet, powtórzoną przez D. Lecourt w: *Figarovox*, 10 lutego 2017 r.

wartości oraz czynnikiem integracji. Warto jej bronić. Wyzwaniem byłoby wówczas zachowanie jej konstytutywnych cech przy jednoczesnej adaptacji do współczesnych wymogów. Podjęcie tego wyzwania pozwoliłoby zachować własną tożsamość bez negowania istnienia świata otwartego na inne wartości, ale także odnaleźć przysługującą ludziom wolność słowa i odbudować związek pomiędzy wolą narodu a decyzjami politycznymi. Owa odbudowa powinna przebiegać w sferze moralności, ideologii i przede wszystkim polityki. Jednocześnie mogą również zostać uruchomione pewne „narzędzia” prawne.

Otwarte zostały dwie drogi: demokracja partycypacyjna i demokracja nieoliberalna.

1. Miraże demokracji partycypacyjnej

Ta postać „demokracji”, odwołująca się bardziej do trybów sprawowania władzy niż do jej legitymizacji, polega na przyznaniu obywatelom nowych uprawnień. Nie wszystkim, lecz tym z obywateli, którzy angażują się w działania społeczne. Obywatele ci powinni zostać wyedukowani i poinformowani. Jako przeciwwaga dla władzy ekspertów, ta postać demokracji nadaje ekspertowi [tj. zaangażowanemu obywatelowi, który nabył umiejętności eksperckie – przyp. tłum.] nową rolę – rolę obywatela posiadającego wiedzę ekspercką i rolę edukatora. Tutaj legitymacja nie opiera się na większościowym wyborze ludu, lecz na bezstronności, wzajemności, bliskości, doświadczeniu, skuteczności...

Ogólnie rzecz ujmując, demokracja partycypacyjna odzwierciedla ewolucję

uniwersalistycznej koncepcji normy uzasadnionej poglądami większości i realizacją interesu ogółu w koncepcję bardziej partykularną, uwzględniającą różnorodność adresatów normy, ich oczekiwania i ich otwartość. Zakłada ona przyjęcie normy, nadaje centralne znaczenie procesowi jej opracowania i podkreśla wagę konsensu – ważniejszego niż zbudowanie większości.

Stosowanie demokracji partycypacyjnej rozwija komunitaryzmy. Promuje grupy nacisku i zwiększa dystans pomiędzy decydentami a tymi, którzy zostali pozbawieni możliwości wypowiedzi. Kto jest kim? Kto co reprezentuje? Oto pytania, często pozostające bez odpowiedzi, powstające w związku z programem partycypacyjnym niewykluczającym wysublimowanych praktyk manipulowania opinią¹⁴. Jak podkreśla Dominique Schnapper¹⁵, istnieje ryzyko narzucania przez mniejszości ich szczególnego punktu widzenia w imię oddolnej demokracji. Owo pragnienie rezygnacji z głosowania jako procesu decyzyjnego stanowi swoistą negację polityki zmierzającą do ograniczenia rywalizacji o władzę.

2. Ryzyka związane z demokracją nieoliberalną

Ten sposób sprawowania rządów nie odsyła do opracowanej *a priori* teoretycznej analizy, lecz wynika z różnorodnych praktyk. Na całym świecie istnieją państwa, które zrywają z liberalizmem w polityce, choć wcześniej wpisywały się

¹⁴ Zob. P. Rosanvallon, *La légitimité démocratique*, Le Seuil, 2008.

¹⁵ Zob. *L'Esprit démocratique des lois*, Gallimard, 2014.

w perspektywę demokracji liberalnej; doskonałym przykładem takiej przemiany jest Turcja.

W Europie, *ceteris paribus*, logikę taką zastosował rząd Orbana na Węgrzech. Warto byłoby potraktować tę analizę i ten system poważnie, i uznać –przymykając oko na ideologiczną herezję, bez wartościowania – że mowa tu o dość szczególnej koncepcji demokracji. I tak, posiadając znaczącą większość ponad dwóch trzecich i wbrew wymogom unijnym, rząd ten ograniczył władzę sądów, prasy, stowarzyszeń, firm zagranicznych w oparciu o istniejące prawo lub uciekając się do zmian konstytucji czy wręcz referendum... Model ten wpisuje się zatem w logikę *stricte* demokratyczną, jednocześnie ograniczając liberalny aspekt systemu politycznego. W tym samym kierunku, choć z pewnymi różnicami, wyruszyły niektóre rządy w Polsce.

Z drugiej zaś strony warto wspomnieć, że z demokracją nie ma nic wspólnego ustrój panujący w Chinach oparty na trójkątnym systemie władzy: państwo, partia (jedyna), wojsko.

W porównaniu z tymi dwoma przykładami sytuacja państwa takiego jak Rosja, gdzie Władimir Putin, obecny prezydent, wydaje się mieć poparcie narodu, sprawując jednocześnie władzę autokratyczną, jest mniej jednoznaczna, zwłaszcza w związku z faktem, że choć wybory są, co do zasady, procesem konkurencyjnym, to w rzeczywistości mało w nich konkurencji. Wybory pozostają przestrzenią budowania wspólnoty pomiędzy narodem i przywódcami, a nie przestrzenią debaty i wyboru spośród rozmaitych opcji politycznych i społecznych. W takiej sytuacji przeciwwaga dla

władzy nie jest zinstytucjonalizowana, lecz może wynikać z istnienia sfery gospodarczej (potencjalnie sprzyjając korupcji) i z istnienia cieszącego się pewną autonomią społeczeństwa. W takim przypadku należałoby odróżnić władzę autokratyczną od arbitralnej tyranii. W swojej najmniej liberalnej koncepcji demokracja może być ustrojem, w którym pełna władza pozostaje w rękach jednego, zazwyczaj charyzmatycznego przywódcy, swego rodzaju demokracją plebiscytową.

Demokracja nieliberalna może stanowić odpowiedź na gospodarczą lub ideologiczną niemoc demokracji liberalnej, jak na Węgrzech lub w Polsce, lub odzwierciedlać uporządkowanie autokracji, jak w Rosji. Wykazuje pewne podobieństwa z projektem oświeconego absolutyzmu, przejawiającego się m.in. w sympatii encyklopedystów dla carycy Katarzyny II. Jednak zerwanie z liberalizmem może również otworzyć drogę do upadku samej demokracji. Niedawna historia Europy pokazuje straszne tego przykłady.

A jednak... prawo może posłużyć do przemyslenia i przebudowania demokracji: przywrócić znaczenie i znaleźć należyte miejsce dla władzy politycznej

Model demokracji liberalnej nie jest uniwersalny. Niezaprzeczalnie należy jednak do spuścizny Europy Zachodniej. Zamiast więc zwracać wzrok w stronę innych systemów, należałoby raczej pomyśleć o takiej jego reformie, która utrzyma go przy życiu, poprawiając jednocześnie jego działanie, jeśli w ogóle jeszcze jest na to czas. Z tego punktu widzenia potępienie populizmu jest kontrproduktywne, gdyż dodatkowo

odzwierciedla pewną pogardę dla ludzi, którzy w taki właśnie sposób dają wyraz swoim lękom i aspiracjom.

Podstawowym warunkiem jest ustalenie miejsca sprawowania władzy politycznej. Przyjmując, że państwa stanowią naturalne ramy demokracji, należałoby uznać, że konieczne jest precyzyjne wyjaśnienie uprawnień państw. Nie chodzi tu w żadnym wypadku o podważanie transferu uprawnień do instytucji ponadnarodowych, np. instytucji unijnych, gdyż stanowią one dodatkowy szczebel polityczny niezbędny do temperowania potęg gospodarczych i finansowych oraz wymogów geostrategicznych. Chodzi raczej o jasne określenie, na czym mają polegać uprawnienia struktur przede wszystkim unijnych oraz jakie kompetencje i uprawnienia należy pozostawić państwu. W tym celu należałoby dokonać rozróżnienia pomiędzy elementami tożsamości europejskiej uzasadniającymi stowarzyszenie niektórych państw a elementami tożsamości narodowej. Należałoby również przywrócić i rozwijać instrumenty wpływu narodu na decyzje polityczne. W kwestiach lokalnych rozwój narzędzi demokracji pośredniej jest korzystnym kierunkiem. Na koniec należałoby także nadać większego znaczenia referendum jako formie sprawowania demokracji bezpośredniej stanowiącej uzupełnienie i niezbędną korektę demokracji pośredniej. Z tego punktu widzenia dobrze byłoby zapoczątkować dyskusję na temat tej procedury. Uciekanie się do referendum – jeśli dzieje się to w kontekście emocjonalnym – może być niebezpieczne, bo może prowadzić do głębokiego podziału i okrutnej nieodwracalności wyniku. Wykorzystywane jako narzędzie polityczne w zestawieniu z widocznym w całej Europie zaprzeczeniem

demokracji i suwerenności, referendum umożliwia rządzącym skanalizowanie utajonego gniewu obywateli w stronę reakcji nacjonalistycznych, choć jest to ślepa uliczka. Jednak dalsze ignorowanie tego niemego buntu i uniemożliwianie zabrania głosu obywatelom to igranie z ogniem wobec ewentualnego wybuchu, którego przebiegu i skutków nie da się przewidzieć. Referendum pozostaje jednym z najważniejszych narzędzi demokracji, jeśli odbywa się pod kontrolą w celu jasnego i szczerego wyrażenia woli narodu.

Tak samo jak suwerenność i państwowe regulacje stanowią przeszkodę dla swobodnego przepływu towarów i finansów, istnienie narodów kształtowanych w oparciu o wspólne wartości, historię czy projekty jest przeszkodą dla zuniformizowanego świata. Płynność kanałów gospodarczych skutkuje płynnością struktur społecznych.

Prawo jest zarazem ramą i zwierciadłem społeczeństwa. Dziś może posłużyć do zduszenia demokracji, choć wczoraj było narzędziem jej nastania. Gdyby chcieć podjąć próbę ratowania modelu demokracji liberalnej – o ile to jeszcze w ogóle możliwe – należałoby promować instrumenty prawne, które umożliwią z jednej strony jego rozwój, z drugiej zaś go ochronią. Celem takich instrumentów powinno być przekazanie w ręce narodu częściowej władzy nad jego losem. Próba wzmocnienia demokratycznych odruchów wymaga przede wszystkim odbudowania zaufania obywateli. W tym celu prawo musi w sobie łączyć założenia skuteczności i odpowiedzialności.

Tłumaczenie: Ewa Stanek, Magdalena Zinserling

BIBLIOGRAFIA:

- Breyer S., *Pour une démocratie active*, Odile Jacob, 2007.
- Finkelkraut A. *L'identité malheureuse*, Stock, 2013.
- Gastineau M.E., *Le nouveau procès de l'Est*, Editions du Cerf, 2019.
- Gauchet M., *L'avènement de la démocratie* (Vol. 4), Gallimard, 2007–2017.
- Habermas J., *La constitution de l'Europe*, Gallimard, 2012.
- Krastev I., Holmes S., *Le moment illibéral*, Fayard, 2019.
- Le Goff, J.P., *Malaise dans la démocratie*, Stock, 2016.
- Mathieu B., *Justice et politique: la déchirure*, Lextenso 2015.
- Mathieu B., *Le droit contre la démocratie?*, Lextenso 2017.
- Mounk Y., *Lud kontra demokracja*, Biblioteka Kultury Liberalnej, 2019.
- Rosanvallon P., *La légitimité démocratique*, Seuil, 2008.
- Rosanvallon P., *Dobre rządy*, Wydawnictwo Akademickie Dialog, 2018.
- Schnapper D., *L'esprit démocratique des lois*, Gallimard, 2014.
- Vedrine H. *Le monde au défi*, Fayard, 2016.



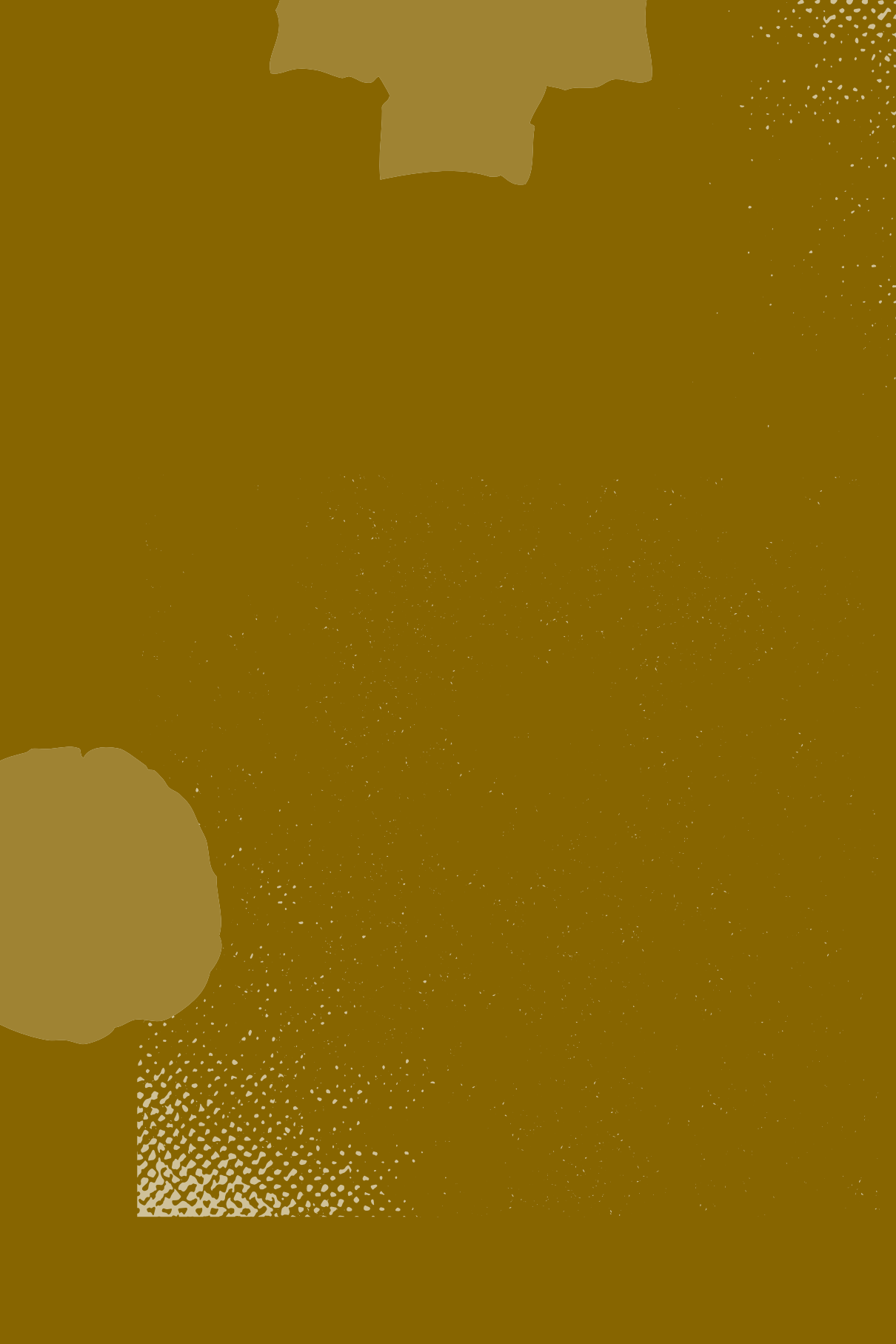
prof. Bertrand MATHIEU

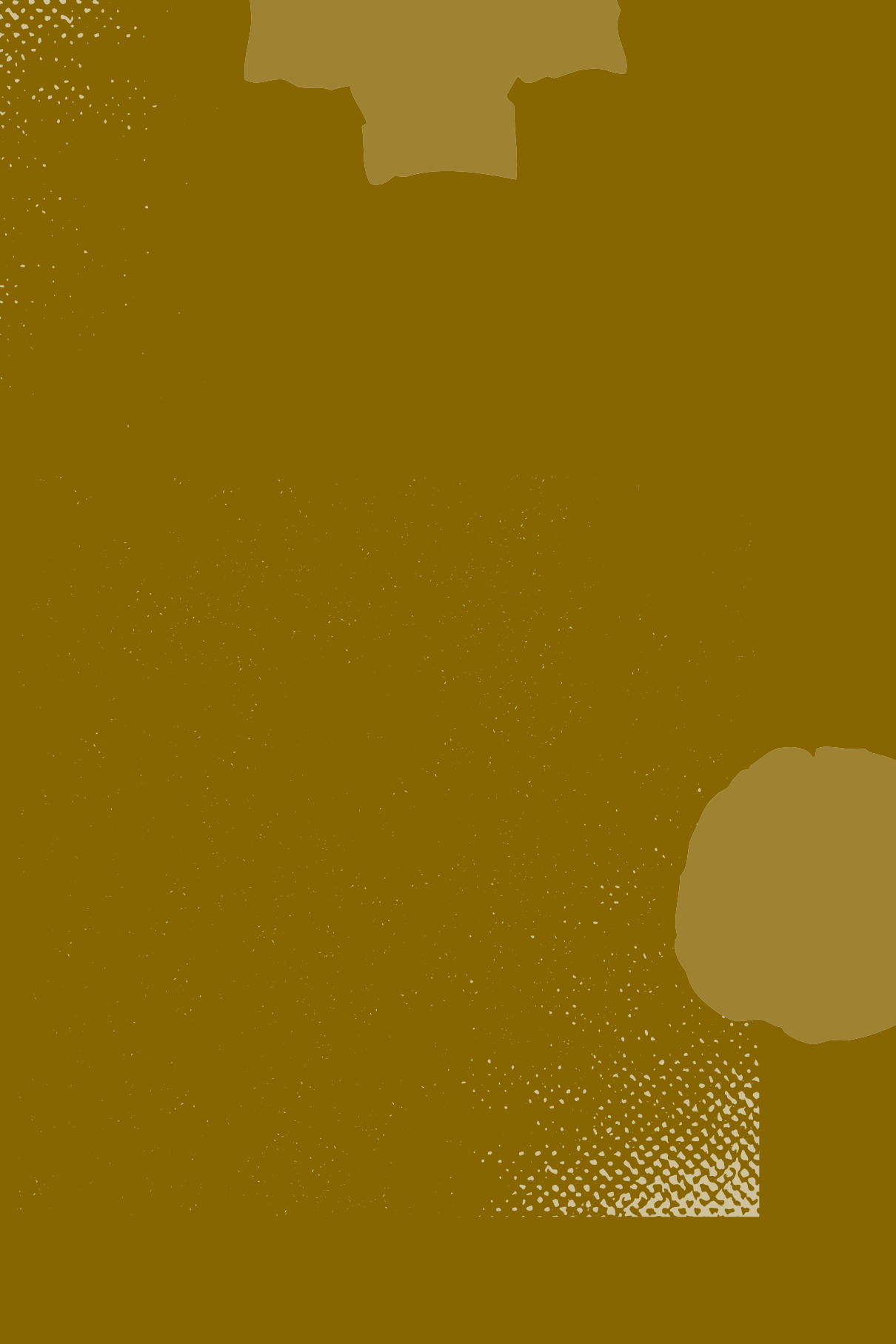
[professor at the Sorbonne Law School (University of Paris I—Panthéon Sorbonne), president emeritus of the French Association of Constitutional Law, vice president of the International Association of Constitutional Law, currently a member of the French extraordinary Council of State. Member of the Venice Commission (Council of Europe). Member of the board of directors of the European Public Law Organization]

The crisis of democracy: An attempt at an explanation

The topic of this analysis is the multifaceted crisis in liberal democracy. To overcome it, we cannot retreat to the shelter of our convictions, but must analyse its causes. Law lies at the foundation of democracy, and is one of its guarantors, but certain contemporary forms of law weaken the political authority that is an expression of democratic legitimacy. The system of liberal democracy has unappreciated advantages, and a way should be found to restore to societies control over their own fate. This aim can be achieved also, but not exclusively, through legal instruments. From this perspective, the interdependency between law and politics should be re-examined. The search for a new balance may be the only chance to salvage liberal democracy, a key element of the European legacy. But this requires us to look beyond the prevailing conception of the rule of law.

DEMOCRACY | LIBERALISM | RULE OF LAW | JUDICIARY | POLITICS







Joanna DUDA

[aplikantka radcowska, kancelaria Wardyński i Wspólnicy]

Wykonywanie przez Polskę Konwencji w sprawie likwidacji wszelkich form dyskryminacji kobiet w świetle Uwag końcowych Komitetu CEDAW

Artykuł analizuje stan realizacji przez Polskę Konwencji w sprawie likwidacji wszelkich form dyskryminacji kobiet. W szczególności przeanalizowano proces wdrażania zaleceń Komitetu do Spraw Likwidacji Dyskryminacji Kobiet ujętych w Uwagach końcowych w sprawie ostatniego sprawozdania okresowego Polski. Praktyczne ujęcie kompetencji Komitetu do rozpatrywania sprawozdań okresowych zostało poprzedzone wstępem teoretycznym. Rozważania zostały ograniczone do wybranych obszarów będących przedmiotem obaw i rekomendacji Komitetu przedstawionych w Uwagach końcowych. Opracowanie obejmuje istotne i bieżące aktywności organów państwa oraz inicjatywy obywatelskie podjęte w ostatnim okresie sprawozdawczym.

PRAWA KOBIET | Dyskryminacja | Komitet CEDAW | Sprawozdanie okresowe | Uwagi końcowe

*Prawa człowieka są prawami kobiet i prawa kobiet są prawami człowieka*¹. Cyto-

wane zdanie, powszechnie powtarzane przez działaczki i działaczy na rzecz równości płci, przez kobiety i mężczyzn sprzeciwiających się dyskryminacji,

¹ H.R. Clinton, Remarks for the United Nations Fourth World Conference on Women, Pekin, 5 września 1995 r., transkrypcja przemówienia dostępna na stronie internetowej: <https://www.un.org/esa/gopher-data/conf/fwcw/conf/>

[gov/950905175653.txt](https://www.un.org/esa/gopher-data/conf/fwcw/conf/gov/950905175653.txt) (dostęp: 24.09.2020).

powinno wybrzmiewać tak długo, jak długo niezrealizowany pozostaje cel urzeczywistnienia praw należnych kobietom. Po raz pierwszy i najpełniej myśl tę wygłosiła H. Clinton podczas przemówienia na Czwartej Międzynarodowej Konferencji w sprawie Kobiet zorganizowanej w Pekinie w 1995 r. Konkluzja ta pozostaje niezmiennie aktualna i wymaga powtórzenia zwłaszcza w kontekście analizy stanu realizacji Konwencji w sprawie likwidacji wszelkich form dyskryminacji kobiet przez państwo-stronę.

Pierwsze zobowiązania międzynarodowe

Powszechna Deklaracja Praw Człowieka, przyjęta w 1945 r. wskutek doświadczeń II wojny światowej, postrzegana jest w doktrynie jako prekursorka procesu kodyfikacji prawa międzynarodowego praw człowieka. Dalsze i konsekwentne działania Organizacji Narodów Zjednoczonych w tej dziedzinie doprowadziły do utworzenia Międzynarodowej Karty Praw Człowieka, na którą składają się – oprócz Deklaracji – także: Międzynarodowy Pakt Praw Obywatelskich i Politycznych, Międzynarodowy Pakt Praw Gospodarczych, Społecznych i Kulturalnych oraz dwa Protokoły Dodatkowe do Międzynarodowego Paktu Praw Obywatelskich i Politycznych.

Choć jednak sformułowano szereg standardów w dziedzinie ochrony praw człowieka, urzeczywistnienie praw należnych kobietom wymagało dalszych wzmoczonych wysiłków, a przede wszystkim ukształtowania odrębnego i wyczerpującego dokumentu w tym zakresie. W tym celu Organizacja Narodów Zjednoczonych utworzyła

w 1946 r. odrębną Komisję do Spraw Statusu Kobiet. Wysiłki i starania tej Komisji doprowadziły ostatecznie do przygotowania umowy międzynarodowej – pierwszej wyspecjalizowanej i kompleksowo odnoszącej się do problematyki walki z dyskryminacją ze względu na płeć.

Konwencja w sprawie likwidacji wszelkich form dyskryminacji kobiet

Konwencja w sprawie likwidacji wszelkich form dyskryminacji kobiet (ang. *The Convention on the Elimination of All Forms of Discrimination against Women*) stanowi wynik ponad trzydziestu lat pracy Komisji do Spraw Statusu Kobiet². Konwencja została przyjęta przez Zgromadzenie Ogólne 18 grudnia 1979 r. i weszła w życie 3 września 1981 r. po uzyskaniu wymaganej liczby ratyfikacji³. Konwencja nadała moc prawną zasadom proklamowanym wcześniej w Deklaracji w sprawie Likwidacji Dyskryminacji Kobiet i jednocześnie stanowi podstawowy instrument prawny międzynarodowej ochrony praw kobiet.

Konwencja, wraz z innymi umowami międzynarodowymi określającymi prawa człowieka i przyjętymi pod auspicjami Organizacji Narodów Zjednoczonych, współtworzy system traktatowy, który jest jednym z dwóch filarów międzynarodowego systemu ochrony praw człowieka o charakterze uniwersalnym.

² W dalszej części artykułu Konwencja w sprawie likwidacji wszelkich form dyskryminacji kobiet będzie zwana „Konwencją”.

³ Liczba stron Konwencji na dzień 3 października 2020 r. wynosi 189; ratyfikowana przez Polskę dnia 30 lipca 1980 r.; tekst: Dz. U. z 1982 r. Nr 10, poz. 71.

System traktatowy stanowią jednak tylko te traktaty, których przestrzeganie monitorowane jest przez poszczególne, powołane w tym celu organy kontrolne.

Tematyka systemu traktatowego utworzonego pod egidą Organizacji Narodów Zjednoczonych została przedstawiona szerzej przez R. Wieruszewskiego, który wyszczególnił podstawowe cele działania organów traktatowych, a wśród nich między innymi: tworzenie efektywnej płaszczyzny dla dochodzenia praw przez ofiary naruszeń praw człowieka, ustalanie istniejących problemów w drodze komentarzy ogólnych i rekomendacji, interpretację międzynarodowych traktatów ustanawiających normy w sferze praw człowieka poprzez system sprawozdań i skarg oraz sporządzanie uwag końcowych⁴.

Komitet do Spraw Likwidacji Dyskryminacji Kobiet i jego kompetencje

Wykonywanie Konwencji monitoruje Komitet do Spraw Likwidacji Dyskryminacji Kobiet⁵. Utworzenie Komitetu zostało przewidziane w treści art. 17 ust. 1 Konwencji, zgodnie z którym celem Komitetu jest badanie postępu w stosowaniu przepisów Konwencji i kontrola wywiązywania się przez państwa-strony ze zobowiązań zaciągniętych w drodze umowy międzynarodowej.

Komitet funkcjonuje w oparciu o Regulamin Komitetu (ang. *Rules of Procedure*

of the Committee on the Elimination of Discrimination Against Women) utworzony na podstawie art. 19 Konwencji i opracowany przez sam organ. Jak wskazuje K. Sękowska-Kozłowska, wyrażona w Konwencji zgoda na samodzielne opracowanie przez Komitet swojego regulaminu świadczy o szerokim zakresie swobody, jaki pozostawiono organowi, wskutek czego Komitet decyduje w szczególności o sposobie wykonywania powierzonych mu kompetencji⁶.

Kompetencje Komitetu obejmują: rozpatrywanie sprawozdań przedkładanych przez państwa-strony, formułowanie zaleceń ogólnych, rozpatrywanie skarg indywidualnych oraz prowadzenie postępowania wyjaśniającego. Na potrzeby niniejszego opracowania, w celu wprowadzenia do jego dalszej – bardziej praktycznej – części, pokrótce scharakteryzowane zostanie wyłącznie upoważnienie Komitetu do rozpatrywania sprawozdań państw-stron.

System sprawozdań stanowi najbardziej uniwersalną i powszechną metodę monitorowania, czy państwa przestrzegają zobowiązań traktatowych. Mechanizm sprawozdań został ustanowiony w art. 18 Konwencji, który – jak podkreśla K. Sękowska-Kozłowska – pełni podwójną funkcję, bowiem jednocześnie określa zobowiązanie państw-stron do przedkładania sprawozdań, a także uprawnienie Komitetu do rozpatrywania tychże sprawozdań⁷.

⁴ R. Wieruszewski, *ONZ-owski system ochrony praw człowieka* [w:] A. Czuj (red.), *System ochrony praw człowieka*, Kraków 2005, s. 82.

⁵ W dalszej części artykułu Komitet do Spraw Likwidacji Dyskryminacji Kobiet będzie zwany „Komitetem”.

⁶ K. Sękowska-Kozłowska, *Komitet ONZ ds. Likwidacji Dyskryminacji Kobiet – ustrój, kompetencje, funkcjonowanie*, Toruń 2011, s. 116.

⁷ *Ibidem*, s. 119.

Wobec powyższego charakteryzowany instrument służy nie tylko kontroli (monitorowaniu), ale stanowi też mechanizm wspierający w identyfikacji problemów, z jakimi mierzą się państwa-strony, oraz jest pomocny w interpretacji postanowień Konwencji. Przy czym realizacja tych założeń jest utrudniona przede wszystkim z uwagi na wskazywany w literaturze problem przekraczania przez państwa-strony terminów przedkładania sprawozdań.

Wymogi co do formy i treści sprawozdań nie zostały szczegółowo opisane w Konwencji, wobec czego państwa-strony przy ich przygotowaniu opierają się przede wszystkim na przygotowanych przez Komitet wytycznych, obecnie ujętych w większym dokumencie, którym jest Raport Sekretarza Generalnego Organizacji Narodów Zjednoczonych⁸.

Państwa-strony, zgodnie z art. 18 ust. 1 Konwencji, zobowiązane są do przedłożenia pierwszego sprawozdania w ciągu roku od dnia wejścia w życie Konwencji w stosunku do danego państwa. Natomiast drugie i każde kolejne sprawozdanie winno być przedstawione po upływie każdego okresu czteroletniego lub częściej, jeżeli zwróci się o to Komitet.

W pozostałym zakresie mechanizm sprawozdań państw-stron został określony w art. 48 – 55 Regulaminu Komitetu. Wskazane przepisy regulują sposób składania sprawozdań oraz działanie Komitetu w przypadku niezłożenia

⁸ Compilation of guidelines on the form and content of reports to be submitted by State Parties to the international human rights treaties z 3 czerwca 2009 r., HRI/GEN/2/Rev.6.

bądź opóźnienia w złożeniu sprawozdania. Komitet może również zwracać się do państwa-strony o uzupełnienie raportu. Regulamin ustanawia także procedurę rozpatrywania sprawozdań oraz nadaje Komitetowi uprawnienie do formułowania sugestii i zaleceń ogólnych. W tym kontekście Komitet posiada również ważną kompetencję do sporządzenia uwag końcowych, w których wskazuje zagadnienia istotne dla państwa-strony z perspektywy kolejnych sprawozdań.

Dotychczas Komitet rozpatrywał osiem sprawozdań przedłożonych przez Polskę, a były to kolejno: sprawozdanie wstępne⁹, połączone drugie i trzecie sprawozdanie okresowe¹⁰, połączone czwarte i piąte sprawozdanie okresowe, szóste sprawozdanie okresowe¹¹, a także połączone siódme i ósme sprawozdanie okresowe¹².

Działalność Komitetu na przykładzie rozpatrywania połączonego siódmego i ósmego sprawozdania okresowego Polski

Ostatnie uwagi końcowe, jakie dotąd Komitet zaadresował do Polski, zostały ujęte w dokumencie z 7 listopada 2014 r. i dotyczą połączonego siódmego i ósmego sprawozdania okresowego Polski¹³.

⁹ Report of the Committee on the Elimination of Discrimination Against Women, 6th session, UN Document A/42/38, par. 305–369.

¹⁰ Report of the Committee on the Elimination of Discrimination Against Women – 10th session, UN Document A/46/38 par. 166–198.

¹¹ Concluding observations of the Committee on the Elimination of Discrimination against Women: Poland, CEDAW Document CEDAW/C/POL/CO/6.

¹² Concluding observations on the combined seventh and eighth periodic reports of Poland, CEDAW Document CEDAW/C/POL/CO/7-8; w dalszej części pracy będą zwane „Uwagami końcowymi”.

¹³ Consideration of reports submitted by States

Należy podkreślić, że Komitet docenił starania państwa, poczynione postępy i dokonane reformy w celu wdrażania przepisów Konwencji, które zostały w pełni dostrzeżone i stosownie odnotowane w treści uwag końcowych. Niemniej, jak już zasygnalizowano w artykule, celem instrumentu – jaki stanowią sprawozdania państw-stron oraz procedura ich rozpatrywania – jest nie tylko kontrola realizacji zobowiązań przez państwo-stronę, ale także wsparcie ze strony Komitetu w stosowaniu Konwencji. Z tego powodu Komitet korzysta ze wspomnianej kompetencji do formułowania uwag końcowych po rozpatrzeniu sprawozdania państwa-strony, aby przedstawić sugestie i wskazówki w związku z obszarami, które w ocenie Komitetu wymagają dalszej wytężonej pracy państwa-strony.

Na potrzeby niniejszego omówienia wybrano tylko niektóre rekomendacje Komitetu zawarte w uwagach końcowych. Rekomendacje Komitetu w uwagach końcowych dotyczyły bowiem: parlamentu, widoczności Konwencji i Protokołu fakultatywnego, ram prawnych, dostępu do wymiaru sprawiedliwości i mechanizmu skargi prawnej, biura Rzecznika Praw Obywatelskich, krajowego mechanizmu na rzecz awansu kobiet, tymczasowych środków specjalnych, stereotypów, przemocy wobec kobiet (w tym przemocy domowej), handlu ludźmi i czerpania korzyści z prostytucji, uczestnictwa w życiu politycznym i publicznym, edukacji,

zatrudnienia, zdrowia, sytuacji kobiet z obszarów wiejskich oraz grup kobiet znajdujących się w niekorzystnej sytuacji (np. kobiet pochodzących z mniejszości etnicznych, niepełnosprawnych), małżeństwa i relacji rodzinnych. Dobór zagadnień, które zostaną omówione, wynika ze zidentyfikowania przez Autorkę aktualnych i głównych obszarów niepokojów społecznych oraz ma na celu zaprezentowanie oceny tych problemów dokonanej z perspektywy szerszej niż tylko krajowa. W ocenie Autorki są to zagadnienia ważne i wymagające częściej aktualizacji z uwagi na kierunek prowadzonej polityki, tempo podejmowanych działań legislacyjnych oraz aktualnie toczące się postępowania przed sądami oraz Trybunałem Konstytucyjnym.

Wdrażanie zaleceń Komitetu ujętych w Uwagach końcowych w sprawie połączonego siódmego i ósmego sprawozdania okresowego Polski – wybrane zagadnienia

Obszar I: Wiedza na temat Konwencji i Protokołu fakultatywnego

Komitet wyraził zaniepokojenie w związku z niedostateczną wiedzą społeczeństwa na temat Konwencji, Protokołu Fakultatywnego oraz Rekomendacji Ogólnych Komitetu i zalecił, aby Polska podjęła działania w celu upowszechnienia znajomości tych dokumentów oraz dążyła do zwiększenia świadomości kobiet w zakresie przysługujących im praw i możliwości ich dochodzenia.

Jak wynika z udostępnionych przez Komitet danych statystycznych w zakresie skarg indywidualnych zarejestrowanych

parties under article 18 of the Convention. Combined seventh and eighth periodic reports of States parties due in 2010. Poland, CEDAW Document CEDAW/C/POL/7-8.

dotąd przez organ¹⁴, w ciągu 16 lat od ratyfikacji przez Polskę Protokołu Fakultatywnego do Konwencji przeciwko Polsce skierowano tylko dwie takie skargi. Obie skargi zostały uznane za niedopuszczalne na podstawie art. 4 ust. 1 Protokołu Fakultatywnego z uwagi na niewyczerpanie wszystkich dostępnych krajowych środków zaradczych¹⁵.

Tak niska liczba złożonych dotąd skarg indywidualnych może być sygnałem świadczącym między innymi o wciąż niedostatecznej wiedzy społeczeństwa o istnieniu tego mechanizmu i sposobie korzystania z niego. Powyższe nie wyklucza jednak istnienia innych przyczyn niezwykle rzadkiego korzystania przez uprawnionych z przysługujących im instrumentów ochrony.

Obszar II: Ochrona przed dyskryminacją – ramy prawne, dostęp do wymiaru sprawiedliwości

Komitet zarekomendował również nowelizację ustawy z dnia 3 grudnia 2010 r. o wdrożeniu niektórych przepisów Unii Europejskiej w zakresie równego traktowania¹⁶. W opinii Komitetu ustawa

w sprawie równego traktowania nie gwarantuje ochrony przed dyskryminacją ze względu na płeć w obszarze edukacji, opieki zdrowotnej, a także życia prywatnego i rodzinnego, a nadto nie zapewnia kobietom dostatecznej ochrony przed dyskryminacją wielokrotną i krzyżową.

Odkąd Komitet sformułował ostatnie uwagi końcowe, do ustawy w sprawie równego traktowania zmiany wprowadzono trzykrotnie (trzema ustawami nowelizującymi), ale wyłącznie w zakresie przepisów dotyczących roszczenia odszkodowawczego¹⁷, przedmiotu ustawy oraz obszarów wyłączonych spod regulacji ustawy¹⁸, a także powołania i odwołania Pełnomocnika Rządu do Spraw Równego Traktowania¹⁹. Analiza nowelizacji ustawy w sprawie równego traktowania prowadzi do wniosku, że rekomendacje Komitetu zawarte w ostatnich uwagach końcowych nie zostały dotąd zrealizowane.

Potrzebę dalszych nowelizacji ustawy w sprawie równego traktowania dostrzegł również Rzecznik Praw

¹⁴ Statistical Survey on individual complaints. Status of communications registered by CEDAW under the Optional Protocol, information as of 28 January 2020, <https://www.ohchr.org/Documents/HRBodies/CEDAW/StatisticalSurvey.xls> (dostęp: 25.09.2020).

¹⁵ Decision adopted by the Committee under articles 2 and 4 (1) of the Optional Protocol, concerning communication No. 136/2018, 13 września 2018 r., CEDAW/C/73/D/136/2018, par. 6.5-7; Decision adopted by the Committee under article 4 (2) (c) of the Optional Protocol, concerning Communication No. 128/2018, 6 lipca 2020 r., CEDAW/C/76/D/128/2018, par. 8.5-9.

¹⁶ W dalszej części artykułu ustawa z dnia 3 grudnia 2010 r. o wdrożeniu niektórych przepisów Unii Europejskiej w zakresie równego traktowania (t.j. Dz.U. z 2016 r., poz. 1219 z późn. zm.) będzie

zwana „ustawą w sprawie równego traktowania”.

¹⁷ Zmiana przepisu art. 12 ust. 1 ustawy w sprawie równego traktowania w drodze ustawy z dnia 24 lipca 2015 r. o zmianie ustawy – Kodeks pracy oraz niektórych innych ustaw (Dz. U. z 2015 r., poz. 1268).

¹⁸ Zmiany w zakresie odnośnika nr 1 do tytułu ustawy, przepisu art. 1 oraz art. 5 pkt 9 ustawy w sprawie równego traktowania w drodze ustawy z dnia 29 kwietnia 2016 r. o zmianie ustawy o promocji zatrudnienia i instytucjach rynku pracy, ustawy o Państwowej Inspekcji Pracy oraz ustawy o wdrożeniu niektórych przepisów Unii Europejskiej w zakresie równego traktowania (Dz. U. z 2016 r., poz. 691).

¹⁹ Zmiany w zakresie art. 20 ust. 3 i 4 ustawy w sprawie równego traktowania w drodze ustawy z dnia 23 stycznia 2020 r. o zmianie ustawy o działach administracji rządowej oraz niektórych innych ustaw (Dz. U. z 2020 r., poz. 284).

Obywatelskich, który wnioskuje o stwierdzenie niezgodności poszczególnych przepisów ustawy z Konstytucją Rzeczypospolitej Polskiej. Głównym problemem, na który zwrócił uwagę RPO, jest zamknięty charakter katalogu przesłanek dyskryminacyjnych, określonego przepisem art. 1 ustawy w sprawie równego traktowania. Ustawa zakazuje bowiem nierównego traktowania ze względu na enumeratywnie wskazane przesłanki: płeć, rasę, pochodzenie etniczne, narodowość, religię, wyznanie, światopogląd, niepełnosprawność, wiek lub orientację seksualną. Natomiast obszary, w których zakazana jest dyskryminacja, zostały wymienione w art. 4 ustawy w sprawie równego traktowania. Regulacje zawarte w tym przepisie są następnie powtórzone w art. 6 – 8 tejże ustawy, przy czym przepisy te odmiennie wskazują zakres podmiotowy ich zastosowania. Wskutek tego w zakresie dostępu i warunków korzystania z zabezpieczenia społecznego, usług (w tym usług mieszkaniowych), rzeczy oraz nabywania praw lub energii, jeżeli są one oferowane publicznie, zakazuje się nierównego traktowania osób fizycznych ze względu na płeć, rasę, pochodzenie etniczne lub narodowość, przy pominięciu przesłanek religii, wyznania, światopoglądu, niepełnosprawności, wieku lub orientacji seksualnej. Natomiast w zakresie opieki zdrowotnej oraz oświaty i szkolnictwa wyższego zakazuje się nierównego traktowania osób fizycznych tylko ze względu na rasę, pochodzenie etniczne lub narodowość, pomijając tym samym przesłanki płci, religii, wyznania, światopoglądu, niepełnosprawności, wieku lub orientacji seksualnej. Zatem osoby nieobjęte podmiotowym zakresem zastosowania tejże ustawy,

a doświadczające dyskryminacji, nie mogą skorzystać z żądania naprawienia szkody w postaci naruszenia zasady równego traktowania opartego na samodzielnej podstawie prawnej – ustawie o równym traktowaniu. Wprawdzie takie osoby wciąż mogą występować z roszczeniem o odszkodowanie, ale w oparciu o przepisy ogólne Kodeksu cywilnego, a nie na podstawie regulacji ustawy w sprawie równego traktowania, która łągodzi przesłanki zasądzenia odszkodowania. Skutkiem tego, w ocenie Rzecznika Praw Obywatelskich, różna jest sytuacja procesowa osób doświadczających dyskryminacji – w zależności od tego, czy w konkretnej sprawie naruszenie, podlegające ocenie sądu, było objęte zakresem zastosowania ustawy o równym traktowaniu²⁰.

Zarysowany problem rozproszenia ochrony zasady równego traktowania nie sprowadza się jedynie do dwóch aktów normatywnych. Przepisy sankcjonujące zachowanie się sprawcy dyskryminacji odnaleźć można między innymi w Kodeksie pracy, ustawie o promocji zatrudnienia i instytucjach rynku pracy, ustawie o systemie oświaty, o osobach starszych czy też w Kodeksie wykroczeń²¹.

Pozostając przy ostatniej z przykładowo wskazanych ustaw – Kodeksie wykroczeń, trzeba zaznaczyć, że do niedawna ochrona przed zjawiskiem dyskryminacji oparta była na dwóch przepisach tejże

²⁰ Stanowisko RPO z 31 marca 2016 r. w sprawie pod sygnaturą akt K 17/16, znak pisma: XI.510.2.2016.AM, s. 17.

²¹ Stanowisko Sejmu RP z 7 marca 2017 r. w sprawie pod sygnaturą akt K 17/16, znak pisma: BAS-WPTK-2139/16, s. 14–15.

ustawy – art. 135 k.w. oraz art. 138 k.w. Kodeks wykroczeń przewidywał bowiem karę grzywny zarówno dla tego, kto zajmując się sprzedażą towarów w przedsiębiorstwie handlu detalicznego lub w przedsiębiorstwie gastronomicznym, ukrywa przed nabywcą towar przeznaczony do sprzedaży lub umyślnie bez uzasadnionej przyczyny odmawia sprzedaży takiego towaru, jak i dla tego, kto zajmując się zawodowo świadczeniem usług, żąda i pobiera za świadczenie zapłatę wyższą od obowiązującej albo umyślnie bez uzasadnionej przyczyny odmawia świadczenia, do którego jest obowiązany. Ocenia się, że coraz częstsze zastosowanie w sprawach dyskryminacyjnych znajdował w szczególności przepis art. 138 k.w., penalizujący odmowę świadczenia usługi²². Sytuacja może jednak ulec znaczącej zmianie na skutek wyroku Trybunału Konstytucyjnego z 26 czerwca 2019 r. w sprawie pod sygnaturą akt K 16/17. Trybunał Konstytucyjny w sprawie z wniosku Prokuratora Generalnego badał konstytucyjność przepisu art. 138 k.w. w części, w jakiej penalizuje odmowę świadczenia usługi ze względu na zasady wiary i sumienia usługodawcy. Prokurator Generalny oparł swój wniosek na kanwie sprawy dotyczącej odmowy wykonania przez drukarnię roll-upu dla fundacji działającej na rzecz osób LGBT. Pracownik, który odmówił świadczenia usługi, został uznany przez sąd pierwszej instancji za winnego wykroczenia, jednak sąd odstąpił od wymierzenia mu kary. Wyrok w takim kształcie został

utrzymany w mocy przez sąd drugiej instancji. Ostatecznie, na skutek kasacji wniesionej przez Prokuratora Generalnego, nad sprawą pochylił się również Sąd Najwyższy. Kasacja została oddalona w czerwcu 2018 r. – już po złożeniu przez Prokuratora Generalnego wniosku do Trybunału Konstytucyjnego. Trybunał Konstytucyjny jednak, na skutek wniosku Prokuratora Generalnego, orzekł, że art. 138 k.w., w części zawierającej słowa *albo umyślnie bez uzasadnionej przyczyny odmawia świadczenia, do którego jest obowiązany*, jest niezgodny z art. 2 Konstytucji Rzeczypospolitej Polskiej.

W ocenie Trybunału brak skuteczności przepisów antydyskryminacyjnych, ich wadliwość i niedoskonałość nie mogą uzasadniać utrzymania w systemie prawnym art. 138 k.w.

Obszar III: Sprawa wypowiedzenia Konwencji stambulskiej

Ocena dostępu do wymiaru sprawiedliwości będzie również zależna od wyniku postępowania toczącego się obecnie przed Trybunałem Konstytucyjnym w sprawie wniosku Prezesa Rady Ministrów²³, toczącej się pod sygnaturą akt K 11/20. W lipcu 2020 r. Prezes Rady Ministrów wniósł o zbadanie zgodności z ustawą zasadniczą poszczególnych postanowień Konwencji Rady Europy o zapobieganiu i zwalczaniu przemocy wobec kobiet i przemocy domowej²⁴

²² K. Śmiszek (red.), *Unijny zakaz dyskryminacji a prawo polskie. Analiza funkcjonowania przepisów antydyskryminacyjnych w praktyce polskich sądów*, Warszawa 2018, s. 43.

²³ Wniosek Prezesa Rady Ministrów z 30 lipca 2020 r., w sprawie pod sygnaturą akt K 11/20, znak pisma: BPRM.181.5.11.2020.

²⁴ W dalszej części artykułu Konwencja Rady Europy o zapobieganiu i zwalczaniu przemocy wobec kobiet i przemocy domowej, sporządzona w Stambule dnia 11 maja 2011 r. (Dz. U. z 2015 r., poz. 961) będzie zwana „Konwencją stambulską”.

sporządzonej w Stambule 11 maja 2011 r.

Wnioskodawca wskazał między innymi na konieczność zbadania Konwencji stambulskiej w zakresie, w jakim jej tłumaczenie opublikowane w Dzienniku Ustaw jest niezgodne z tekstem autentycznym, a także z art. 2 oraz art. 91 ust. 1 Konstytucji Rzeczypospolitej Polskiej. W ocenie Prezesa Rady Ministrów *tłumaczenie Konwencji na język polski, opublikowane w Dzienniku Ustaw, obarczone jest licznymi błędami*²⁵, przy czym całościowa lektura wniosku prowadzi do konkluzji, że wątpliwości wnioskodawcy budzi przede wszystkim tłumaczenie słowa „gender”. Nadto wnioskodawca ocenia, że skutkiem zarzucanych błędów w procesie tłumaczenia umowy międzynarodowej mogą być: nieprawidłowe stosowanie teźże umowy przez organy państwa, odpowiedzialność Rzeczypospolitej Polskiej na forum międzynarodowym, ale również uprzednie błędne przekonanie Sejmu i Senatu o treści Konwencji w postępowaniu ratyfikacyjnym²⁶. Wnioskodawca jest również zaniepokojony rzekomą niemożnością zachowania przez państwo bezstronności w odniesieniu do przekonañ światopoglądowych, w szczególności w zakresie problematyki płci społeczno-kulturowej²⁷. Do opisywanej sprawy przystąpił również Rzecznik Praw Obywatelskich i zajął stanowisko, wnosząc o umorzenie postępowania co do wszystkich punktów wniosku Prezesa Rady Ministrów, ewentualnie o stwier-

dzenie, że wskazane postanowienia Konwencji stambulskiej nie są niezgodne z wymienionymi przez wnioskodawcę wzorcami kontroli konstytucyjnej²⁸. RPO w pierwszej kolejności podniósł szereg zarzutów natury formalnej. Co do istoty sprawy RPO wskazał natomiast na potrzebę wyjaśnienia, dlaczego wnioskodawca dąży do naprawienia opisanych błędów w drodze postępowania przed Trybunałem Konstytucyjnym, podczas gdy istnieją inne mechanizmy przewidziane w celu przeciwdziałania skutkom błędów w tłumaczeniach umów międzynarodowych²⁹. RPO ocenia również, że przewidywane przez wnioskodawcę skutki zarzucanych błędów stanowią jedynie argument pozaprawny, który nie może wpływać na ocenę konstytucyjności Konwencji stambulskiej. W opinii RPO stanowisko wnioskodawcy sprowadza się do pejoratywnej oceny założeń Konwencji i jej przepisów³⁰. Pismem z 26 sierpnia 2020 r. Prezes Rady Ministrów częściowo zmodyfikował swój wniosek. Niemniej na potrzeby niniejszego artykułu należy pozostawić na marginesie analizę argumentacji przedstawionej w dotychczas zgromadzonych dokumentach w sprawie. Trzeba natomiast podkreślić, że choć Polska ratyfikowała Konwencję stambulską 27 kwietnia 2015 r., realizując tym samym zalecenie Komitetu zawarte w ostatnich uwagach końcowych, obecny zwrot w działaniach władz należy uznać za niepokojący. Komitet bowiem nie tylko rekomendował ratyfikację, ale również późniejszą harmonizację legislacji kra-

²⁵ Wniosek Prezesa Rady Ministrów z 30 lipca 2020 r., op.cit., s. 7.

²⁶ Wniosek Prezesa Rady Ministrów z 30 lipca 2020 r., op.cit., s. 9.

²⁷ Wniosek Prezesa Rady Ministrów z 30 lipca 2020 r., op.cit., s. 14.

²⁸ Stanowisko RPO z 19 sierpnia 2020 r. w sprawie pod sygnaturą akt K 11/20, znak pisma: XI.518.53.2020.AS/MK.

²⁹ Ibidem, s. 12.

³⁰ Ibidem, s. 17.

jowej z Konwencją stambulską.

Obszar IV: Sprawa dopuszczalności zabiegu przerywania ciąży

Komitet wielokrotnie podejmował w uwagach końcowych – formułowanych w sprawie sprawozdań okresowych Polski – wątek dostępu kobiet do opieki zdrowotnej. W szczególności Komitet rekomendował poprawę dostępu kobiet do usług z zakresu zdrowia seksualnego i reprodukcyjnego. Już w 2007 r., w uwagach końcowych dotyczących szóstego sprawozdania okresowego Polski, Komitet wzywał do zapewnienia kobietom dostępu do legalnej aborcji, nieograniczanego z uwagi na zastosowanie klauzuli sumienia. W ostatnich uwagach końcowych Komitet podtrzymał swoje rekomendacje, zalecając również nowelizację ustawy z dnia 7 stycznia 1993 r. o planowaniu rodziny, ochronie płodu ludzkiego i warunkach dopuszczalności ciąży³¹, która będzie zmierzać do zliberalizowania przesłanek przeprowadzenia aborcji.

Warunki dopuszczalności przerwania ciąży zostały wymienione w sposób enumeratywny w art. 4a ustawy o planowaniu rodziny. Zamknięty katalog przesłanek umożliwia przerwanie ciąży, wyłącznie przez lekarza, w trzech przypadkach: po pierwsze, gdy ciąża stanowi zagrożenie dla życia lub zdrowia kobiety ciężarnej, po drugie, jeśli badania prenatalne lub inne przesłanki medyczne wskazują na duże prawdopodobieństwo

³¹ W dalszej części artykułu ustawa z dnia 7 stycznia 1993 r. o planowaniu rodziny, ochronie płodu ludzkiego i warunkach dopuszczalności ciąży (Dz. U. z 1993 r. Nr 17, poz. 78 z późn. zm.) będzie zwana „ustawą o planowaniu rodziny”.

ciężkiego i nieodwracalnego upośledzenia płodu albo nieuleczalnej choroby zagrażającej jego życiu, a wreszcie po trzecie, gdy zachodzi uzasadnione podejrzenie, że ciąża powstała w wyniku czynu zabronionego³².

Forma i treść katalogu przesłanek dopuszczalności przerwania ciąży pozostają bez zmian od 23 grudnia 1997 r. Zatem zarówno w czasie formułowania uwag końcowych Komitetu w sprawie szóstego, jak i połączonego siódmego i ósmego sprawozdania okresowego Polski obowiązywał – i nadal obowiązuje – ten sam katalog przesłanek, choć jak zostanie wykazane, katalog ten może w najbliższym czasie ulec dalszemu ograniczeniu.

Do grudnia 1997 r. obowiązywała jeszcze jedna przesłanka – umożliwiająca przerwanie ciąży w przypadku, gdy kobieta ciężarna znajdowała się w ciężkich warunkach życiowych lub trudnej sytuacji osobistej. Przewidujący tę przesłankę

³² Ustawa o planowaniu rodziny nie precyzuje, w jakiej formie następuje stwierdzenie istnienia uzasadnionego podejrzenia, że ciąża powstała w wyniku czynu zabronionego. Poprzednio obowiązująca ustawa z dnia 27 kwietnia 1956 r. o warunkach dopuszczalności przerywania ciąży (Dz. U. z 1956 r. Nr 12, poz. 61), uchylona ustawą o planowaniu rodziny, a także poprzednio obowiązujący Kodeks karny (Dz. U. z 1969 r., Nr 13, poz. 94) wskazywały wprost, że stwierdzenia tego dokonuje prokurator w formie zaświadczenia. Obecnie, jak wskazuje się w literaturze, przesłankę tę stwierdza się również zaświadczeniem wydanym przez prokuratora, przy czym zaświadczenie, jako forma, należy do kategorii pozaadministracyjnych aktów potwierdzających i jako takie nie jest zaświadczeniem w rozumieniu działu VII Kodeksu postępowania administracyjnego, co w ocenie doktryny skutkuje komplikacjami w zakresie postępowania o jego wydanie. Por. R.A. Stefański, *Zaświadczenie o uzasadnionym podejrzeniu powstania ciąży w wyniku czynu zabronionego* [w:] M. Mozgawa (red.), *Przestępstwo zgwałcenia*, WKP 2012.

przepis – art. 4a ust. 1 pkt 4 ustawy o planowaniu rodziny – utracił moc obowiązującą na skutek obwieszczenia Prezesa Trybunału Konstytucyjnego z 18 grudnia 1997 r., wydanego w związku z zapadłym orzeczeniem Trybunału Konstytucyjnego³³.

Pomimo ponawianych przez Komitet rekomendacji, ustawa o planowaniu rodziny po raz ostatni została znowelizowana w 2002 r. i to w zakresie obowiązków organów administracji rządowej oraz samorządu terytorialnego dotyczących zapewnienia kobietom w ciąży opieki medycznej, socjalnej i prawnej. Ponadto, wbrew oczekiwaniom Komitetu, dotychczas podejmowane próby nowelizacji zmierzały do zaostrzenia warunków dopuszczalności przerwania ciąży, a nie do ich liberalizacji.

W sierpniu 2016 r. wpłynął do Sejmu obywatelski projekt ustawy zmierzający do nowelizacji ustawy o planowaniu rodziny, a także zmiany niektórych przepisów Kodeksu karnego³⁴. Projekto-

dawca proponował wówczas przyznanie podmiotowości prawnej rozwijającemu się płodowi. Celem zmian była ochrona prawna płodu wprowadzana niejako kosztem ochrony reprodukcyjnych praw kobiet, co pozostawało w opozycji do dotychczasowych rekomendacji Komitetu. Projektowana ustawa miała doprowadzić do uchylecia opisanego wyżej przepisu art. 4a ustawy o planowaniu rodziny, a zatem do wprowadzenia całkowitego zakazu aborcji. Projekt ustawy przewidywał również zmianę art. 152 k.k. poprzez wprowadzenie odpowiedzialności karnej za spowodowanie śmierci dziecka poczętego, podczas gdy obecnie obowiązujący przepis przewiduje karę pozbawienia wolności za czyn przerywania ciąży z naruszeniem przepisów ustawy. Jednak z uwagi na falę protestów kobiet, do których doszło 3 października 2016 r., projekt ustawy został odrzucony podczas drugiego czytania na posiedzeniu Sejmu.

W październiku 2017 r. został złożony projekt niejako opozycyjny, bowiem zmierzający do urzeczywistnienia i faktycznej realizacji praw reprodukcyjnych³⁵. Projekt został skierowany na posiedzenie w celu pierwszego czytania, jednakże w wyniku przeprowadzonego głosowania przyjęto wniosek o odrzucenie projektu ustawy w pierwszym czytaniu.

Miesiąc później, w listopadzie 2017 r. do Sejmu wpłynął kolejny obywatelski projekt dotyczący zmian w zakre-

³³ Trybunał Konstytucyjny w dniu 28 maja 1997 r., w sprawie pod sygnaturą akt K 26/96, orzekł, że przepis przewidujący przesłankę umożliwiającą przerwanie ciąży w przypadku, gdy kobieta ciężarna znajdowała się w ciężkich warunkach życiowych lub trudnej sytuacji osobistej, jest niezgodny z art. 1 oraz art. 79 ust. 1 przepisów konstytucyjnych pozostawionych w mocy na podstawie art. 77 Ustawy Konstytucyjnej z dnia 17 października 1992 r. o wzajemnych stosunkach między władzą ustawodawczą i wykonawczą Rzeczypospolitej Polskiej oraz o samorządzie terytorialnym (Dz. U. Nr 84, poz. 426 z późn. zm.), bowiem *legalizuje przerwanie ciąży bez dostatecznego usprawiedliwienia koniecznością ochrony innej wartości, prawa lub wolności konstytucyjnej oraz posługuje się nieokreślonymi kryteriami tej legalizacji, naruszając w ten sposób gwarancje konstytucyjne dla życia ludzkiego.*

³⁴ Obywatelski projekt ustawy o zmianie ustawy z dnia 7 stycznia 1993 r. o planowaniu rodziny, ochronie płodu ludzkiego i warunkach dopuszczalności przerywania ciąży oraz ustawy z dnia

6 czerwca 1997 r. – Kodeks karny, Sejm RP VIII kadencji, nr druku: 784.

³⁵ Obywatelski projekt ustawy o prawach kobiet i świadomym rodzicielstwie, Sejm RP VIII kadencji, nr druku: 2060.

się ustawy o planowaniu rodziny³⁶. Wówczas zaproponowano uchylenie dopuszczalności aborcji w przypadku, gdy badania prenatalne lub inne przesłanki medyczne wskazują na duże prawdopodobieństwo ciężkiego i nieodwracalnego upośledzenia płodu albo nieuleczalnej choroby zagrażającej jego życiu (art. 4a ust. 1 pkt 2 ustawy o planowaniu rodziny). Projekt ustawy został wniesiony do Sejmu VIII kadencji, w trakcie której postępowanie ustawodawcze w stosunku do tego projektu nie zostało zakończone. Wobec tego, na zasadzie art. 13 zd. drugie ustawy o wykonywaniu inicjatywy ustawodawczej przez obywateli³⁷, pierwsze czytanie projektu ustawy musiało odbyć się nie później niż w terminie 6 miesięcy od daty pierwszego posiedzenia Sejmu kolejnej kadencji. Pierwsze czytanie projektu odbyło się na posiedzeniu w dniu 16 kwietnia 2020 r., pomimo trwającej pandemii COVID-19 oraz licznie podnoszonych głosów krytycznych płynących zarówno ze strony środowisk politycznych, jak i opinii publicznej. Projekt głosami posłów został skierowany wówczas do Komisji Polityki Społecznej i Rodziny oraz Komisji Zdrowia.

W kontekście tej samej przesłanki dopuszczalności aborcji w przypadku, gdy badania prenatalne lub inne przesłanki medyczne wskazują na duże prawdopodobieństwo ciężkiego i nie-

odwracalnego upośledzenia płodu albo nieuleczalnej choroby zagrażającej jego życiu (art. 4a ust. 1 pkt 2 ustawy o planowaniu rodziny), grupa posłów na Sejm skierowała w listopadzie 2019 r. wniosek o stwierdzenie niezgodności z Konstytucją aktu normatywnego. Posłowie wniesli o orzeczenie, że art. 4a ust. 1 pkt 2 oraz art. 4a ust. 2 zd. pierwszego ustawy o planowaniu rodziny są niezgodne z art. 30 Konstytucji przez to, że legalizują praktyki eugeniczne w stosunku do dziecka jeszcze nie urodzonego, odmawiając mu tym samym poszanowania ochrony godności człowieka. Na wypadek nieuwzględnienia tego wniosku, posłowie przedstawili również wnioski ewentualne. Sprawa toczyła się przed Trybunałem Konstytucyjnym pod sygnaturą akt K 1/20. W dniu 22 października 2020 r. Trybunał Konstytucyjny orzekł, że art. 4a ust. 1 pkt 2 ustawy o planowaniu rodziny jest niezgodny z art. 38 w związku z art. 30 w związku z art. 31 ust. 3 Konstytucji. Powyższe orzeczenie zapadło większością głosów, bowiem dwóch sędziów zgłosiło *votes separatum*. Zapadły wyrok spotkał się z szeroką krytyką i stał się powodem licznych protestów w całym kraju, które trwają nieprzerwanie do dnia sporządzenia niniejszego artykułu. Powyższy wyrok, pomimo zarządzenia Prezes Trybunału, nie został dotąd ogłoszony w organie urzędowym – Dzienniku Ustaw Rzeczypospolitej Polskiej, zgodnie z wymogiem art. 190 ust. 1 Konstytucji, zatem przepis art. 4a ust. 1 pkt 2 ustawy o planowaniu rodziny nie utracił dotąd mocy obowiązującej. W kontekście powyższego wyroku cytuje się również w licznych artykułach publicystycznych poglądy części prawników, w szczególności

³⁶ Obywatelski projekt ustawy o zmianie ustawy z dnia 7 stycznia 1993 r. o planowaniu rodziny, ochronie płodu ludzkiego i warunkach dopuszczalności przerywania ciąży, Sejm VIII kadencji, nr druku: 2146; Sejm RP IX kadencji, nr druku: 36.

³⁷ Ustawa z dnia 24 czerwca 1999 r. o wykonywaniu inicjatywy ustawodawczej przez obywateli (t.j. Dz. U. z 2018 r., poz. 2120).

konstytucjonalistów, w których opinii istnieją wątpliwości co do tego, czy orzeczenie Trybunału Konstytucyjnego jest ważne, a to z uwagi na nieprawidłową w ich ocenie obsadę Trybunału Konstytucyjnego.

W związku z zapadłym wyrokiem Trybunału Konstytucyjnego, uwzględniając jego wskazania, Prezydent Rzeczypospolitej Polskiej złożył w dniu 30 października 2020 r. w Sejmie projekt ustawy o zmianie ustawy o planowaniu rodziny. Prezydencki projekt zmiany ustawy zakłada dodanie w art. 4a ust. 1 kolejnego przepisu pkt 2a w brzmieniu: *2a) badania prenatalne lub inne przesłanki medyczne wskazują na wysokie prawdopodobieństwo, że dziecko urodzi się martwe albo obciążone nieuleczalną chorobą lub wadą, prowadzącą niechybnie i bezpośrednio do śmierci dziecka, bez względu na zastosowane działania terapeutyczne*³⁸. Zmiana ta ma na celu uprawniać do podjęcia decyzji o przerwaniu ciąży w przypadku tzw. wad letalnych, przy jednoczesnym braku możliwości przerwania ciąży w przypadku innego rodzaju wad rozwojowych. Przedmiotowy projekt został w dniu 3 listopada 2020 r. skierowany do pierwszego czytania do Komisji Sprawiedliwości i Praw Człowieka oraz Komisji Zdrowia.

Sprawa dopuszczalności zabiegu przerwania ciąży jest obecnie przedmiotem protestów, licznych dyskusji i wypowiedzi, a także inicjatywy ustawodawczej, zatem w najbliższym czasie wymaga

bieżącego monitorowania.

Obszar V: Edukacja

W omawianym kontekście Komitet sformułował stosowne rekomendacje także w zakresie edukacji. W ocenie Komitetu państwo powinno dążyć do zapewnienia obowiązkowej, dostosowanej do wieku i prowadzonej przez wyszkolony personel edukacji na temat zdrowia seksualnego i reprodukcyjnego.

W tym zakresie należy w pierwszej kolejności odwołać się do szczegółowego raportu obejmującego pierwszy etap monitorowania procesu wdrażania ostatnich zaleceń Komitetu przygotowanego przez Koalicję na rzecz CEDAW³⁹. Koalicja, monitorując wdrażanie zaleceń Komitetu, zwróciła się do przedstawicieli Ministerstwa Edukacji Narodowej z zapytaniem o obowiązkowość zajęć z zakresu wychowania do życia w rodzinie. Początkowo udzielane informacje wzajemnie się wykluczały. Ostatecznie MEN potwierdziło, że przedmiot ten ma charakter nieobowiązkowy⁴⁰. Należy podkreślić, że stan przedstawiony w Raporcie, aktualny w 2016 r., nie uległ dotychczas zmianie, co potwierdzają informacje udostępniane przez Ośrodek Rozwoju Edukacji, publiczną placówkę doskonalenia nauczycieli o zasięgu ogólnokrajowym prowadzoną przez Ministra Edukacji Narodowej. Obecnie

³⁸ Projekt ustawy o zmianie ustawy o planowaniu rodziny, ochronie płodu ludzkiego i warunkach dopuszczalności przerywania ciąży z dnia 30 października 2020 r., nr druku: 727.

³⁹ A. Solik (red.), *Raport. Wdrażanie zaleceń Komitetu do Spraw Likwidacji Dyskryminacji Kobiet zawartych w Uwagach końcowych w sprawie siódmego i ósmego sprawozdania okresowego Polski, Koalicja na rzecz CEDAW, Warszawa 2016; w dalszej części artykułu będzie zwany „Raportem”.*

⁴⁰ A. Chełstowska, *Zdrowie kobiet i dziewcząt* [w:] A. Solik (red.), op.cit., s. 14–15.

obowiązująca podstawa programowa kształcenia ogólnego dla przedszkoli i szkół podstawowych dla przedmiotu wychowanie do życia w rodzinie⁴¹ przewiduje: *Udział uczniów w zajęciach nie jest bowiem obowiązkowy, nie wiąże się z wystawianiem ocen, nie wpływa na promocję do następnej klasy. Rodzice mogą w formie pisemnej odmówić wyrażenia zgody na uczestnictwo swych dzieci w tych zajęciach.* Podobne wskazanie znajduje się również w podstawie programowej kształcenia ogólnego dla liceum, technikum i branżowej szkoły II stopnia⁴².

Podsumowanie

System sprawozdań państw-stron jest najpowszechniejszą metodą kontroli przestrzegania przez państwa zobowiązań ujętych w traktatach międzynarodowych. Wobec tego dokumenty zebrane w procesie rozpatrywania sprawozdań przez organ traktatowy stanowią bogate źródło informacji o aktywnościach podejmowanych przez organy państwa w dziedzinie ochrony praw kobiet.

Przemiany postaw społecznych i umacnianie przywiązania do tradycji, a co

za tym idzie również zmiany strategii politycznych, wywierają szczególny wpływ na omawianą tematykę, w szczególności we wskazanych i omówionych obszarach. Przedstawione zestawienie rekomendacji Komitetu oraz działań Polski prowadzi do wniosku, że brak jest rzeczywistego dążenia organów państwa do realizacji zaleceń Komitetu. Działania podejmowane na poziomie ustawodawstwa oraz w postępowaniach przed organami wymiaru sprawiedliwości, a także rosnące kontrowersje o podłożu prawnym i etycznym doprowadziły do erozji w obszarze dotychczasowej polityki równościowej i wywołały niepokoje co do realizacji podstawowych praw człowieka.

Kompleksową analizę powyższych zagadnień należy jednak w opinii Autorki odłożyć do czasu przedłożenia przez Polskę kolejnego sprawozdania okresowego, które umożliwi całościowe badanie wybranych obszarów oraz pozwoli na sporządzenie wniosków i wydanie sprawiedliwej oceny końcowej działań podjętych przez państwo w kolejnym okresie sprawozdawczym.

Praktyczne ujęcie tej tematyki potwierdza jednak niepokoje Komitetu prezentowane w ostatnich uwagach końcowych oraz doktrynalnie diagnozowane trudności, w szczególności istotne opóźnienia państw-stron w przedkładaniu sprawozdań okresowych oraz pisemnych informacji, które stoją na drodze realizacji założeń, jakie przyświecały utworzeniu Komitetu.

Problem opóźnień jest szczególnie widoczny między innymi na przykładzie niewywiązywania się przez polskie organy ze zobowiązań w terminach wy-

⁴¹ Podstawa programowa kształcenia ogólnego z komentarzem. Szkoła podstawowa. Wychowanie do życia w rodzinie, s. 24, dostępna na stronie internetowej:

<https://www.ore.edu.pl/wp-content/uploads/2017/05/wychowanie-do-zycia-w-rodzinie.-pp-z-komentarzem.-szkola-podstawowa-1.pdf> (dostęp: 2.10.2020).

⁴² Podstawa programowa kształcenia ogólnego z komentarzem. Szkoła ponadpodstawowa: liceum ogólnokształcące, technikum oraz branżowa szkoła I stopnia. Wychowanie do życia w rodzinie, s. 30–31, dostępna na stronie internetowej: <https://www.ore.edu.pl/2018/03/podstawa-programowa-kształcenia-ogólnego-dla-liceum-technikum-i-branżowej-szkoły-ii-stopnia/> (dostęp: 2.10.2020).

znaczanych przez Komitet. Komitet bowiem, w ramach procedury follow-up, ściśle powiązanej z kompetencją do rozpatrywania sprawozdań okresowych państw stron, zwrócił się do Polski o przedstawienie, w ciągu dwóch lat, pisemnej informacji na temat działań, jakie Polska przedsięwzięła w celu zrealizowania wybranych rekomendacji. W szczególności Komitet oczekiwał informacji w zakresie krajowego mechanizmu na rzecz awansu kobiet oraz uczestnictwa kobiet w życiu politycznym i publicznym. Pomimo że termin przedstawienia wymaganych informacji upłynął w październiku 2016 r., Polska nie udzieliła wówczas odpowiedzi. Komitet dwukrotnie zwracał się do Polski o udzielenie wymaganych informacji – w kwietniu oraz w sierpniu 2017 r.⁴³ Dopiero we wrześniu 2017 r., niemalże z rocznym opóźnieniem, Polska przekazała pisemną informację na temat działań podjętych we wskazanych przez Komitet obszarach⁴⁴. Komitet odniósł się do przekazanych informacji, oceniając je częściowo jako satysfakcjonujące, a w pozostałym zakresie jako niezadowalające⁴⁵.

⁴³ Rapporteur on follow-up, CEDAW Committee, First Reminder. Follow-up letter sent to the State party, Reference: DB/follow-up/Poland/66, 26 kwietnia 2017 r.; Rapporteur on follow-up, CEDAW Committee, Second Reminder. Follow-up letter sent to the State party, Reference: DB/follow-up/Poland/67, 21 września 2017 r.

⁴⁴ Information provided by Poland in follow-up to the concluding observations, CEDAW/C/POL/CO/7-8/Add.1, 22 września 2017 r.

⁴⁵ Rapporteur on follow-up, CEDAW Committee, Follow-up letter, Reference: DB/follow-up/Poland/69, 13 kwietnia 2018 r.

Co równie istotne, zgodnie z treścią ostatnich uwag końcowych, Komitet zwrócił się do Polski o złożenie kolejnego – dziewiątego – sprawozdania okresowego w listopadzie 2018 r. Do tej pory jednak Polska pozostaje w opóźnieniu w stosunku do wyznaczonego jej terminu.

Zidentyfikowane wyżej kłopoty powinny być zatem rozwiązywane dwupłaszczyznowo – na poziomie krajowym poprzez zmianę optyki w obszarze polityki zagranicznej, ponowne otwarcie się na debatę międzynarodową oraz podjęcie wzmożonej aktywności w celu regularnego przedstawiania wymaganych informacji. Jednocześnie na poziomie ponadnarodowym zidentyfikowane problemy powinny stanowić przyczynek do podjęcia dalszej dyskusji i starań zmierzających do usprawnienia i u efektywienia istniejących procedur.

Pomimo że literatura przedmiotu w zakresie problematyki międzynarodowej ochrony praw człowieka jest szeroka, to jednak szczególnie dziedziną, jaką jest ochrona praw kobiet, wciąż pozostaje w pewnym stopniu marginalizowana przez badaczy. Jednocześnie świadomość społeczna w zakresie przysługujących praw człowieka, a przede wszystkim mechanizmów ochrony praw kobiet, wciąż jest niedostateczna. Wobec powyższego celem artykułu nie jest wyłącznie analiza stanu realizacji postanowień traktatu, ale również próba upowszechnienia wiedzy na temat Konwencji i działalności Komitetu.

BIBLIOGRAFIA:

Sękowska-Kozłowska K., *Komitet ONZ ds. Likwidacji Dyskryminacji Kobiet – ustrój, kompetencje, funkcjonowanie*, Toruń 2011.

Śmiszek K. (red.), *Unijny zakaz dyskryminacji a prawo polskie. Analiza funkcjonowania przepisów antydyskryminacyjnych w praktyce polskich sądów*, Warszawa 2018.

Solik A. (red.), *Raport. Wdrażanie zaleceń Komitetu do Spraw Likwidacji Dyskryminacji Kobiet zawartych w Uwagach końcowych w sprawie siódmego i ósmego sprawozdania okresowego Polski*, Koalicja na rzecz CEDAW, Warszawa 2016.

Stefański R.A., *Zaświadczenie o uzasadnionym podejrzeniu powstania ciąży w wyniku czynu zabronionego* [w:] M. Mozgawa (red.), *Przestępstwo zgwałcenia*, WKP 2012.

Wieruszewski R., *ONZ-owski system ochrony praw człowieka* [w:] A. Czuj (red.), *System ochrony praw człowieka*, Kraków 2005.



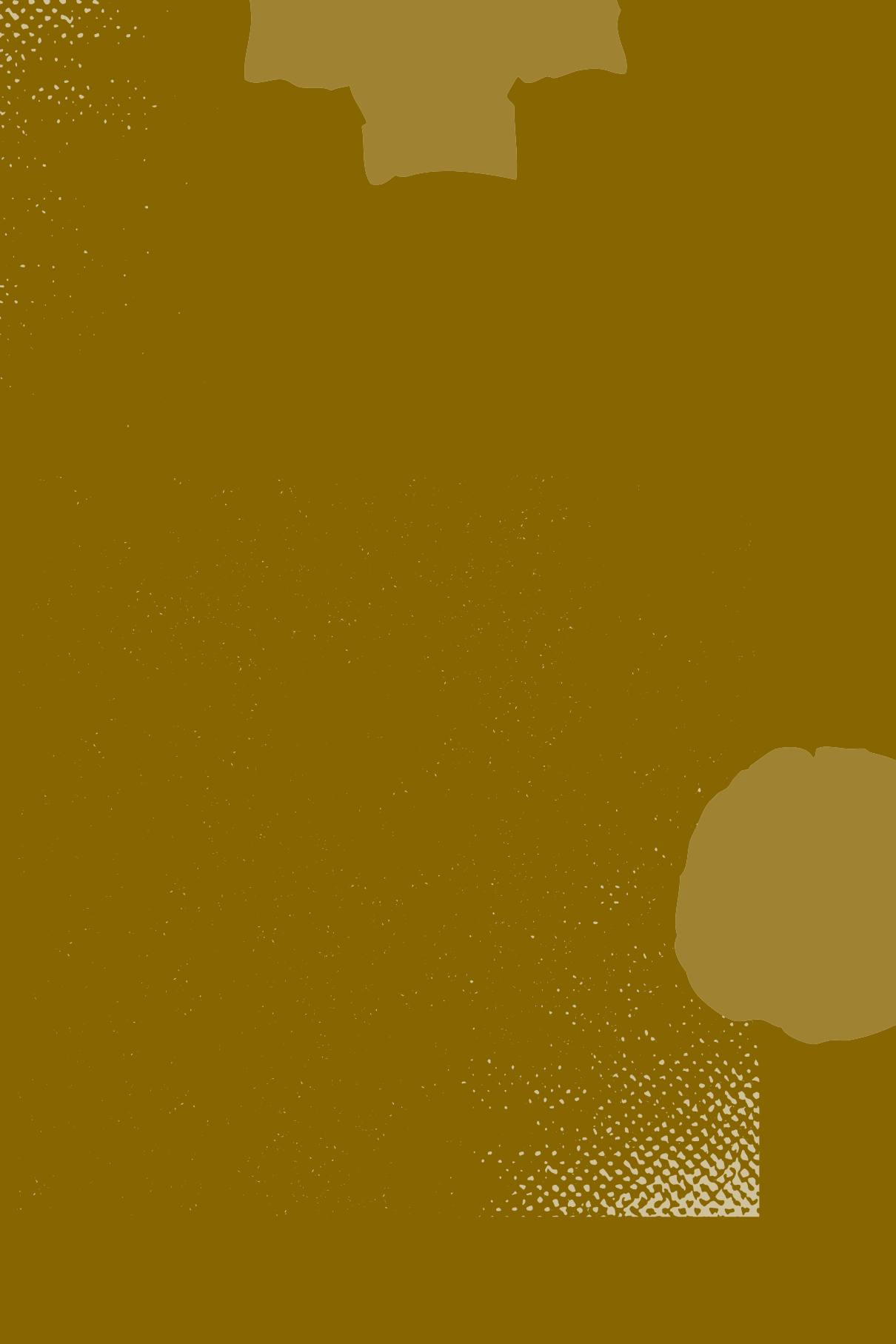
Joanna DUDA

[trainee attorney-at-law, Wardyński & Partners]

Implementation by Poland of the Convention on the Elimination of All Forms of Discrimination against Women in light of the concluding observations of the CEDAW Committee

This article provides an analysis of the status of implementation by Poland of the Convention on the Elimination of All Forms of Discrimination against Women. In particular, the analysis covers the process of implementation of the CEDAW Committee recommendations submitted in concluding observations on the combined seventh and eighth periodic reports of Poland. A practical approach to the committee's competences is preceded by a theoretical introduction. Consideration of the subject matter covers a narrow spectrum of the committee's concluding observations and is limited to selected areas of concern and recommendations of the committee. The paper deals with significant and current activities of the state authorities and citizen initiatives taken in the last reporting period.

WOMEN'S RIGHTS | DISCRIMINATION | CEDAW COMMITTEE | PERIODIC REPORT |
CONCLUDING OBSERVATIONS





Agata ZACZEK*

[absolwentka studiów doktoranckich na Wydziale Prawa i Administracji Uniwersytetu Jagiellońskiego, radca ministra w Departamencie Systemu Podatkowego w Ministerstwie Finansów]



Bartosz GRYZIAK*

[doktorant na Wydziale Prawa i Administracji Uniwersytetu Warszawskiego, Master di primo livello in Diritto italiano (Università degli Studi di Catania), pracownik Departamentu Analiz Podatkowych w Ministerstwie Finansów]

Opłata od usług VOD – analiza prawnopodatkowa na tle rozwiązań polskich i francuskich

Z dniem 1 lipca 2020 r. rozszerzono w Polsce krąg podmiotów obowiązanych do dokonywania wpłat na rzecz Polskiego Instytutu Sztuki Filmowej o podmioty świadczące usługi VOD. Nowa danina spotkała się z negatywnym odzewem w przestrzeni publicznej, głównie ze względu na potencjalną możliwość przenoszenia jej na konsumentów. W toku debaty narósł szereg błędnych przeświadczeń co do istoty przedmiotowej opłaty, która została nawet porównana do podatku cyfrowego. Tymczasem polski ustawodawca posiada, pod pewnymi warunkami, uprawnienie do wprowadzenia takiej daniny – służącej wsparciu rynku kinematografii – od operatorów VOD, w tym od podmiotów mających siedzibę w innym państwie członkowskim Unii Europejskiej, jeśli przychody z tytułu świadczenia usług VOD uzyskiwane są na terytorium Polski. Celem artykułu jest omówienie i uporządkowanie wiedzy na temat powyższej opłaty, z uwzględnieniem doświadczeń, jakie w tym obszarze zebrano we Francji, gdzie wskazana danina ma już kilkunastoletnią historię.

OPŁATA OD VOD | PODATEK CYFROWY | PODATEK OD SERIALI | PLATFORMY CYFROWE | WPŁATY NA RZECZ PISF

* Powyższy tekst stanowi prywatną opinię autorów i nie jest jednoznaczny z oficjalnym stanowiskiem Ministerstwa Finansów.

Wstęp

Ostatnio w doniesieniach prasowych można odnaleźć liczne wypowiedzi dotyczące wprowadzenia w Polsce od 1 lipca 2020 r. obowiązku ponoszenia wpłat na rzecz Polskiego Instytutu Sztuki Filmowej (PISF) przez podmioty świadczące audiowizualne usługi medialne na żądanie (ang. *video on demand*, VOD)¹. Decyzja polskiego ustawodawcy budzi kontrowersje w kontekście ewentualnego przerzucenia ciężaru tej wpłaty (dalej „opłata od VOD” lub „wpłata na rzecz PISF”) na konsumentów, ze szczególnym uwzględnieniem korzystających z takich usług podczas pandemii COVID-19. Niektóre wypowiedzi prasowe przyrównują opłatę od VOD do podatku cyfrowego². Dlatego warto w tym zakresie przyrzeć się bliżej nowelizacjom przepisów prawnych w Polsce, jak również doświadczeniom we Francji, gdzie danina ta funkcjonuje już od 2004 r.

Definicja audiowizualnej usługi medialnej na żądanie zawarta jest w art. 4 pkt 6a ustawy z dnia 29 grudnia 1992 r. o radiofonii i telewizji (dalej „u.r.t.”)³, który wskazuje, że pod tym pojęciem rozumieć należy: *usługę medialną świadczoną w ramach prowadzonej w tym zakresie działalności gospodarczej, polegającą na publicznym udostępnianiu audycji*

audiowizualnych na podstawie katalogu ustalonego przez podmiot dostarczający usługę. Mowa zatem o serwisach VOD, ale też wypożyczalniach kaset wideo itp.

Częściowa harmonizacja w prawie unijnym

Już w pierwotnym brzmieniu dyrektywy o audiowizualnych usługach medialnych art. 13 wskazywał, że państwa członkowskie Unii Europejskiej mają obowiązek zapewnić proporcjonalne i adekwatne („w granicach możliwości i w stosowny sposób”) wsparcie przez podmioty świadczące audiowizualne usługi medialnej produkcji i dostępu do twórczości europejskiej. Tytułem przykładu wskazano dwie formy: udział finansowy takich usług w produkcji utworów europejskich i zakupie praw do nich albo też udostępnianie lub eksponowanie ich w ramach katalogu oferowanego przez danego operatora platformy VOD⁴.

Nowelizacja dyrektywy o audiowizualnych usługach medialnych dyrektywą 2018/1808 przyniosła dwie zasadnicze zmiany: po pierwsze, ustalono obowiązkową kwotę utworów europejskich udostępnianych w ramach usług VOD w wysokości 30% katalogu oferowanego przez danego operatora; po drugie, pośrednio podkreślono prawo państw członkowskich do wymagania finanso-

¹ Zob. <https://zyciestolicy.com.pl/podatek-od-netflixa-sejm-uchwalil-ustawe/>; <https://www.prawo.pl/biznes/tarcza-antykryzysowa-rzadzkuje-kolejne-nowelizacje-tarcza-30,499818.html>; <https://www.prawo.pl/biznes/tarcza-antykryzysowa-3-uchwalona,499937.html> (dostęp: 18.11.2020).

² <https://www.prawo.pl/podatki/netflix-zapla-ci-oplate-podatek-na-rzecz-pisf-ceny-netflixa-i-vod,499826.html> (dostęp: 18.11.2020).

³ Ustawa z dnia 29 grudnia 1992 r. o radiofonii i telewizji (Dz. U. z 2020 r., poz. 805 t.j.).

⁴ Dyrektywa 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, ang. Audiovisual Media Services Directive, AVMSD), Dz. Urz. UE L 95 z 15 kwietnia 2010 r., s. 1.

wego udziału operatorów platform VOD we wspieraniu europejskiej twórczości. W szczególności motyw 36 dyrektywy 2018/1808 wskazuje, że państwa członkowskie Unii Europejskiej powinny mieć możliwość nakładania obowiązków finansowych, tj. prawo do wymagania wkładu finansowego od dostawców usług audiowizualnych⁵. Intencją unijnego ustawodawcy nowelizującego dyrektywę medialną była promocja działań europejskich w obszarze usług VOD.

Przepis dyrektywy dotyczy operatorów VOD spoza danego państwa członkowskiego, lecz kierujących swoje usługi do odbiorców w tym państwie członkowskim (nowo dodany ust. 2 w art. 13 dyrektywy o usługach audiowizualnych). O ile zatem, zgodnie z podziałem kompetencji między państwa członkowskie i Unię, uszanowano autonomiczne władztwo podatkowe państw członkowskich w zakresie prowadzenia własnej polityki kulturalnej z wykorzystaniem danin publicznych, o tyle nakreślono ramy, jakie muszą być przestrzegane, jeżeli środki te miałyby dotyczyć operatorów VOD z pozostałych państw członkowskich⁶.

Dyrektywa 2018/1808 przewidziała dwie możliwe formy wsparcia finansowego:

- bezpośrednią – poprzez inwestycje

- pośrednią – poprzez wkład finansowy w fundusze krajowe.

Wskazano oczywiste kryterium proporcjonalności wprowadzonych środków i niedyskryminacji dostawców usług audiowizualnych zlokalizowanych w innym państwie członkowskim (w tym np. w zakresie pomocy dostępnej dla dostawców usług medialnych w ramach stosowanych systemów finansowania filmów). Warto jednak zauważyć, że – jak wskazano – pośrednie wsparcie poprzez dokonywanie wpłat na specjalny fundusz może być wymagane jedynie w odniesieniu do przychodów danego dostawcy usług VOD generowanych przez odbiorców zlokalizowanych w danym państwie członkowskim (nowo wprowadzony ust. 3 w art. 13 dyrektywy o usługach audiowizualnych). Co więcej, dyrektywa medialna zobowiązuje państwa członkowskie do zwalniania z takich obowiązków „małych” dostawców usług VOD, tj. o niskim przychodzie lub niskiej oglądalności. Zwolnienie takie dotyczy co najmniej dostawców pochodzących z innych państw członkowskich (nowo wprowadzony ust. 6 w art. 13 dyrektywy o usługach audiowizualnych).

W świetle powyższego Polska, podobnie jak inne państwa członkowskie (np. Francja, o czym niżej, ale też Niemcy lub Belgia⁷), ma prawo, a nie obowiązek wprowadzenia daniny, czyli wyżej wspo-

⁵ Dyrektywa Parlamentu Europejskiego i Rady (UE) 2018/1808 z dnia 14 listopada 2018 r. zmieniająca dyrektywę 2010/13/UE w sprawie koordynacji niektórych przepisów ustawowych, wykonawczych i administracyjnych państw członkowskich dotyczących świadczenia audiowizualnych usług medialnych (dyrektywa o audiowizualnych usługach medialnych) ze względu na zmianę sytuacji na rynku (dyrektywa 2018/1808), Dz. Urz. UE L 303 z 28 listopada 2018 r., s. 69.

⁶ Motyw 36 dyrektywy 2018/1808.

⁷ Zob. Europejskie Obserwatorium Audiowizualne, *Mapping of national rules for the promotion of European works in Europe*, Strasburg 2019, s. 70 i 71.

mnianego wsparcia pośredniego, od podmiotów świadczących audiowizualne usługi medialne. Dyrektywa 2018/1808 prawo to jedynie podkreśliła, nadając mu też bardzo szerokie dopuszczalne ramy w kontekście transgranicznym (co jedynie pośrednio wiąże też działania prawodawcy na potrzeby czysto krajowe). Polski ustawodawca zdecydował o nałożeniu takiego obowiązku wpłaty na rzecz PISF przez dostawców VOD, o czym w dalszej części opracowania.

Geneza wprowadzenia opłaty od usług VOD we Francji

Dyskusja o obłożeniu daninami publicznymi sektora wideo we Francji sięga końca lat 80. XX w. Z oczywistych względów pierwotnie odnosiła się do sprzedaży i wypożyczania kaset wideo – ówczesnie był to jedyny dział sektora audiowizualnego we Francji, który nie partycypował w finansowaniu twórczości filmowej (zob. pkt „Charakter prawny opłaty od usług VOD na tle rozwiązań polskich i francuskich” poniżej). Ostatecznie w 1993 r. wprowadzono składkę od sprzedaży i wypożyczania wideo przeznaczonego do użytku prywatnego (fr. *taxe sur la diffusion en vidéo physique et en ligne de contenus audiovisuels*, TSV)⁸. Wynosiła ona 2% przychodów wydawcy lub importera kaset wideo. Od 1 lipca 2003 r. opłata pobierana jest nie u wydawcy (importera), lecz sprzedawcy detalicznego. Przewidziano podwyżkę składki do 10% w przypadku wideo o naturze pornograficznej lub

⁸ Art. 49 ustawy finansowej na 1993 r. (nr 92-1375 z 30.12.1992), <https://www.legifrance.gouv.fr/loda/id/JORFTEXT000000178406/2020-11-18/> (dostęp 18.11.2020).

zachęcających do przemocy⁹. Aby wyeliminować nierówne traktowanie, w 2004 r. rozciągnięto składkę także na sektor VOD (płatna przez operatora platformy)¹⁰. Ze względu jednak na inicjalną fazę rozwoju tego sektora pozostawał on na marginesie TSV. Tytułem przykładu, w 2006 r. dochody z tytułu TSV wynosiły ponad 35 mln euro, z czego szacowano, że zaledwie 140-280 tys. euro miało pochodzić z sektora VOD¹¹.

Z czasem sytuacja uległa jednak odwróceniu: kasety wideo praktycznie przestały być wykorzystywane, natomiast popularność zyskały serwisy VOD. Jednocześnie okazało się, że przepisy nie były dostosowane do zmian zachodzących w sektorze wideo. Obserwowano systematyczny spadek efektywności fiskalnej składki, co doprowadziło nawet do propozycji jej likwidacji. W 2017 r. zyski z TSV wynosiły zaledwie 16 mln euro, podczas gdy w szczytowym okresie, w 2004 r., dochód z TSV wyniósł aż 38 mln euro.

Podjęto się jednak zreformowania TSV. W 2013 r. wprowadzono regulacje dotyczące tzw. „składki Netflix”. Celem reformy było objęcie obowiązkiem zapłaty składki także zagranicznych odpłatnych platform wideo, które udostępniały swoje zasoby we Francji. W 2016 r. wprowadzono

⁹ Art. 166 ustawy finansowej na 2006 r. (nr 2005-1719 z 30.12.1992), <https://www.legifrance.gouv.fr/loda/id/JORFTEXT000000634802/2020-11-18/> (dostęp 18.11.2020).

¹⁰ Art. 113 ustawy nr 2004-669 z 9 lipca 2004 r., <https://www.legifrance.gouv.fr/jorf/id/JORFTEXT000000439399/#JORFARTI000002108726> (dostęp: 18.11.2020).

¹¹ Senat, Raport ogólny nr 140 (kad. 2019-2020), do ustawy finansowej na 2020 r., <http://www.senat.fr/rap/a05-100-6/a05-100-624.html> (dostęp 18.11.2020).

dzono natomiast regulacje dotyczące „składki YouTube” – tym razem składką objęto także dochody z reklam i sponsoringu darmowych platform wideo (z wyłączeniem platform oferujących trailery i promocję filmów). Przemianowano składkę na składkę od dystrybucji fizycznego wideo oraz treści audiowizualnej online (fr. *taxe sur la diffusion en vidéo physique et en ligne de contenus audiovisuels*). Reformy te weszły w życie z dniem 1 stycznia 2018 r. i zaowocowały skokiem dochodów z tytułu TSV w 2018 r. do prawie 26 mln euro.

Finał reformy TSV we Francji stanowi zmiana stawek TSV z 2020 r., która ma skutkować dalszym wzrostem dochodów

z tej daniny do 66 mln euro w 2020 r. Reforma ta przebiegała pod hasłem zrównoważenia stawek (fr. *reequilibrage*), celem zwiększenia udziału platform VOD w finansowaniu francuskiej kinematografii i równoczesnego zmniejszenia ciężarów nałożonych w tym samym obszarze na wydawców usług telewizyjnych (zob. pkt „Charakter prawny opłaty od VOD” poniżej).

Cechy francuskiej opłaty od usług VOD

W przypadku francuskiej wersji opłaty od usług VOD obowiązek składkowy powstaje, podobnie jak w przypadku obowiązku podatkowego w VAT, w razie

Tabela nr 1: Przesłanki wnoszenia opłaty od VOD we Francji

	Przesłanka przedmiotowa	Przesłanka podmiotowa	Przesłanka terytorialna
	Zakres przedmiotowy składki obejmuje dystrybucję fizyczną lub cyfrową treści audiowizualnej poprzez:	Zakres podmiotowy składki obejmuje operatorów, mających siedzibę we Francji lub poza nią, którzy:	Uważa się, że:
Udostępnianie fizyczne	<ul style="list-style-type: none"> publiczną sprzedaż lub wypożyczanie we Francji wideo przeznaczonych do prywatnego użytku; 	<ul style="list-style-type: none"> sprzedają lub wypożyczają wideo we Francji osobom, które same nie prowadzą działalności w zakresie sprzedaży lub wypożyczania wideo; 	<ul style="list-style-type: none"> działalność ma miejsce we Francji, jeżeli podlega francuskiemu VAT;
Udostępnianie cyfrowe	<ul style="list-style-type: none"> publiczne świadczenie we Francji usług dających dostęp za opłatą do dzieł kinematograficznych lub audiowizualnych na indywidualne żądanie składane drogą elektroniczną; publiczne udostępnianie we Francji usług umożliwiających bezpłatny dostęp do treści audiowizualnych na indywidualne żądanie składane drogą elektroniczną. 	<ul style="list-style-type: none"> publicznie świadczą lub udostępniają we Francji usługi, o których mowa po lewej; inkasują kwoty od reklamodawców i sponsorów w związku z wyświetleniem reklam lub komunikatów przy okazji świadczenia usług, o których mowa po lewej. 	<ul style="list-style-type: none"> usługi są świadczone lub udostępniane publicznie we Francji, jeżeli ich odbiorcami są osoby niebędące podatnikami VAT, które mają siedzibę lub miejsce zamieszkania we Francji.

Źródło: Opracowanie własne na podstawie art. 1609 *sexdecies B* francuskiego kodeksu skarbowego (*Code général des impôts*).

spełnienia trzech przesłanek: przedmiotowej, podmiotowej i terytorialnej¹².

W zakresie bezpłatnego udostępniania online treści audiowizualnych przewidziano wyłączenie spod oskładkowania, jeżeli treść audiowizualna ma charakter drugorzędny, główny cel usługi służy informacji lub też główny cel obejmuje informację dotyczącą dzieł kinematograficznych lub audiowizualnych oraz ich dystrybucji i promocji (w szczególności np. trailery). Na wyłączenie to powołuje się Facebook, który wskazuje, że treści audiowizualne w jego usługach mają charakter drugorzędny.

Podstawa wymiaru składki obejmuje kwoty zapłacone przez użytkowników za zakup lub dostęp do dzieł kinematograficznych lub audiowizualnych (bez względu na formę – fizyczną lub cyfrową), a także kwoty zapłacone podmiotom oskładkowanym przez reklamodawców i sponsorów za wyświetlanie ich reklam lub komunikatów o sponsorowaniu przy okazji świadczenia lub udostępniania usług online. W przypadku osób inkasujących kwoty od reklamodawców i sponsorów, które przekazują je dalej podmiotom bezpłatnie udostępniającym online treści audiowizualne, kwoty te są uwzględniane w podstawie oskładkowania tych podmiotów, a nie osób inkasujących.

Podstawa nie obejmuje VAT oraz kwot płaconych przez reklamodawców i spon-

sorów, które podlegają już składkom TST-E lub TST-D. W przypadku podmiotów mających siedzibę we Francji podstawa oskładkowania nie obejmuje także kwot podatku innego niż VAT należnych w innym państwie członkowskim UE.

Podstawa oskładkowania podlega redukcji o 65% w przypadku podmiotów sprzedających lub wypożyczających wideo dla celów prywatnych, chyba że przedmiotem działalności są dzieła o charakterze pornograficznym lub nawołującym do przemocy.

W przypadku płatników składki bezpłatnie udostępniających online treści audiowizualne lub inkasujących kwoty od reklamodawców lub sponsorów od podstawy oskładkowania odlicza się kwotę 100 tys. euro (podzieloną między te podmioty proporcjonalnie do podstaw oskładkowania).

Po reformie z 2020 r. stawka TSV wynosi 5,15%, a w przypadku dzieł o charakterze pornograficznym lub nawołującym do przemocy (identyfikacja tych dzieł następuje na podstawie odrębnych przepisów) – 15%.

Składka jest płatna na tych samych zasadach co VAT.

Jako podstawowy problem zidentyfikowano trudności ze ściągalsnością składki od platform VOD zlokalizowanych za granicą. W 2017 r. uzyskano zgodę Komisji Europejskiej na oskładkowanie platform VOD zlokalizowanych w innych państwach członkowskich.

¹² Składkę od 2009 r. reguluje art. 1609 sexdecies B francuskiego kodeksu skarbowego (Code général des impôts), https://www.legifrance.gouv.fr/codes/section_lc/LEGITEXT000006069577/LEGISCTA0000020507539/#LEGISCTA0000033816267 (dostęp: 18.11.2020).

Okołiczności ustanowienia opłaty od VOD w Polsce

W związku z rozprzestrzenianiem się wirusa SARS-CoV-2 polski ustawodawca zdecydował o podjęciu działań legislacyjnych mających na celu przeciwdziałanie gospodarczym i społecznym skutkom wynikającym z pandemii COVID-19. Wyrazem przystosowania obowiązujących przepisów do nowych warunków społeczno-gospodarczych jest art. 34 tzw. drugiej tarczy antykrzysowej¹³, który zmienił definicję filmu w ustawie o kinematografii (u.k.)¹⁴. Dzięki tej zmianie obecnie zgodnie z art. 4 ust. 1 u.k. *Filmem jest również utwór, który z powodu okoliczności niezawinionych nie został wyświetlony w kinie*. Intencją ustawodawcy było stworzenie możliwości ubiegania się o dotacje z PISF dla produkcji audiowizualnych, które z powodu pandemii COVID-19 nie mogą mieć premier w kinach, będą natomiast udostępniane na platformach cyfrowych jako VOD^{15,16}.

Kolejną interwencją legislacyjną była tzw. trzecia tarcza antykrzysowa, która wprowadziła zmiany do ponad 50 aktów prawnych¹⁷. Wśród nich zna-

lała się kolejna nowelizacja u.k., która tym razem miała na celu zwiększenie środków przeznaczanych na wsparcie dla produkcji filmowej.

W czasie, w którym nie ma możliwości korzystania z oferty kinowej lub jest ona drastycznie ograniczona ze względu na wymogi sanitarne, ustawodawca dostrzegł większe zainteresowanie odbiorców ofertą podmiotów dostarczających audiowizualne usługi medialne (VOD)¹⁸. Tymczasem operatorzy ci, w przeciwieństwie do podmiotów prowadzących kina lub dystrybucję, nadawców programu telewizyjnego, operatorów platform cyfrowych lub telewizji kablowej, a także publicznych nadawców telewizyjnych (a zatem dość liczne grono podmiotów z sektora audiowizualnego), nie uczestniczyli w finansowaniu PISF poprzez odpowiednie wpłaty¹⁹. Zgodnie z uzasadnieniem do projektu trzeciej tarczy antykrzysowej, w celu wsparcia na rynku sektora kultury (w tym przypadku kinematografii), zostały nałożone zatem nowe obowiązki – wpłaty na rzecz PISF – na podmioty dostarczające VOD²⁰. Dzięki temu dołączają one do wyżej wymienionego grona podmiotów współfinansujących PISF, zwiększając jego wpływy na prowadzenie działalności.

Podsumowując, zarówno w Polsce, jak i Francji objęcie operatorów VOD daninami publicznymi na cele finansowe

¹³ Ustawa z dnia 31 marca 2020 r. o zmianie ustawy o szczególnych rozwiązaniach związanych z zapobieganiem, przeciwdziałaniem i zwalczaniem COVID-19, innych chorób zakaźnych oraz wywołanych nimi sytuacji kryzysowych oraz niektórych innych ustaw (Dz.U. z 2020 r. poz. 568 ze zm.).

¹⁴ Ustawa z dnia 30 czerwca 2005 r. o kinematografii (Dz.U. z 2019 r. poz. 2199 ze zm.).

¹⁵ Zob. <https://www.gov.pl/web/gov/zmiany-dla-filmu-i-kinematografii> (dostęp: 18.11.2020).

¹⁶ Zob. J. Barta, R. Markiewicz, *Prawo autorskie*, wyd. 3, Warszawa 2013, s. 227.

¹⁷ Ustawa z dnia 14 maja 2020 r. o zmianie niektórych ustaw w zakresie działań osłonowych w związku z rozprzestrzenianiem się wirusa SARS-CoV-2 (Dz.U. z 2020 r. poz. 875 ze zm.).

¹⁸ Zob. Europejskie Obserwatorium Audiowizualne, *Modelling audiovisual sector revenue flows in the EU and test case on impact of COVID-19 on industry revenues*, Strasburg 2020, s. 21.

¹⁹ Art. 19 ust. 1-5 i 7 u.k.

²⁰ <https://isap.sejm.gov.pl/isap.nsf/DocDetails.xsp?id=WDU20200000875> (dostęp: 18.11.2020).

wania kinematografii nastąpiło poprzez rozszerzenie zakresu zastosowania już istniejących danin, które wcześniej obciążały inne podmioty. Mowa zatem o sprawiedliwej repartycji kosztów finansowania krajowej kinematografii między podmioty działające w sektorze audiowizualnym. Obciążenie to musi uwzględniać zmiany zachodzące na rynku, w tym rosnące znaczenie usług VOD.

Polska wersja opłaty od usług VOD

Zmiany obowiązujące od 1 lipca 2020 r. zostały wprowadzone na mocy art. 16 tzw. trzeciej tarczy antykrzysowej, zmieniającego art. 18 ust. 1 pkt 6 i dodającego art. 19 ust. 6a-6c u.k. Rozszerzono art. 19 u.k. o ustęp 6a w brzmieniu: *Podmiot dostarczający audiowizualną usługę medialną na żądanie dokonuje wpłaty na rzecz Instytutu w wysokości 1,5% przychodu uzyskanego z tytułu opłat za dostęp do udostępnianych publicznie audiowizualnych usług medialnych na żądanie albo przychodu uzyskanego z tytułu emisji przekazów handlowych, jeżeli ten przychód w danym okresie rozliczeniowym jest wyższy.* Nowelizacja nakłada na podmiot dostarczający audiowizualną usługę medialną na żądanie – a podmiotów takich jest ok. 150²¹ (m.in. Netflix, Amazon, HBO Europe, Telewizja Polska SA., TVN SA.)²² – obowiązek wpłaty na rzecz PISF,

której wysokość zależy od struktury jego przychodów.

W pierwszym przypadku podmiot ten powinien dokonać wpłaty w wysokości 1,5%, gdy uzyska przychód z tytułu opłat za dostęp do udostępnianych publicznie VOD. Natomiast w drugim przypadku jego obowiązek dotyczy wniesienia wpłaty w tej samej wysokości, ale gdy uzyska wyższy przychód niż w pierwszym przypadku z tytułu emisji przekazów handlowych. Wynika to z faktu, że w świetle art. 4 pkt 1 u.r.t. usługą medialną jest także przekaz handlowy. Na gruncie art. 4 pkt 16 u.r.t. przekazem handlowym jest *każdy przekaz, w tym obrazy z dźwiękiem lub bez dźwięku albo tylko dźwięki, mający służyć bezpośrednio lub pośrednio promocji towarów, usług lub renomy podmiotu prowadzącego działalność gospodarczą lub zawodową, towarzyszący audycji lub włączony do niej, w zamian za opłatę lub podobne wynagrodzenie, albo w celach autopromocji, w szczególności reklama, sponsorowanie, telesprzedaż i lokowanie produktu.*

Polski ustawodawca w art. 19 ust. 6b u.k. objął zakresem nowelizacji u.k. również podmioty dostarczające VOD zlokalizowane w pozostałych państwach członkowskich. W rezultacie zmian zakresem regulacji będą objęte podmioty, które posiadają siedzibę w innym państwie członkowskim Unii Europejskiej, a wpłata na rzecz PISF będzie ustalana na podstawie przychodów uzyskiwanych w Polsce.

W art. 19 ust. 6c u.k. zostały wprowadzone dwa wyłączenia z obowiązku dokonania wpłat na rzecz PISF przez podmioty dostarczające VOD. Pierw-

²¹ Zob. projekt ustawy o zmianie niektórych ustaw w zakresie działań osłonowych w związku z rozprzestrzenieniem się wirusa SARS-CoV-2, 27.04.2020, Nr w wykazie prac legislacyjnych Rady Ministrów UD 83, s. 14.

²² Zob. Cabrera Blázquez F.J., Cappello M., Fontaine G., Talavera Milla J., Valais S., *Copyright licensing rules in the EU, IRIS Plus*, Europejskie Obserwatorium Audiowizualne, Strasburg 2020, s. 58.

szym wyłączeniem zostali objęci mikroprzedsiębiorcy w rozumieniu art. 7 ust. 1 pkt 1 ustawy z dnia 6 marca 2018 r. Prawo przedsiębiorców²³, tj. *przedsiębiorcy, którzy w co najmniej jednym roku z dwóch ostatnich lat obrotowych spełniali łącznie następujące warunki: a) zatrudniali średniorocznie mniej niż 10 pracowników oraz b) osiągnęli roczny obrót netto ze sprzedaży towarów, wyrobów i usług oraz z operacji finansowych nieprzekraczający równowartości w złotych 2 milionów euro, lub sumy aktywów ich bilansu sporządzonego na koniec jednego z tych lat nie przekroczyły równowartości w złotych 2 milionów euro*. Natomiast drugie wyłączenie obejmuje podmioty dostarczające VOD, których liczba użytkowników wszystkich udostępnianych publicznie VOD w 2019 r. (tj. w roku poprzedzającym rok, w którym jest ustalany obowiązek wpłaty na rzecz PISF) przekroczyła 1% abonentów usług transmisji danych zapewniających szerokopasmowy dostęp do Internetu. Należy podkreślić, że liczba użytkowników usług transmisji danych zapewniających szerokopasmowy dostęp do Internetu określana jest na podstawie danych z inwentaryzacji, zgodnie z art. 29 ustawy dnia 7 maja 2010 r. o wspieraniu rozwoju usług i sieci telekomunikacyjnych²⁴. Co więcej, zgodnie z informacją Urzędu Komunikacji Elektronicznej²⁵, według stanu na koniec 2019 r. liczba takich użytkowników określona na podstawie danych inwentaryzacji infrastruktury

i usług telekomunikacyjnych z 2020 r. wynosi 7 770 794.

W świetle art. 19 ust. 8 u.k. podmioty dostarczające VOD mają obowiązek przekazywać wpłaty na rzecz PISF w okresach kwartalnych w terminie 30 dni po upływie kwartału. Oznacza to, że pierwsze wpłaty powinny już być zostać przekazane. Zgodnie z informacją prasową²⁶ z 17 listopada 2020 r. PISF otrzymał około 4 mln złotych z tytułu opłaty od dostawców VOD w trzecim kwartale 2020 r. Rzeczniczka PISF stwierdziła, że kwota ta powiększy środki przeznaczone *m.in. na produkcję filmów, organizację festiwalu i innych wydarzeń filmowych, wsparcie kin i promocję polskiego filmu za granicą*. Zdaniem rzeczniczki takiej wpłaty dokonało 14 podmiotów, w tym m.in.: Ringier Axel Springer Polska, HBO Europe, Google Ireland Limited, Google Commerce Limited, Netflix International BV, Radio Muzyka Fakty Grupa RMF, Agora SA, Orange Polska SA, Canal+ Polska SA i TVN SA²⁷.

Podsumowując, zarówno we Francji, jak i w Polsce zdecydowano się na szeroki zakres podmiotowy obejmujący podmioty nie tylko krajowe, lecz także zagraniczne. Konstrukcję daniny w obu wypadkach, zgodnie z dyrektywą, oparto o przychód z działalności w sektorze VOD. We Francji, inaczej niż w Polsce, przychody z opłat za dostęp do udostępnianych treści są sumowane z przychodami z emisji

²³ Dz.U. z 2019 r. poz. 1292 z późn. zm.

²⁴ Dz.U. z 2019 r. poz. 2410 z późn. zm.

²⁵ <https://www.uke.gov.pl/akt/obowiazek-dokona-nia-wplat-na-rzecz-pisf-przez-podmioty-dostarczajace-audiowizualne-uslugi-medialne-na-zadanie,329.html> (dostęp: 18.11.2020).

²⁶ https://www.press.pl/tresc/63944,pisf_-prawy-4-mln-zl-oplaty-audiowizualnej-od-dostawcow-vod-w-trzecim-kwartale (dostęp: 18.11.2020).

²⁷ Ibidem.

przekazów handlowych – w Polsce natomiast obowiązuje alternatywa: opodatkowane są przychody z tego źródła, które w danym okresie rozliczeniowym dało wyższe przychody. Polska opłata od VOD stanowi mniej intensywne obciążenie operatorów VOD – przewidziano zarówno niższą stawkę daniny, jak i dłuższe okresy rozliczeniowe.

Charakter prawny opłaty od VOD na tle rozwiązań polskich i francuskich

Wpłaty na rzecz PISF stanowią koszty uzyskania przychodów, w rozumieniu przepisów o podatku dochodowym, w dacie ich poniesienia (art. 19 ust. 10 u.k.). Zatem wpłata, wbrew niektórym doniesieniom prasowym, nie może być podatkiem²⁸, lecz formą daniny celowościowej.

Poszukując odpowiedzi na pytanie o charakter prawny opłaty od VOD, warto zwrócić uwagę na jej miejsce we francuskich daninach publicznych. Tytułem wstępu należy wskazać, że we Francji, podobnie jak we Włoszech, daniny publiczne dzielą się, ze względu na stopień odpłatności, na:

- podatki (fr. *impôt*, wł. *imposta*), czyli daniny o charakterze nieodpłatnym (brak bezpośredniego świadczenia wzajemnego ze strony państwa),
- składki (fr. *taxe*, wł. *contributo*), czyli daniny o charakterze odpłatnym, lecz nieproporcjonalnym do uzyskanej usługi publicznej, przy

czym nie jest nawet konieczne jej efektywne uzyskanie, a wystarczy jedynie potencjalna możliwość uzyskania usługi lub wykorzystania struktury publicznej²⁹,

- opłaty (fr. *redevance*, wł. *tassa*), czyli daniny o charakterze odpłatnym i proporcjonalnym do uzyskanej usługi publicznej.

Inaczej niż w Polsce, we Francji dopuszcza się powiązanie podatków i składek z określonym celem (fr. *impôts et taxes affectés*, ITAF). Odpowiada to polskim składkom na fundusze celowe. W istocie TSV stanowi jedną ze składek finansujących działalność francuskiego Narodowego Centrum Kinematografii i Obrazów Animowanych (fr. *Centre national du cinéma et de l'image animée*; dalej: „Centrum”). Centrum finansowane jest następującymi składkami (w nawiasach podano procentowy udział w dochodach Centrum w 2018 r.):

- składka od usług telewizyjnych ponoszona przez wydawców (TST-E – 44,1%) oraz dystrybutorów usług telewizyjnych (TST-D – 31,6%),
- składka od biletów kinowych (TSA – 20,9%),
- składka TSV – 3%.

Pozostałe 0,5% dochodów Centrum pochodziło z innych źródeł.

²⁸ Zob. <https://www.uke.gov.pl/akt/obowiazek-dokonania-wplat-na-rzecz-pisf-przez-podmioty-dostarczajace-audiowizualne-uslugi-medialne-na-zadanie,329.html> (dostęp: 18.11.2020).

²⁹ Klasycznymi przykładami, występującymi także w polskim systemie danin publicznych, są: 1) opłata za wywóz śmieci – należna niezależnie od tego, czy śmieci rzeczywiście wywieziono i w jakiej ilości; 2) podatek turystyczny, który obciąża turystów niezależnie od faktycznego skorzystania z lokalnej infrastruktury turystycznej. Jak widać, w Polsce występuje niejednolite podejście co do klasyfikacji tego typu danin. <http://pointdroit.com/difference-taxe-impot-redevance/> (dostęp: 18.11.2020), por. F. Randazzo, *Manuale di diritto tributario*, Turyn 2018, s. 4–7.

Tabela nr 2: Szacowane przychody z opłaty od usług VOD w Polsce

Podmiot dostarczający VOD	Przychód w PLN	Wpłata na rzecz PISF (1,5% przychodu) w PLN
IPLA (POLSAT)	268 879 600	4 033 194
Player.pl (TVN)	102 031 600	1 530 474
Amazon	44 391 600	665 874
Cda.pl	38 728 800	580 932
Netflix	429 312 400	6 439 686
Apple +	290 400	4356
Inne	230 392 800	3 455 892
Razem	1 114 027 200	16 710 408

Źródło: Projekt ustawy o zmianie niektórych ustaw w zakresie działań osłonowych w związku z rozprzestrzenianiem się wirusa SARS-CoV-2, 27 kwietnia 2020 r., nr w wykazie prac legislacyjnych Rady Ministrów UD 83, s. 24.

Jak widać, TSV w 2018 r. stanowiło marginalne źródło dochodów Centrum. Zrównoważenie stawek w 2020 r. ma zmienić ten stan rzeczy: ze wzrostem dochodów z TSV skorelowany ma być spadek dochodów z TST-E (stawki obu składek będą równe, co ma zapobiec zakłóceniom rynku). W 2020 r. dochody z TST-E i TSV bez reformy miałyby wynieść odpowiednio 293 i 31 mln euro, po reformie stawek prognozuje się odpowiednio 261 i 66 mln euro³⁰.

Podobnie w Polsce opłata od VOD stanowi daninę celową, która ma być coraz ważniejszym źródłem finansowania PISF, a więc polskiej kinematografii. Polska danina zawiera w sobie ekwiwalent nie tylko francuskiego TSV, lecz także TSA, TST-D i TST-E. Co istotne, nie ma ona cech podatku, gdyż posiada elementy odpłatności (nieproporcjonalnej) przejawiającej się w finansowanej w ten sposób działalności PISF (wysokość opłaty nie zależy od tego, jaką część przychodów danego operatora wygenerowały działa finansowane

przez PISF). Poniższa tabela przedstawia szacowany przez ustawodawcę przychód dla PISF, który opiera się na danych Europejskiego Obserwatorium Audiowizualnego. Szacowany przychód powinien wynieść do końca 2020 r. ok. 15 mln złotych, a w kolejnych latach co najmniej 20 mln złotych w skali roku.

Podsumowanie

Powyższa analiza wskazuje, że zarówno we Francji, jak i w Polsce, wbrew doniesieniom prasowym, opłata VOD nie została nałożona jako w swej istocie nowa danina, lecz jako rozciągnięcie daniny już funkcjonującej w sektorze audiowizualnym. Ma to na celu przeciwdziałanie nieuzasadnionemu uprzywilejowaniu operatorów VOD m.in. w stosunku do podmiotów prowadzących kina czy też operatorów platform cyfrowych. Opłata służy zatem sprawiedliwej repartycji kosztów finansowania krajowej kinematografii między podmiotami działającymi w tym sektorze. Nie można przy tym pominąć zmian zachodzących na rynku usług audiowizualnych, w wyniku których znaczenie dostawców świadczących audiowizualne usługi medialne na żądanie stale rośnie.

³⁰ Senat, <https://www.senat.fr/rap/l19-140-319/l19-140-3195.html> (dostęp: 18.11.2020).

Chociaż prawo unijne nie nakłada obowiązku wprowadzenia opłat od VOD, a narzucone w dyrektywie 2018/1808 obowiązki *de lege* mają znaczenie jedynie w wymiarze transgranicznym, to *de facto* daniny wprowadzone w poszczególnych państwach są podobne pod względem konstrukcyjnym. Przyjęły one formę opłat o charakterze przychodowym pobieranych w związku z osiągnięciem określonych kategorii przychodu w sektorze usług VOD.

Na krytykę zasługuje natomiast szczerkowy charakter polskiej regulacji opłaty od VOD – nie definiuje ona w sposób tak szczegółowy, jak ma to miejsce w regulacji francuskiej, elementów konstrukcji opłaty od VOD, przez co jej stosowanie w praktyce może rodzić trudności. Trudność w prawidłowym funkcjonowaniu tej daniny dotyczyć może też kwestii jej ściągłości od zagranicznych podmiotów. Niema-

terialny charakter ich obecności na polskim rynku medialnym istotnie utrudnia egzekwowanie od nich ciężarów publicznoprawnych. Również w przypadku regulacji francuskiej wskazano tę kwestię jako jedno z głównych wyzwań stojących przed tą daniną.

Na uwagę zasługuje kwestia charakteru prawnego opłaty od VOD. Wpłata na PISF najbliższej odpowiada konstrukcji składki na fundusz celowy (tak też brzmi tekst dyrektywy, szczególnie w jego angielskiej wersji). W takim wypadku, w ślad za doktryną francuską czy włoską, mowa o odpłatności (nie jest to zatem podatek) – lecz ta odpłatność, inaczej niż w przypadku opłaty, nie ma charakteru proporcjonalnego do uzyskanego świadczenia. Danina jest bowiem należna bez względu na to, czy przychody pochodzą z dzieła finansowanego przez PISF lub Centrum, czy też z innego źródła.

BIBLIOGRAFIA:

- Barta J., Markiewicz R., *Prawo autorskie*, wyd. 3, Warszawa 2013.
- Cabrera Blázquez F.J., Cappello M., Fontaine G., Talavera Milla J., Valais S., *Copyright licensing rules in the EU, IRIS Plus*, Europejskie Obserwatorium Audiowizualne, Strasburg 2020.
- Donders K. (et al.), *Obligations on on-demand audiovisual media services providers to financially contribute to the production of European works*, Vrije Universiteit Brussel 2018.
- Randazzo F., *Manuale di diritto tributario*, Turyn 2018.
- Direction Générale des Finances Publiques, *TCA – Taxe sur les ventes et les locations de vidéogrammes destinés à l’usage privé du public*, Bulletin Officiel des Finances Publiques – Impôts, BOI-TCA-VLV-16/07/2014.
- Europejskie Obserwatorium Audiowizualne, *Mapping of national rules for the promotion of European works in Europe*, Strasburg 2019.
- Europejskie Obserwatorium Audiowizualne, *Modelling audiovisual sector revenue flows in the EU and test case on impact of COVID-19 on industry revenues*, Strasburg, 2020.
- European Regulators Group for Audiovisual Media Services, *ERGA Analysis & Discussion Paper to contribute to the consistent implementation of the revised Audiovisual Media Services (AVMS) Directive*, ERGA-2018-08-SG3, 2018.



Agata ZACZEK*

[graduate of doctoral studies at the Faculty of Law and Administration at Jagiellonian University, adviser to the minister in the Tax System Department, Polish Ministry of Finance]



Bartosz GRYZIAK*

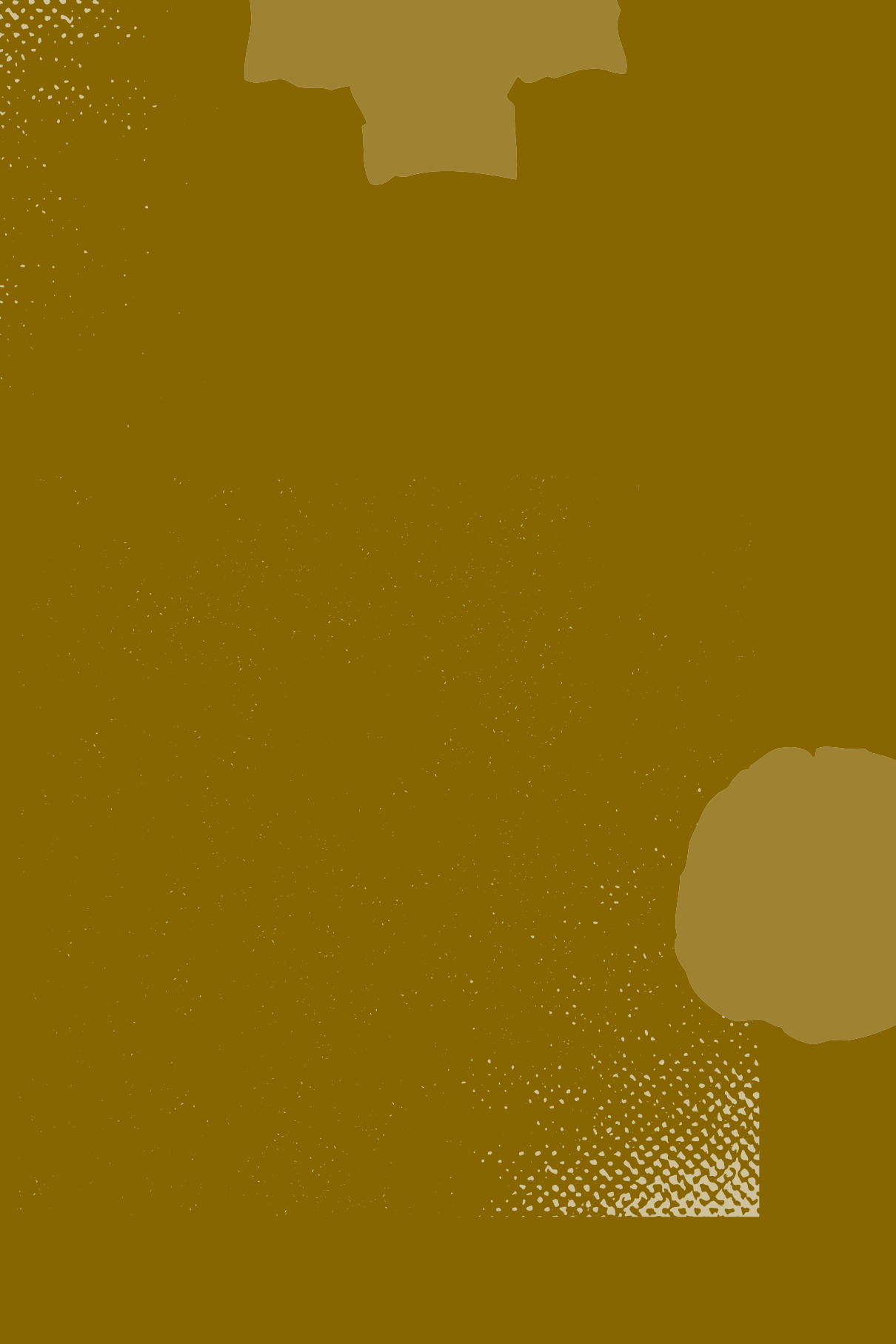
[doctoral student at the Faculty of Law and Administration at the University of Warsaw, Master di primo livello in Diritto italiano (University of Catania), staff member at the Tax Analysis Department, Polish Ministry of Finance]

Fees for VOD services: A tax-law analysis in light of Polish and French solutions

The set of entities in Poland required to make contributions to the Polish Film Institute (PISF) was expanded as of 1 July 2020 to include entities providing video-on-demand services. The new fee was met with a negative reaction in the public arena, mainly due to the possibility that the fee could be passed on to consumers. The debate gave rise to a number of misunderstandings on the nature of the fee, which was even compared to a digital tax. But Polish lawmakers have the authority, under certain circumstances, to introduce such a fee, with the aim of supporting the cinema market, from VOD operators, including entities registered in other member states of the European Union, if their revenue from delivery of VOD services is obtained in the territory of Poland. The aim of the article is to discuss and systematise knowledge on this fee, taking into account experiences gleaned in France, where such a fee has a longstanding history.

VOD FEES | DIGITAL TAX | TAX ON TV SERIES | DIGITAL PLATFORMS | CONTRIBUTIONS TO THE POLISH FILM INSTITUTE (PISF)

* This article represents the private opinion of the authors and does not constitute an official position of the Ministry of Finance.





Mateusz Jakub KOSIOROWSKI

[aplikant adwokacki, kancelaria Wardyński i Wspólnicy]

Przelew wierzytelności z tytułu obowiązkowego ubezpieczenia odpowiedzialności cywilnej posiadaczy pojazdów mechanicznych w zakresie zwrotu kosztów za sporządzenie prywatnej ekspertyzy rzeczoznawcy. Glosa do uchwały 7 sędziów Sądu Najwyższego z 2 września 2019 r. (III CZP 99/18)

A probująco-krytyczna glosa odnosi się do uchwały 7 sędziów Sądu Najwyższego z 2 września 2019 r. (III CZP 99/18) dotyczącej możliwości przelewu wierzytelności z zakresu roszczenia odszkodowawczego z tytułu obowiązkowego ubezpieczenia odpowiedzialności cywilnej posiadaczy pojazdów mechanicznych za zwrot tzw. prywatnej ekspertyzy rzeczoznawcy. Autor co do zasady aprobuje tezę uchwały, nakreślając przy tym problematykę szkód motoryzacyjnych, jak i analizując dorobek orzecznictwa i doktryny w zakresie instytucji przelewu wierzytelności oraz zasad odszkodowawczych. W końcowej części autor wskazuje na możliwość powstania takich sytuacji faktyczno-prawnych, które w swej istocie doprowadzałyby do obejścia zasady przyjętej w uchwale, czego konsekwencją byłby wzrost praktyk nieuczciwych przedsiębiorców w przypadkach, gdy jako cesjonariusze roszczeń odszkodowawczych, wskutek sporządzenia prywatnej ekspertyzy rzeczoznawcy, uzyskiwaliby powiększone w sposób sztuczny odszkodowanie należne od towarzystw ubezpieczeniowych z tytułu szkody motoryzacyjnej.

SZKODA MOTORYZACYJNA | PRZELEW WIERZYTELNOŚCI | UBEZPIECZENIA |
UBEZPIECZENIE OC PPM | ODSZKODOWANIE ZA PRYWATNĄ EKSPERTYZĘ

Poszkodowanemu oraz cesjonariuszowi roszczeń odszkodowawczych z tytułu obowiązkowego ubezpieczenia odpowiedzialności cywilnej posiadaczy pojazdów mechanicznych przysługuje od ubezpieczyciela odpowiedzialności cywilnej zwrot kosztów tzw. prywatnej opinii (ekspertyzy) rzeczoznawcy, jeżeli jej sporządzenie było niezbędne do efektywnego dochodzenia odszkodowania¹.

I. Wstęp oraz okoliczności wydania uchwały

Rynek ubezpieczeń należy do szeroko rozumianego sektora finansowego i podlega różnego rodzaju regulacjom i ograniczeniom. Przyjmuje się, że działalność ubezpieczeniowa dzieli się systemowo na dwa działy: pierwszy (obejmujący ubezpieczenia na życie)² oraz drugi (zawierający pozostałe ubezpieczenia osobowe i ubezpieczenia majątkowe). W dziale drugim ubezpieczenia odpowiedzialności cywilnej wynikające z posiadania pojazdów lądowych należą niewątpliwie do kategorii najbardziej istotnych z punktu widzenia towarzystw ubezpieczeniowych, bowiem generują najwyższą łączną wartość pobieranych składek i wypłacanych odszkodowań³.

¹ Lex nr 2714676.

² Z poszczególnymi podgrupami, tj. ubezpieczeniami posagowymi, rentowymi itp.

³ Znajduje to potwierdzenie w danych statystycznych Polskiej Izby Ubezpieczeń, wg których składki z tego tytułu stanowiły ok. 34% wszystkich składek działu II w drugim kwartale 2020 r. polskich zakładów ubezpieczeniowych; z kolei wypłacone odszkodowania z tej podstawy stanowiły niemal 42% wszystkich wypłaconych odszkodowań z działu II. łączna składka z tytułu ubezpieczeń odpowiedzialności cywilnej wynikającej z posiadania pojazdów lądowych wyniosła 7,28 mld zł (wszystkie składki z działu II: 21,36 mld zł), zaś wypłacone odszkodowania z tego tytułu wyniosły 4,48 mld zł (wszystkie wypłacone odszkodowania z działu II: 10,68 mld zł). Por. <https://piu.org.pl/>

Wynika to z faktu, że omawiana grupa działań drugiego obejmuje nie tylko dobrowolne ubezpieczenia AC (*autocasco*), ale także obowiązkowe ubezpieczenia odpowiedzialności cywilnej posiadaczy pojazdów mechanicznych (OC PPM), uregulowane m.in. przepisami ustawy z dnia 22 maja 2003 r. o ubezpieczeniach obowiązkowych, Ubezpieczeniowym Funduszu Gwarancyjnym i Polskim Biurze Ubezpieczycieli Komunikacyjnych (Dz.U. nr 124, poz. 1152 ze zm., dalej: „u.u.o.”)⁴. Ubezpieczenie obowiązkowe ma przy tym w pewnym stopniu charakter dynamiczny, gdyż poszczególne obowiązki towarzystw ubezpieczeniowych (jak i regulacje umowne) wynikają nie tylko z przepisów ww. ustawy, ale także z utrwalonego orzecznictwa, opierającego się na istotnych uchwałach Sądu Najwyższego w zakresie szkód motoryzacyjnych⁵.

ubezpieczyciele-wypłacili-poszkodowanym-prawie-20-mld-zł/ (dostęp: 30.11.2020).

⁴ Przepisy u.u.o. wprowadzają pewne istotne modyfikacje w stosunku do ogólnych zasad ubezpieczeń majątkowych. Dla przykładu zgodnie z art. 9 ust. 2 u.u.o. umowa ubezpieczenia OC PPM obejmuje również szkody wyrządzone umyślnie lub w wyniku rażącego niedbalstwa ubezpieczającego lub osób, za które ponosi on odpowiedzialność. Stanowi to wyjątek od regulacji przepisu art. 826 § 3 ustawy z dnia 23 kwietnia 1964 r. Kodeks cywilny (Dz.U. Nr 16, poz. 93 ze zm., dalej: k.c.) stanowiącego, że jeżeli ubezpieczający umyślnie lub wskutek rażącego niedbalstwa nie zastosował środków określonych w § 1, ubezpieczyciel jest wolny od odpowiedzialności za szkody powstałe z tego powodu.

⁵ Dla przykładu dopiero w uchwale Sądu Najwyższego z 17 listopada 2011 r. (III CZP 5/11) przesądzono, że odpowiedzialność ubezpieczyciela z tytułu umowy obowiązkowego ubezpieczenia odpowiedzialności cywilnej posiadaczy pojazdów mechanicznych za uszkodzenie albo zniszczenie pojazdu mechanicznego niesłużącego do prowadzenia działalności gospodarczej obejmuje celowe i ekonomiczne uzasadnione wydatki na najem pojazdu zastępczego, nie jest ona uzależniona od niemożności korzystania przez poszkodowanego z komunikacji zbiorowej (Lex nr 1011468). W poruszanej materii warto wskazać, że przed

Komentowane orzeczenie wymaga omówienia ze względu na wagę wskazanej tezy – dopuszczającej, w określonych sytuacjach, zwrot kosztów prywatnej opinii (ekspertyzy) rzeczoznawcy, poniesionych przez poszkodowanych bądź cesjonariuszy roszczeń odszkodowawczych. Wprawdzie pojedyncze tego rodzaju opinie⁶ – relatywnie rzecz ujmując – nie stanowią znacznego obciążenia i zagrożenia dla płynności finansowej towarzystwa ubezpieczeniowego, niemniej skala zjawiska powoduje, że obowiązek pokrywania prywatnych opinii rzeczoznawców może wpływać na politykę finansową towarzystw, w tym na samą wysokość składek.

wydaniem uchwały zakłady ubezpieczeniowe najczęściej odmawiały wypłaty odszkodowania za najem pojazdu zastępczego, podnosząc przy tym, że poszkodowany mógł korzystać z komunikacji publicznej. Natomiast samo uzasadnienie uchwały spotkało się m.in. z krytyką T. Szancitła, który – mając na względzie zasadę pełnej kompensacji oraz adekwatnego związku przyczynowego – w szczególności zarzucił jej, że *nie znajduje jednak uzasadnienia postawienie przez SN [...] a limine znaku równości pomiędzy posiadaniem innego samochodu a zbędnością najmu pojazdu zastępczego, co ma skutkować uznaniem, że wówczas roszczenie o zwrot kosztów najmu pojazdu zastępczego poszkodowanemu nie przysługuje. Takie stwierdzenie nie ma uzasadnienia chociażby z tej przyczyny, że nie w każdej sytuacji możliwe jest wykorzystywanie tego innego pojazdu do celów, jakim służył uszkodzony lub zniszczony pojazd, a co więcej – pojazdy mogły być wykorzystywane przez różnych członków rodziny w różnych celach i nie jest w ogóle możliwe zastąpienie pojazdu, który uczestniczył w kolizji. Por. T. Szancitło, *Cywilne prawo – zobowiązania – umowa ubezpieczenia OC – zakres odpowiedzialności ubezpieczyciela w razie uszkodzenia lub zniszczenia pojazdu mechanicznego, jeżeli poszkodowany nie prowadzi działalności gospodarczej – wydatek na najem pojazdu zastępczego. Glosa do uchwały SN z dnia 17 listopada 2011 r., III CZP 5/11, „Orzecznictwo Sądów Polskich” 2013, nr 1.**

⁶ Poszkodowani i cesjonariusze roszczeń bardzo często decydują się na sporządzenie takiej opinii w postępowaniach likwidacyjnych i przedsądowych, w szczególności po wypłacie pierwszego odszkodowania, którego wysokość – w ich ocenie – nie kompensuje w całości zaistniałej szkody.

Omawiana uchwała została podjęta na wniosek Rzecznika Finansowego z 16 listopada 2018 r. w przedmiocie rozstrzygnięcia istniejących rozbieżności w orzecznictwie sądów co do wykładni prawa, ilustrowanych poniższymi pytaniami:

1. Czy w świetle art. 34 ust. 1 w zw. z art. 36 u.u.o. oraz art. 361 § 1 i 2 k.c. koszt prywatnej ekspertyzy rzeczoznawcy poniesiony przez poszkodowanego w celu ustalenia wysokości szkody bądź odpowiedzialności ubezpieczyciela w toku postępowania likwidacyjnego (przedsądowego) podlega kompensacie w ramach odpowiedzialności gwarancyjnej ubezpieczyciela z tytułu umowy obowiązkowego ubezpieczenia odpowiedzialności cywilnej posiadaczy pojazdów mechanicznych?
2. Czy analogicznej kompensacie w powyższym zakresie podlega również koszt prywatnej ekspertyzy rzeczoznawcy poniesiony przez cesjonariusza, który nabył od poszkodowanego wierzytelność odszkodowawczą?

W treści swojego wniosku Rzecznik Finansowy podał, że w dokonanej analizie orzecznictwa sądów powszechnych w sprawach z zakresu obowiązkowego ubezpieczenia odpowiedzialności cywilnej posiadaczy pojazdów mechanicznych dostrzega się rozbieżności interpretacyjne przy wydatkach poszkodowanych lub cesjonariuszy (przedsiębiorców zajmujących się zawodowo pozyskiwaniem roszczeń odszkodowawczych od poszkodowanych) za sporządzenie prywatnej ekspertyzy rzeczoznawcy

w toku postępowania likwidacyjnego⁷. W tak przedstawionej problematyce we wniosku wyróżniono pogląd pozytywny oraz negatywny.

Zgodnie z pierwszym poglądem wskazanym przez Rzecznika Finansowego odszkodowanie przysługujące z umowy ubezpieczenia odpowiedzialności cywilnej posiadaczy pojazdów mechanicznych za szkody powstałe w związku z ruchem tych pojazdów może – stosownie do okoliczności sprawy – obejmować także koszty ekspertyzy wykonanej na zlecenie poszkodowanego⁸. Chodzi przede wszystkim o podmioty prywatne (w szczególności osoby fizyczne), które – dla efektywnej realizacji dochodzenia swoich roszczeń – podejmują celowe, racjonalne i niezbędne działania w związku z zaistniałą szkodą samochodową, aby zweryfikować jej wysokość, do czego niezbędna jest z kolei pomoc fachowego podmiotu, tj. rzeczoznawcy, który za pomocą wyspecjalizowanego oprogramowania (najczęściej Audatex bądź EurotaxGlass's) określi zakres zaistniałych szkód, a w konsekwencji wysokość kosztów naprawy. W takim wypadku sporządzona ekspertyza – dokonana przed wszczęciem postępowania sądowego bądź w trakcie postępowania likwidacyjnego – może stanowić przesłankę do zasądzenia odpowiedniego odszkodowania w związku z zaistniałymi dodatkowymi kosztami⁹.

W drugim poglądzie przywołanym przez Rzecznika Finansowego przyjmuje się, że sąd orzekający – w ramach m.in. badanego adekwatnego związku przyczynowego – winien zweryfikować, czy roszczenie odszkodowawcze, w zakresie poniesionych kosztów prywatnej opinii, jest celowe i racjonalne, co winno m.in. sprowadzać się do skontrolowania, czy poszkodowany bądź cesjonariusz prowadzący działalność gospodarczą w określonym obszarze (nabywanie i dochodzenie roszczeń odszkodowawczych, naprawa pojazdów mechanicznych itd.) ma profesjonalną wiedzę z zakresu technik motoryzacyjnych, która umożliwiłaby swobodną weryfikację zaistniałej wysokości szkody. W tym względzie część judykatury przyjmuje, że taki profesjonalista – jako podmiot dysponujący odpowiednim doświadczeniem zawodowym – może z łatwością samodzielnie, bez pomocy osoby trzeciej, ocenić zakres szkody i wysokość kosztów naprawy¹⁰. Podkreśla się przy tym, że tego rodzaju opinia zlecana przez cesjonariusza (będącego profesjonalistą) po dokonaniu cesji wierzytelności nie wchodzi już w zakres szkody poniesionej przez pierwotnego poszkodowanego, lecz jest wyłącznie czynnością związaną z podejmowaną działalnością gospodarczą, a tym samym

⁷ Por. https://rf.gov.pl/wp-content/uploads/2020/05/Wniosek-RF_SN_rzeczoznawcy_2018.pdf (dostęp: 30.11.2020).

⁸ Por. uchwała Sądu Najwyższego z 18 maja 2004 r., III CZP 24/04 (Lex nr 106617).

⁹ Por. uchwała Sądu Najwyższego z 2 września 1975 r., I CR 505/75 (Lex nr 7747). Tożsamy pogląd został wyrażony w uchwale 7 sędziów Sądu Najwyższego z 29 maja 2019 r. (III CZP

68/18), podjętej również w materii szkód motoryzacyjnych. W treści tej uchwały Sąd Najwyższy ukonstytuował, że zlecenie przez poszkodowanego osobie trzeciej ekspertyzy na potrzeby dochodzenia odszkodowania od ubezpieczyciela pozostaje w normalnym związku przyczynowym w rozumieniu art. 361 § 1 k.c. z wypadkiem komunikacyjnym, a koszt tej ekspertyzy wchodzi w określony w art. 361 § 2 k.c. zakres szkody objętej należnym odszkodowaniem od ubezpieczonego i tym samym od ubezpieczyciela [...] (Lex nr 2672055).

¹⁰ Tak np. Sąd Okręgowy w Poznaniu w wyroku z 14 grudnia 2017 r., X Ga 642/17 (Lex nr 2415517).

wykracza poza adekwatny związek przyczynowy¹¹. Istotne jest, że takie podmioty gospodarcze co do zasady mają wykupione licencje na programy wyliczające koszty naprawy pojazdów mechanicznych (Audatex bądź Eurotax-Glass's) i mogą same je obsługiwać (lub mogą to robić ich pracownicy). Z kolei obsługa programów leży wyłącznie w zakresie podejmowanych indywidualnych decyzji biznesowych, co w konsekwencji implikuje, że wymienione koszty nie pozostają w adekwatnym związku przyczynowym z zaistniałą szkodą.

Nakreślając w taki sposób ww. problematykę, Rzecznik Finansowy zawnioskował o przyjęcie uchwały realizującej model pozytywny. W tym zakresie wywieziono, że jeśli koszty ekspertyzy były uzasadnione i konieczne, to wówczas mieszczą się w granicach wyznaczonych przez art. 361 § 1 k.c. Nadto, skoro wraz z wierzytelnością, nabytą na podstawie art. 509 § 1 i 2 k.c., przechodzą na cesjonariusza wszelkie związane z nią prawa, to w konsekwencji w ich skład winno wchodzić także prawo do żądania od ubezpieczyciela w ramach odszkodowania zwrotu kosztów opinii rzeczoznawcy.

Wydając przedmiotową uchwałę, Sąd Najwyższy w istocie ukonstytuował pogląd „pośredni”, łączący elementy kierunku pozytywnego, jak i negatywnego. W uzasadnieniu wywieziono, że podstawą takiego rozstrzygnięcia jest gwarancyjna odpowiedzialność

ubezpieczyciela (określona m.in. przepisami art. 34 ust. 1 u.u.o. oraz art. 36 ust. 1 u.u.o.), która – pomimo pewnych modyfikacji – nie może być odrywana od ogólnych zasad odpowiedzialności odszkodowawczej uregulowanej w Kodeksie cywilnym, w tym adekwatnego związku przyczynowego. Równocześnie uwypuklono, że wierzyciel może bez zgody dłużnika przenieść wierzytelność na osobę trzecią, zaś zbywalności roszczeń odszkodowawczych z tzw. szkód motoryzacyjnych nie sprzeciwia się właściwość zobowiązania; niemniej do każdej takiej umowy mają zastosowanie ogólne reguły prawa cywilnego.

II. Ocena rozważań Sądu Najwyższego

Analizując tezę komentowanej uchwały, na wstępie warto zauważyć, że co do zasady jest ona zbieżna z dotychczasowym kierunkiem orzecznictwa Sądu Najwyższego w zakresie szkód motoryzacyjnych w odniesieniu do prywatnych opinii rzeczoznawców¹². Nie budzi przy tym wątpliwości, że podstawą takiego zapatrywania jest teoria tzw. szkody dynamicznej, jak i całkowitej kompensacji (pełnego odszkodowania). W tym zakresie M. Kaliński wyjaśnia, że chodzi o szkodę

¹² Podtrzymana została m.in. teza zawarta w uchwale 7 sędziów Sądu Najwyższego z 13 marca 2012 r. (III CZP 75/11), w której wywieziono, że *uzasadnione i konieczne koszty pomocy świadczonej przez osobę mającą niezbędne kwalifikacje zawodowe, poniesione przez poszkodowanego w postępowaniu przedsądowym prowadzonym przez ubezpieczyciela, mogą w okolicznościach konkretnej sprawy stanowić szkodę majątkową podlegającą naprawieniu w ramach obowiązkowego ubezpieczenia odpowiedzialności cywilnej posiadaczy pojazdów mechanicznych* (Lex nr 1119650).

¹¹ Por. wyrok Sądu Okręgowego w Piotrkowie Trybunalskim z 3 listopada 2016 r., II Ca 615/16 (Lex nr 2441620). Podobnie w wyroku Sądu Okręgowego w Łodzi z 28 października 2016 r., XIII Ga 380/16 (Lex nr 2153324).

rozumianą jako uszczerbek istniejący w chwili wyrokowania, który można stwierdzić na podstawie faktów ustalonych w postępowaniu dowodowym. Natomiast szkoda przyszła powstaje po wydaniu wyroku. Przeciwstawia się to stanowisku, że szkoda powstaje równocześnie z samym zdarzeniem szkodzącym, zaś jej rozmiary są znane i wyłącznie stałe (niezmienne i statyczne)¹³. Ten ostatni pogląd znalazł również potwierdzenie w judykaturze wychodzącej z założenia, że odpowiedzialność może obejmować jedynie szkodę z chwili zdarzenia¹⁴.

Z kolei sama zasada pełnego odszkodowania – leżąca u podstaw funkcji kompensacyjnej, rozumianej jako przywrócenie równowagi majątkowej¹⁵ – ma swoje oparcie w przepisie art. 361 § 2 k.c. Przyjmuje się przy tym, że nie może ono przewyższać rozmiaru szkody (zgodnie z zasadą *compensatio lucri cum damno*), zaś samo świadczenie indemnizacyjne nie może być niższe od wysokości szkody¹⁶. Zgadza się z tym również A. Koch, stwierdzając, że *ustawowe ograniczenie wielkości odszkodowania zawarte jest w unormowaniu związku przyczynowego, zakreślającym zakres następstw podlegających indemnizacji*¹⁷.

Ponieważ głosowana uchwała dotyczy instytucji przelewu wierzytelności, nie można tu pominąć regulacji art. 509

i 510 k.c., które statuują przedmiot, jak i same granice cesji wierzytelności. Oczywiście jest, że cesjonariusz nabywa w drodze przelewu tylko tyle praw, ile przysługiwało jego poprzednikowi prawnemu, tj. cedentowi (zasada *nemo plus iuris in alium transferre potest, quam ipse habet*)¹⁸. W tym zakresie K. Zawada tłumaczy, że w wyniku przelewu wierzytelności ma miejsce sukcesja singularna, translatywna. W stosunku zobowiązaniowym zmienia się więc osoba wierzyciela przy zachowaniu w zasadzie tożsamości tego stosunku pod względem treści i przedmiotu¹⁹. Jest to stanowisko spójne z doktryną, która przyjmuje, że przedmiot cesji wierzytelności – rozumiany jako prawo podmiotowe wierzyciela, wynikające ze stosunku zobowiązaniowego – pozostaje ten sam, pomimo przejścia praw na nowy podmiot²⁰.

W świetle tak nakreślonych ogólnych zasad indemnizacji i przelewu wierzytelności należy zwrócić uwagę na poszczególne fragmenty uzasadnienia analizowanej uchwały, które łącznie doprowadziły do wydania tezy nakreślonej przez Sąd Najwyższy. Warto uwypuklić wywód, zgodnie z którym *zlecenie przez poszkodowanego osobie trzeciej ekspertyzy na potrzeby dochodzenia odszkodowania od ubezpieczyciela pozostaje w normalnym związku*

¹³ Por. M. Kaliński, *Szkoda na mieniu i jej naprawienie*, Warszawa 2008, s. 474–476.

¹⁴ Por. wyrok Sądu Najwyższego z 3 maja 1985 r., II CR 121/85 (niepubl.) czy wyrok Sądu Najwyższego z 7 maja 1935 r., C.II 97/35 (niepubl.).

¹⁵ A. Ohanowicz, *Zbieg norm w polskim prawie cywilnym*, Warszawa 1963, s. 140.

¹⁶ M. Kaliński, *op.cit.*, s. 153–154.

¹⁷ A. Koch, *Postacie szkody majątkowej*, [w:] *Kodeks cywilny, Tom I, Komentarz art. 1-449¹*, red. M. Gutowski, Warszawa 2016, s. 1314.

¹⁸ Por. J. Mojak, *W sprawie identyfikacji wzajemnych praw i obowiązków uczestników transakcji faktoringowych, tj. faktora, faktoranta oraz dłużnika wierzytelności, będących przedmiotem faktoringu*, [w:] *Przelew wierzytelności w prawie polskim*, Lublin 1990, s. 135.

¹⁹ K. Zawada, *Ogólna charakterystyka przelewu wierzytelności*, „Rejent” 1991, nr 7/8, s. 46.

²⁰ Por. wyrok SN z 14 marca 2019 r., IV CSK 232/18 (Lex nr 2634109).

przyczynowym w rozumieniu art. 361 § 1 k.c. z wypadkiem komunikacyjnym, a jej koszt wchodzi w określony w art. 361 § 2 k.c. zakres szkody objętej należnym odszkodowaniem od ubezpieczonego i tym samym od ubezpieczyciela, jeżeli w stanie faktycznym sprawy, przy uwzględnieniu całokształtu okoliczności, zlecenie ekspertyzy, jak i jej koszt były celowe, niezbędne, konieczne, racjonalne oraz wystarczająco uzasadnione z punktu widzenia efektywnej realizacji roszczenia odszkodowawczego.

Istotne jest tu zaznaczenie przymiotu podejmowanych działań, tj. ich celowości, niezbędności, konieczności oraz racjonalności. W tym zakresie pada wyjaśnienie, że *niezbędne jest też uwzględnienie, czy poszkodowany prowadzi działalność gospodarczą i dysponuje wiedzą lub kadrą i sprzętem, które pozwalają bez pomocy osób trzecich ocenić rozmiar uszkodzeń pojazdów. Sąd Najwyższy wychodzi przy tym z założenia, że jeżeli sporządzenie ekspertyzy zostało zlecone przez poszkodowanego, który pokrył związane z tym koszty przed dokonaniem cesji, żądanie zwrotu tych kosztów zostaje przeniesione na cesjonariusza jako integralna część roszczenia o naprawienie szkody. W takiej sytuacji nabywca wierzytelności (roszczenia) poszkodowanego wobec ubezpieczyciela z tytułu obowiązkowego ubezpieczenia odpowiedzialności cywilnej wstępuje w pozycję prawną cedenta (poszkodowanego). Niemniej zaznaczone zostało, że samo omawiane roszczenie cesjonariusza ma pewnego rodzaju charakter dynamiczny, bowiem wymagane jest uwzględnienie z punktu widzenia konieczności i racjonalności poniesionych wydatków, a w szczególności to, czy cesjonariusz prowadzi działalność*

gospodarczą obejmującą nabywanie i dochodzenie roszczeń odszkodowawczych. Zwrot kosztów będzie uzasadniony wówczas, gdy opinia służy bezpośrednio dochodzeniu roszczenia o odszkodowanie wcześniej przez poszkodowanego, a następnie przez cesjonariusza, nie jest zaś powiązana wyłącznie z umową cesji, np. w celu oceny ryzyka, jakie wiąże się z nabywaną wierzytelnością. Podkreślono przy tym – podtrzymując stanowisko wskazane w uchwale SN z 29 maja 2019 r. (III CZP 68/18)²¹ – że nie mogą być uznane za pozostające w adekwatnym związku przyczynowym z wypadkiem komunikacyjnym i nie mogą wejść w zakres odszkodowania ubezpieczeniowego wydatki na ekspertyzy zlecone przez cesjonariusza osobie trzeciej, które służą ocenie opłacalności cesji, nawet gdyby były poniesione już po nabyciu wierzytelności od poszkodowanego.

Powyższe rozważania Sądu Najwyższego należy zaaprobować, niemniej warto zaakcentować, że pomimo przyjęcia zasady pełnego odszkodowania, przywołane rozważania odchodzą od „klasycznej” definicji przelewu wierzytelności, który – w dużym uproszczeniu – jest wykładany jako przejście dokładnie tych samych praw i obowiązków z cedenta na cesjonariusza. Jeśli zatem pierwotny poszkodowany (który nie był profesjonalistą w zakresie dochodzenia roszczeń odszkodowawczych, ani też nie prowadził warsztatu samochodowego itp.) w ramach adekwatnego związku przyczynowego mógł domagać się naprawienia szkody w postaci uiszczonych kosztów za sporządzenie prywatnej

²¹ Lex nr 2672055.

ekspertyzy, to winno się przyjąć, że dokładnie taka sama wiarygodność przeszła na cesjonariusza, który jako następca prawny staje się również uprawniony, by domagać się odpowiedniej indemnizacji z tego tytułu.

Niemniej słusznie Sąd Najwyższy podkreślił, że sporządzenie prywatnej opinii rzeczoznawcy (kalkulacji szkody) musi być działaniem celowym, niezbędnym, koniecznym oraz racjonalnym dla zweryfikowania wysokości zaistniałej szkody, co z kolei wiąże się z potrzebą sprawdzenia subiektywnej i obiektywnej wiedzy danego podmiotu z zakresu technik motoryzacyjnych. Są to pewnego rodzaju nieobligacyjne obowiązki, które poszkodowany musi spełnić, aby skutecznie dochodzić omawianego roszczenia odszkodowawczego. Wydaje się przy tym, że naruszenie tych obowiązków winno być objęte normami wynikającymi z przepisu art. 362 k.c., zgodnie z którym poszkodowany jest zobligowany do niepowiększania rozmiarów swojej szkody. Jednakże – co najistotniejsze – w omawianej uchwale podkreślono również, że dokładnie tego samego rodzaju obowiązki przechodzą na cesjonariusza, który przed zleceniem sporządzenia odpowiedniej opinii motoryzacyjnej musi we własnym zakresie rozważyć, czy owa opinia będzie działaniem celowym, niezbędnym, koniecznym, jak i racjonalnym dla określenia rozmiarów szkody. Za niewystarczające należałoby uznać stwierdzenie, że te czynności byłyby uzasadnione, gdyby roszczenie nadal przysługiwało cedentowi (pierwotnemu poszkodowanemu). Powyższe uprawnienia do konstatacji, że cesjonariusz, po zawarciu umowy cesji wiarygodności, winien we własnym zakresie zbadać,

czy zlecenie sporządzenia prywatnej opinii rzeczoznawcy będzie charakteryzowało się przymiotami nakreślonymi w omawianej uchwale, a tym samym czy będzie ono pozostawało w granicach adekwatnego związku przyczynowego. Negatywna odpowiedź na tak zadane pytanie spowoduje, że cesjonariusz nie będzie mógł skutecznie domagać się naprawienia szkody z tego tytułu.

Jednak nie wszystkie elementy uzasadnienia komentowanej uchwały zasługują na całkowitą aprobatę. W szczególności dotyczy to wskazania przez Sąd Najwyższy, że nie mogą być uznane za *pozostające w adekwatnym związku przyczynowym z wypadkiem komunikacyjnym i nie mogą wejść w zakres odszkodowania ubezpieczeniowego wydatki na ekspertyzy zleczone przez cesjonariusza osobie trzeciej, które służą ocenie opłacalności cesji, nawet gdyby były poniesione już po nabyciu wiarygodności od poszkodowanego*²². Wydaje się, że wymienienie tu jedynie przypadku sporządzenia ekspertyzy w celu wyocenia opłacalności cesji może się wykazać niewystarczające. Pominęto bowiem, że określona w przepisie art. 353¹ k.c. zasada swobody umów przyznaje cesjonariuszom liczne instrumenty o charakterze obligacyjnym, które mogą w istocie obejść tak przedstawioną wykładnię, a w konsekwencji umożliwić wygenerowanie dodatkowych kosztów – poprzez sporządzenie ekspertyzy, która tak naprawdę będzie pozostawać w iluzorycznym związku przyczynowym. Przykładem takich

²² Co jest zbieżne z uzasadnieniem uchwały 7 sędziów Sądu Najwyższego z 29 maja 2019 r., III CZP 68/18 (Legalis nr 1923011).

nieuczciwych działań rynkowych może być zawieranie umów cesji wierzytelności w celu wykonania bądź też cesji wierzytelności przyszłych (w połączeniu z instytucją potrącenia).

Odnośnie do tych pierwszych K. Zawada wyjaśnia, że przy cesji wierzytelności w celu wykonania (*cessio in solutum*) strony umowy *zastrzegają, iż przeniesienie wierzytelności następuje zamiast świadczenia, do którego cedent jest zobowiązany wobec cesjonariusza*²³. Zdaje się przy tym, że taka konstrukcja zobowiązaniowa mogłaby stanowić podstawę do ominięcia wykładni przepisów nakreślonej przez Sąd Najwyższy. Zilustrować to można przykładem, w którym kalkulacja naprawy zostałaby zlecona bezpośrednio przyszłemu cesjonariuszowi (będącemu profesjonalistą) jeszcze przez pierwotnego poszkodowanego. Wówczas zamiast zapłaty za sporządzoną opinię poszkodowany dokonywałby przelewu roszczeń odszkodowawczych na rzecz cesjonariusza, uzyskując w zamian umorzenie swego zobowiązania zapłaty za opinię. Trudno tu przyjąć, aby wspomniane działania miały na celu wycenę opłacalności danej cesji przez cesjonariusza. Wynika to z okoliczności, że dokonane czynności spełniałyby

²³ Tłumacząc przy tym dalej, że *przelew, o którym mowa, pociąga za sobą wygaśnięcie wierzytelności cesjonariusza skierowanej na pierwotne świadczenie. Ostateczny rezultat jest więc tu taki, jak w razie odnowienia ze zmianą dłużnika: cesjonariusz w miejsce wierzytelności umorzonej nabywa nową wierzytelność, o innej treści wobec dłużnika cedenta. Przelew w miejsce wykonania stanowi szczególnie przypadek świadczenia w miejsce wykonania*. Por. K. Zawada, *Przelew wierzytelności*, [w:] *Prawo zobowiązań – część ogólna*, red. Olejniczak, Warszawa 2018, s. 1444–1445.

przymiot celowości, niezbędności, konieczności oraz racjonalności, ponieważ to pierwotny poszkodowany byłby podmiotem zlecającym sporządzenie opinii rzeczoznawcy – tym samym powstała szkoda znajdowałaby się w granicach adekwatnego związku przyczynowego.

Analogiczna sytuacja może zaistnieć w przypadku zawarcia cesji wierzytelności przyszłych, czyli takich, które w momencie sporządzenia umowy cesji jeszcze nie istnieją, ale które mają zaistnieć w przyszłości²⁴. Orzecznictwo Sądu Najwyższego dopuszcza dokonywanie tego rodzaju przelewów²⁵, jak również cesji zindywidualizowanej części wierzytelności przyszłej²⁶. Istnieją pewne doktrynalne spory i wątpliwości wśród przedstawicieli doktryny o sam skutek przelewu tego rodzaju wierzytelności (tj. czy umowa ma charakter zobowiązujący, czy też z chwilą swojego zawarcia wywołuje skutek rozporządzający)²⁷,

²⁴ Wyszczególnia się przy tym wierzytelności przyszłe warunkowe (uzależnione od czynności prawnej), jak i przyszłe terminowe (uzależnione od nadejścia określonego terminu). Por: J. Mojak, *W sprawie identyfikacji wzajemnych praw i obowiązków uczestników transakcji faktoringowych*, op.cit., s. 141.

²⁵ Por. wyrok Sądu Najwyższego z 4 marca 2010 r., I CSK 439/09 (Legalis nr 358139) oraz wyrok Sądu Najwyższego z 7 kwietnia 2011 r., IV CSK 422/10 (Legalis nr 392534).

²⁶ Por. wyrok Sądu Najwyższego z 20 lutego 2008 r., II CSK 445/07 (Legalis nr 100991).

²⁷ Różnice stanowisk przedstawicieli doktryny dotyczą również terminologii, jak i określenia reguł statuujących granice tego rodzaju wierzytelności; m.in. K. Zawada proponuje wyodrębnienie „ekspektywne dostatecznie ukształtowanej” od wierzytelności warunkowych i terminowych, które mogą (ale nie muszą) powstać w przyszłości [por. K. Zawada, [w:] *System Prawa Prywatnego*, t. 6, red. A. Olejniczak, Warszawa 2014, s. 1347]. Ponadto spór pojawia się w pytaniu, czy do tego rodzaju wierzytelności należy stosować art. 509 k.c. i następnie wprost, czy też należy te przepisy stosować wyłącznie na zasadzie analogii [tak np. J. Kuropatwiński, *Cesja wierzytelności*

niemniej znaczna część przyjmuje stanowisko, że tego rodzaju umowa ma skutek rozporządzający²⁸.

W tym kontekście K. Mularski wskazuje, że z *chwilą powstania zobowiązania do przeniesienia wierzycelności przyszłej (tożsamej z chwilą ziszczenia się warunku, a więc powstaniem danej wierzycelności), zgodnie z art. 510 par. 1 k.c. wystąpi również skutek rozporządzający*²⁹. Zatem możliwe są również sytuacje prawno-faktyczne, w których poszkodowany zawiąże z przyszłym cesjonariuszem (profesjonalistą w zakresie dochodzenia roszczeń odszkodowawczych) „podstawową” umowę cesji wierzycelności (w zakresie pokrycia kosztów naprawy pojazdu mechanicznego), która dodatkowo będzie zawierać zobowiązanie do przelewu wierzycelności przyszłej w postaci pokrycia kosztów sporządzenia opinii rzeczoznawcy, a następnie zleci cesjonariuszowi sporządzenie wyceny naprawy pojazdu mechanicznego, przy jednoczesnym potrąceniu należności. Tym samym spełnia się warunek w zakresie wierzycelności przyszłej, co implikuje jej transfer na rzecz cesjonariusza, zaś samo wynagrodzenie za tak sporządzoną opinię zostanie potrącone z zapłaty na rzecz cedenta za przelaną przez niego wierzycelność. Spowoduje to, że – pomimo faktycznego sporządzenia przez cesjonariusza

prywatnej opinii rzeczoznawcy już po „podstawowej” cesji wierzycelności – przymioty niezbędności, celowości itp. będą oceniane przez pryzmat działań cedenta (pierwotnego poszkodowanego), a nie samego cesjonariusza, co w konsekwencji może również spowodować obejście wykładni nakreślonej w omawianej uchwale.

III. Podsumowanie

W świetle powyższego uzasadnione jest stwierdzenie, że komentowana uchwała (wraz ze swoim istotnym uzasadnieniem) jest co do zasady słuszna, wyważona, jak i aksjologicznie uzasadniona.

Z jednej strony Sąd Najwyższy, mając na względzie naczelne zasady odszkodowawcze (zasada pełnego odszkodowania, dynamicznej formy szkody itd.) rozstrzyga przedstawioną na wstępie problematykę w sposób maksymalnie zapewniający ochronę praw podmiotowych osób poszkodowanych, które – jako nieposiadające profesjonalnej wiedzy w zakresie technik motoryzacyjnych – są na „gorszej” pozycji w relacjach z towarzystwem ubezpieczeniowym zobligowanym do likwidacji szkody oraz indemnizacji. Z drugiej strony zaaprobować należy niejako wyjście przez Sąd Najwyższy naprzeciw aktualnym i dynamicznym stosunkom gospodarczym, z jednoczesnym wskazaniem, że podmioty profesjonalne (zajmujące się m.in. obrotem roszczeniami odszkodowawczymi) nie mogą być z tego powodu „uprzywilejowane”, w związku z czym określone obowiązki pierwotnych poszkodowanych (tj. zachowanie przymiotu celowości, niezbędności, konieczności oraz racjonalności w podejmowanych

przyszłych, [w:] „Przegląd Prawa Handlowego” 1998, nr 9, s. 23).

²⁸ Tak chociażby J. Mojak, *Obrót wierzycelnościami*, Warszawa 2011, s. 20 i dalsze, czy też G. Kozieł, [w:] *Komentarz KC, t. III, cz. ogólna*, red. A. Kidyba, Warszawa 2014, s. 852.

²⁹ K. Mularski, *Oznaczenie wierzycelności i problem wierzycelności przyszłych*, [w:] *Kodeks cywilny, Tom II, Komentarz art. 450-1088*, red. M. Gutowski, Warszawa 2016, s. 199–202.

czynnościach) wraz z dokonaną cesją wierzycelności przechodzą również na cesjonariusza. Jest on zobligowany do podjęcia działań, które można by było uznać również za celowe i niezbędne – ale z punktu widzenia cesjonariusza i jego profesjonalnej wiedzy, a nie pierwotnego poszkodowanego. Brak spełnienia tego warunku powoduje, że zaistniałe koszty nie wchodzą już w zakres szkody poniesionej przez pierwotnego poszkodowanego, lecz są wyłącznie czynnościami związanymi z podejmowaną działalnością gospodarczą – co ostatecznie implikuje, że wykraczają one poza adekwatny związek przyczynowy.

Powyższe stanowisko zasługuje na poparcie, bowiem w praktyce procesowej niezwykle trudne jest – z punktu widzenia towarzystwa ubezpieczeniowego – udowodnienie w procesie odszkodowawczym, że szkoda z tytułu prywatnej opinii rzeczoznawcy została wygenerowana w sposób sztuczny, a w konsekwencji nie znajduje się ona w granicach związku przyczynowego³⁰. Jest to ponadto dla zakładów ubezpieczeniowych nieopłacalny ekonomicznie zabieg procesowy³¹.

³⁰ Warto przy tym wspomnieć, że aktualnie w sejmie rozpatrywany jest projekt ustawy o świadczeniu usług w zakresie dochodzenia roszczeń odszkodowawczych wynikających z czynu niedozwolonego (druk nr 3136). Jak wskazano w uzasadnieniu projektu, ustawa ma na celu zwiększyć zakres ochrony osób, które poniosły szkodę w wyniku czynów niedozwolonych i korzystając z usług kancelarii odszkodowawczych oraz wyeliminować nieetyczne praktyki pozyskiwania klientów. W tym aspekcie ustawodawca planuje wprowadzić regulację, zgodnie z którą powstanie zakaz przenoszenia wierzycelności z tytułu czynów niedozwolonych na doradcę lub osobę trzecią (art. 9 projektu). Por. <http://www.sejm.gov.pl/sejm8.nsf/PrzebiegProc.xsp?nr=3136> (dostęp: 30.11.2020).

³¹ Z uwagi na koszty obsługi prawnej czy narastające ustawowe odsetki za opóźnienie za

Natomiast krytycznie ocenić należy niedostrzeżenie przez Sąd Najwyższy zagrożeń, jakie mogą stwarzać stany faktyczno-prawne, nakreślone m.in. w niniejszej glosie, umożliwiające obejście kierunku przyjętego w omawianej uchwale. Podejmowane przy realizacji tych stanów czynności będą pozostawały jedynie w iluzorycznym związku przyczynowym z zaistniałą szkodą. Wprawdzie będą one podjęte przez pierwotnego poszkodowanego, lecz wyłącznie w celu realizacji założeń biznesowych cesjonariusza skupującego roszczenia odszkodowawcze.

Uwzględniając wszelkie powyższe uwagi, przedstawioną uchwałę Sądu Najwyższego należy co do zasady zapobować i przyjąć. Stanowi ona realizację konstytucyjnej zasady sprawowania wymiaru sprawiedliwości, gdyż z jednej strony umacnia się pozycję materialną i procesową pierwotnych poszkodowanych, zaś z drugiej strony, w pewnym stopniu (choć i tak zostało zaakcentowane, chyba niewystarczająco) utrudnia dokonanie nieuczciwych czynności przez podmioty profesjonalne zajmujące się skupowaniem roszczeń odszkodowawczych. Podmioty takie bowiem, wspomagając poszkodowanych, w istocie mogą działać na niekorzyść towarzystw ubezpieczeniowych poprzez wykorzystanie pewnej niespójności systemu prawnego.

główne świadczenie.

BIBLIOGRAFIA:

- Kaliński M., *Szkoda na mieniu i jej naprawienie*, Warszawa 2008.
- Koch A., *Postacie szkody majątkowej*, [w:] *Kodeks cywilny, Tom I, Komentarz art. 1-449¹*, red. M. Gutowski, Warszawa 2016.
- Kuropatwiński J., *Cesja wierzytelności przyszłych*, [w:] „Przeгляд Prawa Handlowego” 1998, nr 9.
- Mojak J., *W sprawie identyfikacji wzajemnych praw i obowiązków uczestników transakcji faktoringowych, tj. faktora, faktoranta oraz dłużnika wierzytelności, będących przedmiotem faktoringu*, [w:] *Przelew wierzytelności w prawie polskim*, Lublin 1990.
- Mularski K., *Oznaczenie wierzytelności i problem wierzytelności przyszłych*, [w:] *Kodeks cywilny, Tom II, Komentarz art. 450-1088*, red. M. Gutowski, Warszawa 2016.
- Ohanowicz A., *Zbieg norm w polskim prawie cywilnym*, Warszawa 1963.
- Szancilo T., *Cywilne prawo – zobowiązania – umowa ubezpieczenia OC – zakres odpowiedzialności ubezpieczyciela w razie uszkodzenia lub zniszczenia pojazdu mechanicznego, jeżeli poszkodowany nie prowadzi działalności gospodarczej – wydatek na najem pojazdu zastępczego. Glosa do uchwały SN z dnia 17 listopada 2011 r., III CZP 5/11, „Orzecznictwo Sądów Polskich” 2013, nr 1.*
- Zawada K., *Ogólna charakterystyka przelewu wierzytelności*, „Rejent” 1991, nr 7/8.
- Zawada K., *Przelew wierzytelności*, [w:] *Prawo zobowiązań – część ogólna*, red. Olejniczak, Warszawa 2016.



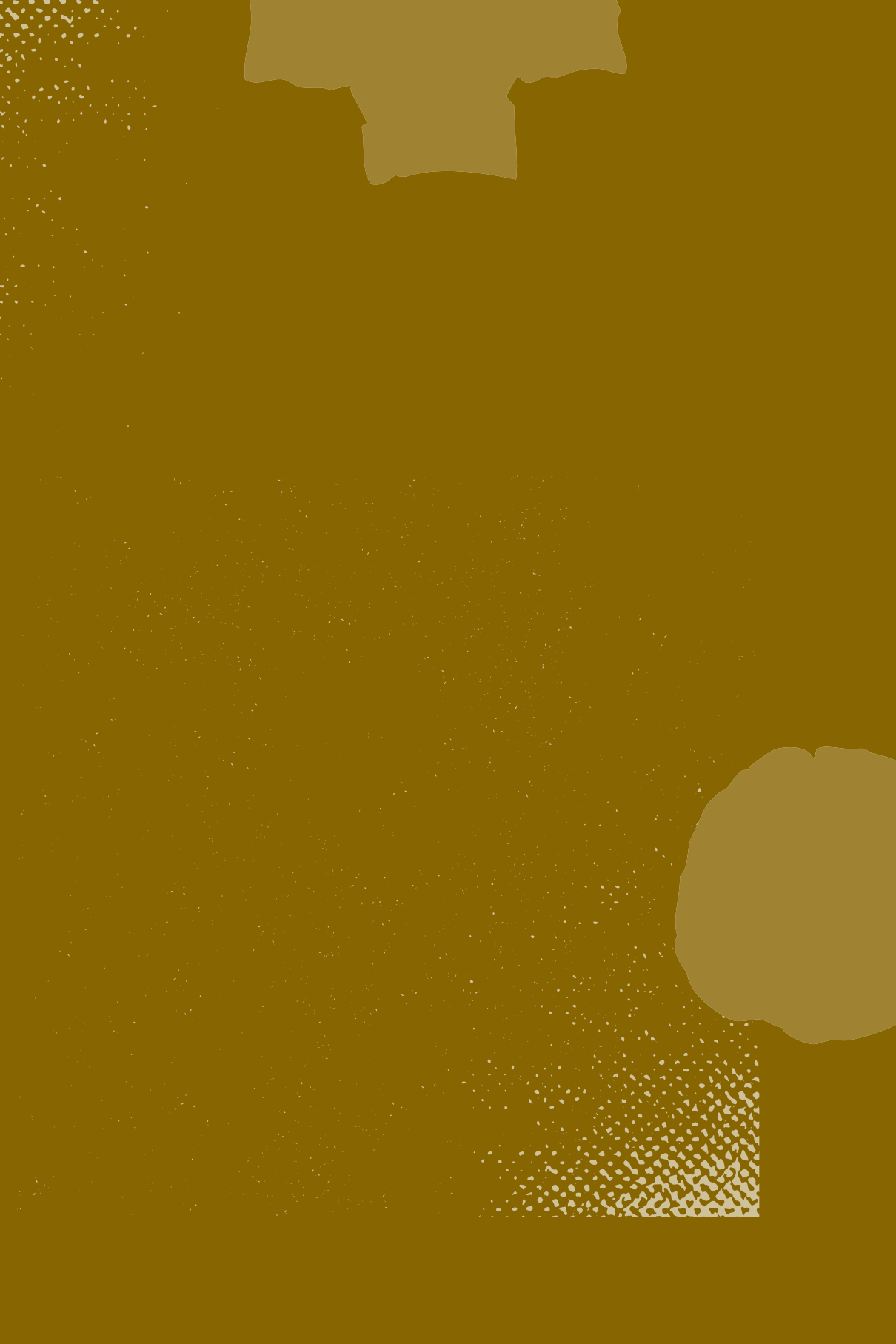
Mateusz Jakub KOSIOROWSKI

[adwokat trainee, Wardyński & Partners]

Assignment of claims under mandatory motor vehicle civil liability insurance for reimbursement of the cost of preparing a private appraisal: Comment on the resolution of a seven-judge panel of the Supreme Court of Poland of 2 September 2019 (case no. III CZP 99/18)

This approving but critical comment addresses the resolution of a seven-judge panel of the Supreme Court of Poland of 2 September 2019 (case no. III CZP 99/18) on the possibility of assigning a claim for compensation under the mandatory civil liability coverage of operators of motor vehicles for reimbursement of the cost of a private appraisal. The author generally approves of the resolution, while stressing the issue of motor vehicle insurance coverage and analysing the positions in court decisions and the legal literature on the institution of the assignment of claims, and rules for compensation. In the final section, the author raises the possibility of occurrence of factual and legal situations which would essentially circumvent the rule adopted in the resolution, consequently leading to an increase in dishonest practices of businesses in cases where the assignees of claims for compensation would receive artificially inflated compensation from motor vehicle insurers as a result of commissioning a private appraisal.

MOTOR VEHICLE COVERAGE | ASSIGNMENT OF CLAIMS | INSURANCE |
MOTOR VEHICLE CIVIL LIABILITY INSURANCE | COMPENSATION FOR PRIVATE APPRAISAL





dr Maciej KIEŁBOWSKI

[adwokat, kancelaria Wardyński i Wspólnicy]

Oczywista sprzeczność przepisu z Konstytucją jako podstawa do uchylenia decyzji nakładającej karę pieniężną. Glosa do wyroku Naczelnego Sądu Administracyjnego z 30 stycznia 2019 r., II OSK 555/17

Glosa komentuje wyrok Naczelnego Sądu Administracyjnego zapadły w odniesieniu do administracyjnej kary pieniężnej z tytułu naruszenia przepisów sprawozdawczych w ochronie środowiska. Interesującymi zagadnieniami tego orzeczenia są możliwość powołania się na oczywistą niekonstytucyjność przepisu, podobnego w dodatku do przepisu już wyeliminowanego z systemu prawnego przez Trybunał Konstytucyjny, a także kwestia pozostania w obrocie sprawy, dla której załatwienia brakować może podstaw prawnych. W ramach glosy Autor wskazuje także na elementy, które mogły zostać dodatkowo ujęte w uzasadnieniu wyroku, a także możliwy w jego ocenie alternatywny sposób rozstrzygnięcia sprawy.

ADMINISTRACYJNA KARA PIENIĘŻNA | SKARGA KASACYJNA | PODSTAWY KASACYJNE |
NIEZGODNOŚĆ Z KONSTYTUCJĄ | NSA

Przepis art. 79c ust. 3 ustawy z dnia 27 kwietnia 2001 r. o odpadach jest niekonstytucyjny, bowiem przewiduje niepodlegającą miarkowaniu karę pieniężną za nieterminowe przekazanie zbiorczego zestawienia danych o odpadach.

I.

Komentowany wyrok¹ wymaga szerszego omówienia ze względu na in-

¹ Wyrok NSA z 30 stycznia 2019 r., II OSK 555/17, niepubl., Legalis nr 19117008, teza – choć niekoniecznie właściwa w świetle całości rozstrzygnięcia – także za Legalis.

teresujące jurydycznie zagadnienie, jakim jest możliwość samodzielnej oceny przez sąd administracyjny zgodności przepisu ustawy z Konstytucją i zastosowania (bądź nie) tego przepisu w konkretnej sprawie². Stan faktyczny i prawny był o tyle ciekawy, że wojewódzki sąd administracyjny, wyrokując, odwołał się do niekonstytucyjności przepisu o podobnej treści i charakterze (która została stwierdzona wyrokiem Trybunału Konstytu-

² Zagadnieniem tym zajmuje się szeroka literatura przedmiotu, por. chociażby D. Dąbek, *Prawo sędziowskie w polskim prawie administracyjnym*, Warszawa 2010, s. 117. Autorka wskazuje na istnienie w art. 2 i art. 31 ust. 3 Konstytucji podstaw konstytucyjnych dla tzw. prawa sędziowskiego (które może w określonych przypadkach przejawiać się także odmową zastosowania przepisów ustawy). O sposobach stosowania przepisów konstytucyjnych zob. w szczególności P. Tuleja, *Stosowanie Konstytucji RP w świetle zasady jej nadrzędności (wybrane problemy)*, Kraków 2003, szczególnie s. 73, jak chodzi o stosowanie bezpośrednie i pośrednie, w tym stwierdzanie konfliktu pomiędzy normą konstytucyjną i normą niższego rzędu; R. Hauser, J. Trzcziński, *Prawotwórcze znaczenie orzeczeń Trybunału Konstytucyjnego w orzecznictwie Naczelnego Sądu Administracyjnego*, Warszawa 2010, chociażby na s. 25 wskazujący na możliwość bezpośredniego stosowania przepisów konstytucyjnych nie tylko w przypadku luki w prawie, ale i wynioskowania przez sąd w danej sprawie, że przepis ustawy nie powinien być w niej stosowany z uwagi na niekonstytucyjny charakter; L. Garlicki, *Polskie prawo konstytucyjne, zarys wykładu*, Warszawa 2012, na s. 34 wskazujący m.in., że stosowanie Konstytucji może następować poprzez stwierdzanie konfliktu między normą konstytucyjną a przepisami ustawowymi. W kontekście przykładów z orzecznictwa zob. m.in. wyrok NSA z 23 listopada 2007 r., II OSK 1455/06, CBOSA; wyrok WSA w Łodzi z 5 października 2010 r., III SA/Łd 333/10, CBOSA. W uzasadnieniu tego ostatniego wskazano m.in., że *co do zasady sądy rozstrzygające konkretny spór korzystają z możliwości bezpośredniego stosowania Konstytucji także wtedy, gdy to bezpośrednio stosowanie przybiera postać odmowy zastosowania przepisu ustawy pozostającego w sprzeczności z Konstytucją*. Zob. także M. Kiełbowski, *Odmowa zastosowania przepisu ustawy przez jawem prawotwórczej działalności sądów administracyjnych*, [w:] J.P. Tarno, T. Bąkowski (red.), *Prawotwórstwo sądów administracyjnych*, Warszawa 2015, s. 154–169.

cyjnego), którą to niekonstytucyjność *per analogiam* przeniósł na analizowaną sprawę i znajdującą zastosowanie regulację prawną³. Na etapie postępowania kasacyjnego zostało to jednak zakwestionowane przez Naczelny Sąd Administracyjny, który przedmiotowy wyrok uchylił.

Rozstrzygnięcie Naczelnego Sądu Administracyjnego zapadłe w tym zakresie uważam za częściowo trafne, niemniej w mojej ocenie możliwe było rozstrzygnięcie odmienne, zarówno jeśli chodzi o treść, jak i sposób uzasadnienia. Jednocześnie przygotowane uzasadnienie w mojej ocenie w istocie nie neguje samej możliwości odmowy zastosowania przepisu ustawowego z uwagi na jego sprzeczność z regulacją konstytucyjną, niemniej – co też ważne – wskazuje warunki, które powinny być spełnione dla takiego zabiegu orzeczniczego. Ma to znaczenie dla innych spraw, choć głównie tych, w których stosowane mają być przepisy przewidujące administracyjnie kary pieniężne.

II.

Aby właściwie zrozumieć komentowany wyrok, należy w pierwszej kolejności przywołać regulacje szczegółowe, które sądy w sprawie stosowały lub których zastosowanie zostało następnie zanegowane.

³ W kontekście *stricte* odmowy zastosowania przepisu ustawy z uwagi na wtrną niekonstytucyjność zob. przede wszystkim wyrok WSA w Gliwicach z 22 grudnia 2010 r., II SA/Gl 706/10, Lex nr 741394; wyrok WSA w Łodzi z 13 stycznia 2010 r., III SA/Łd 519/09, CBOSA; wyrok WSA w Bydgoszczy z 6 stycznia 2010 r., II SA/Bd 662/09, CBOSA.

Sprawa dotyczyła wymierzenia spółce kary pieniężnej w wysokości 10 000 zł z tytułu nieprzekazania w terminie (czyli do 31 marca 2013 r.) sprawozdania zawierającego dane niezbędne do stworzenia Krajowego Rejestru Uwalniania i Transferu Zanieczyszczeń za rok 2012. Od decyzji tej złożono odwołanie, niemniej została ona utrzymana w mocy przez Głównego Inspektora Ochrony Środowiska.

Podstawą prawną dla wydania przedmiotowej decyzji był art. 236b ust. 1 ustawy z dnia 27 kwietnia 2001 r. Prawo ochrony środowiska⁴ w związku z art. 236d ust. 1 p.o.ś.

Ten ostatni przepis stanowi obecnie, że *W przypadku niewypełnienia obowiązku, o którym mowa w art. 236b ust. 1, wojewódzki inspektor ochrony środowiska nakłada na prowadzącego instalację, w drodze decyzji, karę pieniężną w wysokości 50 000 zł. W stanie prawnym na moment wydawania decyzji w omawianej sprawie⁵ jego sformułowanie było analogiczne, przewidywało jedynie karę w wysokości 10 000 zł.*

⁴ Obecny tekst jednolity z 2020 r., Dz. U. 1219 ze zm., dalej „p.o.ś.”. Zgodnie z treścią przepisu: *Prowadzący instalację, obejmującą co najmniej jeden z rodzajów działalności określonych w załączniku nr 1 do rozporządzenia 166/2006, w terminie do dnia 31 marca roku następującego po danym roku sprawozdawczym, przekazuje do wojewódzkiego inspektora ochrony środowiska sprawozdanie zawierające dane o przekroczeniu obowiązujących wartości progowych dla uwolnień i transferów zanieczyszczeń oraz transferów odpadów określonych w rozporządzeniu 166/2006; stan prawny właściwy dla wydanej decyzji (sierpień 2015 r.) był w stosunku do tego przepisu niezmienny.*

⁵ Według tekstu jednolitego z 2013 r., Dz. U. 1232 ze zm.

Odnosząc się do tego właśnie przepisu, sprawę analizował Wojewódzki Sąd Administracyjny w Warszawie, który w wydanym wyroku⁶ odniósł zawartą w nim regulację do innego przepisu, zawartego w ustawie z dnia 27 kwietnia 2001 r. o odpadach⁷, który także przewidywał sankcję w postaci jednolitej kary pieniężnej z tytułu nieterminowego przekazania zbiorczego zestawienia w zakresie odpadów. Przepis ten został uznany za niezgodny z Konstytucją wyrokiem Trybunału Konstytucyjnego z 15 października 2013 r.⁸ Zgodnie z punktem pierwszym tego wyroku: *Art. 79c ust. 3 ustawy z dnia 27 kwietnia 2001 r. o odpadach (Dz.U. z 2010 r. Nr 185, poz. 1243 i Nr 203, poz. 1351, z 2011 r. Nr 106, poz. 622, Nr 117, poz. 678, Nr 138, poz. 809, Nr 152, poz. 897 i Nr 171, poz. 1016 oraz z 2012 r. poz. 951 i 1513), w brzmieniu obowiązującym od 12 marca 2010 r. do 19 lipca 2011 r., przez to, że przewiduje niepodlegającą miarkowaniu karę pieniężną w wysokości 10 000 zł za nieterminowe przekazanie zbiorczego zestawienia danych o odpadach, jest niezgodny z art. 2 Konstytucji Rzeczypospolitej Polskiej.*

Przez analogię do tego wyroku oraz zakwestionowanego nim przepisu ustawy o odpadach WSA w sprawie niniejszej uchylił zaskarżoną decyzję. W uzasadnieniu wskazał: *Jednakże*

⁶ Z 20 października 2016 r., IV SA/Wa 749/16, CBOŚA.

⁷ Dalej jako „u.o.”, obecnie nieobowiązująca, ostatni tekst jednolity z 2010 r., Dz. U. Nr 185, poz. 1243 ze zm.; odnośnie dla zagadnienia poruszanego komentowanym wyrokiem numery Dziennika Ustaw wskazane w treści orzeczenia Trybunału Konstytucyjnego.

⁸ P 26/11, Dz. U. poz. 1426.

może zaistnieć sytuacja, gdy dla sądu rozpoznającego sprawę sprzeczność ta ma charakter oczywisty bowiem wyczerpująca argumentacja prawna zawarta w wyroku Trybunału odnoszącym się do analogicznej normy prawa nie pozostawia żadnych wątpliwości interpretacyjnych. Zatem w tej konkretnej sprawie, mając na uwadze przywołany w skardze wyrok Trybunału Konstytucyjnego z dnia 15 października 2013 r. w sprawie o sygn. akt P 26/11 Sąd orzekający dokonał zabiegu odmowy zastosowania przepisu rangi ustawowej. Stoi bowiem na stanowisku zaprezentowanym w wyroku NSA z dnia 24 września 2008r. (sygn. akt I OSK 1369/07), że sądy administracyjne są uprawnione w szczególnych sytuacjach do odmowy zastosowania w konkretnej sprawie przepisu ustawy w sposób oczywisty sprzeczny z Konstytucją. Skoro nie budzi wątpliwości brak zgodności przepisu z Konstytucją, a niezgodność ma charakter oczywisty (w rozpoznawanej sprawie oczywistość ta wynika ze stanowiska Trybunału Konstytucyjnego podjętego na gruncie analogicznego przepisu art. 79c ust. 3 ustawy z dnia 27 kwietnia 2001 r. o odpadach), zachodzi podstawa do odmowy zastosowania przez Sąd przepisów rangi ustawowej bez potrzeby przedstawienia Trybunałowi Konstytucyjnemu pytania prawnego w tym zakresie⁹.

Długi i interesujący wywód WSA w tym zakresie został zakończony następującym wskazaniem: *Mając powyższe względy na uwadze w tej konkretnej sprawie Sąd odstąpił od wystą-*

pienia z pytaniem prawnym do Trybunału Konstytucyjnego, niemniej jednak odmowa zastosowania ocenianej normy prawnej w zakresie wysokości kary pieniężnej powoduje dalsze skutki. Otóż zbyt represyjna kara 10 000 zł nie może zostać nałożona w przypadku bezspornie stwierdzonego faktu złożenia sprawozdania po terminie. Jednakże z tego tytułu nie można wywieść, że w ogóle taka kara nie może zostać nałożona, a postępowanie winno zostać umorzona. W ocenie Sądu organ winien ustalić wysokość sankcji w takiej wysokości jaka została przyjęta przez ustawodawcę w ustawie o odpadach wskutek wydania wyroku Trybunału Konstytucyjnego stwierdzającego niezgodność art. 79c ust. 3 ustawy o odpadach z art. 2 Konstytucji¹⁰.

Zarzucona przepisom p.o.ś. przez sąd wojewódzki niekonstytucyjność stała się podstawą skargi kasacyjnej organu i szeregu zarzutów podniesionych w tym zakresie, którą to skargę Naczelny Sąd Administracyjny w sprawie uwzględnił.

III.

W komentowanym wyroku NSA zakwestionował tok rozumowania WSA, niemniej – pomimo uchylecia wyroku w całości – można ocenić, że nie w pełni.

Jakkolwiek bowiem zarzut naruszenia przepisów postępowania w związku z art. 236d ust. 1 p.o.ś. i pominięcia tego ostatniego przepisu przy orze-

⁹ W uzasadnieniu wydanego w sprawie wyroku do sygnatury akt IV SA/Wa 749/16.

¹⁰ Tamże.

kaniu został uznany za zasadny, to jednak NSA zauważył zaraz także, że: *Nie negując bowiem, co do zasady, że mogą zachodzić sytuacje, w których Sądy mogą odstąpić od zastosowania konkretnego przepisu ustawy, w przypadku gdy przepis ten – w uzasadnionej ocenie Sądu – w sposób oczywisty pozostaje sprzeczny z Konstytucją, pomimo braku wyraźnego rozstrzygnięcia Trybunału Konstytucyjnego w odniesieniu do tego unormowania, stwierdzić należy, że odmowa zastosowania przez Sąd przepisu nie może prowadzić do sytuacji, w której brak będzie możliwości wydania orzeczenia na podstawie obowiązujących przepisów, regulujących daną problematykę*¹¹. Tym samym NSA w przedmiotowym wyroku podzielił pogląd o możliwości odmowy zastosowania przepisu w sposób oczywisty sprzeczny z Konstytucją, natomiast zanegował taką możliwość w przypadku, w którym w rezultacie takiego pominięcia brak będzie przepisów pozwalających na załatwienie sprawy przez organy administracji.

Problematyczny był natomiast dalszy wywód sądu wojewódzkiego i to on właśnie został zanegowany w sposób przyczyniający się do uwzględnienia skargi: *Taka zaś sytuacja zachodziłaby w niniejszej sprawie, gdyby przyjęć, tak jak uczynił to Sąd I instancji, że w sprawie nałożenia kary pieniężnej na podstawie art. 236d ust. 1 PrOchrŚrod organ winien ustalić wysokość sankcji w takiej wysokości jaka została przyjęta przez ustawodawcę w ustawie o odpadach wskutek wydania wyroku Trybu-*

*nału Konstytucyjnego stwierdzającego niezgodność art. 79c ust. 3 ustawy o odpadach z art. 2 Konstytucji*¹².

W tym zakresie z komentowanym wyrokiem należy się zgodzić. Również w mojej ocenie zbyt daleko idącą analogią byłoby bowiem bezpośrednie w istocie nakazanie zastosowania do zachowania – zasadniczo sankcjonowanego przepisami p.o.ś. – sankcji przewidzianej w przepisach u.o. W mojej ocenie jednak dalej zapadłe rozstrzygnięcie mogło być inne, a i kwestie wymagające poruszenia nie zostały wyczerpane w omawianym wyroku w całości.

IV.

Reasumując powyższe, uważam, że pogląd przyjęty w sprawie przez Naczelny Sąd Administracyjny jest tylko jednym z możliwych rozstrzygnięć. Niekonstytucyjność przepisu p.o.ś. *prima facie* przez porównanie z niekonstytucyjnym przepisem u.o. w mojej ocenie jest widoczna, a w świetle jego nie tak dawnej nowelizacji¹³ i pięciokrotnego podwyższenia kary z tytułu niezłożenia sprawozdania w terminie kwestia ta nie traci w żaden sposób aktualności – wręcz ją zyskuje. Dość powiedzieć, że po orzeczeniu Trybunału przepis u.o. został znowelizowany w ten sposób, że przewiduje karę w wysokości 500 zł – w skali działalności wielu przedsiębiorców bardzo niewielką, natomiast przepis p.o.ś., przewidując karę w kwocie 50 000 zł,

¹² Tamże.

¹³ Weszła w życie 1 stycznia 2019 r., Dz. U. z 2018 r., poz. 1479.

¹¹ W uzasadnieniu komentowanego wyroku.

powoduje powstanie sankcji niebagatelnej.

Jednocześnie wyrok NSA wydany w niniejszej sprawie nie odnosi się w żaden sposób do wprowadzonych do Kodeksu postępowania administracyjnego przepisów ogólnych odnoszących się do administracyjnych kar pieniężnych¹⁴. Oczywiście przepisy te nie obowiązywały w dacie wydawania przedmiotowych decyzji ani też w dacie orzekania przez WSA¹⁵, stąd nie mogły być przedmiotem zarzutów kasacyjnych, którymi NSA jest związany¹⁶. Niemniej w momencie orzekania przez NSA były już one elementem systemu prawa i w kolejnych decyzjach odnoszących się do takich kar pieniężnych mogą – a w mojej ocenie wręcz powinny¹⁷ – być stosowane.

¹⁴ Zob. art. 189a–189k k.p.a.

¹⁵ Weszły w życie z dniem 1 czerwca 2017 r., Dz. U. poz. 935.

¹⁶ Por. art. 183 § 1 ustawy z dnia 30 sierpnia 2002 r. – Prawo o postępowaniu przed sądami administracyjnymi, tekst jednolity z 2018 r., Dz.U. poz. 1302 ze zm.

¹⁷ Uwzględniając niepełny charakter regulacji odnoszącej się do sankcji pieniężnych zawarty w p.o.ś. i poglądy doktrynalne o potrzebie stosowania przepisów k.p.a. w przypadku nieuregulowania w *legis specialis* wszystkich aspektów administracyjnych kar pieniężnych przewidzianych w art. 189a § 2 k.p.a. – zob. chociażby R. Stankiewicz, [w:] R. Hauser, M. Wierzbowski (red.), *Kodeks postępowania administracyjnego. Komentarz*, wyd. VI, Warszawa 2020, Legalis, w Nb 2 do art. 189a k.p.a.: *Celem wprowadzenia art. 189a § 2 KPA jest uzupełniająco stosowanie przepisów KPA w tym zakresie, który nie został uregulowany odmiennie w przepisach odrębnych. Jeżeli któryś ze wskazanych aspektów regulacji dotyczącej kar (np. odstąpienie od nałożenia kary) nie został objęty regulacją ustawy odrębnej, wówczas zastosowanie znajdują odpowiednie przepisy KPA zawarte w komentowanym dziale. Jednocześnie, jeśli przepisy szczególne regulują określoną kwestię, np. wskazują przesłanki wymiaru kary, to wyłączone zostaje zastosowanie wszystkich przepisów KPA określających przesłanki wymiaru kary. Skoro bowiem ustawodawca w przepisach odrębnych ustaw uregulował kwestię kar administracyjnych*

Wszelkie wskazówki w tym zakresie, nawet wyrażone na zasadzie *obiter dicta*, byłyby więc bardzo pożądane, tym bardziej wobec zakwestionowania w całości rozstrzygnięcia WSA, które celowościowo odnosiło się do kwestii ówczesnie w przepisach nieujętych, a obecnie obowiązujących¹⁸.

Istotny z całą pewnością jest wskazany w zaskarżonym wyroku problem, że w przypadku przeprowadzenia załozonej przez WSA analogii organ administracji stanąłby faktycznie przed problemem braku przepisów pozwalających na rozstrzygnięcie sprawy. To z kolei powodowałoby potencjalnie problem iście Dworkinowski; rezultat wykładni prowadziłyby do porażki systemu prawnego, gdyż oznaczałby, że jest w obrocie sprawa, która powinna być załatwiona, a brak jest przepisów właściwych dla jej załatwienia. Uważam jednak, że to nie był problem nie do rozwiązania w przedmiotowej sprawie. Jeśli bowiem przyjmiemy za WSA – do którego to poglądu skłaniam się bardziej niż do poglądu NSA w tym zakresie – że przepis art. 236d ust. 1 p.o.ś. jest niekonstytucyjny na takiej samej zasadzie jak przepis art. 79 ust. 3 u.o., to sąd wojewódzki, odmawiając jego zastosowania – zatem dochodząc

kompleksowo albo uregulował dany „wycinek” tematyki stosowania kar administracyjnych, w tym konkretnie zakresie zastosowanie przepisów KPA powinno być wyłączone.

¹⁸ Zob. chociażby w wyroku WSA: *Powyższy wywód prowadzi do wniosku, że również przewidziana w art. 236d ust. 1 p.o.ś. wysokość kary pieniężnej jest nadmiernie wysoka. Skoro doszło do nadmiernego karania doszło tym samym do naruszenia zasady proporcjonalności, a w konsekwencji do naruszenia zasady sprawiedliwości społecznej w odniesieniu do przesłanek wymiaru administracyjnej kary pieniężnej, przewidzianych w szczególności w art. 189d § 1 pkt 1, 2 i 4 k.p.a.*

w istocie do wniosku, że przepis sankcjonujący nie może być zastosowany, bowiem jest niekonstytucyjny, a tym samym nie ma powodu do wymierzenia sankcji – powinien poza uchyleniem zaskarżonych decyzji następnie umorzyć postępowanie administracyjne na zasadzie art. 145 § 3 p.p.s.a. Podobnie możliwość zastosowania tego przepisu miał NSA – zwłaszcza że skarżący

wniósł kasacyjnie o wydanie wyroku reformatoryjnego na zasadzie art. 188 p.p.s.a. Sąd kasacyjny mógł więc skargę kasacyjną uwzględnić, niemniej w jej następstwie zmienić zaskarżony wyrok i umorzyć postępowanie administracyjne. Takie rozwiązanie kończyłoby dla organów administracji rozstrzygnięcie sprawy.



BIBLIOGRAFIA:

- Dąbek D., *Prawo sędziowskie w polskim prawie administracyjnym*, Warszawa 2010.
- Garlicki L., *Polskie prawo konstytucyjne, zarys wykładu*, Warszawa 2012.
- Hauser R., Trzeciński J., *Prawotwórcze znaczenie orzeczeń Trybunału Konstytucyjnego w orzecznictwie Naczelnego Sądu Administracyjnego*, Warszawa 2010.
- Hauser R., Wierzbowski M. (red.), *Kodeks postępowania administracyjnego. Komentarz*, wyd. VI, Warszawa 2020.
- Kiełbowski M., *Odmowa zastosowania przepisu ustawy przejawem prawotwórczej działalności sądów administracyjnych*, [w:] Tarno J.P., Bąkowski T. (red.), *Prawotwórstwo sądów administracyjnych*, Warszawa 2015.
- Tuleja P., *Stosowanie Konstytucji RP w świetle zasady jej nadrzędności (wybrane problemy)*, Kraków 2003.



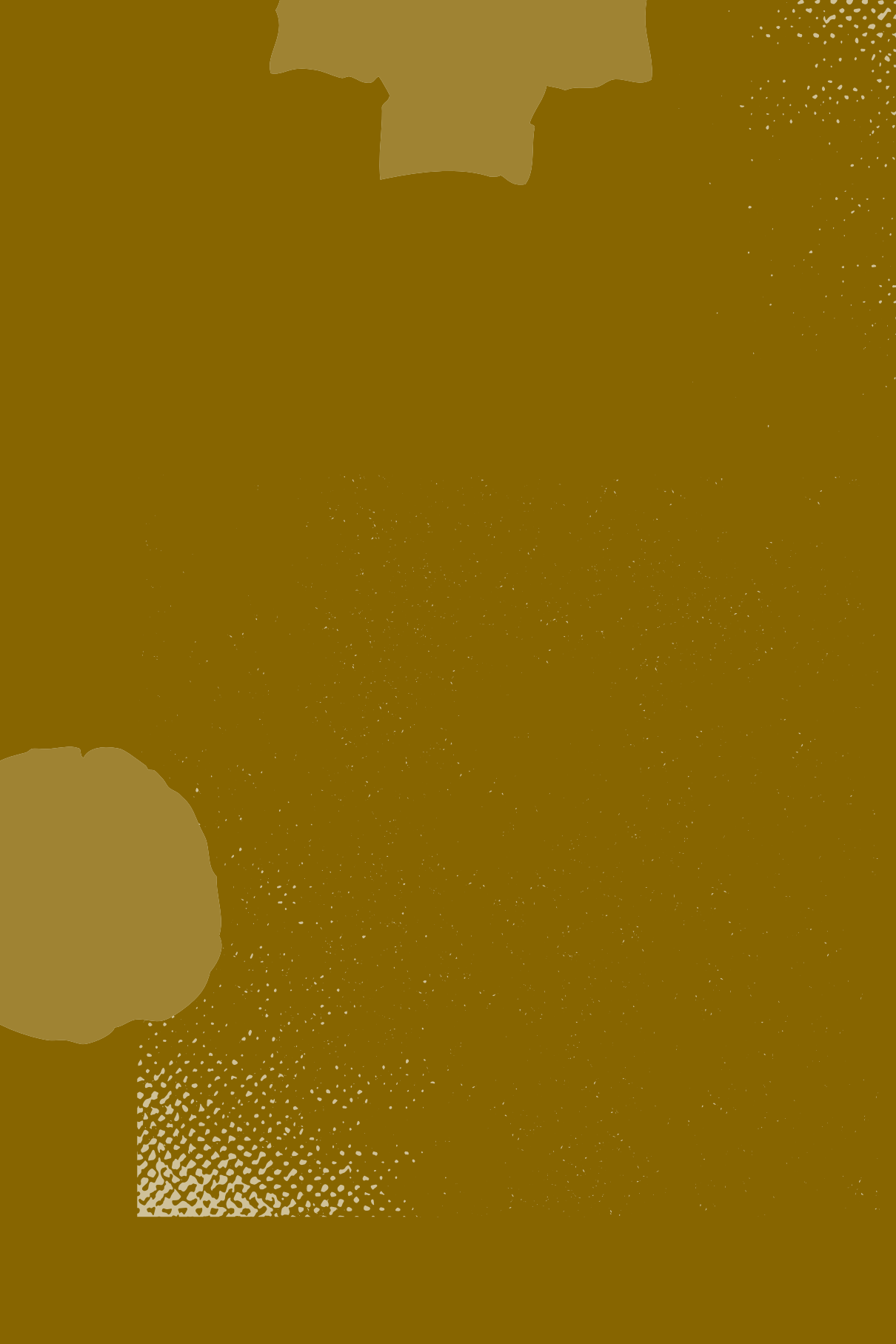
Dr Maciej KIEŁBOWSKI

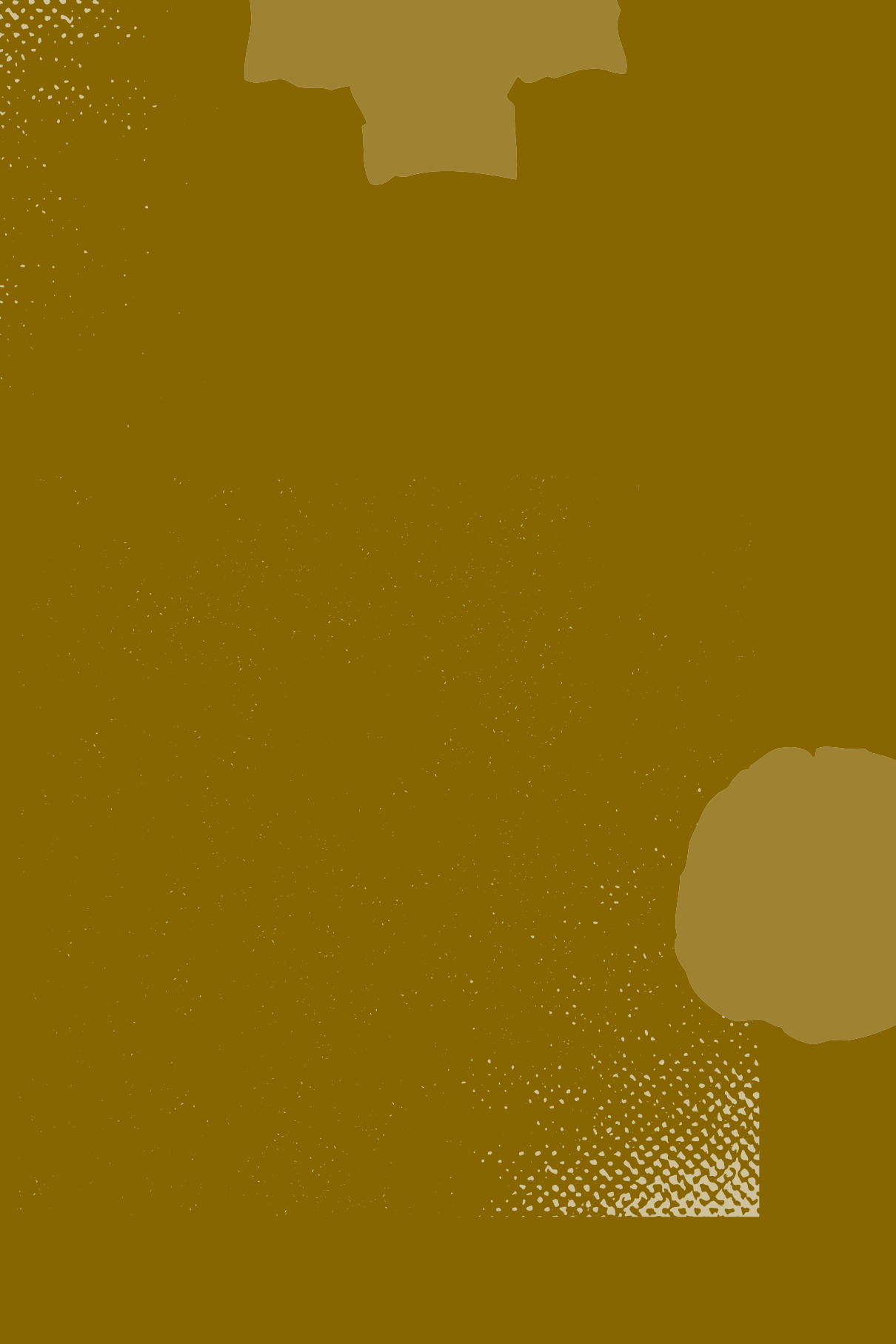
[adwokat, Wardyński & Partners]

Obvious unconstitutionality as grounds for setting aside a decision imposing an administrative fine. Comment on the judgment of the Supreme Administrative Court of Poland of 30 January 2019 (case no. II OSK 555/17)

This comment addresses a judgment by the Supreme Administrative Court of Poland on an administrative fine for violation of environmental reporting rules. Interesting issues arising from this ruling include the option of invoking the obvious unconstitutionality of the provision and its similarity to a provision that the Constitutional Tribunal has already struck down, as well as the issue of a case remaining in legal circulation with no existing legal basis for its resolution. The author also points to elements that could also have been included in the justification of the judgment and, in his view, a possible alternative way of resolving the case.

ADMINISTRATIVE FINE | CASSATION APPEAL | GROUNDS FOR CASSATION |
UNCONSTITUTIONALITY | SUPREME ADMINISTRATIVE COURT







Rozmowa z prof. Lechem GARLICKIM

[profesor nauk prawnych, sędzia Trybunału Konstytucyjnego (1993–2001)
i Europejskiego Trybunału Praw Człowieka (2002–2012)]

Przede wszystkim nie szkodzić

Redakcja: Sytuacja, w której się spotykamy, jest niecodzienna i choćby dlatego rozmawiamy na odległość. Pandemia koronawirusa na istotny wycinek roku zamknęła granice i gospodarki wielu państw, a wiele aspektów życia kazała wymyślić, choćby tymczasowo, na nowo. W jakiej sytuacji pandemia zastała Pana Profesora? Czy pokrzyżowała jakieś plany czy zamiary zawodowe?

Prof. Lech Garlicki: Pandemia, póki co, nie skonfrontowała nas z jej najbardziej dramatycznym wymiarem, który – dla ludzi w moim wieku – przybierać może mało sympatyczny charakter. Dostarczyła nam natomiast różnych stresujących momentów, bo tak się złożyło, że w końcu stycznia byłem na Uniwersytecie Hongkongu. Po kilku dniach okazało się, że uniwersytet zostaje zamknięty, zajęcia będą prowadzone online, a lada chwila dojdzie do zablokowania lotnisk i granic. Był to trochę wyścig z czasem, ale władze Hongkongu zareagowały bardzo wcześniej i bardzo sprawnie (miały zresztą smutne doświadczenia z epidemią SARS kilkanaście lat wcześniej).

Wróciliśmy do Polski, gdzie w początkach lutego nie widać jeszcze było alarmu, a na początek marca mieliśmy zarezerwowany lot do Stanów, gdzie od kilku lat mieszkamy na stałe. I znowu, kolejne dni stawały się coraz bardziej alarmujące i szybko pojawiło się pytanie, czy uda się najpierw odlecieć, a potem przekroczyć granicę. Starczyło nam determinacji, żeby doczekać do planowanego terminu (co pozwoliło mi jeszcze wziąć udział w gdańskim jubileuszu profesora Andrzeja Szmyta, wybitnego polskiego konstytucjonalisty), ale był to niemal ostatni moment, bo tydzień później Stany zamknęły komunikację lotniczą ze światem zewnętrznym.

A potem była już droga z górki, bo – mieszkając w Saint Louis – byliśmy daleko od tragedii Nowego Jorku i innych ognisk choroby. Przez szereg tygodni kraj i miasto były zamknięte (poza tzw. usługami kluczowymi), należało pozostawać w domu i nosić maski. Ale nie było hysterii, policyjnych akcji sprawdzających czy kwarantannowego obłędu. Do epidemii podchodzono z amerykańskim pragmatyzmem, postępując po prostu zgodnie ze zdrowym rozsądkiem. Było to o tyle łatwiejsze, że zachorowań nie było dużo, w szpitalach pozostawały wolne miejsca i respiratory,

większość ludzi ufała też, że działania władz lokalnych (zarządzenia antyepidemiczne były podejmowane głównie na szczeblu stanowym i gminnym) są podyktowane wiedzą i dobrymi intencjami, a nie – „wyższymi” celami politycznymi. Od końca maja wszystko zaczęło się powoli otwierać, ale szkoły podstawowe mają rozpocząć normalne zajęcia dopiero w połowie października, a na uniwersytetach większość zajęć prowadzonych jest nadal w sposób zdalny [wywiad został przeprowadzony w pierwszych dniach października 2020 r. – red.].

Były to doświadczenia ciekawe (zwłaszcza gdy konfrontowaliśmy je z informacjami z Polski), ale – w sumie – przygnębiające, bo stopniowo wyczerpał się początkowy optymizm, że epidemia szybko się skończy, a szczepionki za chwilę staną się dostępne. Dziś widać, że kryzys będzie trwał znacznie dłużej i przeniesie się na inne dziedziny życia. Szczepionka – według zapewnień obecnych władz – ma pojawić się jeszcze przed końcem roku, ale wydaje się, że zapewnienia te stracą wyrazistość z dniem przeprowadzenia wyborów w początku listopada.

Niemniej obserwacja prezydenckich wyborów w Polsce oraz – jeszcze toczącej się – kampanii wyborczej w Stanach Zjednoczonych dostarczyła wielu ciekawych obserwacji i porównań. Nikomu w Stanach nie przychodziła oczywiście do głowy zmiana procedur czy terminów wyborczych pod pretekstem zarazy – ale też głosowanie korespondencyjne zawsze było dopuszczalne w większości stanów. W tych wyborach korzysta z niego wyraźnie większy odsetek wyborców, choć pojawiają się opinie, że nie daje ono pełnych gwarancji rzetelności i tajności głosowania.

Prawo w ostatnich latach zmienia się jeszcze szybciej niż poprzednio, tendencja do nadregulacji w wielu krajach się pogłębia. Sytuacja epidemiczna pokazała potrzebę szybkiej reakcji legislacyjnej na wydarzenia nie z ostatnich lat, lecz z ostatnich dni. Z perspektywy czasu i z punktu widzenia przepisów konstytucyjnych, jak Pan ocenia jakość tych rozwiązań?

Polskie „prawo sytuacji nadzwyczajnych” rozwijało się – w Trzeciej Rzeczypospolitej – dwoma zupełnie odrębnymi torami.

Z jednej strony, rozwiązania prawne formułowano w oparciu o dramatyczną pamięć stanu wojennego z lat 80. Zarówno twórcy Konstytucji z 1997 r., jak i autorzy ustaw wykonawczych dysponowali osobistymi (i na ogół niedobrymi) doświadczeniami z tego okresu. Nowemu prawu nadawano więc postać gwarancyjną, poszukując mechanizmów utrudniających jego stosowanie do rozwiązywania wewnętrznych konfrontacji politycznych i stosowania brutalnej siły wobec opozycji. Temu służyło rozróżnienie stanu wojennego od stanu wyjątkowego, a gdy chodzi o ten ostatni – konieczność parlamentarnego potwierdzenia dla jego wprowadzenia, ograniczenie czasu jego trwania, szczegółowa enumeracja dozwolonych ograniczeń praw jednostki oraz wykluczenie ograniczania działalności parlamentu oraz sądów i trybunałów. Oczywiście nie uchroniono się od płycizn i przepisów blankietowych, ale widać było wolę ograniczenia dyktatury egzekutywy i wprowadzenia

elementów kontroli zewnętrznej, sprawowanej przez parlament, a także przez – niezawisłe – sądy.

Z drugiej strony, zdawano sobie sprawę, że sytuacje nadzwyczajne nie muszą wynikać z konfrontacji politycznych, ale mogą być też wynikiem sił natury. I w tej perspektywie decyzje kształtowane były w oparciu o doświadczenie, przede wszystkim, katastrofalnej powodzi z 1997 r. Konstytucyjne ustanowienie „stanu kłęski żywiołowej” (rozwinęte w ustawie o stanie kłęski żywiołowej z 2002 r.) odzwierciedlało ową wizję powodziową – więc kłęski krótkotrwałej, odwracalnej i zwalczanej ustabilizowanymi już metodami działania.

Trochę poza tą optyką pozostawały zagrożenia epidemiologiczne, bo (pomijając epidemię ospy we Wrocławiu w 1963 r.) były one obce pamięci twórców Konstytucji z 1997 r. Nie zakładano też, że walka z epidemiami będzie mogła zawierać element politycznych nadużyć. W efekcie kłęska epidemii została tylko zamarkowana w ustawie o stanie kłęski żywiołowej, zaś pełne jej ujęcie nastąpiło w odrębnym ustawodawstwie o zwalczaniu chorób zakaźnych, istniejącym w porządku prawnym już od czasów międzywojennych, a podsumowanym ustawą z 2008 r. o zapobieganiu oraz zwalczaniu chorób zakaźnych u ludzi. Ustawa ta była pisana w perspektywie technokratycznej, nakierowanej na skuteczną walkę z epidemią i zakładającej, że służby rządowe i aparat sanitarno-medyczny powinny podejmować bieżące decyzje. Założenie zaś „apolityczności” sytuacji epidemii spowodowało, że nie widziano potrzeby wprowadzania gwarancji praw jednostki oraz ograniczeń dyskrecjonalności władz, tak jak to uczyniono w odniesieniu do koncepcji stanu wyjątkowego oraz do jego szczegółowej regulacji. Innymi słowy, stworzono szczególną enklawę przepisów „antyzarazkowych”, w bardzo tylko luźny sposób powiązaną z konstytucyjnymi przepisami o stanie kłęski żywiołowej.

Takie ujęcie „prawa antyepidemicznego” odpowiadało obrazowi indywidualnych zakażeń czy – w najgorszym razie – rozprzestrzeniania się chorób znanych i w praktyce łatwiejszych do opanowania. Wizja totalnej epidemii ogarniającej cały kraj i zbierającej śmiertelne żniwo miała raczej hipotetyczny charakter. Już jednak w swej pierwotnej postaci ustawa z 2008 r. rodziła wątpliwości. Ujęta była w sposób całościowy (by nie powiedzieć – autarkiczny), przewidywała wprowadzenie szczególnej postaci stanu nadzwyczajnego (stan epidemii), dopuszczała stosowanie bardzo daleko idących ograniczeń praw jednostki oraz podporządkowania samorządu lokalnego, nie zawierała zaś żadnych rozbudowanych procedur gwarancyjnych. Tworzyła więc dodatkową wersję stanu nadzwyczajnego, pozostającą poza konstytucyjnym schematem regulacji stanu kłęski żywiołowej. Nasuwało to pytanie, czy konstytucja w ogóle pozwala tworzyć dodatkowe formy stanu nadzwyczajnego, wprowadzone poza siatką procedur i ograniczeń ustanowionych w jej przepisach.

Problem nabrał rzeczywistego znaczenia w momencie wybuchu epidemii COVID-19. Nie tylko okazało się konieczne pełne uruchomienie wszystkich mecha-

nizmów przewidzianych w ustawie z 2008 r., ale też uzupełniono je serią ustaw epizodycznych wprowadzających dalsze restrykcje, niezbędne dla „zamknięcia” całego kraju (i wszystkich jego mieszkańców). Zarazem podjęto polityczną decyzję, że nie trzeba wprowadzać „stanu klęski żywiołowej” w oparciu o art. 232 Konstytucji, gdyż wystarczy wprowadzić „stan epidemii” na podstawie ustawy z 2008 r. Było to wątpliwe konstytucyjnie, bo wprowadzono ograniczenia idące dalej niż przewidziane w ustawie o stanie wyjątkowym, a jednocześnie deklarowano, że nie ma podstaw dla wprowadzania tego stanu. Co więcej, nowe przepisy koncentrowały pełnię władzy decyzyjnej w gestii rządu (premiera), ministra zdrowia i władz sanitarnych, a pomijały nie tylko parlament, ale i prezydenta. Do tego doszła nieszczęśliwa kombinacja ogólnej ewolucji ku rządom autorytarnym (m.in. znajdujących wyraz w ograniczeniu swobody działania sądów) oraz kontekstu wyborczego (wprowadzenie konstytucyjnego „stanu klęski żywiołowej” wymagałoby odsunięcia w czasie wyborów prezydenckich, a tego władza chciała za wszelką cenę uniknąć).

Doprowadziło to do sytuacji patologicznej, omijającej konstytucyjnie przewidziany porządek reagowania na sytuacje nadzwyczajne i naruszającej zaufanie obywateli do państwa. Dobitną ilustracją tego procesu stały się konwulsje prawa wyborczego, prowadzące do przeprowadzenia wyborów prezydenckich poza ich konstytucyjnym terminem i niepotrzebnie stymulujące zarzuty nierzetelności procedur wyborczych.

Podsumowując – w trudnej sytuacji zagrożenia epidemicznego potrafiąco w szybkim czasie przeprowadzić niezbędne zmiany ustawodawcze i zapewnić ich wprowadzenie w życie. Było to niewątpliwym sukcesem legislacyjnym, ale został on politycznie zmarnowany przez niechęć do wprowadzenia konstytucyjnego „stanu klęski żywiołowej” oraz szarpaninę towarzyszącą przeprowadzaniu wyborów prezydenckich. W efekcie „ustawodawstwo antyepidemiczne” straciło legitymizm, a decyzje podejmowane w jego wykonaniu stały się obciążone różnorodnymi wadami prawnymi. Nie było to jednak, o czym niżej, tylko efektem braków w obowiązującym prawie, ale – przede wszystkim – braku woli politycznej, by prawo to stosować także tam, gdzie rodzi to niedogodności dla grupy sprawującej władzę.

Pozostając przy Konstytucji: od jej uchwalenia w 1997 r. minęło prawie ćwierć wieku. Czy obecnie Konstytucja wymaga w ocenie Pana Profesora zmian, czy też jej trwałość w różnych momentach gospodarczych i politycznych jest jej zaletą?

Konstytucja z 1997 r. była, jak wszystkie tego typu dokumenty, produktem swojego czasu. Stanowiła efekt politycznych kompromisów, więc celowo pozostawiono w niej wiele niedopowiedzeń, choćby dotyczących przyszłej obecności Polski w UE. Ale żadna konstytucja nie jest instrumentem doskonałym. W moim przekonaniu Konstytucja z 1997 r. stanowiła jedną z lepiej napisanych i skomponowanych ustaw zasadniczych w państwach naszego regionu. Powstała później niż jej odpowiedniki u naszych sąsiadów, ale właśnie dlatego jej rozwiązania opierały się w większym

stopniu na doświadczeniu niż na nadziejach i marzeniach. To pozwoliło na jej – w miarę – harmonijne funkcjonowanie przez blisko 20 lat.

Konstytucja stworzyła ramy dla procesu alternacji politycznej: pod jej rządami czterokrotnie wybory przyniosły zasadniczą zmianę układu sił w parlamencie i za każdym razem proces przekazania władzy przebiegał w sposób uporządkowany, właściwy cywilizowanym systemom politycznym. Oczywiście dzisiejsza perspektywa jest bardziej skomplikowana i często podnoszone są głosy krytyczne, że konstytucja zawiodła oczekiwania, bo – od końca 2015 r. – dokonała się na jej tle faktyczna zmiana ustrojowa akcentująca podejście autorytarne i likwidująca wiele jej podstawowych mechanizmów.

Trudno przeczyć, że proces taki obecnie postępuje. Ale nie wydaje się, aby jakkolwiek tekst konstytucyjny był w stanie oprzeć się działaniom faktycznym, które tekst ten bądź ignorują, bądź nadają mu znaczenie odległe od jego wewnętrznej logiki oraz intencji jego twórców. Każda konstytucja jest wyrazem konsensusu politycznego i może funkcjonować tylko pod warunkiem, że podstawowe elementy owego konsensusu są akceptowane przez wszystkich uczestników procesu rządzenia. Konsensus ten opiera się – z jednej strony – na woli Narodu, potwierdzanej w demokratycznych wyborach, ale – z drugiej strony – także na wewnętrznym pluralizmie mechanizmu państwowego. Ów pluralizm (przyjmujący instytucjonalną postać podziału władz) zakłada, że zwycięskie wybory pozwalają przejąć kontrolę nad funkcjonowaniem parlamentu i rządu, ale – zarazem – zawsze pozostać muszą takie elementy mechanizmu państwowego, które zachowują odrębność i niezależność. Dotyczy to, przede wszystkim, samorządu terytorialnego oraz organów władzy sądowniczej, ale także – niezależności publicznych mediów, neutralności służby cywilnej oraz Sił Zbrojnych itp. Jeżeli w praktyce politycznej pojawiają się działania faktyczne ignorujące ten schemat, to konstytucja nie obroni się przed degradacją.

Mechanizmy konstytucyjne mogą ten proces hamować. W tym zakresie szczególnie istotna rola przypada sądom, zwłaszcza sądownictwu konstytucyjnemu. Ale wymaga to, by sądy pozostawały niezawisłe, a ich wyroki były szanowane przez władze polityczne. Gdy zaś dojdzie do politycznej absorpcji sądów, rola konstytucji zostaje przekreślona, bo nie ma procedur pozwalających na ochronę konstytucji i narzucania granic działaniom parlamentu i rządu. Gdy zaś takie praktyki znajdują też potwierdzenie w kolejnych decyzjach wyborczych (a trudno kwestionować rzetelność wyborów parlamentarnych z 2019 r.), dochodzi do załamania się całej konstrukcji konstytucjonalizmu.

Innymi słowy, Konstytucja ani nie może zapobiec procesom faktycznego przejmowania władzy, ani nie może w takiej sytuacji pełnić swojej roli ustrojowej. Może wprawdzie te procesy opóźniać, ale jej siła ulega stopniowemu rozchwianiu. I wówczas debata nad potrzebami szczegółowych zmian w jej treści staje się pozorna i myląca.

Nie ma dziś warunków politycznych ani do rzetelnej debaty nad zmianami w konstytucji, ani – tym bardziej – by dokonywać takich zmian. Obecnie koncentrować się raczej należy na obronie istniejących unormowań konstytucyjnych, tak aby mogły być wykorzystywane w działalności tych organów władzy publicznej, które nie uległy jeszcze politycznemu zawłaszczeniu. Przepisy konstytucyjne powinny być traktowane jako podstawa dla ocen legalności i legitymizmu działań władz politycznych, a także – jako podstawa przyszłej odpowiedzialności osób odpowiedzialnych za ich łamanie. Debata nad konstytucyjnymi aspektami polskiego stanu epidemii jest tego dobrym przykładem.

Wreszcie, dzisiejsze doświadczenia tworzą kapitał informacji do wykorzystania po zmianie kontekstu politycznego. Wówczas zaktualizuje się pytanie, czy należy dążyć do prawnego „odrodzenia” nadal obowiązującej konstytucji (i jej stosownego poprawienia), czy raczej trzeba podjąć debatę nad przygotowaniem nowej ustawy zasadniczej. Jest to jednak kwestia przyszłości.

Jest Pan znawcą nie tylko polskiego, ale i szeregu innych systemów prawnych na świecie. W wielu z nich, podobnie jak w Polsce, sądy przy orzekaniu mogą odwoływać się do przepisów konstytucyjnych i stosować je bezpośrednio. Czy w Pana ocenie współcześnie możliwość ta jest dostatecznie wykorzystywana przez sądy powszechne i sądy administracyjne, czy też Konstytucja przydałaby się przy rozstrzyganiu większej liczby spraw?

Sposób sądowego stosowania konstytucji należy widzieć w dwóch aspektach. Pierwszy to posługiwanie się przepisami konstytucyjnymi dla ustalenia właściwej interpretacji przepisów ustawowych oraz oceny ich zastosowań w sprawach indywidualnych. Jest to tzw. technika „współstosowania”, stosowana szeroko we współczesnym świecie i pozwalająca nasycić zwykłe ustawodawstwo treściami i wartościami konstytucyjnymi. Odnosi się to zwłaszcza do spraw dotyczących praw jednostki, gdzie zresztą sądy powinny stosować przepisy ustawowe nie tylko na tle unormowań konstytucyjnych, ale także – postanowień Europejskiej Konwencji Praw Człowieka oraz prawa Unii Europejskiej. W normalnych warunkach ustrojowych ogromną rolę odgrywa też orzecznictwo sądu konstytucyjnego, które konkretyzuje postanowienia konstytucyjne, nadając im postać zasad i norm nadających się do zastosowania w sprawach indywidualnych. Ten proces „współstosowania” znany był od dawna praktyce polskich sądów, i to nie tylko na szczeblu Sądu Najwyższego czy Naczelnego Sądu Administracyjnego.

Bardziej kontrowersyjny był zawsze drugi aspekt, mianowicie zakres kompetencji sądów w sytuacji, gdy przepis ustawy jest tak oczywiście sprzeczny z konstytucją, że nie się go „uratować” w drodze wykładni, czyli przez stosowne przeinterpretowanie tego przepisu. Konstytucja z 1997 r. utrzymała istnienie odrębnego Trybunału Konstytucyjnego, więc dała wyraz przekonaniu, że temu organowi należy przypisać podstawową rolę w decydowaniu o niekonstytucyjności ustaw (ich przepisów) i wprowadzaniu ich z systemu prawnego. Nie dopowiedziano jednak wszystkiego do

końca i otwarte pozostało pytanie, czy owa rola podstawowa musi oznaczać też rolę wyłączną.

Na tym tle stale zaznaczały się rozbieżności między stanowiskiem Trybunału Konstytucyjnego (akcentującego swój monopol kompetencyjny) oraz stanowiskami Sądu Najwyższego i NSA (które czasem były skłonne pozostawić sobie pewien margines samodzielności decyzyjnej). Dodatkowe zachęty dla sądów pojawiły się po wejściu do Unii Europejskiej. Podstawową bowiem zasadą prawa unijnego jest kompetencja wszystkich sądów do samodzielnej odmowy stosowania przepisów ustawowych kolidujących z prawem UE, a to pozostawia Trybunał Konstytucyjny poza procesem rozstrzygania.

Pytanie, czy tak samo sądy mogą postępować także w razie kolizji ustawy z konstytucją, przez wiele lat pozostawało niejako w uśpieniu. Polski Trybunał Konstytucyjny skutecznie wypełniał rolę obrońcy i interpretatora przepisów konstytucyjnych, co otwierało szerokie pole dla dialogu w ramach władzy sądowniczej. Dopiero zachwianie niezależności Trybunału, a potem jego polityczna absorpcja, zasadniczo ograniczyły pole tego dialogu. Pojawiły się – wyraźnie artykułowane – koncepcje, że sądom przysługuje pewien zakres samodzielności nie tylko we „współstosowaniu” konstytucji i ustaw, ale też w odmowie stosowania ustaw, które – w ocenie sądów – są oczywiście niekonstytucyjne.

Te doświadczenia nie pozostaną bez wpływu na przyszłe debaty nad zmianą obecnej konstytucji. Pojawia się w nich bowiem wątpliwość, czy należy zachować obecny (typowy zresztą dla Europy kontynentalnej) model odrębnego sądu konstytucyjnego. Odpowiedź zależy od stopnia optymizmu bądź pesymizmu w ocenie politycznego kontekstu stosowania przyszej konstytucji. Z jednej strony, zalety istnienia odrębnego sądu konstytucyjnego ujawniają się – w sposób oczywisty – w czasach politycznej stabilności i poszanowania porządku konstytucyjnego. Z drugiej jednak strony, gdy nadchodzi czas trudny, odrębny sąd konstytucyjny ma wprawdzie możliwości spektakularnej obrony przez pewien czas, ale jego polityczne przejęcie jest prostsze i szybsze niż w odniesieniu do innych segmentów władzy sądowniczej.

Przez dłuższy czas jako sędzia Europejskiego Trybunału Praw Człowieka oceniał Pan Profesor szereg spraw związanych z naruszeniami praw człowieka w różnych państwach europejskich. Czy w tamtym okresie widać było jakąś tendencję w ingerencji ustawodawców w określone prawa i wolności obywateli? A może jakiś kierunek nadmiernej regulacji – lub wprost przeciwnie, niedoregulowania prowadzącego do naruszania praw jednostki – widzi Pan obecnie?

Ustawodawcy wszystkich krajów nie są wolni od obu tych grzechów. Nadregulacja, w perspektywie praw człowieka, łączy się zwykle z ustanawianiem dodatkowych ograniczeń, więc pozwala państwu na nowe i głębsze ingerencje w sytuację jednostki. Wówczas często mamy do czynienia z naruszaniem przez państwo tzw. obowiązków negatywnych, tzn. narzucania takich ograniczeń praw człowieka,

które bądź w ogóle nie służą realizacji żadnego legitymowanego celu, bądź realizują go w sposób nieproporcjonalnie uciążliwy.

Także jednak niedoregulowanie może prowadzić do naruszania praw jednostki. Z jednej strony, może pozbawiać istniejące przepisy niezbędnej precyzji, więc pozostawiać nadmierny margines dyskrecjonalności procesowi ich stosowania. Wówczas naruszenie praw jednostki polega na przyzwoleniu na ich ograniczanie bez należytego oparcia w obowiązującym prawie. Z drugiej strony, może pozbawiać jednostki dostępu do niektórych praw. Pamiętać trzeba, że prawa człowieka obejmują także dziedziny (np. prawo do ochrony zdrowia), w których trzeba szczegółowo uregulować, co, kiedy i pod jakimi warunkami może (lub musi) przysługiwać jednostce. Brak takiej regulacji nadaje prawu jednostki charakter iluzoryczny. Równie groźne jest niedoregulowanie w sferze gwarancji proceduralnych, czyli ustalania remediów i procedur, w których jednostka może dochodzić praw zagwarantowanych w konstytucji czy umowach międzynarodowych. Niedoregulowanie stanowi wówczas naruszenie „obowiązków pozytywnych” państwa, a występuje w sytuacjach, gdy ustawodawca nie chce bądź nie potrafi rozwiązać stojących przed nim problemów.

Trybunał strasburski regularnie styka się z obu tymi grzechami ustawodawcy. Ocena zaś, czy ustawodawca powiedział za dużo, czy za mało, zależy od regulowanej materii (a zwłaszcza – od natury praw jednostki, których materia ta dotyczy), od treści aktualnie istniejącego prawa, a także od praktycznych skutków jego stosowania. Zwłaszcza jednak w państwach traktujących poważnie ochronę praw człowieka niedopełnianie „obowiązków pozytywnych” staje się stopniowo najbardziej typową formą naruszania Konwencji Europejskiej.

Wcześniej Pan Profesor praktykował przez kilkanaście lat jako adwokat. Jak ocenia Pan współcześnie kondycję palestry i jakie widzi Pan wyzwania i zagrożenia dla praktykujących prawo po drugiej stronie stołu sędziowskiego?

Nie prowadziłem praktyki adwokackiej w sposób rzeczywisty, choć w latach 1980-1992 byłem wpisany na listę adwokatów, co było zresztą typowe dla pracowników uniwersyteckich wydziałów prawa. Mogłem jednak z bliska obserwować funkcjonowanie warszawskiej Palestry już od 1956 r.

Polska adwokatura może się szczycić dumnym dziedzictwem kompetencji i niezależności. Zaznaczyło się to już w przedwojennych konfrontacjach z autorytaryzmem władzy, a potem – w okresie PRL. Ówczesnej władzy nigdy nie udało się zyskać pełnej kontroli nad korporacjami adwokackimi i – tak w stanie wojennym, jak w czasach wcześniejszych – adwokatura zapisała piękną kartę w obronie ludzi prześladowanych i krzywdzonych ze względów politycznych. Przełożyło się to potem na obecność adwokatów w parlamencie czy sądach Trzeciej RP. Czasem zresztą można było mieć wrażenie, że intelektualnie byli oni lepiej dysponowani do pozostawania w opozycji niż do rządzenia krajem.

Oczywiście, jak w każdym zbiorowisku ludzkim, nie brakowało nigdy adwokatów, których poziom moralny czy umysłowy daleki był od wspomnianego wyżej ideału. Nie zmienia to jednak faktu, że – po czasach trudnych – adwokaturze pozostało dziedzictwo warte kultywowania.

Sytuacja dzisiejsza jest inna, bo zmienił się zarówno kontekst polityczny, jak i metody pracy prawników-praktyków. Dominacja wielkich kancelarii zostawia mniej miejsca dla indywidualizmu dawnych mistrzów zawodu, a dominacja spraw biznesowo-gospodarczych – mniej miejsca dla finezyjnych wystąpień sądowych. Nie przekreśla to jednak historycznego mandatu polskiej adwokatury, nakazującego, by w czasach, gdy zagrożone stają się prawa jednostki, podejmowała się ich obroń, zarówno w sądach prawa, jak i przed sądem opinii publicznej.

Z perspektywy wielu lat doświadczenia jako sędzieja, jak Pan Profesor ocenia pisma składane przez pełnomocników stron? Czy są one klarowne, dobrze ustrukturyzowane? Czy ułatwiają, czy utrudniają zapoznanie się ze stanowiskiem strony? Czy jest określony styl pisania procesowego, który Pan Profesor uważa za najlepszy? Obecnie dyskutuje się szeroko takie koncepcje jak *plain language* czy *legal design*. Czy miałby Pan jakąś sugestię dla autorów pism w postępowaniach sądowych?

Jak zwykle, takie pytania skłaniają do enigmatycznego stwierdzenia – to zależy. Inny jest styl, więc też stopień wymaganej komunikatywności, w postępowaniach pierwszoinstancyjnych, gdy spór często toczy się o fakty. Inny jest zaś – przed najwyższymi instancjami, gdy chodzi o przekonanie do takiej lub innej wykładni obowiązującego prawa. Tu też ceni się komunikatywność, ale o innym charakterze, bo decydująca jest jakość argumentów prawnych oraz zdolność do ich jasnego wyłożenia. Zawsze więc trzeba zastanowić się, kto będzie pierwszym czytelnikiem pozwu, wniosku czy skargi. W systemach, w których dokonuje się wstępna selekcja skarg (jak choćby przed ETPCz czy przed większością sądów konstytucyjnych), nie tylko trzeba pamiętać, że czytelnikiem tym nie musi być sędzia, ale też trzeba szczególnie starannie wykazać spełnienie przesłanek decydujących o dopuszczalności skargi. Czas na wielkie argumenty merytoryczne nadejdzie na dalszych etapach postępowania, a teraz należy zadbać, by w ogóle do nich doszło.

Warto, na zakończenie, przywołać dwie obserwacje z moich doświadczeń orzeczniczych.

Po pierwsze, dla wygrania sprawy w sądach najwyższych ważniejsza jest umiejętność pisania niż mówienia. Prawda, że wielkie mowy obrończe zostają na długo w pamięci środowiska, nie muszą one jednak być wygłaszane przed sądem najwyższym. Zanim też dojdzie do ich wysłuchania na rozprawie, sędziowie starannie studiują pisma i materiały przedstawione przez uczestników postępowania, nierzadko też przeprowadzają wstępne narady. Te właśnie etapy bywają decydujące dla ostatecznego wyniku sprawy.

Po drugie, dobrze napisane pismo procesowe może oczywiście pomóc, ale źle napisane pismo – z reguły musi zaszkodzić. Pamiętam wiele sytuacji, gdy błędy popełniane przez strony (ich pełnomocników) nie dawały sądowi szansy na właściwe rozpoznanie sprawy. Błędne określenie zakresu zarzutów procesowych, pominięcie relewantnych wzorców kontrolnych, brak pełnej wiedzy o aktualnym stanie prawnym i orzecznictwie sądowym, uchybienia wymogom formalnym – to prosta droga do przegrania sprawy. Schemat procedur sądowych pozostawia sądom niewiele miejsca, by naprawić takie błędy. Posługując się porównaniem medycznym (dziś w sposób oczywisty atrakcyjniejszym niż kiedykolwiek), pamiętajmy: *primum non nocere*.

rozmawiał dr Maciej Kiełbowski

