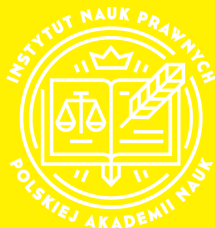


INSTYTUT NAUK PRAWNYCH
POLSKA AKADEMIA NAUK



STUDIA PRAWNICZE

NUMER SPECIALNY

ISSN 0039-3312

5 spec.
2018

Frontier research w badaniach Zakładu Prawa Prywatnego INP PAN

- W kierunku ograniczonej normatywnie sankcji sędziowskiej jako proporcjonalnej reakcji na wadliwość czynności prawnych (umów) w nowoczesnym obrocie prawnym
- Standaryzacja umów jako przejaw publicyzacji prawa prywatnego
- Umowy między małżonkami dotyczące praw udziałowych w spółkach kapitałowych
- Umowa pomiędzy spółką dominującą a zależną jako podstawa wywierania wpływu na spółkę zależną
- Umowa faktoringu jako przykład empirycznego kształtowania się stosunków obligacyjnych w dobie konwergencji systemów prawa
- Konsekwencje prawne transgranicznego charakteru umowy o świadczenie usług typu *cloud gaming*

Varia

- Przenikanie się prawa konstytucyjnego, prawa pracy i prawa administracyjnego na przykładzie polskiego prawa urzędniczego w świetle orzecznictwa (zagadnienia wybrane)
- Bolesław Wiewióra – pionier powojennej polskiej nauki o uznaniu nabytków terytorialnych

Wydawnictwo INP PAN
Warszawa 2018

INSTYTUT NAUK PRAWNYCH
POLSKA AKADEMIA NAUK



STUDIA PRAWNICZE

NUMER SPECJALNY
ISSN 0039-3312



Wydawnictwo INP PAN
Warszawa 2018



KOMITET REDAKCYJNY:

Andrzej Bierć, Władysław Czapliński, Lech Gardocki, Ewa Łętowska,
Małgorzata Król-Bogomilska, Maria Kruk-Jarosz, Joanna Mucha-Kujawa,
Jan Skupiński, Tadeusz Smoczyński, Andrzej Szajkowski, Elżbieta Tomkiewicz,
Roman Wieruszewski, Andrzej Wróbel

KOLEGIUM REDAKCYJNE:

Andrzej Bierć – redaktor naczelny
Tadeusz Smoczyński – z-ca redaktora naczelnego
Joanna Mucha-Kujawa – sekretarz redakcji

Zgodnie z wykazem czasopism naukowych oraz informacją Departamentu Nauki w MNiSW w związku z § 32 ust. 1 rozporządzenia Ministra Nauki i Szkolnictwa Wyższego z 12.12.2016 r. w sprawie przyznawania kategorii naukowej jednostkom naukowym i uczelniom, w których zgodnie z ich statutami nie wyodrębniono podstawowych jednostek organizacyjnych (Dz.U. 2016 poz. 2154) za każdą publikację naukową w kwartalniku „Studia Prawnicze” Autor otrzymuje **11 punktów**.

„Studia Prawnicze” ukazują się nieprzerwanie od 1963 r.

Redakcja uprzejmie zawiadamia, że dążąc do upowszechniania za granicą artykułów ukazujących się w „Studiach Prawniczych”, zamieszcza angielskie streszczenia artykułów w „The Central European Journal of Social Sciences and Humanities” (CEJSH).

Pełne wersje artykułów, publikowanych w modelu Open Access, są dostępne na platformie czasopisma i w bazie ICI World of Journals (wskaźnik ICV 42.84).

Wersją podstawową (referencyjną) czasopisma jest wersja papierowa.

© Copyright 2018 by Instytut Nauk Prawnych PAN

Adres Redakcji:

Instytut Nauk Prawnych PAN
ul. Nowy Świat 72, 00-330 Warszawa
Pałac Staszica
tel. 22 826 52 31 w. 181
fax 22 826 78 53
e-mail: studiaprawnicze@inp.pan.pl

Publikacja dofinansowana przez Instytut Nauk Prawnych PAN ze środków Ministerstwa Nauki i Szkolnictwa Wyższego.

Redakcja i korekta: Wydawnictwo INP PAN
Skład i przygotowanie do druku: Grzegorz Gromulski
Druk na zlecenie INP PAN: Sowa Sp. z o.o.
Nakład: 140 egz.



Ministerstwo Nauki
i Szkolnictwa Wyższego



SPIS TREŚCI

Dr hab. Celina Nowak, prof. INP PAN

Instytut Nauk Prawnych PAN

SŁOWO WSTĘPNE	9
---------------------	---

Frontier research w badaniach Zakładu Prawa Prywatnego INP PAN

Prof. dr hab. Andrzej Bierć

Instytut Nauk Prawnych PAN

W KIERUNKU OGRANICZONEJ NORMATYWNIE SANKCJI SĘDZIOWSKIEJ JAKO PROPORCJONALNEJ REAKCJI NA WADLIWOŚĆ CZYNNOŚCI PRAWNYCH (UMÓW) W NOWOCZESNYM OBRODZIE PRAWNYM	15
1. Tradycyjna sankcja nieważności czynności prawnej (umowy) z mocy prawa (<i>ex lege</i>) jako nieproporcjonalny i nieefektywny instrument kontroli legalności w obrocie prawnym	16
2. Ograniczona sankcja sędziowska według prawa modelowego w Unii Europejskiej jako wzór dla ustawodawcy krajowego	21
2.1. Anglosaskie korzenie ograniczonej sankcji sędziowskiej w projektach modelowych UE	21
2.2. Konstrukcja ograniczonej normatywnie sankcji sędziowskiej w projekcie modelowym PECL	21
2.3. Sankcja sędziowska w DCFR	23
3. Przejawy proporcjonalnej reakcji na wadliwość czynności prawnej (umowy) w krajowym prawie prywatnym podlegającym unifikacji (harmonizacji) z prawem UE	25
3.1. Uwagi ogólne o kierunku przemian sankcji nieważności jako podstawie krajowego mechanizmu kontroli legalności w obrocie prawnym	25
3.2. Zewnętrzne ograniczenia w stosowaniu sankcji nieważności <i>ex lege</i>	26
3.3. Wewnętrzne ograniczenia sankcji nieważności <i>ex lege</i> czyli szczególne odmiany konstrukcji nieważności częściowej wadliwej czynności prawnej (umowy)	27

3.3.1. Uwagi ogólne o istocie tzw. wewnętrznych ograniczeń w stosowaniu sankcji nieważności.....	27
3.3.2. Konstrukcja nieważności części czynności prawnej (umowy)	28
3.4. Szczególne postacie nieważności częściowej	30
3.4.1. Sankcja bezskuteczności niedozwolonych (abuzywnych) klauzul umownych w obrocie konsumenckim, czyli „brak związania konsumenta” nieuczciwymi postanowieniami umownymi.....	30
3.4.2. Redukcja utrzymująca skuteczność	32
3.4.3. Klauzule salwatoryjne jako instrument ochrony stron umowy przed jej nieważnością.....	33
3.4.4. Konwersja nieważnej czynności prawnej w inną czynność prawną odpowiadającą hipotetycznej woli stron	34
3.4.5. Konwalidacja jako ograniczone normatywnie „uzdrowienie” (regularyzacja) wadliwej czynności prawnej	35
4. Model normatywny ograniczonej sankcji sędziowskiej w pracach krajowej Komisji Kodyfikacyjnej Prawa Cywilnego	37
Bibliografia.....	42

Dr Joanna Mucha-Kujawa

Instytut Nauk Prawnych PAN

STANDARYZACJA UMÓW JAKO PRZEJAW PUBLICYZACJI PRAWA PRYWATNEGO	47
1. „Przyleganie do rzeczywistości”, czyli pragmatyzm jako generalny kierunek przemian umowy	48
2. Przesłanki transformacji umowy.....	50
2.1. Anglo-amerykanizacja umowy.....	50
2.2. Publicyzacja.....	51
2.3. Deficyt zaufania	53
2.4. Masowość obrotu handlowego	53
2.5. Algorytmizacja praktyki kontraktowej	54
3. Standaryzacja umowy	56

3.1. Od umowy jako klasycznego instrumentu regulacji stosunków prywatnoprawnych ku ustandaryzowanej adhezji	56
3.2. Ochrona zaufania jako kierunek interpretacji umowy	63
4. Kontrola wzorców umownych	67
4.1. „Wspomaganie” zasady autonomii woli jako przejaw ochrony uzasadnionego zaufania	67
4.2. W poszukiwaniu skutecznej i efektywnej kontroli wzorców umownych	69
5. <i>Quo vadis</i> umowo?.....	72
Bibliografia.....	74

Dr hab. Monika Tarska, prof. INP PAN

Instytut Nauk Prawnych PAN

UMOWY MIĘDZY MAŁŻONKAMI DOTYCZĄCE PRAW UDZIAŁOWYCH W SPÓŁKACH KAPITAŁOWYCH	83
1. Wprowadzenie.....	85
2. Problem statusu prawnego współników-małżonków w spółce kapitałowej.....	85
3. Regulacja zawarta w art. 183 ¹ k.s.h.....	92
4. Udział w spółce jako przedmiot majątku wspólnego małżonków	93
5. Warianty uczestnictwa małżonków w spółce kapitałowej	95
6. Problem braku spójności regulacji k.r.o. i k.s.h. w zakresie wspólności praw udziałowych małżonków w spółce	99
7. Umowne ustroje majątkowe małżeńskie według k.r.o.	100
8. Udział w spółce jako przedmiot umowy majątkowej małżeńskiej	109
9. Podsumowanie	111
Bibliografia.....	112

UMOWA POMIĘDZY SPÓŁKĄ DOMINUJĄCĄ A ZALEŻNĄ JAKO PODSTAWA WYWIERANIA WPŁYWU NA SPÓŁKĘ ZALEŻNĄ.....	117
1. Uwagi wstępne	118
2. Tło prawnoporównawcze	120
2.1. Regulacje umowy o podporządkowanie w prawie niemieckim.....	120
2.2. Dopuszczalność zawierania umów o podporządkowanie w innych systemach prawnych – wzmianka	121
3. Stan prawny w zakresie „umów przewidujących zarządzanie spółką zależną” w prawie polskim	123
3.1. Regulacja prawna.....	123
3.2. Znaczenie regulacji art. 7 k.s.h. dla możliwości ustalenia treści umów o wywieranie wpływu na spółkę zależną	124
4. Umowy przewidujące oddziaływanie decyzyjne spółki dominującej na zależną a zasada swobody umów – kwestie wyjściowe	127
5. Problem dopuszczalności zawarcia umowy przewidującej wywieranie przez spółkę dominującą wpływu na spółkę zależną ze skutkami ustrojowymi.....	130
6. Umowy o wywieranie przez spółkę dominującą wpływu na spółkę zależną ze skutkiem obligacyjnym	134
6.1. Konstrukcja umów o wywieranie wpływu spółki dominującej na spółkę zależną ze skutkiem obligacyjnym i ich dopuszczalność.....	134
6.2. Postacie umów przewidujących wywieranie wpływu na spółkę zależną	137
6.3. Umowa jako podstawa zmiany interesów i celu spółki zależnej.....	139
6.4. Sposób i zakres wywierania wpływu na spółkę zależną	141
6.5. Problem wywierania wpływu na niekorzyść spółki zależnej	144
7. Podsumowanie	145
Bibliografia.....	147

Dr hab. Robert Siwik

Instytut Nauk Prawnych PAN

UMOWA FAKTORINGU JAKO PRZYKŁAD EMPIRYCZNEGO KSZTAŁTOWANIA SIĘ STOSUNKÓW OBLIGACYJNYCH W DOBIE KONWERCENCJI SYSTEMÓW PRAWA	151
1. Wstęp.....	152
2. Geneza i ewolucja faktoringu.....	153
3. Stosunek zobowiązaniowy faktoringu	156
4. Modele faktoringu	157
5. Układ interesów stron faktoringu.....	160
6. Trudności w klasyfikacji empirycznych typów umów.....	161
7. Świadczenia charakterystyczne stron umowy faktoringu	163
8. Ponadnarodowe regulacje jako przejaw globalizacji prawa	164
9. Podsumowanie	166
Bibliografia.....	168

Michał Matysiak

Instytut Nauk Prawnych PAN

KONSEKWENCJE PRAWNE TRANSGRANICZNEGO CHARAKTERU UMOWY O ŚWIADCZENIE USŁUG TYPU CLOUD GAMING	173
1. Wstęp.....	174
2. Specyfika <i>cloud gaming</i> oraz wprowadzenie do prawno- autorskiej kwalifikacji gier komputerowych	176
3. Wpływ transgranicznego charakteru usługi <i>cloud gaming</i> na zagadnienia licencyjne	181
4. Transgraniczny dostęp do usługi	190
5. Miejsce wykonania umowy, wybór jurysdykcji i prawa właściwego	195
6. Podsumowanie	202
Bibliografia.....	203

VARIA

Dr Wojciech Drobny

Instytut Nauk Prawnych PAN

PRZENIKANIE SIĘ PRAWA KONSTYTUCYJNEGO, PRAWA PRACY I PRAWA ADMINISTRACYJNEGO NA PRZYKŁADZIE POLSKIEGO PRAWA URZĘDNICZEGO W ŚWIETLE ORZECZNICTWA (ZAGADNIENIA WYBRANE)	213
1. Wstęp	214
2. Prawo konstytucyjne jako ustrojowy wyznacznik elementów prawa urzędniczego	215
3. Pogranicze prawa administracyjnego i prawa pracy w obszarze prawa urzędniczego	220
4. Uwagi końcowe	225
Bibliografia	227

Dr Szymon Zaręba

Instytut Nauk Prawnych PAN

BOLESŁAW WIEWIÓRA – PIONIER POWOJENNEJ POLSKIEJ NAUKI O UZNANIU NABYTEKÓW TERYTORIALNYCH	229
Życiorys Bolesława Wiewióry	230
Dokonania naukowe	234
Rozprawa habilitacyjna	236
Próba wyjaśnienia braku popularności rozprawy habilitacyjnej	240
Bibliografia	242
Zasady zgłaszania materiałów do publikacji	245
Szczegółowe zalecenia edytorskie dla autorów	247
Procedura recenzyjna	250

SŁOWO WSTĘPNE

Mijająca w tym roku rocznica 55-lecia istnienia czasopisma „Studia Prawnicze” stanowi dobrą okazję do podsumowania zmian, jakie ostatnio nastąpiły w ostatnim roku.

Kwartalnik „Studia Prawnicze”, wydawany przez Instytut Nauk Prawnych PAN nieprzerwalnie od 1963 r., cieszy się uznaniem zarówno w środowisku akademickim, jak i wśród praktyków prawa. Spośród innych czasopism naukowych w dyscyplinie nauk prawnych wyróżnia się obszernymi artykułami naukowymi, w których autorzy mają szansę dokonania pogłębionej i wieloaspektowej analizy poruszanych zagadnień jurydycznych, z możliwością szerszego zaprezentowania poglądów doktryny prawniczej i orzecznictwa. Dzięki otrzymanym w 2018 r. środkom Ministerstwa Nauki i Szkolnictwa Wyższego, przyznanych w programie Działalność Upowszechniająca Naukę (DUN), wdrożono platformę repetytoryjno-wydawniczą czasopisma i rozpoczęto proces digitalizacji i cyfrowego udostępniania starszych numerów. Realny wzrost dostępności publikowanych na łamach „Studiów Prawniczych” artykułów, także dzięki wprowadzeniu pod koniec ubiegłego roku modelu Open Access (licencje CC-BY), przyczyni się do zwiększenia zainteresowania czytelników publikowanymi wynikami prac badawczych. Również dzięki środkom przyznanym w programie DUN rozpoczęto umiędzynarodowienie kwartalnika. W 2018 r. wydano anglojęzyczny numer (nr 3) periodyku, zwiększając dostępność publikowanych artykułów dla zagranicznych badaczy. Jednocześnie zaproszono recenzentów z zagraniczną afiliacją naukową do współpracy z redakcją w ocenie nadsyłanych propozycji artykułów. Warto wskazać także, że od 2018 r. czasopismo jest wydawane bezpośrednio przez Wydawnictwo Instytutu Nauk Prawnych PAN.

Niewątpliwie dużą rolę w rozwoju czasopisma odegrali kolejni Redaktorzy Naczelni: Manfred Lachs, Maurycy Jaroszyński, Marian Rybicki, Jan Skupiński – i obecnie prof. dr hab. Andrzej Bień, który swoim autorytetem

w środowisku naukowym przyciągali autorów wartościowych artykułów, często niedezaktualizujących się w zasadniczej treści mimo upływu czasu i zmian stanu prawnego. Równocześnie umożliwiali oni publikację efektów pogłębionych badań naukowych badaczom u progu kariery, wydającym w ten sposób obszerne fragmenty rozpraw doktorskich czy wyniki wieloletnich badań.

W obecnym, specjalnym numerze „Studiów Prawniczych” Redakcja publikuje artykuły pracowników naukowych Instytutu Nauk Prawnych PAN, będące efektem realizacji badań naukowych prowadzonych w ramach programu badawczego Instytutu pn. „Prawo wobec wyzwań cywilizacyjnych”.

W pierwszej części *Frontier Reserach* w badaniach Zakładu Prawa Prywatnego publikujemy artykuły poświęcone różnym aspektom zmian zachodzących w prawie umów, opracowane w Zakładzie Prawa Prywatnego, kierowanym przez prof. dra hab. Andrzeja Biercia, w tym artykuł otwierający autorstwa samego Redaktora Naczelnego, poświęcony ograniczonej normatywnie sankcji sędziowskiej jako proporcjonalnej reakcji na wadliwość czynności prawnych (umów) w nowoczesnym obrocie prawnym. Kolejny artykuł, autorstwa dr Joanny Muchy-Kujawy, dotyczy standaryzacji umów jako przejawu publicyzacji prawa prywatnego. Autorka szeroko omawia obserwowane współcześnie kierunki transformacji prawa umów. Następne prace dotyczą istotnych problemów praktyki stosowania prawa. Dr hab. Monika Tarska, prof. INP PAN, poświęciła artykuł problematyce umów między małżonkami w przedmiocie praw udziałowych w spółkach kapitałowych. Dr Grzegorz Nita-Jagielski w swoim artykule omówił dopuszczalność i zakres skutków prawnych wywierania przez spółkę dominującą wpływu na spółkę zależną za pośrednictwem umowy. Natomiast dr Robert Siwik przedstawił umowę faktoringu jako przykład empirycznego kształtowania się stosunków obligacyjnych w dobie konwergencji systemów prawa. W ostatnim artykule w tej części numeru Michał Matysiak podjął współcześnie doniosłą problematykę prawa prywatnego, jaką zarówno dla producentów gier i właścicieli platform streamingowych, jak i konsumentów (a więc całego rosnącego z roku na rok obrotu gospodarczego na rynku gier elektronicznych), są konsekwencje prawne transgranicznego charakteru umów w przedmiocie świadczenia usług typu *cloud gaming*.

Kolejny z artykułów prezentowanych w tym specjalnym numerze czasopisma, autorstwa dra Wojciecha Drobrego, również dotyczy konsekwencji współcześnie zachodzących przemian prawa, z tym że dotyczy on prawa urzędniczego i przedstawia zakres transformacji pragmatyki służbowej na styku oddziaływania prawa konstytucyjnego, prawa administracyjnego i prawo pracy.

Ostatni z publikowanych artykułów, napisany przez dra Szymona Zarębę, dotyczy wkładu prof. Bolesława Wiewióry w rozwój doktryny prawa o uznaniu nabytków terytorialnych, której to doktrynie prof. B. Wiewióra poświęcił swoją rozprawę habilitacyjną.

Publikowane w tym numerze „Studiów Prawniczych” teksty dowodzą, że Instytut Nauk Prawnych PAN jest miejscem realizacji różnorodnych tematycznie prac naukowych w obszarze wielu dziedzin prawa, przełomowych dla praktyki stosowania prawa w obrocie gospodarczym, życiu społecznym czy istotnych dla funkcjonowania administracji państwowej. Jednocześnie mamy nadzieję, że upowszechnione w ten sposób wyniki prac badawczych spotkają się z zainteresowaniem czytelników i w kolejnych latach będą stanowić przyczynek do pogłębienia badań w wskazanych obszarach prawa.

dr hab. Celina Nowak, prof. INP PAN
Dyrektor Instytut Nauk Prawnych PAN
Przewodnicząca Rady Naukowej
Wydawnictwa INP PAN

**FRONTIER RESEARCH W BADANIACH
ZAKŁADU PRAWA PRYWATNEGO INP PAN**





Prof. dr hab. Andrzej Bierć
ORCID: 0000-0002-6036-9921
Instytut Nauk Prawnych PAN
a.bierc@inp.pan.pl

W kierunku ograniczonej normatywnie sankcji sędziowskiej jako proporcjonalnej reakcji na wadliwość czynności prawnych (umów) w nowoczesnym obrocie prawnym

**Towards normative limited structured discretion as a proportional
judge's reaction to the failure of legal activities (contracts) in modern
legal dealing**

Abstrakt

Podstawowym celem teoretyczno-prawnych rozważań jest wskazanie kierunku modernizacji mechanizmu kontroli legalności w nowoczesnym obrocie prawnym, u podstaw którego nadal znajduje się nadal tradycyjna, dogmatyczna sankcja nieważności z mocy prawa (*ex lege*) skutków prawnych wadliwej czynności prawnej (umowy), tj. czynności niezgodnej z prawem lub normami moralnymi. Wobec nieproporcjonalności i nieefektywności tej sankcji w nowych warunkach jurysprudence i legislacja trafnie kierują swoją uwagę w stronę wywodzącej się z tradycji *common law* ograniczonej normatywnie sankcji sędziowskiej (*structured discretion*) jako proporcjonalnej i elastycznej reakcji na wadliwość czynności prawnej (umowy). Ustawowa sankcja sędziowska, która stała się podstawą reformy illegality w państwach *common law*, znalazła też wyraz w prawie modelowym UE (PECL, DCFR), a także – wpłynęła na projektowaną przez polską Komisję Kodyfikacji Prawa Cywilnego konstrukcję sankcji wadliwości czynności prawnych (umów) w nowym kodeksie cywilnym.

Słowa kluczowe: czynność prawna, nieważność, sankcja sędziowska, umowa

Abstract

The main objective of the theoretical and legal considerations is to indicate the direction of modernization of the legality control mechanism in modern legal transactions, which is still based on the traditional, dogmatic sanction of invalidity by operation of law (*ex lege*) of the legal consequences of a defective legal act (contract), as a non-compliant act with the law or moral norms. Because of the disproportionate and ineffective nature of this sanction in the new conditions, jurisprudence and legislation aptly direct their attention towards the normatively limited structured discretion derived from the common law tradition as a proportional and flexible response to the defectiveness of a legal act (contract). The statutory judicial sanction, which became the basis for the judicial system's reform in common law countries, also found expression in the EU model law (PECL, DCFR), and also influenced the construction of sanctions for the defectiveness of legal acts (contracts) in the new projects of the civil code.

Keywords: legal act, invalidity, judge's sanction, contract

1. Tradycyjna sankcja nieważności czynności prawnej (umowy) z mocy prawa (*ex lege*) jako nieproporcjonalny i nieefektywny instrument kontroli legalności w obrocie prawnym

W czasach globalnych przemian obrotu gospodarczego i związanych z nimi przeobrażeń współczesnego prawa prywatnego (jego internacjonalizacji), wywodzący się z prawa rzymskiego, tradycyjny, pozytywistyczny mechanizm kontroli legalności w obrocie prawnym, u podstaw którego znajduje się sztywna sankcja nieważności skutków prawnych (*ex lege*) wadliwej czynności prawnej, staje się coraz bardziej nieefektywny, niepraktyczny i kosztogenny¹. Naturalny w czasach globalizacji zwrot w kierunku tradycji anglosaskiej prowadzi do krystalizowania się nowej europejskiej kultury prawnej. Jej istotą jest

¹ W sprawie rzymskiej genezy sankcji nieważności (*ex lege*, *ex initio* i *erga omnes*) zob. R. Zimmerman, *Roman Law, Contemporary Law. The Civilian Tradition Today*, Oxford 2001; zob. też W. Dajczak, T. Giaro, F. Longchamps de Berier, *Prawo rzymskie. U podstaw prawa prywatnego*, Warszawa 2009; W. Wołodkiewicz, *Europa i prawo rzymskie. Szkice z historii europejskiej kultury prawnej*, Warszawa 2009.

odchodzenie od konstrukcji formalnych i dogmatycznych na rzecz pragmatycznych i wzrost znaczenia sądowego stanowienia prawa².

W ocenie europejskiej jursprudencji nieproporcjonalność i nieefektywność tradycyjnego mechanizmu kontroli legalności, w podlegającym przemianom obrocie gospodarczym, wynika przede wszystkim z wielości źródeł współczesnego prawa prywatnego (tzw. multicentryczności), a w szczególności – z daleko idącej publicyzacji prawa prywatnego i będącym je konsekwencjom ograniczeniem autonomii prywatnej (swobody umów) na rzecz ochrony interesu społecznego. Nie należy pomijać też stanowienia prawa prywatnego pod coraz silniejszym wpływem „grup nacisku” (lobbystów). Nie bez znaczenia są też liczne regulacje prawne ukierunkowane na zapewnienie słuszności i niedyskryminacji, a zwłaszcza – silniejszej ochrony słabszej strony umów (pracowników, konsumentów, lokatorów, drobnych przedsiębiorców). Tradycyjna umowa przestaje być wyłącznie instrumentem realizacji autonomii prywatnej³.

Podczas gdy interpretacja staje się „realnym źródłem prawa”, a co za tym idzie – przyczyną ogromu regulacji prawnych zagrażających bezpieczeństwu obrotu publicznego, przedmiotem ożywionego zainteresowania zarówno doktryny, jak i judykatury czy legislacji są proporcjonalne do naruszenia sankcje wadliwych czynności prawnych. Mogą one stanowić podstawę współczesnego mechanizmu kontroli legalizmu w obrocie prawnym. W ramach dyskusji naukowych i prac unifikacyjnych (harmonizacyjnych) prawa prywatnego w Unii Europejskiej krytycznej ocenie poddaje się tradycyjną, sztywną, dogmatyczną sankcję nieważności (bezskuteczności) czynności prawnej z mocy prawa, a zwłaszcza automatyzm tej sankcji. Jednocześnie poszukuje się – na miarę współczesnego państwa prawa – sankcji bardziej elastycznych i skuteczniejszych, o proporcjonalnej reakcji na wadliwość czynności prawnej,

² Zob. M.W. Hesselink, *The New European Legal Culture*, Deventer 2001; por. też P. Skorupa, *Nieważność czynności prawnej z perspektywy systemów prawnych common law*, „Studia Prawnicze” 2018, nr 4, s. 7 i nast., <https://doi.org/10.37232/sp.2018.4.1>; Bień A., *Zarys prawa prywatnego. Część ogólna*, Warszawa 2015, s. 178 i nast.

³ O przemianach umowy zob. np. W. Dajczak, *Amerykańska zapowiedź „śmierci umowy” na tle tradycji romanistycznej*, [w:] F. Longchamps de Berier (red.), *Dekodyfikacja prawa prywatnego*, Warszawa 20017, s. 88-102; A. Doliwa, *O istocie i przyszłości umowy na tle współczesnej praktyki obrotu i przepisów kc o zawarciu umowy*, [w:] Z. Kuniewicz, D. Sokołowska (red.), *Prawo kontraktów*, Warszawa 2017, s. 78-86; J. Mazurkiewicz, „Wszystko na sprzedaż”. *Prawo umów wobec mizerii moralnej współczesnego Zachodu*, [w:] Z. Kuniewicz, D. Sokołowska (red.), *Prawo kontraktów...*, s. 302-317.

aby bez całkowitego zniweczenia czynności prawnej (umowy), osiągać „słuszne i rozsądne rezultaty”⁴.

Zasadniczo poprawę efektywności mechanizmu kontroli legalności w obrocie prawnym upatruje się w gruntownej modernizacji tradycyjnej sankcji nieważności z mocy prawa na rzecz rozszerzonej uznaniowości sądowej w normatywnie określonych ramach (tzw. ograniczonej i uporządkowanej normatywnie sankcji sędziowskiej). Wskazuje się, że złożoność współczesnego prawa prywatnego wymaga przesunięcia ciężaru kontroli „nielegalności i niemoralności” w obrocie prawnym w kierunku judykatury. Rozstrzygając spory o prywatne prawa podmiotowe, może ona służyć idei słuszności w kreatywny sposób, tj. adekwatnie do stopnia wadliwości czynności prawnej określić sankcje z zachowaniem równowagi między wadliwością i celem tej czynności⁵.

Dyskusje w sferze jurysprudencki oddziałują w istotny sposób na legislację, której nowym założeniem kierunkowym, mającym służyć zrównoważonemu godzeniu ochrony interesów prywatnych z interesem społecznym, staje się reguła proporcjonalnej reakcji na wadliwość czynności prawnej (umowy), która polega na naruszeniu prawa lub norm moralnych (tzw. wartości pozasystemowych). Promowanie przez ustawodawcę europejskiego reguły proporcjonalnej reakcji na wadliwość czynności prawnej w normatywnie określonych ramach – tj. tzw. dyrektyw orzekania – ma skłaniać sądy do stosowania sankcji adekwatnych i elastycznych, a przy tym zróżnicowanych i mogących stosownie do stopnia wadliwości powodować ograniczenie lub eliminację zamierzonych przez strony skutków prawnych, choć oczywiście wskazane jest utrzymanie w mocy czynności prawnej (umowy)⁶.

⁴ Spośród krajowej literatury zob. w szczególności M. Gutowski, *Nieważność czynności prawnej*, Instytucje Prawa Prywatnego, Warszawa 2017; R. Trzaskowski, *Skutki sprzeczności umów obligacyjnych z prawem. W poszukiwaniu sankcji skutecznych i proporcjonalnych*, Warszawa 2013.

⁵ W sprawie prawotwórczej roli sądów zob. T. Giaro, *Interpretacja jako źródło prawa – dawniej i dziś*, „Studia Prawno-Ustrojowe” 2007, nr 7, s. 243-253; L. Leszczyński, *Precedens jako źródło rekonstrukcji normatywnej podstawy stosowania prawa*, [w:] I. Bogucka, Z. Tabor (red.), *Prawo a wartości. Księga jubileuszowa prof. J. Nowackiego*, Kraków 2003, s. 149-161; R. Piotrowski, *O znaczeniu prawa sędziowskiego w polskim ustroju państwowym*, [w:] T. Giaro (red.), *Rola orzecznictwa w systemie prawa*, Warszawa 2016, s. 39-63; T. Stawecki, *Precedens w polskim porządku prawnym. Pojęcie i wnioski de lege ferenda*, [w:] A. Śledzińska-Simon, M. Wyrzykowski (red.), *Precedens w polskim systemie prawa*, Warszawa 2010, s. 59-98.

⁶ Szerzej o proporcjonalnej reakcji na wadliwość drogą ograniczonej normatywnie sankcji sędziowskiej zob. R. Trzaskowski, *Skutki sprzeczności umów...*, s. 797 i nast.

W europejskiej nauce o nieważności czynności prawnych, w tym – w europejskich projektach kodyfikacyjnych, a także w dorobku polskiej jurysprudencji i legislacji, najdalej idącym modelem normatywnym jest wywodząca się z tradycji *common law*, widocznym zwłaszcza w projektach powstałych w Wielkiej Brytanii⁷ – konstrukcja ograniczonej normatywnie (ustawowo) sankcji sędziowskiej (*structured discretion*). Uprawnia ona sędziego do stosowania *ad casum* – i w normatywnych ramach – uznaniowej sankcji sędziowskiej na miarę stopnia wadliwości czynności prawnej (umowy). W ramach dyskrecjonalności sędziowskiej miałyby się też mieścić uprawnienie do zmiany treści umowy lub jej skutków prawnych (tzw. reformatoryjność)⁸.

Podwaliny proporcjonalnej reakcji na wadliwość czynności prawnej (umowy), w tym ostrożnej i elastycznej sankcji sędziowskiej, tworzy obowiązujące już w Polsce i innych państwach europejskich prawo prywatne. Jednak trudno byłoby uznać je za rozwiązania prawne (sankcje) w pełni uporządkowane i adaptacyjne, służące w optymalny sposób osiągnięciu „słusznych i rozsądnych rezultatów” w zakresie ograniczania skutków prawnych wadliwych czynności prawnych (umów).

Wyrazem proporcjonalnego i elastycznego podejścia współczesnego ustawodawcy do sankcji nieważności z mocy prawa, czy raczej „ucieczki” od dogmatyzmu tej sankcji, są bez wątpienia zarówno jej tzw. zewnętrzne jak i wewnętrzne ograniczenia. Bez wątpienia wyrazem proporcjonalnego i elastycznego podejścia współczesnego ustawodawcy do sankcji nieważności z mocy prawa, czy raczej „ucieczki” od dogmatyzmu tej sankcji są jej zarówno tzw. zewnętrzne ograniczenia w postaci łagodniejszych pod względem proceduralnym postaci sankcji nieważności (unieważnialność, bezskuteczność zawieszona, bezskuteczność względna), gdy zaistnieją określone zdarzenia (np. wady oświadczenia woli, odmowa potwierdzenia czynności dokonanej przez pełnomocnika), jak też tzw. wewnętrzne ograniczenia sankcji nieważności w postaci normatywnej konstrukcji tzw. nieważności częściowej i jej odmian szczególnych (np. redukcja utrzymująca skuteczność, konwersja, konwalidacja), lecz generują one w praktyce liczne problemy (spory sądowe) z uwagi na krzyżowanie się zakresów ich stosowania. Są przy tym uważane za

⁷ Zob. *Illegal Transactions: The Effect of Illegality on Contracts and Trusts*, „Consultation Paper” 1999, nr 154.

⁸ Zob. P. Ryłski, *Środki odwoławcze i środki zaskarżenia w postępowaniu cywilnym w orzecznictwie Trybunału Konstytucyjnego*, Warszawa 2011, s. 8, https://iws.gov.pl/wp-content/uploads/2018/08/AR_Rylski-P-%C5%9Arodki-odwo%C5%82awcze-2011.pdf [dostęp: 7.12.2018].

mało elastyczne w dążeniu do proporcjonalności sankcji (skutków prawnych) wadliwych czynności prawnych⁹.

Dążenie do ustawowego wprowadzenia sankcji sędziowskiej *sensu stricto*, tj. o kreatywnym, reformatoryjnym charakterze, uprawniającej sędziego (pod kontrolą normatywną ustawodawcy) do prawotwórczej ingerencji w treść umów, znajduje wyraz w licznych projektach legislacyjnych (kodyfikacyjnych) z zakresu prawa prywatnego. Przede wszystkim, przychylne takiej ograniczonej sankcji sędziowskiej jest prawo modelowe UE, w tym – w ujęciu PECL i DCFR¹⁰. W tym kierunku podąża też polski ustawodawca, co pokazuje projekt pierwszej księgi Kodeksu cywilnego, opracowany przez Komisję Kodyfikacyjną Prawa Cywilnego¹¹. Wspomniane projekty mają raczej charakter ewolucyjny – podejmują próbę uporządkowania uznaniowości sędziowskiej (sankcji sędziowskiej) w sferze kontroli legalności w obrocie prawnym. W przyjmowanych modelach reakcji ustawodawcy na wadliwość (w formie kontroli legalności w obrocie prawnym) pojawia się kompromis, w kwestii sankcji wadliwych czynności prawnych, między ujęciem tradycyjnym, tj. łagodzeniem sankcji nieważności *ex lege*, a nowoczesnym, ukierunkowanym na tzw. sankcję sędziowską w jej ograniczonej, uporządkowanej normatywnie, kreatywnej postaci¹².

⁹ Co do krytycznej oceny obowiązującej sankcji nieważności *ex lege* zob. tamże, s. 425 i nast.; R. Trzaskowski, *Skutki sprzeczności umów...*, s. 111 i nast.

¹⁰ Projekt Principles of European Contract Law (PECL), https://www.trans-lex.org/400200/_pecl/ [dostęp: 25.04.2018] oraz Draft Common Frame of References (DCFR), https://www.trans-lex.org/400725/_/outline-edition-/ [dostęp: 25.04.2018]; zob. też M. Wilejczyk, *Zasady Draft Common Frame of Reference na tle zasad polskiego prawa prywatnego*, „Państwo i Prawo” 2017, nr 1, s. 51-65.

¹¹ Zob. *Księga pierwsza Kodeksu cywilnego. Projekt z uzasadnieniem*, Warszawa 2008; R. Trzaskowski (oprac.) [w:] tamże, s. 96 i nast.

¹² Projektowane modele sankcji sędziowskiej nadal ewoluują i rodzą wiele dalszych pytań, w tym w kwestii tzw. negatywnego czy pozytywnego regulowania wadliwości, a także – co do roszczeń restytucyjnych (*restitutio in integrum*).

2. Ograniczona sankcja sędziowska według prawa modelowego w Unii Europejskiej jako wzór dla ustawodawcy krajowego

2.2. Anglosaskie korzenie ograniczonej sankcji sędziowskiej w projektach modelowych UE

Krajowe poszukiwania efektywnego modelu normatywnego sankcji wadliwych czynności prawnych (umów) są ze zrozumiałych względów inspirowane nie tylko europejską nauką o nieważności czynności prawnych, lecz także międzynarodowymi projektami legislacyjnymi (kodyfikacyjnymi), w tym zwłaszcza – projektami powstałymi w ramach prac nad unifikacją (harmonizacją) prawa prywatnego w Unii Europejskiej¹³.

W międzynarodowych projektach kodyfikacyjnych, w szczególności w europejskich, takich jak PECL i DCFR, widoczne jest odchodzenie od tradycyjnego całkowitego sankcjonowania nieważnością każdego (jakiegokolwiek) naruszenia, nawet o techniczno-organizacyjnym charakterze, na rzecz proporcjonalnego (wobec stopnia wadliwości) stosowania sankcji, tj. pozbawiania przez sąd skutków prawnych wadliwej czynności prawnej.

2.2. Konstrukcja ograniczonej normatywnie sankcji sędziowskiej w projekcie modelowym PECL

Pierwszy z projektów prawa modelowego UE to projekt PECL, który zawiera reguły modelowe, będące naturalnym rozwinięciem dotychczasowego dorobku *ius communae* (dostosowanego w założeniu do wymogów współczesnego obrotu prawnego). Nie wprowadza w sensie merytorycznym radykalnej zmiany modelu normatywnego sankcji wadliwych czynności prawnych. Wprawdzie w warstwie terminologicznej nastąpiło odstępianie od wieloznacznego określenia „nieważność” na rzecz terminu „braku skutków prawnych”, lecz została utrzymana co do zasady klasyczna konstrukcja normatywna nieważności jako sankcji na wypadek, gdy czynność prawna jest bezprawna (niezgodna z pra-

¹³ Oprócz projektów prawa modelowego UE (PECL i DCFR) zob. np. projekty UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts (UPICC), <https://www.unidroit.org/instruments/commercial-contracts/unidroit-principles-2016> [dostęp: 25.04.2018]; European Contract Code. Book 1, https://www.eurcontrats.eu/site2/newdoc/Norme%20_Libro%20I-inglese_.pdf [dostęp: 25.04.2018]; projekt Gandolfiego: European Contract Code. Book 2, https://www.eurcontrats.eu/site2/newdoc/Norme%20_LibroII-inglese_.pdf [dostęp: 25.04.2018]; oraz projekt grupy AHC–SLC Revised Principles of European Contract Law, https://www.legiscompare.fr/web/IMG/pdf/CFR_I-XXXIV_1-614.pdf [dostęp: 25.04.2018].

wem) lub niemoralna (niezgoda z normami odpowiadającymi aksjologicznie klauzuli dobrych obyczajów lub porządku publicznego)¹⁴.

W literaturze zwrócono uwagę, że PECL, mimo zasadniczo zachowawczego i nacechowanego abstrakcyjnością modelu sankcji wadliwych czynności prawnych, odchodzi od stosowania automatycznej (mechanicznej) eliminacji wszystkich skutków prawnych (*ex lege* i *ex ante*) na rzecz większej elastyczności. Jej wyrazem jest tzw. ograniczona, uporządkowana normatywnie sankcja sędziowska, traktowana jako dyskrecjonalna kompetencja sędziego do określenia konsekwencji naruszenia przepisów ustawowych, które nie przewidują wyrażonej sankcji z tego tytułu (*lex imperfecta*), a także – skutków w przypadku zaistnienia tzw. nieważności części czynności prawnej¹⁵.

Projekt PECL, który wprowadził tzw. ograniczoną sankcję sędziowską, jednocześnie zobowiązał sąd do uwzględnienia przy orzekaniu sankcji określonych wskazań ustawodawcy (tzw. dyrektyw orzekania). Wytyczono zakres uznaniowości, stwierdzając, że jeżeli przepis bezwzględnie wiążący (*lex cogentis*) nie przewiduje skutków jego naruszenia, umowa może zostać uznana za skuteczną w pełnym zakresie, za częściowo skuteczną, za bezskuteczną lub podlegać zmianie¹⁶. Aby decyzja sądu była proporcjonalna i adekwatna do naruszenia, sąd powinien uwzględnić wszystkie istotne okoliczności i kierować się kryteriami wskazanymi w ustawie¹⁷.

Reguły PECL na ogół spotykają się z aprobatą w literaturze i uznawane są za trafne uogólnienie dorobku prawnego w zakresie zwalczania wadliwości czynności prawnej, w tym w zakresie dostępności roszczeń restytucyjnych (po pozbawieniu czynności prawnej skutków prawnych). Jednak zgłoszono wobec nich także liczne wątpliwości. Jedną z nich jest fakt, że przewidziana w tym projekcie uporządkowana sankcja sędziowska nie gwarantuje w pełni wymogu przewidywalności, w tym pewności i elastyczności prawa. Ukazuje też swą słabość w warstwie proceduralnej¹⁸.

¹⁴ Co do oceny PECL zob. w szczególności O. Lando, H. Beale, *Principles of European Contract Law: parts I and II*, Hague 2000; H.L. MacQueen, *Illegality and Immorality in Contracts: Towards European Principles*, [w:] A.S. Hartkamp, *Towards a European Civil Code*, Hague 2004, s. 415-430; P. Meijkhniet, *Tworzenie zasad europejskiego prawa kontraktów*, „Państwo i Prawo” 2004, nr 2, s. 39-56.

¹⁵ Zob. M. Gutowski, *Nieważność czynności prawnej...*, s. 16.

¹⁶ Zob. art. 15: 102 § 2 PECL.

¹⁷ Według art. 15: 102 § 3 PECL sąd powinien wziąć pod uwagę wszystkie okoliczności, a w szczególności: a) cel naruszonego przepisu; b) kategorie osób, które przepis ma chronić; c) inne sankcje, które mogą wynikać z naruszenia tego przepisu; d) stopień naruszenia; e) charakter umyślny lub nieumyślny naruszenia; f) związek między umową a naruszeniem.

¹⁸ Zob. H.L. MacQueen, *Illegality and Immorality...*, s. 422 i nast.

2.3. Sankcja sędziowska w DCFR

Przyjęta w PECL typologia oraz zakres zastosowania sankcji wadliwości przyjęte zostały w znacznej mierze przez DCFR. W porównywalnym stopniu zachowano nie tylko trzon regulacji systematyki sankcji wadliwości umów, lecz także zasadę proporcjonalnej reakcji na wadliwość, a zwłaszcza – ograniczoną strukturalnie sankcję sędziowską¹⁹.

Reguły DCFR, które promują dyrektywę proporcjonalnej reakcji i elastycznej sankcji w razie nielegalności lub niemoralności czynności prawnej (umowy), przyjmują jako punkt wyjścia tzw. częściową ważność umowy. W przypadku, gdy naruszony przepis jako *lex imperfecta* nie określa sankcji, wówczas właściwą ma być sankcja sędziowska, która pod względem konstrukcyjnym opiera się w dużej mierze na propozycjach angielskiej Komisji Kodyfikacyjnej²⁰.

Model wadliwości czynności prawnych przyjęty w DCFR jest uważany za dyskusyjny w odniesieniu do regulacji sankcji nieważności (zwłaszcza tzw. częściowej nieważności klauzul abuzywnych, które „nie wiążą”, lecz zawiera szereg rozwiązań promujących sankcję sędziowską i wykładnię celowościową). W przyjętym w DCFR systemie sankcji sędziowskiej o ważności i skutkach czynności prawnej naruszającej prawo lub moralność ma decydować sędzia, który w pierwszej kolejności powinien zbadać sprzeczność czynności prawnej (umowy) nie z prawem, lecz z zasadami fundamentalnymi (moralnością), a dopiero później ustalić, czy nie nastąpiło naruszenie określonego zakazu lub nakazu wprowadzonego przez ustawodawcę²¹. W DCFR model sędziowskiej kompetencji opiera się na konstytutywnym orzeczeniu jako podstawie prawnej stanu nieważności (braku skutków prawnych). Do czasu orzeczenia sądu czynność prawną należy traktować za ważną²².

Decyzja procesowa sędziego, która opiera się na modelu ograniczonej i jednocześnie uporządkowanej uznaniowości, może wyrażać się w tym, że sąd: a) uzna umowę za ważną; b) unieważni umowę ze skutkiem wstecznym w całości lub w części; c) zmieni umowę lub jej skutki prawne²³. Jednocześnie DCFR przyjmuje, że sąd przed wydaniem orzeczenia (właściwego i proporcjo-

¹⁹ Zob. rozdział 7 księgi II DCFR.

²⁰ H.L. MacQueen, *Illegality and Immorality...*, s. 6 i nast.; P. Machnikowski, *Przepisy dotyczące czynności prawnych w Projekcie Common Frame of References i w Principles of the Existing EC Contract Law*, cz. 1, „Rejent” 2008, nr 4, s. 22-54.

²¹ P. Skorupa, *Nieważność czynności prawnej z perspektywy systemów prawnych common law*, „Studia Prawnicze” 2018, nr 4, s. 17, <https://doi.org/10.37232/sp.2018.4.1>.

²² Art. II-7: 2012.

²³ Art. II-7: 302 (2) DCFR.

nalnego) jako tzw. dyrektywę orzekania powinien uwzględnić wszystkie istotne okoliczności sprawy wskazane w ustawie (w sposób porównywalny z PECL)²⁴.

Wobec tak szeroko zakreślonej sankcji sędziowskiej, która daje możliwość reformatoryjnej ingerencji w treść umowy lub jej skutki prawne, zgłaszane są wątpliwości, czy uprawnienia sądu nie są nadmierne i czy da się utrzymać przewidywalność orzeczeń. W odpowiedzi wskazuje się na celowość wypracowania nie tylko tzw. dyrektyw orzekania, lecz także kryteriów ograniczenia nadmiernej uznaniowości sądu, w tym – opracowania merytorycznych reguł kontroli decyzji sądu z wykorzystaniem dotychczasowego dorobku judykatury w zakresie kryteriów dostosowania umowy (np. jak w razie wyzysku lub zajścia tzw. nadzwyczajnych okoliczności – *rebus sic stantibus*)²⁵.

W nurcie promującym uznaniowość sędziowską znajduje się też konstrukcja tzw. nieważności częściowej²⁶. DCFR aprobuje podejście klasyczne, zgodnie z którym po uchyleniu wadliwych postanowień pozostała część umowy zachowuje skuteczność, chyba że rozsądna ocena wyklucza utrzymanie jej w mocy bez części nieważnej lub nieskutecznej. Utrzymanie w mocy pozostałej części czynności prawnej może nastąpić w oparciu o klauzulę rozsądku, a nie hipotetyczną wolę stron. Przewaga kryteriów obiektywnych może być też związana z postulatem gruntownego uzasadnienia skutku częściowej nieważności, względem równowagi wzajemnych zobowiązań stron umowy²⁷.

Wyrazem nowatorstwa sankcji sędziowskiej określonej w DCFR jest wprowadzenie uprawnienia do sędziowskiej modyfikacji umowy lub zmiany jej skutków prawnych w razie naruszenia przepisów imperatywnych (*iuris cogentis*). Daje to możliwość korekty treści umowy lub jej skutków prawnych. Obejmuje to też zasady rozliczania stron związane ze stanem nieważności, co pozwala na dostosowanie zasad rozliczania stron do konkretnego przypadku²⁸.

²⁴ Według art. II-7: 302 (3) DCFR sąd powinien przy wydawaniu orzeczenia wziąć pod uwagę w szczególności takie okoliczności jak: a) cel naruszonego przepisu; b) kategorie osób chronionych naruszonym przepisem; c) inne sankcje możliwe do zastosowania na podstawie naruszonego przepisu; d) powagę naruszenia; e) czy naruszenie było umyślne; f) stopień powiązania pomiędzy naruszeniem a umową.

²⁵ Art. II-1: 108 DCFR. Zob. P. Skorupa, *Nieważność czynności prawnej...*, s. 17 i nast.

²⁶ Art. II-1: 108 DCFR. P. Skorupa, *Nieważność czynności prawnej...*, s. 71 i nast.

²⁷ Zob. tamże, s. 72 i nast.

²⁸ Zob. II-7: 303 (1) DCFR.

3. Przejawy proporcjonalnej reakcji na wadliwość czynności prawnej (umowy) w krajowym prawie prywatnym podlegającym unifikacji (harmonizacji) z prawem UE

3.1. Uwagi ogólne o kierunku przemian sankcji nieważności jako podstawie krajowego mechanizmu kontroli legalności w obrocie prawnym

Sankcja nieważności wadliwej czynności prawnej (umowy) z mocy prawa (*ex lege*), która stanowi podstawę krajowego mechanizmu kontroli legalności w obrocie prawnym²⁹, podlega – podobnie jak w innych państwach europejskich – ewolucji w kierunku proporcjonalnej (elastycznej) reakcji na wadliwość czynności prawnej (umowy).

Zwrot w kierunku proporcjonalności i większej elastyczności sztywnej sankcji nieważności czynności prawnej (*ex lege*) stymuluje prawo UE, otwarte na tradycję anglosaską i prawotwórczą rolę sądów, a także – globalna praktyka gospodarcza. Sztywna sankcja nieważności *ex lege* podlega daleko idącej ewolucji.

De lege lata ograniczenia tradycyjnej sankcji nieważności *ex lege* zmierzają w kierunku szczególnych postaci uznaniowości sędziowskiej o odrębnych podstawach normatywnych. Z jednej strony, ograniczenia te wyrażają się w katalogu innych sankcji bezskuteczności czynności prawnych, które precyzują dyrektywę proporcjonalnego stosowania sankcji nieważności. Przez to są w istocie określonymi normatywnie odmianami procedury (trybu) pozbawiania wadliwej czynności prawnej skutków prawnych (tzw. zewnętrznymi ograniczeniami stosowania sankcji nieważności). Dalej idące ograniczenia w stosowaniu sankcji nieważności wyraża rozszerzający się wachlarz innych skutków tzw. częściowej nieważności czynności prawnej. Skutkuje to coraz liczniejszymi szczegółowymi ograniczeniami (tzw. wewnętrznymi ograniczeniami sankcji nieważności)³⁰.

²⁹ Art. 58 ustawy z dnia 23 kwietnia 1964 r. – Kodeks cywilny, t.j. Dz.U. 2018, poz. 1025.

³⁰ Szerzej w kwestii wyróżnienia tzw. zewnętrznych i wewnętrznych ograniczeń stosowania sankcji nieważności bezwzględnej (*ex lege*) zob. P. Skorupa, *Nieważność czynności prawnej...*, s. 12-14.

3.2. Zewnętrzne ograniczenia w stosowaniu sankcji nieważności *ex lege*

Trwające od dawna poszukiwania teoretyczno-prawne proporcjonalnych i elastycznych sankcji wadliwych czynności prawnych w celu wykluczenia nieproporcjonalnego zastosowania sankcji nieważności *ex lege*, niekiedy z pokrzywdzeniem podmiotu chronionego, doprowadziły do wykształcenia się w praktyce katalogu niejako zewnętrznych wobec sankcji nieważności jej postaci. Ograniczają one automatyzm w eliminacji zamierzonych przez strony skutków prawnych³¹.

Łagodniejsze proceduralnie sankcje zniesienia skutków prawnych, przyznają zgodnie z regułą proporcjonalności szersze możliwości korzystania przez podmioty prywatne ze środków ochrony prawnej w obrocie prawnym. Inicjatywę w zakresie doprowadzenia do stanu nieważności (zniesienia skutków prawnych) powierza się stronom umowy (uczestnikom czynności prawnej), które najlepiej mogą też ocenić ewentualne korzyści z unieważnienia przez sąd umowy i przywrócenia stanu poprzedniego (*restitutio in integrum*).

W razie zaistnienia szczególnych, określonych w ustawie dodatkowych okoliczności krajowa jurysprudencja i legislacja, inspirowane w dużej mierze tradycją *ius civile*, aprobuje fakt, że obok podstawowej, sztywnej sankcji nieważności z mocy prawa (*ex lege*) mogą być stosowane łagodniejsze jej postaci jako wyraz proporcjonalizacji *ad casum* tej podstawowej sankcji. Są to: a) unieważnialność nazywana też wzruszalnością; b) bezskuteczność zawieszona; c) bezskuteczność względna³².

Wprawdzie wskazane sankcje mogą w efekcie prowadzić do nieważności (zniesienia skutków prawnych) czynności prawnej (umowy), lecz stwarzają też na ogół lepszą możliwość uniknięcia stanu nieważności i utrzymania stanu prawnego zamierzonego przez strony. Decyzja o wszczęciu procesu podejmowana jest przez uczestników obrotu prawnego, a nie z urzędu (*ex officio*) przez sąd.

³¹ Zob. M. Gutowski, *Nieważność czynności prawnej...*, s. 45 i nast.; por. też T. Liszcz, *Nieważność czynności prawnych w umownych stosunkach pracy*, Warszawa 1971; J. Preussner-Zamorska, *Nieważność czynności prawnej w prawie cywilnym*, Warszawa 1983; Z. Radwański, *Jeszcze w sprawie nieważności czynności prawnych*, „Państwo i Prawo” 1986, nr 6, s. 93-98; T. Zieliński, *Znaczenie terminu „nieważność” w języku prawniczym*, „Krakowskie Studia Prawnicze” 1970, nr 3, s. 55-74.

³² Szerzej o tym M. Gutowski, *Nieważność czynności prawnej...*, dz.cyt.; M. Gutowski, *Wzruszalność czynności prawnej*, Warszawa 2010; M. Gutowski, *Bezskuteczność czynności prawnej*, Instytucje Prawa Prywatnego, Warszawa 2013; zob. też A. Bierć, *Zarys prawa prywatnego. Część ogólna*, Warszawa 2018, s. 829 i nast.

Bez wątpienia te ugruntowane, już łagodniejsze formy stosowania sankcji nieważności *ex lege*, a ściślej – szczególne odmiany procedury pozbawiania wadliwej czynności skutków prawnych realizują w określonym zakresie dyrektywę proporcjonalnej reakcji na wadliwość. Z kolei proporcjonalizację sankcji nieważności wyraża konstrukcja tzw. częściowej nieważności czynności prawnej i jej szczególnych postaci, które dopuszczają w szerszym zakresie tzw. ograniczoną, uporządkowaną normatywnie uznaniowość sędziowską.

3.3. Wewnętrzne ograniczenia sankcji nieważności *ex lege* czyli szczególne odmiany konstrukcji nieważności częściowej wadliwej czynności prawnej (umowy)

3.3.1. Uwagi ogólne o istocie tzw. wewnętrznych ograniczeń w stosowaniu sankcji nieważności

Względy aksjologiczne (ochrona autonomii woli i realizacja zasady słuszności) oraz pragmatyczne (troska o efektywność regulacji prawnych) spowodowały, że w prawie krajowym, podobnie jak w prawie innych państw europejskich, ugruntowała się tendencja do unikania całkowitej nieważności skutków prawnych wadliwej czynności prawnej (umowy). Tendencja ta jest związana z dyrektywą proporcjonalnej reakcji na wadliwość czynności prawnej (umowy), co w efekcie powoduje rozszerzanie się zakresu uznaniowości sędziowskiej (w normatywnych ramach)³³.

W sferze teoretyczno-prawnej przyjęto, że skutki nieważności z powodu naruszenia prawa lub moralności mogą zostać wyłączone przez wystąpienie zdarzeń, które częściowo lub całkowicie neutralizują pierwotny poziom wadliwości czynności prawnej i wykluczają *ex post* możliwość postawienia zarzutu naruszenia. W związku z tym, punktem wyjściowym stało się promowanie ważności częściowej, tj. zachowanie skutków prawnych w części dozwolonej pod względem prawnym jako wyraz proporcjonalności sankcji³⁴.

Wyrazem proporcjonalnej (elastycznej) reakcji ustawodawcy na wadliwość czynności prawnej (umowy) jest – w ramach klasycznego modelu sankcji nieważności *ex lege* – konstrukcja tzw. częściowej nieważności, a zwłaszcza jej szczególne postacie przyjmowane pod wpływem prawa UE i praktyki. Inaczej mówiąc, normatywnie sprecyzowane wyjątki od sankcji nieważności *ex lege* pozwalają ograniczyć całkowitą nieważność czynności prawnej, tj. automatyzm całkowitego wykluczenia zamierzonych przez strony skutków prawnych, a na-

³³ Zob. R. Trzaskowski, *Skutki sprzeczności umów...*, s. 275 i nast.

³⁴ P. Skorupa, *Nieważność czynności prawnej...*, s. 10 i nast.

wet dokonać przez sądy prawotwórczej ingerencji w treść czynności prawnej (umowy). Jednakże z uwagi na niespójność tworzonych empirycznie regulacji, a zwłaszcza krzyżowanie się zakresów wyjątków od sankcji nieważności *ex lege*, są to rozwiązania narażone na nieefektywność i spory sądowe.

Ustawodawca dopuszcza wyraźnie możliwość częściowego ograniczenia sankcji nieważności *ex lege* oraz zachowanie części skutków prawnych nie tylko w normie ogólnej, lecz także w przepisach szczególnych wykreowanych często przez judykaturę. *De lege lata* w ramach krajowego prawa prywatnego konstrukcja sankcji sędziowskiej jest zbieżna w praktycznych następstwach z instytucją zastrzeżenia odmiennego skutku naruszenia ustawy lub norm moralnych (art. 58 § 3 k.c.)³⁵.

Jurysprudencja podejmuje próby klasyfikacji rozszerzającego się katalogu instrumentów prawnych, służących utrzymaniu częściowej skuteczności czynności prawnej (umowy), lecz nie bez rozbieżności klasyfikacyjnych³⁶.

3.3.2. Konstrukcja nieważności części czynności prawnej (umowy)

Konstrukcja nieważności częściowej, która dopuszcza zniesienie niektórych skutków prawnych wadliwej czynności prawnej (umowy) z zachowaniem pozostałych, jest jednym z najważniejszych przejawów tendencji krajowego prawa prywatnego do zapewnienia skuteczności i proporcjonalności sankcji nieważności. Konstrukcja ta ewoluuje współcześnie w kierunku nie tyle swobodnego domniemania prawnego dla ograniczenia zastosowania ogólnej sankcji nieważności *ex lege*, ile w kierunku autonomicznej normy sankcjonującej oraz jej quasi-autonomicznych postaci z coraz szerszym zakresem uznaniowości sędziowskiej³⁷.

W judykaturze i legislacji zaznacza się wyraźnie tendencja do wyróżniania nowych typów sankcji *sui generis*, tj. różnych trybów proceduralnych, prowadzących do stanu nieważności części tzw. normatywnej czynności prawnej. Przybywa norm autonomicznych sankcjonujących stanem nieważności tylko część czynności prawnej³⁸.

³⁵ Zob. Z. Radwański, P. Machnikowski [w:] Z. Radwański (red.), *Prawo cywilne – część ogólna*, System Prawa Prywatnego, t. 2, Warszawa 2008, s. 439 i nast.; zob. też A. Bierć, *Zarys prawa prywatnego...*, s. 827-828.

³⁶ Zob. M. Gutowski, *Nieważność czynności prawnej...*, s. 435 i nast.

³⁷ Zob. J. Pisuliński, *Sankcja zamieszczenia w umowie niedozwolonego postanowienia w świetle dyrektywy 93/13/EWG i orzecznictwa TSUE*, [w:] M. Romanowski (red.), *Życie umowy konsumenckiej po uznaniu jej postanowienia za nieuczciwe na tle orzecznictwa TSUE*, Warszawa 2017, s. 95 i nast.

³⁸ Tamże, s. 99 i nast.

W sprawie wpływu częściowej nieważności czynności prawnej na ważność całej czynności prawnej panuje *opinio communis*, że decyduje zindywidualizowana analiza sytuacji osób jej dokonujących i obiektywna ocena, jak w określonej sytuacji postąpiłby rozsądny człowiek. Kryteria nieważności części czynności prawnej podlegają obiektywizacji. Tendencja ta dotyczy procedury stosowania instytucji nieważności częściowej. Ogranicza przesłankę tzw. hipotetycznej woli stron, wobec której postuluje się też przyjęcie pierwszeństwa kryterium obiektywnego. Zdaniem wielu, o ustaleniu hipotetycznej woli stron powinna decydować sędziowska ocena, u podstaw której znajduje się kryterium rozsądku – ocena działania w określonych *in concreto* okolicznościach, jeżeli brakuje danych wskazujących na rzeczywiste intencje stron³⁹.

W doktrynie zyskuje na znaczeniu pogląd, że częściowe uchylenie skutków prawnych wadliwej czynności prawnej nie powinno się ograniczać wyłącznie do ram instytucji tzw. częściowej nieważności. Celowi temu powinny też służyć inne wyspecjalizowane sankcje zwalczania wadliwości, określone w sferze normatywnej. System sankcji wadliwości powinien być elastyczny, lecz szczególnie przypadki nieważności częściowej nie mogą być ledwie wzmiankowane, a kwestie takie, jak tryb (z urzędu czy na wniosek) oraz legitymacja procesowa powinny być doprecyzowane⁴⁰. Wnioskuje się, aby zgodnie z zasadą odstraszania i stosowania sankcji na korzyść strony słabszej, nie pozwolić na unikanie sankcji podmiotowi odpowiedzialnemu za wadliwość. Nie wyklucza się też dopuszczalności ingerencji sędziego w treść umowy i ukształtowanie jej na nowo. Co więcej, twierdzi się, że nie można zablokować takiej formy postępowania, w której sąd aktywnie wypracuje ze stronami umowy stanowisko w celu wydania orzeczenia⁴¹.

Dążenie praktyki do możliwie proporcjonalnej i elastycznej reakcji na wadliwość czynności prawnej (umowy) doprowadziło do wykreowania, nie bez wpływu prawa UE, szczególnych postaci nieważności częściowej. Nie oznacza to, że nie powstały w tym zakresie dalsze rozbieżności w jej stosowaniu.

³⁹ Zob. np. wyrok SN z 12 maja 2000 r., V CKN 1029/00, OSNC 2001, nr 6, poz. 83.

⁴⁰ P. Skorupa, *Nieważność czynności prawnej...*, s. 656 i nast. oraz s. 771 i nast.

⁴¹ Tamże, s. 621 i nast. oraz s. 636 i nast.

3.4. Szczególne postacie nieważności częściowej

3.4.1. Sankcja bezskuteczności niedozwolonych (abuzywnych) klauzul umownych w obrocie konsumenckim, czyli „brak związania konsumenta” nieuczciwymi postanowieniami umownymi

Do istotnych zagadnień w ramach krajowego prawa konsumenckiego, którego regulacja prawna jest wynikiem implementacji dyrektyw UE, należy natura prawna sankcji bezskuteczności niedozwolonych klauzul umownych, określanych mianem braku związania konsumenta nieuczciwymi postanowieniami umownymi przy związaniu stron pozostałymi postanowieniami umowy (art. 385¹ § 1 i 2 k.c.)⁴². Ocena natury jurystycznej tej sankcji wywołuje liczne spory zarówno w doktrynie europejskiej jak i krajowej. Poglądy ewoluują w kierunku uznania, że ma się tu do czynienia z nieważnością częściową, gdyż jej efektem jest brak skutków prawnych wadliwej klauzuli *ex lege* oraz *ex tunc*. Dostrzegane odmienności nie usprawiedliwiają stanowiska, że chodzi tu o nowy typ sankcji wadliwej czynności prawnej⁴³.

Orzecznictwo TSUE, które istotnie ewoluuje i jednocześnie pozostawia legislacjom krajowym dobór konkretnych norm ustawowych, mających prowadzić do osiągnięcia celu dyrektywy i skutku sankcji (braku związania konsumenta), przyczyniło się do rozdziwisku pomiędzy europejskimi tradycjami prawnymi, a nawet wywołało pojawienie się sankcji o swoistych cechach formalnych, tj. nieważności ochronnej (*nullita di protezione*)⁴⁴. Odegrało ono istotną rolę w zakresie określenia sankcji bezskuteczności niedozwolonych klauzul umownych w umowach kredytowych zawieranych w wysokości regulowanej tzw. klauzulami waloryzacyjnymi, jak w przypadku kredytów indeksowanych oraz denominowanych do kursu waluty obcej (franków szwajcarskich). Pojawiały się w tym kontekście zagadnienia oceny natury jurystycznej wpływu wadliwości klauzul waloryzacyjnych na los prawny całej umowy.

⁴² Por. też M. Bednarek [w:] E. Łętowska (red.), *Prawo zobowiązań – część ogólna*, System Prawa Prywatnego, t. 5, Warszawa 2006, s. 595 i nast.; E. Łętowska, *Prawo umów konsumenckich*, Warszawa 2002, s. 344 i nast.

⁴³ Zob. M. Safjan [w:] K. Pietrzykowski (red.), *Kodeks cywilny. T. 1 Komentarz do art. 1-449*¹⁰, Warszawa 2002, s. 180 i nast.; M. Romanowski, *Życie umowy konsumenckiej po uznaniu jej postanowienia za nieuczciwe*, [w:] M. Romanowski (red.), *Życie umowy konsumenckiej po uznaniu jej postanowienia za nieuczciwe na tle orzecznictwa TSUE*, Warszawa 2017, s. 8 i nast.; M. Skory, *Klauzule abuzywne w polskim prawie ochrony konsumenta*, Kraków 2005.

⁴⁴ M. Ebers, *Consumer Law Compendium, Unfair Contract Terms Directive (93/13)*, Berlin-New York 2008, s. 404, 409.

Jednak na ogół przyjmowano, że uznanie zarzutu abuzywności nie prowadzi do nieważności całej umowy, chyba że konsument wyraża na to zgodę⁴⁵.

Dorobek orzeczniczy TSUE i sądów krajowych wskazuje, że do istotnych zagadnień praktycznych należy kwestia związania umową po eliminacji niedozwolonych postanowień umownych oraz uzupełniania jej treści przepisami dyspozytywnymi w ramach ograniczonej sankcji sędziowskiej. Ważną kwestią jest też zapobieganie tej nieważności przez uzupełnianie umowy konsumenckiej, a także ustalenie, w jakim trybie mogłoby to następować⁴⁶.

W literaturze europejskiej i krajowej można wyróżnić tradycyjny nurt, który usiłuje dokonać kwalifikacji normy sankcjonującej niedozwolone postanowienia w umowie konsumenckiej do już istniejących postaci sankcji wadliwości, tj. od nieważności częściowej do bezskuteczności zawieszona albo do sytuacji braku inkorporacji wzorca⁴⁷. Coraz większego znaczenia nabiera jednak nurt teoretyczny, zgodnie z którym w razie niedozwolonych postanowień umownych ma się do czynienia z normą *sui generis*, niedającą się przyporządkowywać do żadnej znanej prawu cywilnemu sankcji. W szczególności postuluje się odejście od myślenia kategoriami tradycyjnych sankcji cywilno-prawnych i uznanie rozwiązania przewidzianego w prawie konsumenckim za specyficzną sankcję właściwą tylko dla tego prawa – brak związania konsumenta przy związaniu jednoczesnym niedozwolonym postanowieniem przedsiębiorcy⁴⁸.

Po uznaniu sankcji bezskuteczności zawieszona jako najbliższej realizacji celu „braku związania konsumenta”⁴⁹, dalej idącym rozwiązaniem byłoby rozszerzenie kompetencji sędziowskiej o możliwość modyfikacji treści umowy konsumenckiej (w ramach ograniczonej i uporządkowanej uznaniowości)⁵⁰.

⁴⁵ Zob. wyrok TSUE z 30 kwietnia 2014 r., C-26/13, ECLI:EU:C:2014:282; por. też wyrok SN z 14 maja 2015 r., II CSK 768/14, OSNC 2015, nr 11, poz. 132; wyrok SN z 8 września 2016 r., II CSK 750/15, LEX 2182659; zob. też M. Jabłoński, K. Koźmiński, *Bankowe kredyty waloryzowane do kursu walut obcych w orzecznictwie sądowym*, Warszawa 2018.

⁴⁶ Zob. M. Bławat, K. Pasko, *O zakresie zachowania mocy wiążącej umowy po eliminacji klauzul abuzywnych*, „Transformacje Prawa Prywatnego” 2016, nr 3, s. 5-28; M. Romanowski, *Życie umowy konsumenckiej...*, s. 35 i nast.

⁴⁷ Nie wykluczając zastosowania innego środka prawnego z arsenału prawa cywilnego, korzystnego dla podmiotu chronionego (np. art. 5 i 58 k.c.). Zob. E. Łętowska, *Prawo umów konsumenckich...*, s. 338 i nast.

⁴⁸ R. Trzaskowski, *Skutki sprzeczności umów...*, s. 633; por. J. Pisuliński, *Sankcja zamieszczenia w umowie...*, s. 103 i nast.

⁴⁹ R. Trzaskowski, *Skutki sprzeczności umów...*, s. 606 i nast.

⁵⁰ Zob. M. Łemkowski, *Materiałna ochrona konsumenta*, „Ruch Prawniczy, Ekonomiczny i Socjologiczny” 2002, nr 3, s. 67-96.

3.4.2. Redukcja utrzymująca skuteczność

Redukcja utrzymująca skuteczność jako wewnętrzne ograniczenie sankcji nieważności *ex lege* z poszanowaniem autonomii woli stron łączona jest z sankcją sędziowską, tj. z przyjęciem kompetencji sądu do określenia treści umowy drogą redukcji części treści czynności prawnej naruszającej prawo. Taka zmiana może wywoływać skutki prawne na przyszłość⁵¹.

De lege lata redukcja utrzymująca skuteczność nie ma wyraźnej podstawy w obowiązujących przepisach krajowych, lecz wynika z analizy charakteru naruszenia, które może polegać na przekształceniu jakościowym lub ilościowym równowagi kontraktowej. Jej zastosowanie wymaga wystąpienia ogólnych przesłanek dopuszczalności uzupełnienia treści umowy dla zachowania jej ważności⁵².

W doktrynie krajowej przyjmuje się, że redukcja utrzymująca skuteczność ma na celu ochronę strony umowy przed niekorzystnym skutkiem zastosowania nieważności częściowej. Rezultat jej zastosowania nie może być sprzeczny z ustawą ani z klauzulą rozsądku i słuszności⁵³. W literaturze i judykaturze przyjmuje się na ogół, że redukcja utrzymująca skuteczność nie jest dopuszczalna w odniesieniu do umów zawieranych w obrocie konsumenckim, gdzie klauzula niedozwolona może być zastąpiona tylko przez dyspozytywny przepis prawa⁵⁴. Jednakże na zasadzie wyjątku prezentowany jest też pogląd, że w obrocie konsumenckim dopuszczalna byłaby redukcja jako sankcja działająca jednostronnie, stosowana wówczas, gdy jej efekt byłby bardziej korzystny dla konsumenta od uchylenia niedozwolonej klauzuli⁵⁵.

Redukcja utrzymująca skuteczność łączy się w prawie polskim z tzw. zastrzeżeniem odmiennego skutku naruszenia ustawy (art. 58 k.c.), pozwalającym na tzw. redukcję ilościową, gdy naruszona zostanie równowaga kontraktowa i strona postąpi wbrew zasadom współżycia społecznego (zasadom słuszności)⁵⁶.

⁵¹ F. Zoll, *Kilka uwag na temat tzw. redukcji utrzymującej skuteczność*, „Transformacje Prawa Prywatnego” 2000, nr 1-2, s. 10 i nast.; P. Skorupa, *Redukcja utrzymująca skuteczność na tle projektu Księgi Pierwszej Kodeksu cywilnego*, „Studia Prawnicze” 2000, nr 3-4, s. 93-146; A. Bierć A., *Zarys prawa prywatnego...*, s. 837 i nast.

⁵² R. Trzaskowski, *Skutki sprzeczności umów...*, s. 275 i nast.

⁵³ P. Skorupa, *Redukcja utrzymująca skuteczność...*, s. 103.

⁵⁴ E. Łętowska, *Prawo umów konsumenckich...*, s. 344 i nast.

⁵⁵ Zob. P. Skorupa, *Nieważność czynności prawnej...*, s. 683 i nast.

⁵⁶ Ł. Węgrzynowski, *Sądowe ustalanie treści stosunku prawnego*, „Przegląd Prawa Handlowego” 2007, nr 5, s. 45 i nast.

Łagodniejszą postacią redukcji utrzymującej skuteczność jest tzw. wykładnia utrzymująca skuteczność, w wyniku której kwestionowana jako niedozwolona część umowy może w drodze wykładni być uznana za ważną⁵⁷. Pod względem funkcjonalnym wykładnię utrzymującą skuteczność traktuje się jako komplementarne połączenie częściowej nieważności i konwersji⁵⁸.

3.4.3. Klauzule salwatoryjne jako instrument ochrony stron umowy przed jej nieważnością

Klauzule salwatoryjne stanowią środek ochrony przed nieważnością całości umowy. W przypadku wystąpienia wadliwości części umowy, mogą skłonić sąd do uznania skuteczności pozostałej części umowy⁵⁹. Wprawdzie ich stosowanie jest uzależnione od swobodnej oceny sądu, lecz usprawniają one postępowanie dowodowe, gdyż zawierają rozwiązania ustalone przez strony w celu utrzymania ważności umowy.

W literaturze polskiej wyróżnia się ich trzy rodzaje, służące wypełnieniu luk powstających w treści umowy wskutek jej częściowej nieważności. Pierwszym rodzajem są tzw. klauzule utrzymujące, w których strony wyrażają wolę ważności pozostałej części umowy w przypadku zastosowania sankcji nieważności *ex lege* jednego lub kilku postanowień umowy. Drugim rodzajem są tzw. klauzule zastępujące, które jako postanowienia rezerwowe określają mechanizm zastępowania postanowień nieważnych. Trzecim rodzajem są tzw. klauzule uzupełniające, które zawierają zobowiązania stron do podjęcia negocjacji w celu zmiany i uzupełnienia umowy, aby uzyskać efekty możliwie najbliższe – w sensie ekonomicznym – postanowieniom pierwotnym⁶⁰.

Nie dopuszcza się stosowania klauzul salwatoryjnych w obrocie konsumenckim ze względu na obowiązek transparentnego i jednostronnego formułowania ogólnych warunków umów oraz ustawowe pierwszeństwo substytucyjnych przepisów dyspozytywnych⁶¹.

⁵⁷ F. Zoll, *Kilka uwag...*, s. 11 i nast.

⁵⁸ T. Wiśniewski [w:] G. Bieniek (red.), *Komentarz do kodeksu cywilnego. Księga 3. Zobowiązania*, t. 2, Warszawa 2007 – komentarz do art. 764⁶ § 2 k.c.

⁵⁹ Z. Radwański, A. Olejniczak [w:] Z. Radwański (red.), *Prawo cywilne...*, s. 267 i nast.

⁶⁰ P. Drapała, *Wpływ klauzul salwatoryjnych na ocenę skutków nieważności części umowy*, [w:] M. Pazdan, M. Szpunar, E. Rott-Pietrzyk, W. Popiołek (red.), *Europeizacja prawa prywatnego*, t. I, Warszawa 2008, s. 165 i nast.; R. Strugała, *Standardowe klauzule umowne: adaptacyjne, salwatoryjne, merger, interpretacyjne oraz pactum de forma*, Warszawa 2013, s. 196 i nast.

⁶¹ F. Zoll, *Kilka uwag...*, s. 15 i nast.

3.4.4. Konwersja nieważnej czynności prawnej w inną czynność prawną odpowiadającą hipotetycznej woli stron

Konwersja jako instrument prawny, służący częściowemu ratowaniu nieważnej czynności prawnej za pomocą jej *interpretacyjnego przestawienia na nowe tory*, stanowi szczególną odmianę nieważności częściowej o dużym stopniu uznaniowości sędziowskiej. Pozostaje ona w zgodzie z generalnymi założeniami aksjologicznymi, tak aby skutki naruszenia ustawy lub dobrych obyczajów wpływały na skuteczność czynności prawnej w sposób proporcjonalny⁶².

Konwersja, która ma na celu ochronę godziwych interesów stron (przed zbyt surową sankcją nieważności *ex lege*), jest logicznie zespolona z wykładnią oświadczenia woli, a także z wykonaniem czynności prawnej. U jej podstaw teoretycznych znajduje się wykładnia (interpretacja) oświadczeń woli, a ściślej tzw. wnioskowanie redukcyjne, które polega na ustaleniu, że jeżeli czynność nieważna spełnia – z reguły mniej rygorystyczne – dopuszczalne wymogi innego rodzaju czynności prawnej, to uznaje się, że doszła do skutku niewadliwa, mniej wymagająca czynność prawna. Obliguje to jednak do identyfikacji dopuszczalnych skutków prawnych z hipotetyczną wolą stron⁶³.

Mimo braku w prawie polskim podstawy prawnej o normatywnie sprecyzowanych przesłankach, krajowa doktryna upatruje normatywny fundament konwersji w regułach interpretacji oświadczeń woli określonych w przepisach kodeksu cywilnego (art. 65 k.c.), ze szczególnym wskazaniem na dyrektywę tzw. życzliwej interpretacji. W tym ujęciu istotą konwersji, mającej „ratować” czynność prawną, jest zabieg interpretacyjny zmierzający do odtworzenia rzeczywistej, choć dorozumianej (hipotetycznej), woli stron w drodze ważenia interesów stron. Wymaga to z reguły wzbogacenia wykładni językowej o wykładnię funkcjonalną⁶⁴.

Jednakże konwersja nieważnej czynności prawnej w niewadliwą czynność prawną – w drodze życzliwej interpretacji oświadczeń woli – może być stosowana tylko w ostateczności, tj. gdy nie jest możliwe częściowe utrzymanie ważności czynności prawnych za pomocą takiej konstrukcji jak konwalidacja⁶⁵.

⁶² K. Gandor, *Konwersja nieważnych czynności prawnych*, „Studia Cywilistyczne” 1963, t. IV, s. 30 i nast.; A. Bierć, *Zarys prawa prywatnego...*, s. 838 i nast.; M. Rzewuski, *Konwersja testamentu*, [w:] P. Stec, M. Załucki (red.), *Pięćdziesiąt lat kodeksu cywilnego. Perspektywy rekodyfikacji*, Warszawa 2015, s. 401-415.

⁶³ M. Gutowski, *Konwersja umowy stanowczej w przedwstępną wobec zmian Kodeksu cywilnego*, „Państwo i Prawo” 2004, nr 11, s. 52 i nast.

⁶⁴ Z. Radwański, P. Machnikowski [w:] Z. Radwański, *Prawo cywilne...*, s. 433 i nast.

⁶⁵ K. Gandor, *Konwersja nieważnych czynności...*, s. 81 i nast. Po pierwsze – wówczas, gdy nieważność czynności prawnej wynika z innych niż tzw. konstrukcyjne przesłanki

Wskazany w doktrynie zakres zastosowania konwersji znajduje potwierdzenie w praktyce. Judykatura wiąże na ogół konwersję z interpretacją, której celem jest utrzymanie w mocy oświadczeń woli, aczkolwiek w zmodyfikowanej postaci. Konwersja znajduje często zastosowanie w sferze prawa umów oraz prawa spółek, zwłaszcza gdy zachodzi nieważność czynności prawnej z przyczyn formalnych, tj. w sytuacjach naruszenia formy *ad solemnitatem*⁶⁶.

Przewiduje się, że w nowym kodeksie cywilnym konwersja uzyska podstawy normatywne bliższe formuły tzw. skutkowej, obowiązującej w holenderskiej regulacji, tak aby skutki naruszenia ustawy lub dobrych obyczajów wpływały w sposób proporcjonalny na skuteczność czynności prawnej. W szczególności podkreśla się, że konwersja, stosowana z urzędu, której podstawą jest tzw. hipotetyczna wola stron, nie może być wykorzystywana, jeśli sprzeciwia się temu cel naruszonej normy⁶⁷.

3.4.5. Konwalidacja jako ograniczone normatywnie „uzdrowienie” (regularyzacja) wadliwej czynności prawnej

W procesie przeciwdziałania skłonności do mechanicznego stosowania sankcji nieważności z mocy prawa (*ex lege*), zwłaszcza z naruszeniem zasady proporcjonalności, ważne miejsce zajmuje konwalidacja, która jest postrzegana jako dopełnienie procesu stosowania sankcji w ramach tzw. ograniczonej uznaniowości sędziowskiej, pozwalającej utrzymać w mocy czynność prawną (uznać za skuteczną) w razie późniejszej zmiany okoliczności (określonego zdarzenia), lecz tylko w sytuacjach ściśle określonych i unormowanych ustawą⁶⁸.

Wprawdzie działanie mechanizmu konwalidacyjnego jest w pewnym stopniu zbieżne z działaniem konwersji, jednak w praktyce pojawia się różnica. O ile przy konwersji ostatecznie utrzymane w mocy skutki prawne będą jedy-

nieważności z wyjątkiem formy prawnej *ad solemnitatem*. Po drugie – gdy wadliwa czynność prawna odpowiada istotnym wymogom tzw. zastępczej czynności prawnej, która umożliwia osiągnięcie celu społeczno-gospodarczego czynności konwertowanej i nie wykracza poza jej skutki prawne. Po trzecie – gdy z interpretacji oświadczeń woli można wnosić, że strony dokonałyby zastępczej czynności prawnej, gdyby wiedziały, że dokonana przez nie czynność prawna jest wadliwa (tzw. hipotetyczna wola stron). M. Gutowski, *Nieważność czynności prawnej*..., s. 406 i nast.

⁶⁶ M. Grochowski M., *Skutki braku zachowania formy szczególnej oświadczenia woli*, Warszawa 2017, s. 45 i nast.

⁶⁷ R. Trzaskowski, *Skutki sprzeczności umów*..., s. 420 i nast.

⁶⁸ Tamże, s. 435 i nast.; M. Grochowski, *Skutki braku zachowania formy szczególnej*..., s. 115 i nast.; S. Grzybowski, *O rzekomej konwalidacji nieważnej czynności prawnej*, „Ruch Prawniczy, Ekonomiczny i Socjologiczny” 1974, nr 3, s. 37-48.

nie zbliżone do zamierzonych, gdyż nie będą tymi, które formalnie wynikły z czynności prawnej, o tyle konwalidacja dotyczy takich sytuacji, kiedy skutki prawne są znane i określone, a konieczne jest tylko wyszukanie podstawy prawnej dla zachowania ich w mocy, ze względu na występowanie doniosłych argumentów natury aksjologicznej (np. ochrona dobrej wiary osób działających w zaufaniu do czynności prawnej, wykonanie zobowiązania)⁶⁹.

Za dopuszczalnością konwalidacji i wykluczeniem sankcji nieważności *ex lege* przemawia – podobnie jak w przypadku innych ograniczeń tzw. wewnętrznych – dyrektywa reakcji proporcjonalnej. Wobec pozytywnego celu oświadczenia woli całkowite wyeliminowanie skutków prawnych jej wadliwości, zwłaszcza bez wymaganej formy szczególnej, byłoby często niezgodne z niektórymi z tzw. zasad fundamentalnych.

Z uwagi na brak w prawie krajowym globalnej normy, konwalidacja jako sposób na uzdrowienie tzw. nieważnej czynności prawnej dopuszczalna jest w przypadkach ściśle określonych w k.c. lub w k.s.h. (tzw. konwalidacja ustawowa)⁷⁰.

Zgodnie z przeważającym poglądem, najważniejszym skutkiem konwalidacji jest to, że czynność prawna staje się ważna od chwili jej dokonania. Sanacja czynności prawnej następuje *ex tunc* z mocy określonego zdarzenia, natomiast czynność prawna obowiązuje jak czynność niewadliwa. Brak wadliwości odnosi się również do skutków prawnych wywołanych do czasu zajścia sanującego zdarzenia⁷¹.

Główną ustawową przesłanką „pomijania zarzutu naruszenia” sankcjonowanego nieważnością *ex lege* oraz powstania skutków prawnych jest wykonanie umowy obok upływu czasu – jak w przypadku testamentu. Konwalidacja wadliwej formy, tj. zastąpienie wymogu zachowania formy szczególnej (*ad solemnitatem*), przez spełnienie świadczenia (wykonanie zobowiązania) jest standardem europejskim⁷².

Z chwilą wykonania umowy wymóg formy prawnej traci swoją ważność. W związku z tym, można występować ze wszystkimi roszczeniami, tak jak z czynności pierwotnie dokonanej w przepisanej formie.

⁶⁹ S. Czepita, Z. Kuniewicz, *Spór o konwalidację nieważnych czynności prawnych*, „Państwo i Prawo” 2002, nr 9, s. 79-87; A. Szpunar, *O konwalidacji wadliwych czynności prawnych*, „Państwo i Prawo” 2002, nr 7, s. 7-15.

⁷⁰ S. Rudnicki [w:] S. Dmowski, S. Rudnicki, *Komentarz do Kodeksu cywilnego. Księga pierwsza. Część ogólna*, Warszawa 2001, s. 190 i nast.

⁷¹ A. Bierć, *Zarys prawa prywatnego...*, s. 840 i nast.

⁷² M. Grochowski, *Skutki braku zachowania...*, s. 178 i nast.

Wprowadzenie do prawa krajowego ogólnej podstawy normatywnej konwalidacji nieważnej czynności prawnej przewiduje projekt I księgi k.c. (z 2015 r.). Według tego projektu norma konwalidacyjna powoduje, że nieważna czynność prawna staje się ważna z mocy prawa od momentu, w którym przyczyny nieważności utraciły znaczenie⁷³.

4. Model normatywny ograniczonej sankcji sędziowskiej w pracach krajowej Komisji Kodyfikacyjnej Prawa Cywilnego

W pracach polskiej Komisji Kodyfikacyjnej, a zwłaszcza w kolejnych projektach księgi I kodeksu cywilnego (z 2008 r. i z 2015 r.), inspirowanych prawem modelowym UE (PECL oraz DCFR), uwidacznia się dążenie do uelastycznienia przesłanek tradycyjnej konstrukcji sankcji nieważności czynności prawnej (umowy) *ex lege* oraz zwiększenia zakresu uznaniowości sędziowskiej, lecz w ustawowych ramach⁷⁴.

Utrzymano co do zasady tradycyjny model sankcji nieważności *ex lege* w razie naruszenia ustawy (niezgodności z prawem) lub moralności (naruszenia dobrych obyczajów), a jednocześnie nadano większą elastyczność dotychczasowej konstrukcji zastrzeżenia odmiennego skutku wadliwej czynności prawnej („chyba że co innego wynika z treści lub celu umowy”⁷⁵).

Rozwinięciem obowiązującej konstrukcji tzw. zastrzeżenia odmiennego skutku naruszenia prawa lub moralności stała się konstrukcja tzw. sankcji sędziowskiej, traktowana jako sankcja umożliwiająca proporcjonalną reakcję na wadliwość i elastyczniejsza niż dotychczasowa ogólna sankcja nieważności w razie wadliwości czynności prawnej (umowy) i jej tzw. zewnętrznych lub wewnętrznych ograniczeń⁷⁶.

U podstaw rozszerzenia roli konstrukcji zastrzeżenia odmiennego skutku i aprobaty dla stosowania ograniczonej i uporządkowanej normatywnie sankcji sędziowskiej (uznaniowości sędziowskiej) znalazło się przekonanie o potrzebie

⁷³ Zob. art. 76 Kodeks cywilny. Księga pierwsza. Część ogólna. Projekt Komisji Kodyfikacyjnej Prawa Cywilnego przyjęty w 2015 r. z komentarzem członków zespołu problemowego KKCP, Warszawa 2017; zob. też Z. Radwański (red.), *Zielona Księga. Optymalna wizja Kodeksu cywilnego w Rzeczypospolitej Polskiej*, Warszawa 2006, http://www.arch-bip.ms.gov.pl/Data/Files/_public/bip/kkpc/zielona_ksiega.pdf [dostęp: 25.04.2018]; R. Trzaskowski [w:] *Księga pierwsza Kodeksu cywilnego. Projekt...*, s. 119 i nast.

⁷⁴ Zob. tamże, s. 97 i nast. oraz 106 i nast.

⁷⁵ Art. 58 § 1 k.c. *in fine*.

⁷⁶ Zob. P. Skorupa, *Redukcja utrzymująca skuteczność...*, s. 130.

przełamania dotychczasowego dogmatycznego (wąskiego) pojmowania skutku sankcji nieważności, a zwłaszcza – odrzucenie automatyzmu w stosowaniu tej sankcji. W szczególności uznano, że niezbędne jest dynamiczne (kreatywne) rozumienie konstrukcji zastrzeżenia odmiennego skutku naruszenia, obejmujące nie tylko sytuacje, gdy wyraźny przepis prawny przewiduje inny skutek, jak było dotychczas, lecz także gdy cel naruszonej normy sprzeciwia się sankcji nieważności czynności prawnej jako zbyt daleko idącej.

Ustalenie właściwej sankcji za naruszenie ustawy lub norm moralnych ma następować w drodze wykładni naruszonej normy, dokonywanej przez sąd, który ma obowiązek takiego określenia sankcji, aby skutek najlepiej odpowiadał celowi naruszonej normy, a w konsekwencji najlepiej służył realizacji słuszności i uczciwości rynkowej. Oznacza to, że inspiracje w określaniu sankcji sędziowskiej mogą stanowić cechy innych sankcji wadliwości, a nawet sankcji *sui generis*, nie mającej odpowiednika w ustawie, lecz proporcjonalnej do naruszenia wymogów prawnych (porządku prawnego)⁷⁷.

Strukturalna uznaniowość, w ramach normatywnych – jako ograniczenie dowolności sędziowskiej – nawiązuje nie tylko do regulacji modelowych UE (PECL i DCFR), lecz także do regulacji sankcji sędziowskiej w *common law*, nie tracąc przy tym cechy nowatorstwa (przynajmniej w obszarze *ius civile*)⁷⁸.

W razie czynności prawnej (umowy) niezgodnej z prawem zakres sędziowskiej kompetencji nie odbiega pod względem funkcjonalnym od prawa modelowego UE, jednak pod względem proceduralnym jest bardziej zbliżony do *common law*. W szczególności projekt nowego kodeksu cywilnego zasadniczo nie jest ukierunkowany na całkowitą eliminację skutków prawnych, lecz na zachowanie przynajmniej ich części w mocy. W szczególności sankcja inna niż nieważność może polegać na zablokowaniu lub zmodyfikowaniu skutków prawnych wadliwej czynności prawnej.

W projekcie wskazuje się na takie sankcje jak: a) nieważność czynności prawnej ze skutkiem na przyszłość; b) obowiązywanie, w miejsce postanowienia sprzecznego z prawem, postanowienia wynikającego z ustawy lub z dobrych obyczajów albo postanowienia najbliższego woli wyrażonej w treści czynności prawnej; c) brak możliwości dochodzenia roszczenia; d) bezskuteczność czynności lub jej części do czasu dopełnienia dodatkowej przesłanki, w tym uzyskania zgody oznaczonej osoby; e) przysługiwanie jednej lub obu stronom uprawnienia do odstąpienia albo wypowiedzenia stosunku prawnego;

⁷⁷ R. Trzaskowski [w:] *Księga pierwsza Kodeksu cywilnego. Projekt...*, s. 97 i nast.

⁷⁸ Zob. w szczególności P. Birks, *Recovering Value Transferred Under an Illegal Contract*, „Theoretical Inquiries in Law” 2000, s. 156-158.

f) bezskuteczność czynności względem osoby chronionej naruszoną normą;
g) odpowiedzialność odszkodowawcza jednej ze stron względem osób, których interesy były chronione naruszoną normą⁷⁹.

Projekt Komisji Kodyfikacyjnej, oparty na podejściu uporządkowanym normatywnie (strukturalnym) oraz ograniczonym proceduralnie, nie tylko wskazuje katalog możliwych modyfikacji cech sankcji (normy sankcjonowanej), lecz także określa okoliczności ograniczające (wytyczające) uznaniowość sądu jako uzasadnienie dla wyboru danej sankcji (normy sankcjonowanej). Według projektu inspirowanego prawem modelowym (art. 15:102 (2) PECL) sąd podczas ustalania sankcji właściwej ze względu na cel naruszonej normy powinien rozważyć w szczególności: a) interesy chronione przez naruszoną normę, a także godne ochrony interesy stron umowy i osób trzecich; b) inne konsekwencje prawne, jakie pociąga za sobą naruszenie prawa; c) świadomość albo brak świadomości naruszenia ustawy lub dobrych obyczajów po stronie osób dokonujących czynności; d) czy czynność prawna zobowiązuje do respektowania postępowania zakazanego przez ustawę lub dobre obyczaje; e) czy sprzeczność czynności z ustawą lub dobrymi obyczajami jest wynikiem nadużycia przez jedną ze stron silniejszej pozycji kontraktowej; f) czy wykonanie obowiązków stron prowadzi do rezultatu, któremu miała zapobiegać naruszona norma⁸⁰.

W literaturze podkreśla się, że wskazana propozycja wykracza w niektórych postanowieniach poza prawo modelowe UE, wyróżniając się odejściem od badania kryterium stopnia naruszenia na rzecz wskazania okoliczności (punkt d-f) dotyczących nie tylko stopnia naruszenia, a także uzależnienia sankcji od statusu legalności świadczenia strony⁸¹.

Ograniczenie uznaniowości sądu oraz podniesienie pewności prawa przejawia się też w propozycjach precyzyjniej określonych sankcji innej natury. Propozycją wyjściową jest sankcja bezskuteczności zawieszonej. Odnosi się ona do zawarcia umowy przez osobę niemającą zezwolenia organu władzy publicznej lub uprawnień zawodowych wymaganych przez ustawę⁸².

Traktując ograniczoną normatywnie sankcję sędziowską jako mechanizm proporcjonalizacji sankcji, należy pamiętać o toczącej się w doktrynie dyskusji o kodyfikacji takiej sankcji (w kontekście ogólnej sankcji nieważności). Zdaje się dominować pogląd, że ogólnie aprobowany postulat proporcjonalności sankcji nieważności powinien dopuszczać, oprócz sankcji określonej przez

⁷⁹ Art. 71 § 1 projektu Komisji Kodyfikacyjnej Prawa Cywilnego.

⁸⁰ Art. 71 § 2 pkt 1-6 projektu Komisji Kodyfikacyjnej Prawa Cywilnego.

⁸¹ R. Trzaskowski, *Sprzeczność umów obligacyjnych...*, s. 110 i nast.

⁸² P. Skorupa, *Nieważność czynności prawnej...*, s. 63.

sąd, możliwość obrony stron czynności prawnej (umowy) przed niechcianymi skutkami prawnymi wynikającymi z oceny sądu w drodze kontroli instancyjnej. Przyjmuje się, że ograniczenia zakresu władzy dyskrejonalnej, według kryteriów określonych w przepisach prawnych, powinny być obligatoryjnie wskazane w uzasadnieniu orzeczenia, aby mogły realnie stanowić podstawę kontroli instancyjnej⁸³.

Projekt Komisji Kodyfikacyjnej Prawa Cywilnego, przewidujący ograniczoną normatywnie sankcję sędziowską jako proporcjonalną reakcję na wadliwość czynności prawnej (umowy), jest podstawą ożywionej dyskusji na temat ujęcia normatywnego ogólnej sankcji nieważności z mocy prawa (utrzymanej przez Komisję). W ramach tej dyskusji wskazuje się na kilka kwestii. Po pierwsze – w sferze legislacji akcentuje się potrzebę ograniczenia praktyki tworzenia przez ustawodawcę prawa bez wyraźnej sankcji, gdyż prowadzi to do niejasności prawa. Remedium ma stanowić opatrywanie przepisów prawnych tzw. punktowymi regulacjami, które powinny określać relacje do konkretnych przesłanek konstrukcji nieważności (braku skutków prawnych). Może to nastąpić dzięki całkowitej rezygnacji ze stosowania ogólnej sankcji nieważności na rzecz innych sankcji albo przez wskazanie kierunku modyfikacji cech normy sankcjonowanej (np. stan nieważności na przyszłość, odszkodowanie za uznanie *ex tunc*). Po drugie – oprócz nieważności określonej w normie globalnej i propozycji norm określonych „punktowo”, dopasowanych do poszczególnych dziedzin prawa (np. prawo spółek, prawo pracy), wskazuje się na konieczność przyporządkowania skutków naruszenia ustaw do jednego modelu cech formalnych sankcji. To samo dotyczy naruszenia norm moralnych i naruszenia wymogów formalnych *ad solemnitatem*. Po trzecie – w celu kontroli poprawności korzystania z uznaniowości sędziowskiej uznaje się za niezbędne określenie, co sąd, powinien konkretnie zrobić, widząc dysproporcje w następstwach stanu nieważności dla uczestników sporu (stron umowy). Proporcjonalność sankcji powinna przejawiać się odrzuceniem skrajnie nieobiektywnych efektów przywracania stanu poprzedniego (*restitutio in integrum*). W szczególności określenie, czy podstawą odszkodowania mają być względy słuszności.

⁸³ K. Weitz, *Między systemem dyskrejonalnej władzy sędziego a systemem prekluzji – ewolucja regulacji prawa polskiego*, [w:] H. Dolecki, K. Flaga-Gieruszyńska (red.), *Ewolucja polskiego postępowania cywilnego wobec przemian politycznych, społecznych i gospodarczych. Materiały konferencyjne Ogólnopolskiego Zjazdu Katedr Postępowania Cywilnego Szczecin-Niechorze 28-30.09. 2007 r.*, Warszawa 2009, s. 78.

Mającą na celu modernizację ogólnej (abstrakcyjnej) sankcji nieważności *ex lege*, dzięki przykładowemu wyliczeniu możliwości modyfikacji cech tej sankcji i określeniu procesowej pozycji sądu, propozycja Komisji Kodyfikacyjnej na ogół spotyka się w doktrynie z aprobatą, gdyż rozwiązania te wpisują się w kształtowanie nowej europejskiej kultury prawnej, której wyrazem jest pragmatyzm, a nie postawy dogmatyczne⁸⁴.

⁸⁴ W literaturze trafnie wskazuje się, że propozycje legislacyjne Komisji Kodyfikacyjnej Prawa Cywilnego mogą zwiększyć skuteczność i efektywność sankcji wadliwości czynności prawnych (umów), w tym być przeciwwagą dla daleko idącego wpływu grup nacisku (lobbystów) na stanowienie prawa w czasach współczesnych. Zob. A. Bierć, *Lobbing w prawodawstwie*, „Nauka” 2000, nr 4, s. 172-182; A. Bierć, *Racjonalna procedura prawodawcza jako podstawa dobrego prawa*, [w:] W. Czapliński (red.), *Prawo w XXI wieku. Księga pamiątkowa 50-lecia Instytutu Nauk Prawnych Polskiej Akademii Nauk*, Warszawa 2006, s. 85-105.

Bibliografia

Akty prawne

Ustawa z dnia 23 kwietnia 1964 r. – Kodeks cywilny, t.j. Dz.U. 2018, poz. 1025.
UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts (UPICC),
<https://www.unidroit.org/instruments/commercial-contracts/unidroit-principles-2016> [dostęp: 25.04.2018].

Orzecznictwo

Wyrok SN z 12 maja 2000 r., V CKN 1029/00, OSNC 2001, nr 6, poz. 83.
Wyrok TSUE z 30 kwietnia 2014 r., C-26/13, ECLI:EU:C:2014:282.
Wyrok SN z 14 maja 2015 r., II CSK 768/14, OSNC 2015, nr 11, poz. 132.
Wyrok SN z 8 września 2016 r., II CSK 750/15, LEX 2182659.

Dokumenty urzędowe

Draft Common Frame of References (DCFR), https://www.trans-lex.org/400725/_/outline-edition-/ [dostęp: 25.04.2018].
European Contract Code. Book 1, https://www.eurcontrats.eu/site2/newdoc/Norme%20Libro%20I-inglese_.pdf [dostęp: 25.04.2018].
European Contract Code. Book 2, https://www.eurcontrats.eu/site2/newdoc/Norme%20LibroII-inglese_.pdf [dostęp: 25.04.2018].
Kodeks cywilny. Księga pierwsza. Część ogólna. Projekt Komisji Kodyfikacyjnej Prawa Cywilnego przyjęty w 2015 r. z komentarzem członków zespołu problemowego KKCP, Warszawa 2017.
Księga pierwsza Kodeksu cywilnego. Projekt z uzasadnieniem, Warszawa 2008.
Principles of European Contract Law (PECL), https://www.trans-lex.org/400200/_/pecl/ [dostęp: 25.04.2018].
Revised Principles of European Contract Law, https://www.legiscompare.fr/web/IMG/pdf/CFR_I-XXXIV_1-614.pdf [dostęp: 25.04.2018].

Publikacje naukowe

Bieniek G. (red.), *Komentarz do kodeksu cywilnego. Księga 3. Zobowiązania*, t. 2, Warszawa 2007.
Bierć A., *Lobbing w prawodawstwie*, „Nauka” 2000, nr 4, s. 172-182.

- Bierć A., *Racjonalna procedura prawodawcza jako podstawa dobrego prawa*, [w:] W. Czapliński (red.), *Prawo w XXI wieku. Księga pamiątkowa 50-lecia Instytutu Nauk Prawnych Polskiej Akademii Nauk*, Warszawa 2006, s. 85-105.
- Bierć A., *Zarys prawa prywatnego. Część ogólna*, Warszawa 2015.
- Bierć A., *Zarys prawa prywatnego. Część ogólna*, Warszawa 2018.
- Birks P., *Recovering Value Transferred Under an Illegal Contract*, „Theoretical Inquiries in Law” 2000, s. 156-158.
- Bławat M., Pasko K., *O zakresie zachowania mocy wiążącej umowy po eliminacji klauzul abuzywnych*, „Transformacje Prawa Prywatnego” 2016, nr 3, s. 5-28.
- Czepita S., Kuniewicz Z., *Spór o konwalidację nieważnych czynności prawnych*, „Państwo i Prawo” 2002, nr 9, s. 79-87.
- Dajczak W., *Amerykańska zapowiedź „śmierci umowy” na tle tradycji romanistycznej*, [w:] F. Longchamps de Berier (red.), *Dekodifikacja prawa prywatnego*, Warszawa 2017, s. 88-102.
- Dajczak W., Giaro T., Longchamps de Berier F., *Prawo rzymskie. U podstaw prawa prywatnego*, Warszawa 2009.
- Dmowski S., Rudnicki S., *Komentarz do Kodeksu cywilnego. Księga pierwsza. Część ogólna*, Warszawa 2001.
- Doliwa A., *O istocie i przyszłości umowy na tle współczesnej praktyki obrotu i przepisów kc o zawarciu umowy*, [w:] Z. Kuniewicz, D. Sokołowska (red.), *Prawo kontraktów*, Warszawa 2017, s. 78-86.
- Drapała P., *Wpływ klauzul salwatoryjnych na ocenę skutków nieważności części umowy*, [w:] M. Pazdan, M. Szpunar, E. Rott-Pietrzyk, W. Popiołek (red.), *Europeizacja prawa prywatnego*, t. I, Warszawa 2008, s. 167-179.
- Ebers M., *Consumer Law Compendium, Unfair Contract Terms Directive (93/13)*, Berlin-New York 2008.
- Gandor K., *Konwersja nieważnych czynności prawnych*, „Studia Cywilistyczne” 1963, t. IV, s. 27-93.
- Giaro T., *Interpretacja jako źródło prawa – dawniej i dziś*, „Studia Prawno-ustrojowe” 2007, nr 7, s. 243-253.
- Grochowski M., *Skutki braku zachowania formy szczególnej oświadczenia woli*, Warszawa 2017.
- Grzybowski S., *O rzekomej konwalidacji nieważnej czynności prawnej*, „Ruch Prawniczy, Ekonomiczny i Socjologiczny” 1974, nr 3, s. 37-48.
- Gutowski M., *Bezskuteczność czynności prawnej*, Instytucje Prawa Prywatnego, Warszawa 2013.

- Gutowski M., *Konwersja umowy stanowczej w przedwstępną wobec zmian Kodeksu cywilnego*, „Państwo i Prawo” 2004, nr 11, s. 48-61.
- Gutowski M., *Nieważność czynności prawnej*, Instytucje Prawa Prywatnego, Warszawa 2017.
- Gutowski M., *Wzruszalność czynności prawnej*, Warszawa 2010.
- Hesselink M.W., *The New European Legal Culture*, Deventer 2001.
- Illegal Transactions: The Effect of Illegality on Contracts and Trusts*, „Consultation Paper” 1999, nr 154.
- Jabłoński M., Koźmiński K., *Bankowe kredyty waloryzowane do kursu walut obcych w orzecznictwie sądowym*, Warszawa 2018.
- Lando O., Beale H., *Principles of European Contract Law: parts I and II*, Hague 2000.
- Leszczyński L., *Precedens jako źródło rekonstrukcji normatywnej podstawy stosowania prawa*, [w:] I. Bogucka, Z. Tabor (red.), *Prawo a wartości. Księga jubileuszowa prof. J. Nowackiego*, Kraków 2003, s. 149-161.
- Łemkowski M., *Materialna ochrona konsumenta*, „Ruch Prawniczy, Ekonomiczny i Socjologiczny” 2002, nr 3, s. 67-96.
- Łętowska E., *Prawo umów konsumenckich*, Warszawa 2002.
- Łętowska E. (red.), *Prawo zobowiązań – część ogólna*, System Prawa Prywatnego, t. 5, Warszawa 2006.
- Liszczy T., *Nieważność czynności prawnych w umownych stosunkach pracy*, Warszawa 1971.
- Machnikowski P., *Przepisy dotyczące czynności prawnych w Projekcie Common Frame of References i w Principles of the Existing EC Contract Law*, cz. 1, „Rejent” 2008, nr 4, s. 22-54.
- MacQueen H.L., *Illegality and Immorality in Contracts: Towards European Principles*, [w:] A.S. Hartkamp, *Towards a European Civil Code*, Hague 2004.
- Mazurkiewicz J., „Wszystko na sprzedaż”. *Prawo umów wobec mizერი moralnej współczesnego Zachodu*, [w:] Z. Kuniewicz, D. Sokołowska (red.), *Prawo kontraktów*, Warszawa 2017, s. 302-317.
- Meijknecht P., *Tworzenie zasad europejskiego prawa kontraktów*, „Państwo i Prawo” 2004, nr 2, s. 39-56.
- Pietrzykowski K. (red.), *Kodeks cywilny. T. 1. Komentarz do art. 1-449¹⁰*, Warszawa 2002.
- Piotrowski R., *O znaczeniu prawa sędziowskiego w polskim ustroju państwowym*, [w:] T. Giaro (red.), *Rola orzecznictwa w systemie prawa*, Warszawa 2016, s. 39-63.

- Pisuliński J., *Sankcja zamieszczenia w umowie niedozwolonego postanowienia w świetle dyrektywy 93/13/EWG i orzecznictwa TSUE*, [w:] M. Romanowski (red.), *Życie umowy konsumenckiej po uznaniu jej postanowienia za nieuczciwe na tle orzecznictwa TSUE*, Warszawa 2017, s. 91-110.
- Preussner-Zamorska J., *Nieważność czynności prawnej w prawie cywilnym*, Warszawa 1983.
- Radwański Z., *Jeszcze w sprawie nieważności czynności prawnych*, „Państwo i Prawo” 1986, nr 6.
- Radwański Z. (red.), *Prawo cywilne – część ogólna*, System Prawa Prywatnego, t. 2, Warszawa 2008.
- Radwański Z. (red.), *Zielona Księga. Optymalna wizja Kodeksu cywilnego w Rzeczypospolitej Polskiej*, Warszawa 2006, http://www.arch-bip.ms.gov.pl/Data/Files/_public/bip/kkpc/zielona_ksiega.pdf [dostęp: 25.04.2018].
- Romanowski M., *Życie umowy konsumenckiej po uznaniu jej postanowienia za nieuczciwe*, [w:] M. Romanowski (red.), *Życie umowy konsumenckiej po uznaniu jej postanowienia za nieuczciwe na tle orzecznictwa TSUE*, Warszawa 2017, s. 7-90.
- Rylski P., *Środki odwoławcze i środki zaskarżenia w postępowaniu cywilnym w orzecznictwie Trybunału Konstytucyjnego*, Warszawa 2011, https://iws.gov.pl/wp-content/uploads/2018/08/AR_Rylski-P-%C5%Arodki-odwo%C5%82awcze-2011.pdf [dostęp: 7.12.2018].
- Rzewuski M., *Konwersja testamentu*, [w:] P. Stec, M. Załucki (red.), *Pięćdziesiąt lat kodeksu cywilnego. Perspektywy rekodyfikacji*, Warszawa 2015, s. 401-415.
- Skorupa P., *Nieważność czynności prawnej z perspektywy systemów prawnych common law*, „Studia Prawnicze” 2018, nr 4, s. 7-88, <https://doi.org/10.37232/sp.2018.4.1>.
- Skorupa P., *Redukcja utrzymująca skuteczność na tle projektu Księgi Pierwszej Kodeksu cywilnego*, „Studia Prawnicze” 2000, nr 3-4, s. 93-146.
- Skory M., *Klauzule abuzywne w polskim prawie ochrony konsumenta*, Kraków 2005.
- Stawecki T., *Precedens w polskim porządku prawnym. Pojęcie i wnioski de lege ferenda*, [w:] A. Śledzińska-Simon, M. Wyrzykowski (red.), *Precedens w polskim systemie prawa*, Warszawa 2010, s. 59-98.
- Strugała R., *Standardowe klauzule umowne: adaptacyjne, salwatoryjne, merger, interpretacyjne oraz pactum de forma*, Warszawa 2013.
- Szpunar A., *O konwalidacji wadliwych czynności prawnych*, „Państwo i Prawo” 2002, nr 7, s. 5-17.

- Trzaskowski R., *Skutki sprzeczności umów obligacyjnych z prawem. W poszukiwaniu sankcji skutecznych i proporcjonalnych*, Warszawa 2013.
- Weitz K., *Między systemem dyskrecjonalnej władzy sędziego a systemem prekluzji – ewolucja regulacji prawa polskiego*, [w:] H. Dolecki, K. Flaga-Gieruszyńska (red.), *Ewolucja polskiego postępowania cywilnego wobec przemian politycznych, społecznych i gospodarczych. Materiały konferencyjne Ogólnopolskiego Zjazdu Katedr Postępowania Cywilnego Szczecin-Niechorze 28-30.09. 2007 r.*, Warszawa 2009, s. 73-97.
- Węgrzynowski Ł., *Sądowe ustalanie treści stosunku prawnego*, „Przegląd Prawa Handlowego” 2007, nr 5, s. 44-49.
- Wilejczyk M., *Zasady Draft Common Frame of Reference na tle zasad polskiego prawa prywatnego*, „Państwo i Prawo” 2017, nr 1, s. 51-65.
- Wołodkiewicz W., *Europa i prawo rzymskie. Szkice z historii europejskiej kultury prawnej*, Warszawa 2009.
- Zieliński T., *Znaczenie terminu „nieważność” w języku prawniczym*, „Krakowskie Studia Prawnicze” 1970, nr 3, s. 55-74.
- Zimmerman R., *Roman Law, Contemporary Law. The civilian tradition today*, Oxford 2001.
- Zoll F., *Kilka uwag na temat tzw. redukcji utrzymującej skuteczność*, „Transformacje Prawa Prywatnego” 2000, nr 1-2, s. 9-15.



Dr Joanna Mucha-Kujawa
ORCID: 0000-0002-3898-0425
Instytut Nauk Prawnych PAN
j.mucha-kujawa@inp.pan.pl

Standaryzacja umów jako przejaw publicyzacji prawa prywatnego

Contracts' standardization as a symptom of publication of private law

Abstrakt

Zachodzące przemiany cywilizacyjne wywierają przemożny wpływ na prawo umów. Transformacje krajowego prawa prywatnego powodują przewartościowania w sferze kontynentalnej (pozytywistycznej) myśli prawniczej. Dotyczy to w szczególności konstrukcji prawnych, chroniących interesy jednostkowe. Na ten stan wpływają głównie instytucje o anglosaskim rodowodzie, które wprowadzają do kontynentalnego, w tym krajowego, prawa prywatnego pragmatyzm w postaci m.in. powszechnego już stosowania umów przez przystąpienie (w postaci regulaminów, wzorców itd.) oraz tzw. ekonomicznej analizy prawa, akcentującej efektywność ekonomiczną regulacji prawnych (ekonomizacja prawa). W praktyce oznacza to powstawanie nowej europejskiej kultury prawnej. Jej istotą jest rezygnowanie z konstrukcji formalnych i dogmatycznych na rzecz formuł pragmatycznych i elastycznych („przyleganie do rzeczywistości”) oraz wzrost znaczenia prawotwórczej roli sądów.

Słowa kluczowe: prawo umów, algorytmizacja umów, publicyzacja prawa umów, standaryzacja umów, wzorzec umów, ochrona konsumenta

Abstract

The ongoing civilization changes have an overwhelming impact on contract law. The transformations of domestic private law cause a reevaluation in the continental (positivist) sphere of legal thought. This applies in particular to legal structures that protect individual interests. This state of affairs is mainly influenced by Anglo-Saxon origin's institutions, which introduce pragmatism into continental, including domestic, private law, in the form of, inter alia, widespread use of contracts by accession (in the form of regulations, templates, etc.) and the so-called economic analysis of law, emphasizing the economic effectiveness of legal regulations (economization of law). In practice, this means the emergence of a new European legal culture, whose essence is the abandonment of formal and dogmatic structures in favour of pragmatic and flexible formulas ('adherence to reality') and the growing importance of the law-making role of courts.

Keywords: contract law, algorithmization of contracts, publication of contract law, standardization of contracts, contract templates, consumer protection

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

Prawo pozostaje pod wpływem stosunków społeczno-gospodarczych, kulturalnych i politycznych, stąd musi być tworzone i przekształcane w sposób adekwatny do zmieniających się potrzeb społeczno-gospodarczych, jeśli ma być skuteczne i efektywne. Dotyczy to również prawa prywatnego, a w szczególności prawa umów. To zadanie jest dziś jednak trudniejsze niż kiedykolwiek¹.

Zmieniająca się pozycja jednostki w życiu społecznym i gospodarczym, ewolucja obrotu handlowego, a w szczególności pojawienie się i intensywny rozwój obrotu masowego, w tym nowych sposobów zawierania umów (do których przyczyniają się najnowsze narzędzia technologiczne) powodują, że wywodząca się z kontynentalnej tradycji prawnej (opartej na prawie rzymskim) i stanowiąca podstawę krajowego systemu prawa zobowiązań umowa podlega

¹ A. Doliwa, *O istocie i przyszłości umowy na tle współczesnej praktyki obrotu i przepisów kodeksu cywilnego o zawarciu umowy*, [w:] Z. Kuniewicz, D. Sokołowska (red.), *Prawo kontraktów*, Warszawa 2017, LEX; P. Machnikowski, *Prawo zobowiązań w 2025 roku. Nowe technologie, nowe wyzwania*, [w:] A. Olejniczak, J. Haberko, A. Pyrzyńska, D. Sokołowska (red.), *Współczesne problemy prawa zobowiązań*, Warszawa 2015, s. 379 i nast.

transformacjom. Nie bez znaczenia jest tu także prawo Unii Europejskiej, które dąży do zapewnienia bezpieczeństwa obrotu prawnego (tj. ochrony unijnych interesów oraz przede wszystkim interesów konsumenta), jednak wkracza też na grunt tradycyjnie zastrzeżony dla prawa prywatnego i powoduje jego publicyzację.

Transformacje krajowego prawa prywatnego powodują przewartościowania w sferze kontynentalnej (pozytywistycznej) myśli prawniczej. Dotyczy to w szczególności konstrukcji prawnych, chroniących interesy jednostkowe. Na ten stan wpływają głównie instytucje o anglosaskim rodowodzie, które wprowadzają do kontynentalnego, w tym krajowego, prawa prywatnego pragmatyzm w postaci m.in. powszechnego już stosowania umów przez przystąpienie (w postaci regulaminów, wzorców itd.) oraz tzw. ekonomicznej analizy prawa (*law and economics*), akcentującej efektywność ekonomiczną regulacji prawnych (ekonomizacja prawa)².

W praktyce oznacza to powstawanie nowej europejskiej kultury prawnej. Jej istotą jest rezygnowanie z konstrukcji formalnych i dogmatycznych na rzecz konstrukcji pragmatycznych i elastycznych („przyleganie do rzeczywistości”) oraz wzrost znaczenia prawotwórczej roli sądów³. Z tego względu ukształtowana w pierwszej połowie XIX w. przez niemieckich pandektystów ogólna konstrukcja umowy (czynności prawnej) podlega w sferze teoretycznej naturalnej transformacji w kierunku

² Ekonomiczna analiza prawa (o anglosaskich korzeniach) przyjmuje, że prawo jest nie tyle faktem kulturowym, chroniącym uniwersalne wartości (sprawiedliwość, słuszność), co neutralnym aksjologicznie instrumentem. Służy on ułatwianiu działania mechanizmów wolnego rynku (alokacji dóbr), zwłaszcza osiąganiu wzajemnych korzyści jako symbolu sprawiedliwości. Interesy prywatne jednostek i interes społeczny jako interesy ekonomiczne nie są sprzeczne, gdyż służą osiąganiu dobrobytu społeczeństwa (szczęścia), a kluczem do ich harmonijnego współistnienia jest reguła proporcjonalności. Na znaczeniu zyskuje też prawo sędziowskie jako wyraz roztropnego prawotwórstwa („żywego prawa”), które jest bardziej wrażliwe na społeczne wartości. A. Bień, *Zarys prawa prywatnego. Część ogólna*, Warszawa 2018, s. 37-38, 61-62. Szerzej zob. zwłaszcza: M.W. Hesselink, *The New European Legal Culture*, Deventer 2001, s. 72 i nast.

³ Jest to nawiązanie do podejścia do prawa jako *real living law* zaprezentowanego już w 1900 r. przez H. Hijmansa podczas wykładu inauguracyjnego na Uniwersytecie w Amsterdamie. W literaturze wskazuje się, że w wyniku wyłaniającego się nowego europejskiego prawa prywatnego rozwija się kultura prawna, która jest o wiele mniej formalno-dogmatyczna i znacznie bardziej merytoryczno-pragmatyczna niż krajowe kultury prawne w Europie. Zmiany zachodzą w ustawodawstwie, orzecznictwie, debacie akademickiej oraz edukacji prawnej i mają wspólną cechę – przesuwają nacisk z formalnego, dedukcyjnego sposobu uzasadnienia na bardziej merytoryczne podejścia. Szerzej zob. M.W. Hesselink, *The New European...*, s. 27, 37 i nast.

konstrukcji pragmatycznej (standaryzacja), stając się instrumentem realizacji autonomii prywatnej, lecz tylko w granicach „społecznie dopuszczalnych”⁴.

2. Przesłanki transformacji umowy

2.1. Anglo-amerykanizacja umowy⁵

W tradycji kontynentalnej, w tym krajowego prawa prywatnego, umowa jest najważniejszym i najczęściej spotykanym rodzajem czynności prawnej. Dochodzi do skutku z chwilą złożenia przez jej strony zgodnych oświadczeń woli (wyraz autonomii woli). Jednocześnie umowa jest najważniejszym instrumentem wyrażania mechanizmów rynkowych, prowadzących do efektywnej alokacji (wymiany) dóbr i usług. Ponadto jest też podstawowym źródłem regulacji prywatnych spraw podmiotów prawa prywatnego – ustanawia ich wzajemne prawa i zobowiązania, gdyż każda umowa tworzy prawo między stronami bez względu na sposób jej zawarcia. Dodatkowo co do zasady jest to układ samoobsługujący się – tzn. państwo w niego nie ingeruje⁶. W odróżnieniu od tradycji kontynentalnej, zwłaszcza germańskiej, preferującej konstrukcję czynności prawnej i oświadczenia woli, tradycja anglosaska (również romańska) w centrum zainteresowania stawia umowę (*consensus*)⁷, postrzegając ją

⁴ Zob. W. Dajczak, *Amerykańska zapowiedź „śmierci umowy” na tle tradycji romanistycznej*, [w:] F. Longchamps de Berier (red.), *Dekodifikacja prawa prywatnego. Szkice do portretu*, Warszawa 2017; A. Doliwa, *O istocie...*, LEX.

⁵ Tzw. anglo-amerykanizacja umów przejawia się zwłaszcza w zamieszczaniu w umowach (dokumentach umownych) klauzul umownych wywodzących się z systemu *common law*. Szerzej o tym zob. P. Strugała, *Standardowe klauzule umowne: adaptacyjne, salwatoryjne, merger, interpretacyjne oraz pactum de forma*, Warszawa 2013, s. 7 i nast. Zob. też sprawozdanie z projektu o wykorzystywaniu anglosaskiego modelu redagowania dokumentów umownych w obrocie międzynarodowym w sytuacji, gdy umowa podlega prawu systemu *civil law* jako prawu właściwemu: G. Cordero-Moss i in., *Anglo-American Contract Models and Norwegian or other Civil Law Governing Law (completed)*, <http://www.jus.uio.no/ifp/english/research/projects/anglo> [dostęp: 24.09.2012].

⁶ E. Łętowska, *Podstawy prawa cywilnego*, Warszawa 1993, s. 29; A. Bierć, *Zarys...*, s. 709; W. Dajczak, *Zobowiązania*, [w:] W. Dajczak, T. Giaro, F. Longchamps de Berier (red.), *Prawo rzymskie. U podstaw prawa prywatnego*, Warszawa 2018, s. 509, 519.

⁷ J. Halberda, *Podobieństwa między prawem rzymskim i angielskim na przykładzie reguł dotyczących postępowania i zobowiązań*, „Forum Prawnicze” 2012, nr 2, s. 48; T. Giaro, *Historia i tradycja prawa rzymskiego*, [w:] W. Dajczak, T. Giaro, F. Longchamps de Berier (red.), *Prawo rzymskie...*, s. 37-39.

Angielskie *common law* ma źródła w egipskich i rzymskich początkach prawa europejskiego, natomiast na gruncie amerykańskim rozwinęło się pod wpływami idei i praktyki kapitalizmu

z punktu widzenia procesualistów i praktyków (brak ogólnej teorii prawa umów), zwracając szczególną uwagę na względy funkcjonalne i pragmatyczne⁸.

2.2. Publicyzacja

Internacjonalizacja i europeizacja krajowego prawa prywatnego, a w szczególności upowszechnianie się aksjologii praw człowieka, masowego obrotu handlowego i komunikacji elektronicznej powodują nasilanie się procesów jego publicyzacji⁹. Prawo prywatne posługuje się niewładczą (kooperacyjną)

wolnokonkurencyjnego. Zob. R. Tokarczyk, *Przegląd głównych norm amerykańskiego prawa zobowiązań umownych*, „Rejent” 1997, nr 1, s. 17.

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

⁸ Zob. L. Górnicki [w:] M. Safjan (red.), *Prawo cywilne – część ogólna*, System Prawa Prywatnego, t. 1, Warszawa 2012, s. 80 i nast.; P.S. Atiyah, *The Rise and Fall of Freedom of Contract*, Oxford 1979; R.E. Scott, J.S. Kraus, *Contract Law and Theory*, „New Providence” 2002, s. 2-4; R.E. Barnett, *Perspectives on Contract Law*, Boston 1995, s. 203 i nast.; M.A. Chirelstein, *Concepts and Case Analysis in the Law of Contracts*, Nowy Jork 1998, s. 30-35.

⁹ Zob. spośród wielu: A. Bierć, *Prawo umów wobec konstytucyjnego zakazu dyskryminacji*, [w:] B. Bajor, P. Saganek (red.), *Wyzwania współczesnego prawa. Księga pamiątkowa dedykowana SSN Tadeuszowi Szymankowi*, Warszawa 2018, s. 115-141; M. Florczak-Wątor, *Horyzontalny wymiar praw konstytucyjnych*, Kraków 2014; J. Habermas, *Faktyczność i obowiązywanie. Teoria dyskursu wobec zagadnień prawa i demokratycznego państwa prawnego*, Warszawa 2005; J. Helios, *Podział publiczne / prywatne w prawie Unii Europejskiej*, [w:] U. Kalina-Prasznic (red.), *Stare dogmaty – nowe wyzwania w prawie i ekonomii*, Warszawa 2013, s. 275-288; J. Nowacki, *Prawo publiczne – prawo prywatne*, Katowice 1992; J. Podkowik, *Problem horyzontalnego działania praw jednostki w orzecznictwie sądów w sprawach cywilnych*, [w:] M. Florczak-Wątor (red.), *Sądy i trybunały wobec problemu horyzontalnego działania praw jednostki*, Kraków 2015, s. 91-113; M. Safjan, *Europeizacja prawa prywatnego – ewolucja czy rewolucja? Perspektywa orzecznicza*, [w:] J. Gudowski, K. Weitz (red.), *Aurea praxis, aurea theoria. Księga jubileuszowa profesora T. Erecińskiego*, t. 2, Warszawa 2011, s. 2513-2534; B. Skwara, *Publicyzacja prawa prywatnego na tle niemieckiego orzecznictwa konstytucyjnego poświęconego mocy obowiązującej praw człowieka*, [w:] M. Paździor, B. Szmulik (red.), *Ewolucja demokracji przedstawicielskiej w krajach Europy Środkowej i Wschodniej*, Lublin 2013, s. 339-356; B. Skwara, *Drittwirkung jako przejaw publicyzacji prawa prywatnego*, [w:] R.M. Czarny, K. Spryszak (red.), *Państwo i prawo wobec współczesnych wyzwań. Księga jubileuszowa Profesora Jerzego Jaskierni*, Toruń 2012; R. Szczepaniak, *Granice cywilnoprawnej metody regulacji – glosa do wyroku TK z 27.05.2014 r., P51/13*, „Państwo i Prawo” 2015, nr 12, s. 130-135; K. Zeidler, *Prawo publiczne a prawo prywatne w relacji sporu pomiędzy liberalizmem a komunitaryzmem*, „Prawo i Więź” 2014, nr 1, s. 51-55; A. Żurawik, *Problem publicyzacji prawa prywatnego w kontekście ustrojowym*, „Państwo i Prawo” 2010, nr 5, s. 32-41; M. Safjan [w:] Z. Radwański (red.), *Prawo cywilne...*, s. 48-51.

metodą regulacyjną, zakładającą wzajemną autonomiczność i równorzędność podmiotów. Publicyzacja przejawia się w nasycaniu tego prawa i właściwych mu norm dyspozytywnych (*iuris dispositivi*) przepisami o charakterze publicznoprawnym (*iuris cogentis*) przy użyciu władczej metody regulacyjnej (koordynacyjnej), opierającej się na władztwie i podporządkowaniu. Najszerzej wyraża się to w redefiniowaniu (zawężeniu) autonomii prywatnej (swobody umów) na rzecz ochrony dobra wspólnego¹⁰.

Przenikanie regulacji publicznoprawnych na grunt tradycyjnie zastrzeżony dla prawa prywatnego autonomię prywatną - swobodę umów uzasadnia się zapewnieniem bezpieczeństwa obrotu prawnego (interesu ogółu), w szczególności ochroną interesów Unii Europejskiej (tj. osiągnięcia nadrzędnych celów wspólnego jednolitego rynku europejskiego)¹¹.

Nasilający się proces publicyzacji prowadzi do dekodyfikacji prawa prywatnego. Polega to głównie na wzroście znaczenia regulacji pozakodeksowych, a także na pojawianiu się coraz większej ilości źródeł współczesnego prawa prywatnego¹².

¹⁰ A. Bierć, *Prawo umów...*, s. 115-141.

¹¹ W unijnej kulturze prawa prywatnego mówi się o instrumentalizacji prawa, gdyż tradycyjne prawo prywatne, realizujące własne cele, staje się tu narzędziem do osiągnięcia celów politycznych, społecznych, gospodarczych i innych. Zob. M.W. Hesselink, *The New European...*, s. 37-38.

¹² Na tle zachodzących transformacji, tj. wymagań rzeczywistości i coraz szybciej zachodzących w niej zmian, w literaturze zauważa się, że wprawdzie kodeks jako zbiór przepisów prawa, „normatywny trzon” gałęzi prawa, daje poczucie bezpieczeństwa prawnego oraz gwarancję stabilności zawartych w nim rozwiązań normatywnych, lecz zmiany społeczno-gospodarcze, polityczne i intelektualne, ich tempo oraz charakter, powodują, że „na podstawie doświadczeń wczorajszych regulowane są potrzeby jutra”. Szerzej zob. P. Święcicka, *Kodeks zdemitologizowany – metafora, w której ciągle żyjemy*, [w:] F. Longchamps de Berier (red.), *Dekodyfikacja prawa prywatnego...*, s. 49, 78-79 i nast.; W. Dajczak, *Amerykańska zapowiedź „śmierci umowy”...*, s. 101. Zob. też m.in. F. Longchamps de Bérrier, *Stalość a zmienność szczegółowych regulacji prawa spadkowego Niepodległej*, „Forum Prawnicze” 2018, nr 2, s. 4; F. Longchamps de Bérrier, *Myślenie dekodyfikacyjne a zjawisko dekodyfikacji*, [w:] F. Longchamps de Bérrier (red.), *Dekodyfikacja prawa prywatnego...*, s. 273 i nast.; F. Longchamps de Bérrier, *Common law a dekodyfikacji i globalizacja prawa*, [w:] F. Longchamps de Bérrier (red.), *Dekodyfikacja prawa prywatnego...*, s. 19 i nast.; W. Dajczak, *Współczesne wyzwania prawa rzymskiego*, [w:] F. Longchamps de Bérrier, T. Giaro, F. Longchamps de Bérrier, *Prawo rzymskie. U podstaw...*, s. 604; F. Longchamps de Berier A. Parise, L. van Vliet, *Preface*, [w:] A. Parise, L. van Vliet (red.), *Re-De-Co-dification? New Insights on the Codification of Private Law*, Haga 2018, s. VII-IX; L. Górnicki [w:] M. Safjan (red.), *Prawo cywilne...*, s. 104-105.

2.3. Deficyt zaufania

Postępująca globalizacja znacząco i radykalnie wpływa na relacje między ludźmi. Współczesne społeczeństwa odchodzą od stałości i trwałości w kierunku ciągłych zmian, ruchu, braku przywiązania do czegokolwiek i bez możliwości osiągnięcia celu. Cechuje je tymczasowość¹³. Fizyczny dystans między podmiotami (brak możliwości bezpośredniego uzyskania informacji lub uzyskiwanie ich przy udziale nie zawsze bezstronnych mediów), różnorodność kulturowa (pluralizm kulturowy) i brak kontekstu lokalnego powodują wzrost anonimowości i bezosobowości. Nie tylko one, lecz także nasilający się konsumpcjonizm i gloryfikowanie indywidualizacji jednostek (hiperindywidualizm) utrudniają ocenę wiarygodności podmiotów społecznych, wpływając na szerzący się brak zaufania między nimi¹⁴. Dynamiczna nowoczesność (zmiennność) wraz z globalizacją powodują, że kulturę współczesnego społeczeństwa określa się mianem kultury ryzyka. Pojawiające się wraz z przemianami cywilizacyjnymi nowe rodzaje ryzyka ograniczają zaufanie w obrocie prywatnoprawnym, w tym – w procesie zawierania umów. Takie działanie jest sprzeczne z ideą stworzenia prawidłowo funkcjonującego rynku wewnętrznego dążącego do zapewnienia wyższego wzrostu gospodarczego¹⁵.

2.4. Masowość obrotu handlowego

Rozpoczęta w XVIII w. w Anglii rewolucja przemysłowa znacząco wpłynęła na kształtowanie się nowej gospodarki, społeczeństw i ładów politycznych na świecie, czego skutki obserwujemy również współcześnie¹⁶. Rozwijająca się na ogromną skalę seryjna produkcja oraz upowszechnienie się świadczenia usług dla anonimowych odbiorców spowodowały masowość zawierania umów.

¹³ Z. Bauman, *Płynna nowoczesność*, Kraków 2006, s. 6, 176 i nast.

¹⁴ P. Machnikowski, *Prawne instrumenty ochrony zaufania przy zawieraniu umowy*, Warszawa 2010, s. 24-25 z odwołaniem się do P. Sztompka, *Trust. Sociological Theory*, Cambridge 1999, s. 11-13 oraz P. Sztompka, *Zaufanie. Fundament społeczeństwa*, Kraków 2007, s. 45, 381 i nast.

¹⁵ P. Machnikowski, *Prawne instrumenty...*, s. 22-25 i przywołana tam literatura. Zob. też M.W. Hesselink, *Europejskie prawo umów: kwestia ochrony konsumenta, obywatelstwa czy sprawiedliwości*, „Nowa Europa” 2008, nr 11(7), s. 220-258; M. Ziętek, *Europejskie prawo konsumenckie jako wyraz technokratycznej koncepcji prawa umów*, [w:] M. Jagielska, E. Rott-Pietrzyk, A. Wiewiórowska-Domagalska (red.), *Kierunki rozwoju europejskiego prawa prywatnego. Wpływ europejskiego prawa konsumenckiego na prawo krajowe*, Warszawa 2012, s. 283.

¹⁶ M. Żejmo, *Istota przemian industrialnych w XIX wieku*, „Studia Gdańskie. Wizje i rzeczywistość” 2015, t. XII, s. 169 i nast.

Z czasem wytworzyła się praktyka posługiwania się przez przedsiębiorców szablonami umów. Nie dość, że przyspieszało to obrót, to umożliwiało zawieranie wielu umów w krótkim czasie przy obniżeniu kosztów transakcyjnych i większy zysk¹⁷.

Obecnie standaryzacja umów przyczynia się do rozwoju obrotu transgranicznego w skali Unii Europejskiej (lecz też globalnie)¹⁸. Patrząc przez pryzmat ekonomicznych korzyści, wskazuje się, że dzięki obowiązywaniu jednakowych wzorów formularzy we wszystkich państwach konsumenci mają dostęp do dokładnej informacji na ich temat¹⁹. Mogą też w łatwy i przejrzysty sposób porównać umowy proponowane przez konkurujących ze sobą przedsiębiorców, w tym zwłaszcza – w cyfrowym świecie²⁰.

Podkreśla się przy tym znaczne korzyści dla przedsiębiorców, którzy nie muszą każdorazowo przygotowywać (negocjować) umowy, a jedynie przedstawić gotowy dokument i dołączyć do niego niezbędne (wymagane przepisami prawa) informacje (tzw. obowiązki informacyjne przedsiębiorcy²¹).

2.5. Algorytmizacja praktyki kontraktowej

Rozwój techniki w XIX i XX wieku otworzył przed ludzkością niespotykane dotąd możliwości. Podobną sytuację obserwujemy współcześnie. Nowe rozwiązania technologiczne, w tym zwłaszcza DLT *blockchain* (lecz także *smart contracts*, *bitcoin*, *token* itd.), stanowią podwaliny nowej, globalnej gospodarki opartej na wiedzy, w tym gospodarki cyfrowej, oderwanej od tradycyjnych gospodarek krajowych²². Technologia wpływa także na dotychczasowe reguły

¹⁷ M. Bednarek, *Wzorce umów w prawie polskim*, Warszawa 2005, s. 10.

¹⁸ Jednym z obserwowanych skutków globalizacji jest oddziaływanie zjawisk spoza Europy na rozwiązania europejskie. Dzieje się to zwłaszcza dzięki powszechności sprzedaży i świadczenia usług. F. Longchamps de Berier, *Common law...*, s. 28.

¹⁹ Jest to przejaw globalizacji prawa, tj. procesu odrywania się prawa od państwa. Prowadzi ona do obowiązujących w skali światowej norm i standardów prawnych lub relewantnych praktyk społecznych. Szerzej zob. W. Cyrul, B. Brożek, *Globalny system prawa*, [w:] J. Stelmach (red.), *Studia z filozofii prawa*, t. 2, Kraków 2003, s. 94.

²⁰ E. Wojtaszek-Mik, *Charakter prawny wzorów formularzy informacyjnych w obrocie konsumenckim*, „Przegląd Prawa Handlowego” 2018, nr 8, s. 24.

²¹ W literaturze zwraca się uwagę, że jest to przejaw ekonomicznego myślenia o konsumencie. Wskazuje się przy tym, że skutkiem zawodności rynku jest brak informacji po stronie konsumenta. Ochrona konsumenta natomiast jest czynnikiem mającym pobudzić popyt, a w efekcie – zapewnić wyższy wzrost gospodarczy. Zob. R. Mańko, *Idee polityczne i prawne a kultura unijnego prawa prywatnego – przyczynek do dalszych badań*, „Miscellanea Historico-Iuridica” 2017, t. XVI, nr 2, s. 86.

²² D. Szostek, *Blockchain a prawo*, Warszawa 2018, s. 8 i nast.

prawne i powoduje ich unowocześnianie²³. Nie bez znaczenia jest tu postępująca cyfryzacja prawa i prawodawstwa²⁴.

Powstanie Internetu zrewolucjonizowało nie tylko nawiązywanie kontaktów, sposób pozyskiwania informacji i wymianę korespondencji, która stała się szybsza, lecz także sposób prowadzenia biznesu, w tym zawieranie umów przez przedsiębiorców (międzynarodowe korporacje). Wzrosła szybkość, wydajność i niezawodność przedsiębiorstw, szczególnie międzynarodowych gigantów internetowych (np. Google, Facebook, Amazon, Microsoft itd.), oferujących swoje usługi masowemu odbiorcy (globalnemu i europejskiemu)²⁵.

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

²³ Zdaniem niektórych rewolucjonizują je, dzięki czemu umożliwiają realizację koncepcji związanych z utworzeniem (wyodrębnieniem) odrębnego obszaru prawnego (*lex electronica*), a co za tym idzie – wypracowaniem nowych konstrukcji prawnych właściwych wyłącznie dla gospodarki cyfrowej (D. Szostek, *Blockchain...*, s. 17-19 i wskazana tam literatura). Co więcej Internet był do niedawna raczej wsparciem dla tradycyjnej gospodarki i narzędziem komunikowania się, zawierania umów offline. Obecnie sieć umożliwia wykonywanie umów nawet z poziomu telefonu komórkowego czy innego urządzenia mobilnego. Nie zawsze jednak osoba wykonująca umowę ma świadomość dokonania określonej czynności prawnej, w tym zwłaszcza – według prawa innego niż krajowe (tamże, s. 9-11).

²⁴ Cyfryzacja przejawia się obecnie w powszechnej digitalizacji tekstów prawnych, udostępnianiu ich w systemach informatycznych opartych na aktualizowanych na bieżąco bazach danych i opartej na niej tzw. koncepcji programowania prawa. Zob. M. Safjan, *Prawa Polska*, Warszawa 2005, s. 126-127. Jest to, jak twierdzi się w literaturze, jeden z przejawów dekodyfikacji prawa. Zob. F. Longchamps de Bérier, *Myślenie dekodyfikacyjne...*, s. 281; L. Górnicki [w:] M. Safjan (red.), *Prawo cywilne...*, s. 77 i nast.

W literaturze prognozuje się, że „uniformizacja i IT będą kształtować usługi prawnicze XXI wieku i wpływać na ich charakter”. R. Susskind, *Koniec świata prawników? Współczesny charakter usług prawniczych*, Warszawa 2010, s. 13. Zob. też J. Czarnecki, *Prawne aspekty zastosowań technologii blockchaina na rynkach finansowych*, [w:] W. Rogowski, *Regulacje finansowe. Fintech, nowe instrumenty finansowe, resolution*, Warszawa 2017, s. 48-63; J.J. Szczerbowski, *Lex cryptography. Znaczenie prawne umów i jednostek rozliczeniowych opartych na technologii blockchain*, Warszawa 2018, s. 12, 18 i nast.; D. Szostek, *Blockchain...*, s. 17, 113 i nast.; A. Savelyev, *Contract Law 2.0: 'Smart' Contracts as the Beginning of the End of Classic Contract Law*, „Information & Communications Technology Law” 2017, t. 26, nr 2, s. 116-134.

²⁵ P. Żydkowicz, *Przewodnik po smartkontraktach. Czym jest smart contract?*, <https://cyfrowaekonomia.pl/przewodnik-po-smartkontraktach-czym-jest-smart-contract/> [dostęp: 22.04.2018].

kontrolują²⁶. Umowy te pełnią istotną funkcję w procesie zawierania umów, powodując jego algorytmizację²⁷.

Obserwujemy obecnie dominację i upowszechnienie usług cyfrowych, w tym głównie działalności platform internetowych, których rodzaje, liczba, funkcje i cele są niezwykle zróżnicowane. Konsumenci mają niemal nieograniczony dostęp do zagregowanych tam produktów i usług (transakcyjnych i nietransakcyjnych). Warto odnotować również globalny wzrost konsumpcjonizmu i przeniesienia życia do świata cyfrowego w obrocie prywatnoprawnym. Z wymienionych wyżej względów coraz powszechniej zawiera się umowy poprzez akceptację, czyli tzw. umowy przez przystąpienie, czemu dodatkowo sprzyja transgraniczność obrotu handlowego (zawieranych umów), tj. faktyczny brak granic dla działań w Internecie²⁸.

3. Standaryzacja umowy

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

Internacjonalizacja i europeizacji prawa prywatnego, w tym przenikanie się europejskich systemów prawnych, oraz procesy technologiczne sprawiają, że

²⁶ W.J. Kocot, *Kontrakty kreatywne – nowy rozdział w cyberewolucji prawa umów*, [w:] P. Kostański, P. Podrecki, T. Targosz (red.), *Experientia docet. Księga jubileuszowa ofiarowana pani profesor Elżbiecie Traple*, Warszawa 2017, s. 946-961.

²⁷ W przyszłości umożliwiłoby to powstanie autonomicznego systemu normatywnego niezależnego od zinstytucjonalizowanych ram i uwarunkowań prawnych. Takie rozwiązanie zapewniłoby jednocześnie automatyzm, ale i nieodwracalność akcji zapisanych w postaci algorytmu. Zob. J.J. Szczerbowski, *Lex cryptographia...*, s. 14, 19; D. Szostek, *Blockchain...*, s. 120 i nast.; D. Szostek, *Sztuczna inteligencja a kody. Czy rozwiązaniem dla uregulowania sztucznej inteligencji jest smart contract i blockchain?*, [w:] L. Lai, M. Świerczyński (red.), *Prawo sztucznej...*, s. 15 i nast.; M. Hulicki, P. Lustofin, *Wykorzystanie koncepcji blockchain w realizacji zobowiązań umownych*, „Człowiek w Cyberprzestrzeni” 2017, nr 1, s. 38-39, 47 i nast.; J. Cieplak, S. Leefatt, *Smart Contracts: A Smart Way to Automate Performance*, „Georgetown Law Technology Review” 2017, t. 1, nr 2, s. 417 i nast.; S. Grundmann, P. Hacker, *Digital Technology as a Challenge to European Contract Law: From the Existing to the Future Architecture*, „European Review of Contract Law” 2017, t. 13, nr 3, s. 266.

²⁸ Platformy internetowe określa się już mianem „nowego kierunku prawa umów”. Zob. M. Pecyna, *Platformy internetowe – nowy kierunek prawa umów*, [w:] Z. Kuniewicz, D. Sokołowska (red.) *Prawo kontraktów*, Warszawa 2017, s. 345-355. Przeobrażenia są jednak szerzej zakrojone – mówi się o rynkach „nowej gospodarki”. Zob. P. Sitarek, *Odpowiedzialność dominującego przedsiębiorcy na rynku nowych technologii – uwagi na tle wyroku SPI z 17.09.2007 r. w sprawie T-201/04 Microsoft Corp. v. Komisja WE*, „Europejski Przegląd Sądowy” 2010, nr 2, s. 45.

konstrukcja umowy zmienia się. Odchodzi ona od kontynentalnego formalizmu i przestaje opierać się na dotychczasowej (rzymskiej) systemowości, a coraz częściej zwraca się ku anglosaskiej praktyce (nabierając jej cech), która ograniczyła formalizm prawa rzymskiego na rzecz pragmatyzmu, empiryzmu i indukcyjności, stając się prawem praktyków²⁹.

Biorąc pod uwagę rzeczywistość obrotu (tj. masowość, szybkość, cyfryzację), dostrzec można, że w praktyce coraz częściej klasyczną, negocjowalną umowę, zawieraną w założeniu przez dwie równe strony, zastępuje się umowami (wzorcami, formularzami) wykreowanymi jedynie przez jedną z nich. Przejawia się to w coraz intensywniejszym zawieraniu umów przez przystąpienie (adhezyjnych)³⁰. Odejście od abstrakcyjnego (rzymskiego) podejścia do umowy, opartego na pozytywizmie prawniczym, w kierunku standaryzacji oznacza, że „pole” negocjacji treści umów zawęża się. To samo dzieje się z rolą umowy w obrocie prywatnoprawnym w jej klasycznym rozumieniu, tj. jako sprawnego narzędzia w rękach podmiotów prawnych dbających o własne interesy, działających na zasadzie równości i wzajemnej autonomiczności, gdzie źródłem zobowiązania są zgodne oświadczenia woli co najmniej dwóch stron, a swoboda kontraktowania staje się iluzoryczna³¹.

Krajowa regulacja wzorców umownych, będąca wyrazem „nowej koncepcji legislacyjnej”, jest odpowiedzią na przemiany społeczno-gospodarcze. Dostosowuje się do regulacji unijnych, narzucających wprowadzanie do krajowych porządków prawnych instrumentów z zakresu prawa publicznego (nakazy i zakazy). Są one ukierunkowane na ochronę wspólnego rynku i na pozostające w związku z tym zapewnienie ochrony podmiotom modelowo słabszym, głównie konsumenta na konkurencyjnym rynku europejskim³². Przyjęte rozwiązania (mechanizmy) miały zapewniać ochronę słabszej stronie umowy przed wykorzystywaniem wzorców do wprowadzania postanowień

²⁹ P. Świąćicka, *Kodeks zdemitologizowany...*, s. 40 i przywołana tam literatura; A. Bierć, *Zarys...*, s. 45.

³⁰ Chodzi tu o jednostronnie przygotowane z góry (przed zawarciem umowy) gotowe klauzule umów przeznaczone do wielokrotnego stosowania. Zob. E. Łętowska, *Nieuczciwe klauzule w prawie umów konsumenckich*, Warszawa 2004, s. 2; M. Bednarek [w:] E. Łętowska (red.), *Prawo zobowiązań – część ogólna*, System Prawa Prywatnego, t. 5, Warszawa 2006, s. 541; Z. Radwański, A. Olejniczak, *Zobowiązania – część ogólna*, Warszawa 2005, s. 145-146; M. Jagielska, *Niedozwolone klauzule umowne*, [w:] E. Nowińska, P. Cybula (red.), *Europejskie prawo konsumenckie a prawo polskie*, Zakamycze 2005, s. 57.

³¹ A. Bierć, *Zarys...*, s. 70.

³² M. Namysłowska, A. Jabłonowska, *Personalizacja oparta na sztucznej inteligencji – nowe wyzwanie dla prawa konsumenckiego*, [w:] L. Lai, M. Świerczyński (red.), *Prawo sztucznej...*, s. 95 i nast.

naruszających (w stopniu rażącym) równowagę kontraktową na niekorzyść tej strony³³.

Zawieranie umów przez przystąpienie (za pomocą wzorców, regulaminów) ma wiele zalet, głównie dla przedsiębiorców. Podkreśla się użyteczność tego sposobu, który przez ujednolicenie treści umów zapewnia szybkość, niższe koszty zawarcia umowy, ułatwia prowadzenie wielkich przedsiębiorstw, w tym planowanie działalności, kalkulację ryzyka, kontrolę wewnętrzną³⁴.

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

Wskutek zawierania umów adhezyjnych dochodzi do sytuacji, w których tradycyjne miejsce uzgodnienia postanowień umowy zajmuje jednostronny dyktat silniejszego ekonomicznie kontrahenta (zrzeszenia kapitału prywatnego), nierzadko powiązanego interesami (ekonomicznymi, finansowymi) z aparatem organizacyjnym państwa. W ten sposób oparta na założeniu równorzędności zasada swobody umów staje się fikcją i obraca się przeciwko jednej ze stron (modelowo słabszej)³⁵.

³³ Warto jednak podkreślić, że ochrona konsumenta ma tak naprawdę na celu ochronę wspólnotowego rynku. Zob. R. Mańko, *Idee polityczne i prawne...*, s. 86.

³⁴ E. Wojtaszek-Mik, *Charakter prawny wzorów formularzy...*, s. 24; R. Trzaskowski, *Przesłanki i skutki uznania postanowień wzorca umowy za niedozwolone (art. 479³⁶ – 479⁴⁵ k.p.c.)*, „Prawo w Działaniu” 2008, nr 6, s. 195 i nast. oraz wskazana tam literatura.

³⁵ W. Czachórski, A. Brzozowski, M. Safjan, E. Skowrońska-Bocian, *Zobowiązania. Zarys wykładu*, Warszawa 2004, s. 139. Zob. też komentarz do art. 384 k.c.: W. Popiołek [w:] K. Pietrzykowski (red.), *Kodeks cywilny. T. 1. Komentarz do artykułów 1-449¹¹*, Warszawa 2008, s. 1070. Należy jednak zauważyć, że mimo iż ustawodawstwo unijne, a w ślad za nim prawo krajowe, dąży do zapewnienia ochrony modelowo słabszym stronom umowy, to

Co więcej, rozwój i szybkość obrotu w ostatnich czasach powodują, że proponowane umowy (wzorce, regulaminy itd.) są niezwykle obszerne, rozszerzane obowiązками informacyjnymi nałożonymi na przedsiębiorcę przez ustawodawcę unijnego, a w ślad za nim krajowego (dla ochrony strony modelowo słabszej). Szczegółowo uregulowane przedkontraktowe obowiązki informacyjne mają za zadanie chronić modelowo słabszą stronę. Jednak realnym skutkiem jest sytuacja, w której konsument zawierający umowę otrzymuje do przeanalizowania obszerne, wielostronicowe dokumenty. Rozwijający się, coraz bardziej wyspecjalizowany i złożony obrót prywatnoprawny wymaga często rozległej wiedzy o zawieranych umowach. Rezultatem braku odpowiednich informacji jest dodatkowe osłabienie pozycji konsumenta (wobec przedsiębiorcy), który często nie ma świadomości skutków prawnych zawieranej umowy. Przedstawione przez przedsiębiorcę umowy (regulaminy, wzorce) stanowią więc dla konsumenta raczej „pułapkę braku informacji lub dezinformacji”³⁶ niż jasną i nie budzącą wątpliwości treść umowy, do której w praktyce może on przystąpić na zaproponowanych (niejasnych) warunkach, albo nie zawrzeć jej w ogóle³⁷.

Dążenie do obniżania kosztów transakcji przez stosowanie umów adhezyjnych (z wykorzystaniem wzorców, regulaminów) oznacza, że strony porozumiewają się jedynie co do *essentialia negotii* umowy. Elementy umowy w postaci *accidentalia negotii* i *naturalia negotii*, tj. to co należy lub może należeć do danego typu umowy (możliwa jej treść), uwzględniające gospodarczy i społeczny kontekst

w sferze stanowienia prawa nie można nie dostrzec coraz silniejszego związania państwa (sfery politycznej) z prywatnymi interesami przedsiębiorców. Proces ten polega na tworzeniu norm prawnych „na zamówienie” globalnych – także europejskich – grup interesu (lobby), które finansują polityków jako twórców norm prawnych. Być może jest to również skutek posługiwania się ekonomiczną analizą prawa w procesie stanowienia prawa. Zob. A. Bierć, *Zarys...*, s. 49, 73; A. Bierć, *Lobbing w prawodawstwie*, „Nauka” 2000, nr 4, s. 172-182; A. Bierć, *Racjonalna procedura prawodawcza jako podstawa dobrego prawa*, [w:] W. Czapliński (red.), *Prawo w XXI wieku. Księga pamiątkowa 50-lecia Instytutu Nauk Prawnych Polskiej Akademii Nauk*, Warszawa 2006, s. 85 i nast.

³⁶ Jest to biurokratyczna dystrybucja – przypomina umowę, jednak jest tylko niezrozumiałym dokumentem. Zob. E. Łętowska, K. Pawłowski, *O operze i o prawie*, Warszawa 2014, s. 56-59; A. Doliwa, *O istocie i przyszłości umowy...*, s. 85; E. Wojtaszek-Mik, *Charakter prawny wzorów formularzy...*, s. 24.

³⁷ W literaturze spotyka się głosy aprobujące taką sytuację. Wskazują one, że adherent zawsze ma możliwość odmówienia zawarcia umowy, a także zapoznania się z jej treścią i prawo nie ma potrzeby go chronić przed akceptacją warunków kontraktowych, z którymi się nie zapoznał (M. Szkuta, *Inkorporacja wzorców umownych w postaci elektronicznej*, „Wrocławskie Studia Sądowe” 2014, nr 3, s. 85). Stanowisko takie, jak się wydaje, nie uwzględnia intensywności i standaryzacji współczesnego obrotu, w tym – nasilającego się procesu algorytmizacji zawierania umów.

znajdują się we wzorcu, który konsument zaakceptował i którego treścią się związał³⁸. Przyjęcie takiej konstrukcji tworzenia treści umowy powoduje wypieranie przepisów ustawowych, które tradycyjnie określają jej treść (*accidentalia* i *naturalia negotii* danego typu umowy). W klasycznej umowie, w przypadku braku uregulowania *accidentalia* i *naturalia negotii* przez strony, prawa i obowiązki każdej z nich określałyby dyspozytywne przepisy prawa, uwzględniające interesy obydwu stron. W przypadku umów adhezyjnych, w kwestiach nieuregulowanych w umowie zastosowanie znajdą postanowienia wzorca (formularza, regulaminu) sporządzonego przez jedną ze stron i będące przejawem systemowego deficytu regulacji typów umów w k.c.³⁹ W praktyce coraz częściej zdarzają się jednak sytuacje, w których żaden z elementów kontraktu nie podlega indywidualnemu uzgodnieniu (np. regulaminy platform internetowych itd.), co przy niejednoznaczności i niejasności zawartych w nich postanowień stanowi istotne zagrożenie praw konsumenta (najczęściej jego dóbr osobistych)⁴⁰.

Opisany sposób zawierania umów ma obecnie miejsce szczególnie często w przypadku korzystania z usług platform internetowych, które są przejawem funkcjonowania w ramach społeczności czy gospodarki cyfrowej⁴¹. Serwisy internetowe powszechnie oferują usługi na zasadzie *take-it-or-leave-it*. Oznacza to, że użytkownik albo zaakceptuje wszystkie postanowienia przedstawionej mu umowy (wzorca, regulaminu), albo nie będzie mógł korzystać z usługi, a zazwyczaj – z całego pakietu usług⁴². Konsument pozbawiony jest tym samym możliwości negocjacji treści (postanowień) umowy (regulaminu, wzorca), jak to jest w przypadku klasycznej umowy. Przygotowujący umowę (wzorzec,

³⁸ M. Bednarek, *Wzorce umów...*, s. 15-16; W. Dajczak, *Europejska tradycja prawna – od klasyfikacji przez kodyfikację do ograniczeń i niepewności w typologii umów*, [w:] F. Longchamps de Berier (red.), *Dekodyfikacja prawa prywatnego w europejskiej...*, s. 77 i nast.; F. Longchamps de Berier, *The Nature of the Contract of Civilian Jurists*, Poznań 2012, s. 96.

³⁹ M. Bednarek, *Wzorce umów...*, s. 16.

⁴⁰ W literaturze zwracano uwagę, że w przypadku niektórych umów żaden ich element nie zostaje indywidualnie uzgodniony. Jednak dotyczyło to raczej bagatelnych umów dnia powszedniego jak np. umowa przewozu tramwajowego. Zob. C. Żuławska [w:] G. Bieniek (red.), *Komentarz do Kodeksu Cywilnego. Księga trzecia. Zobowiązania*, t. 1, Warszawa 2001, s. 116.

⁴¹ M. Pecyna, *Platformy internetowe jako zjawisko ekonomiczne...*, s. 345; M. Jagielska, A. Kunkiel-Kryńska, *Wybór prawa jako klauzula abuzywna w umowach konsumenckich zawieranych przez Internet*, „Internetowy Kwartalnik Antymonopolowy i Regulacyjny” 2016, nr 3(5), s. 30. Zob. też E. Łętowska, *Europejskie prawo umów konsumenckich*, Warszawa 2004; J. Maliszewska-Nienartowicz, *Ewolucja ochrony konsumenta w europejskim prawie wspólnotowym*, Toruń 2004; A. Kunkiel-Kryńska, *Metody harmonizacji prawa konsumenckiego w Unii Europejskiej i ich wpływ na procesy implementacyjne w państwach członkowskich*, Warszawa 2013.

⁴² Na przykład dostęp do przeglądarki, system obsługujący pocztę itd.

regulamin) przedsiębiorca internetowy (profesjonalista) posiada dokładną wiedzę odnośnie wszystkich elementów jej treści, nierzadko przygotowanej przez specjalistyczne kancelarie prawne. Konsument nie posiada najczęściej takiej wiedzy i z reguły zachęcony pozorną darmowością dostępu do usługi (np. serwisu społecznościowego, konta e-mail, miejsca w chmurze obliczeniowej) automatycznie akceptuje wszystkie postanowienia umowne (formularze, regulaminy) zaproponowane przez przedsiębiorcę, przyjmując tym samym warunki przedsiębiorcy⁴³.

Poza brakiem możliwości negocjacji treści umów istotne zagrożenie dla strony słabszej stanowi z reguły sposób ich sformułowania: nieczytelny, niejasny, niejednoznaczny, a nawet umożliwiający platformom internetowym dowolną ich interpretację. Z reguły chodzi o nieograniczone przetwarzanie danych osobowych. Takie działanie jest naruszeniem ustawowych obowiązków informacyjnych⁴⁴. Pomimo szczegółowych regulacji prawnych organy państwowe nie posiadają odpowiednich instrumentów prawnych pozwalających na skuteczne przeciwdziałanie praktykom gigantów internetowych, których siedziby zazwyczaj znajdują się poza obszarem Unii Europejskiej⁴⁵.

Wskutek masowo zawieranych umów adhezyjnych dotychczasowe *lex contractus*, tworzone przez równorzędne podmioty po osiągnięciu konsensusu, jest wypierane przez prawo gigantów gospodarczych. Przykładowo na gruncie usług cyfrowych mówi się już np. o *lex Google*, *lex Facebook* itd., które – podobnie jak przepisy publicznoprawne (decyzje) – nie podlegają negocjacjom. Obowiązują na warunkach i w zakresie przygotowanym przez proferenta (analogicznie jak w przypadku decyzji organu administracyjnego)⁴⁶. W lite-

⁴³ Nieodpłatność jest o tyle pozorna, że wprawdzie nie płaci się w potocznym rozumieniu tego słowa, lecz przekazuje się własne dane osobowe, które nader często są przetwarzane w sposób nieograniczony, stając się „nową walutą Internetu”. I. Małobęcka, *Prawna ochrona konsumenta w sieci na przykładzie zagadnienia darmowych usług platform internetowych*, „Internetowy Kwartalnik Antymonopolowy i Regulacyjny” 2017, nr 3, s. 3, 5, 9-10; zob. też D. Lubasz, *Zasady legalności, przejrzystości i minimalizacji danych w ogólnym rozporządzeniu o ochronie danych osobowych w kontekście sztucznej inteligencji*, [w:] L. Lai, M. Świerczyński (red.), *Prawo sztucznej...*, s. 173 i nast.

⁴⁴ Przykładowo udzielenie zgody na przyznanie bezwarunkowej licencji na wykorzystanie materiałów użytkownika. Szerzej w tej sprawie zob. I. Małobęcka, *Prawna ochrona konsumenta w sieci...*, s. 5, 9-10.

⁴⁵ Chodzi tu też o tzw. raje podatkowe, w których stosuje się sprzyjającą przedsiębiorcom księgowość oraz tzw. optymalizację podatkową.

⁴⁶ W erze globalizacji, cyfryzacji i powszechnej działalności platform internetowych nie jest to zjawisko nieznane. Stanowi ono przedmiot zainteresowania Komisji Europejskiej i TSUE. Organy te zajmują się sprawami dotyczącymi zazwyczaj nadużycia dominującej pozycji na rynku nowej technologii przez gigantów internetowych takich jak Google,

raturze formułowane są poglądy, że stosowane na szeroką skalę wzorce mogą stanowić przejaw tzw. *stateless law*, tj. prawa tworzonego nawet bez państwa⁴⁷.

Według niektórych opinii standaryzacja obrotu prywatnoprawnego i przemiany na gruncie prawa umów powodują, że umowy utraciły właściwości samoregulacyjne i nie chronią współczesnych konsumentów przed arbitralnym wykorzystywaniem władzy ekonomicznej przez silniejszą stronę. Wobec wzrostu ilości transakcji wymykających się typowym postaciom umów, braku dogmatycznych kryteriów ich oceny oraz obniżenia poziomu zaufania w obrocie, w sferze teoretycznoprawnej zyskuje znaczenie zagadnienie ochrony uzasadnionych oczekiwań (korzyści) wierzyciela w procesie zawierania umów. Jest to jeden z elementów odejścia od tradycyjnej klasyfikacji umów w kierunku porządkowania transakcji w prawie przez operowanie kryteriami ich sensu ekonomicznego⁴⁸.

Microsoft. Platformy te oferują cyfrowe infrastruktury do różnego rodzaju działalności (handel, reklama) czy umożliwiają interakcje społeczne, jednak z naruszeniami praw do znaku towarowego czy przetwarzania danych osobowych konsumentów. Szerzej zob. np. A. Szmigielski, *Faworyzowanie własnych produktów lub usług przez dominujące platformy internetowe zintegrowane pionowo jako dyskryminacyjne nadużycie pozycji dominującej*, „Internetowy Kwartalnik Antymonopolowy i Regulacyjny” 2018, nr 8, s. 29-49; P. Sitarek, *Odpowiedzialność dominującego przedsiębiorcy...*, s. 41-48; K. Kohutek, *Rynki wyszukiwarek internetowych a zarzut nadużycia pozycji dominującej (na tle unijnej sprawy przeciwko Google)*, „Europejski Przegląd Sądowy” 2014, nr 10, s. 33-39; K. Sztobryn, *Naruszenie do znaku towarowego użytego przez reklamodawcę jako słowo kluczowe w wyszukiwarce internetowej – analiza w świetle orzecznictwa TS*, „Europejski Przegląd Sądowy” 2012, nr 9, s. 34-41. W UE podejmowane są również prace nad stworzeniem ram prawnych regulujących zasady funkcjonowania platform internetowych. Zob. komunikat Komisji do Parlamentu Europejskiego, Rady, Europejskiego Komitetu Ekonomiczno-Społecznego i Komitetu Regionów. Platformy internetowe i jednolity rynek cyfrowy. Szanse i wyzwania dla Europy {SWD(2016)172 final}, Bruksela 25.05.2016, COM(2016)288 final, <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PL/TXT/PDF/?uri=CELEX:52016DC0288&from=BG> [dostęp: 1.12.2018] oraz dokument towarzyszący temu komunikatowi – Annexes to COM(2016)288, Communication on Online Platforms and the Digital Single Market, Opportunities and Challenges for Europe, COM(2016)288), <https://www.eumonitor.eu/9353000/1/j9vvik7m1c3gyxp/vk4l7qztimy6> [dostęp: 1.12.2018].

⁴⁷ Zob. w tej sprawie Z. Baumann, *Postmodern Ethics*, Oxford-Cambridge 1993, s. 139.

⁴⁸ Z. Radwański, K. Mularski [w:] Z. Radwański (red.), *Prawo cywilne – część ogólna*, System Prawa Prywatnego, t. 2, Warszawa 2002, s. 36 i nast.; Z. Radwański, *Teoria umów*, Warszawa 1977, s. 46 i nast.; A. Jędrzejewska, *Koncepcja oświadczenia woli w prawie cywilnym*, Warszawa 1992, s. 174 i nast.; A. Doliwa, *O istocie i przyszłości umowy...*, s. 78 i nast.; J. Mazurkiewicz, *„Wszystko na sprzedaż!” Prawo umów wobec mizerni moralnej współczesnego Zachodu*, [w:] Z. Kuniewicz, D. Sokołowska (red.), *Prawo kontraktów*, Warszawa 2017, s. 302-

3.2. Ochrona zaufania jako kierunek interpretacji umowy

U aksjologicznych podstaw prawa zobowiązań leżą ochrona interesów jednostek dokonujących czynności prawnych (zawierających umowy), zasada bezpieczeństwa obrotu (autonomii woli) oraz zasada uczciwości i ochrony zaufania w obrocie prywatnoprawnym⁴⁹.

Obok współczesnych przemian społeczno-gospodarczych, masowości i elektronizacji obrotu prywatnoprawnego przemianom podlegają również stosunki społeczne (tzw. płynne społeczeństwo)⁵⁰, co powoduje wzrost ryzyk związanych z kontraktowaniem. Z kolei wraz ze wzrostem tych ryzyk maleje zaufanie podmiotów przy zawieraniu umów, które przy wymianie dóbr (korzyści) dają pozytywny efekt gospodarczy, wpływając na rozwój ekonomiczny państwa i konkurencyjność gospodarki narodowej⁵¹.

Rozwój gospodarki opartej na wiedzy, w tym gospodarki cyfrowej, uwzględniającej zwłaszcza szybkość i efektywność ekonomiczną zawieranych transakcji powoduje, że na gruncie teoretycznoprawnym ewolucji podlega spojrzenie na umowę, co dokonuje się poprzez jej obiektywizację. Aby zapewnić sprawiedliwość, uczciwość i równowagę kontraktową pomiędzy stronami umowy, w tym zwłaszcza ochronę słabszej strony, odpowiedzialność kontraktowa kształtowana jest przez odnoszenie się do praktycznie rozumianych usprawiedliwionych oczekiwań wierzyciela z chwili zawarcia umowy (ochrona zaufania w procesie zawierania umowy)⁵².

Według nowego spojrzenia odpowiedzialność kontraktową można ocenić – tak, jak do tej pory – na podstawie treści oświadczeń stron i ustawy. Przy tym w coraz większym zakresie bierze się pod uwagę usprawiedliwione oczekiwania wierzyciela (ochrona uzasadnionego zaufania) wynikające w szczególności

317; W. Dajczak, *Amerykańska zapowiedź „śmierci umowy”...*, s. 95 i nast.; W. Dajczak, *Europejska tradycja prawna...*, s. 94.

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

⁴⁹ R. Longchamps de Brier, *Zasady kodeksu zobowiązań*, „Ruch Prawniczy, Ekonomiczny i Socjologiczny” 1934, nr 1, s. 77 i nast.; A. Bierć, *Zarys...*, s. 104, 139; M. Wilejczyk, *Zagadnienia etyczne części ogólnej prawa cywilnego*, Warszawa 2014, s. 65 i nast.; B. Kaczorowska, *Znaczenie klauzul generalnych prawa prywatnego a algorytmizacja praktyki kontraktowej*, [w:] L. Lai, M. Świerczyński (red.), *Prawo sztucznej...*, s. 81 i nast.

⁵⁰ Z. Bauman, *Płynna nowoczesność...*, s. 6 i nast.

⁵¹ P. Machnikowski, *Prawne instrumenty...*, s. 19.

⁵² Tamże, s. 79 i nast.; W. Dajczak, *Amerykańska zapowiedź...*, s. 91 i nast.

z natury umowy, tj. jej ekonomicznego otoczenia⁵³. Uwzględnia się zatem społeczny (i gospodarczy) kontekst umowy, gdyż konstruowanie ogólnego pojęcia (teorii) umowy, wyizolowane z elastycznych i dynamicznych realiów społeczno- gospodarczych, spowodowałoby znaczne ograniczenie ochrony prawnej, w szczególności w kwestii oczekiwań nieobjętych oświadczeniami stron (dotychczas tzw. możliwa treść umowy)⁵⁴. Dlatego w zakresie środków ochrony wierzyciela w razie naruszenia zobowiązania odchodzi się od ochrony woli (oświadczeń woli) do zastąpienia dotychczasowego dbania o to, co zaplanowano w umowie (treści umowy) elastyczną formułą, nakazującą spełnić to, czego wierzyciel mógł w sposób usprawiedliwiony oczekiwać przy powstaniu zobowiązania⁵⁵. Chodzi więc o ochronę zaufania do oświadczeń i oczekiwań przez wierzyciela korzyści (czynność prawna nie jest odizolowana od kontekstu społecznego i uwzględnia ekonomiczną i intelektualną nierówność podmiotów). Oznacza to odejście od dualistycznej koncepcji oświadczenia woli na rzecz zobiektywizowanych jej wersji i uznania go za akt społecznej komunikacji, a nie realnie przeżywany akt woli. Za najodpowiedniejszą dla właściwej oceny charakteru prawnego oświadczeń woli składanych automatycznie, w tym w odniesieniu do umów adhezyjnych, uznać należy obiektywną koncepcję oświadczenia opartą na teorii zaufania czy uzasadnionych oczekiwaniach⁵⁶.

⁵³ W. Dajczak, *Europejska tradycja prawna...*, s. 95.

⁵⁴ W. Dajczak, *Amerykańska zapowiedź...*, s. 91 z odwołaniem się do I.R. Macneil, *The Relational Theory of Contracts*, [w:] D. Campbell (red.), *Selected Works of Ian Macneil*, London 2001, s. 4; W. Dajczak, *Europejska tradycja prawna...*, s. 79.

⁵⁵ Pod wpływem pragmatycznych rozwiązań amerykańskich w literaturze postuluje się, aby zamiast statycznego koncentrowania się na zobiektywizowanej treści oświadczeń stron brać pod uwagę elastyczne i dynamiczne określanie skutków prawnych transakcji wynikające z uwzględnienia jej realnego kontekstu. W. Dajczak, *Amerykańska zapowiedź...*, s. 92.

⁵⁶ Zob. W.J. Kocot, *Kontrakty kreatywne...*, s. 946 i nast.; J. Janowski, *Kontrakty elektroniczne w obrocie prawnym*, Warszawa 2008, s. 98, 140; W.J. Kocot, *Wpływ Internetu na prawo umów*, Warszawa 2004, s. 65, 91 i nast.; Z. Radwański [w:] Z. Radwański (red.), *Prawo cywilne...*, s. X – § 30, nb 72; H. Köhler, *BGB. Allgemeiner Teil*, Monachium 2003, s. 59, nb 8; W. Dajczak, *Amerykańska zapowiedź...*, s. 97, 99-100; P. Machnikowski, *Prawne instrumenty...*, s. 17 i nast.

Podejście takie znane jest od dawna w części prawa UE o charakterze *soft law* i w prawie angielskim, francuskim. Szerzej zob. W. J. Kocot, *Wpływ Internetu...*, s. 946 i nast.; J. Rajski, *Wykładnia kontraktów w świetle zasad europejskiego prawa kontraktów*, [w:] A. Całus, *Studia z prawa prywatnego gospodarczego. Księga pamiątkowa ku czci prof. Ireneusza Weissa*, Kraków 2003; M. Romanowski, *Ogólne reguły wykładni kontraktów w świetle zasad europejskiego prawa kontraktów a reguły wykładni umów w prawie polskim*, „Przegląd Prawa Handlowego” 2004, nr 8, s. 11-18; M. Romanowski, *Szczegółowe reguły wykładni kontraktów w świetle zasad europejskiego prawa kontraktów a reguły wykładni umów w prawie polskim*, „Przegląd Prawa Handlowego” 2004, nr 9, s. 12-18. Zagadnienie ochrony zaufania oczekiwanych

Jednocześnie należy zauważyć, że przyjęcie „społecznej konstrukcji czynności prawnej” w praktyce oznacza szerszą ingerencję ustawodawcy i jurysprudencji w treść czynności prawnych (umów)⁵⁷. Wiąże się to z uwzględnianiem przesłanki odpowiedzialności szerzej niż tylko pod kątem treści oświadczeń woli i w konsekwencji ochrony strony modelowo słabszej. Ochrona ta miałaby się dokonać na podstawie rekonstrukcji usprawiedliwionych oczekiwań wierzącego z czasu powstania zobowiązania w sytuacji występowania zróżnicowanej pozycji ekonomicznej stron umowy⁵⁸. Dlatego w czasach masowego obrotu, powszechnego konsumpcjonizmu, europeizacji (globalizacji), algorytmizacji zawieranych umów reguła równorzędności podmiotów staje się fikcją nie tylko w wymiarze ekonomicznym, lecz także jurydycznym. Aksjologicznie wydaje się więc uzasadnione coraz intensywniejsze wkraczanie metody władczej i właściwych jej imperatywnych przepisów (sankcji) na teren zachowań autonomicznych podmiotów prywatnych, aby chronić podmioty słabsze (ale uczciwe) przed dominacją strony silniejszej (ekonomicznie, intelektualnie)⁵⁹.

Ingerencja ustawodawcy (unijnego i krajowego) w tradycyjne regulacje prawa prywatnego polega na wprowadzaniu do niego norm o charakterze publicznoprawnym (przy zmniejszeniu zakresu autonomii podmiotów prywatnych). Ma na celu ochronę strony modelowo słabszej (konsumenta) oraz kontrolę praw i obowiązków dla zapewnienia względnej równości stron. Na gruncie prawa umów przejawia się to w postaci kontroli wzorców pod kątem zawierania tzw. klauzul abuzywnych⁶⁰.

przez odbiorcę (wierzyciela) korzyści znane jest w państwach skandynawskich w związku z funkcjonowaniem koncepcji państwa dobrobytu, która była efektem sprzeciwu wobec niekorzystnych zjawisk towarzyszących gospodarce wolnorynkowej w XIX i XX w. Etyczną podstawę koncepcji państwa dobrobytu stanowił ideał sprawiedliwości społecznej, w tym zasady sprawiedliwego podziału bogactwa i równości szans. Państwo stało się odpowiedzialne za zapewnienie ekonomicznego i społecznego dobrobytu obywateli. T. Przybyciński, *Etyczne i ekonomiczne aspekty państwa dobrobytu*, „Annales. Etyka w Życiu Gospodarczym” 2016, t. 19, nr 3, s. 27, 29. Prawo człowieka do szczęścia istniało już w filozofii starożytnej Grecji, (Arystoteles i eudajmonia – życiowy rozkwit). Zob. K. Cikała-Kaszowska, *Ponowoczesna koncepcja szczęścia*, „Logos i Ethos” 2016, nr 1 spec., s. 63-75.

⁵⁷ A. Bierć, *Zarys...*, s. 589.

⁵⁸ Tamże, s. 589.

⁵⁹ J. Mazurkiewicz, *„Wszystko na sprzedaż!”...*, s. 304 i nast.; Z. Radwański, *Prawo cywilne – część ogólna*, Warszawa 2007, s. 152.

⁶⁰ Dyrektywa Rady 93/13/EWG w sprawie nieuczciwych warunków w umowach konsumenckich, Dz. Urz. UE L 95 z 21.04.1993 r., s. 29. Zob. też M. Skory, *Klauzule abuzywne – zastosowanie przepisów Dyrektywy 93/13 w Polsce i wybranych krajach Unii Europejskiej (Niemcy, Anglia, Francja, Czechy, Słowacja, Węgry)*, Warszawa 2007.

Zachodzące transformacje przyczyniają się do usprawnienia i standaryzacji obrotu, lecz nierzadko z naruszeniem równorzędności podmiotów. Działając na rzecz ochrony bezpieczeństwa i ładu społecznego (dobra wspólnego, interesu ogółu), ogranicza się (zawęża) swobodę umów (autonomię prywatną). Autonomia prywatna w połączeniu z niewładczą metodą regulacji relacji w sferze partykularnych interesów podmiotów prywatnych tradycyjnie stanowiła podstawę tzw. samoregulacji swoich praw przez te podmioty w granicach dozwolonych przez ustawodawcę. Tym samym zmniejsza się sfera, w której regulatorem życia społecznego jest prawo prywatne⁶¹.

⁶¹ A. Doliwa, *O istocie i przyszłości umowy...*, s. 85; A. Bierć, *Zarys...*, s. 55, 69. Więcej na temat funkcji i zasad prawa prywatnego, w szczególności zasady autonomii woli. Szerzej zob. M. Korycka-Zirk, *Teorie zasad prawa a zasada proporcjonalności*, Warszawa 2012; G. Maroń, *Zasady prawa jako składnik kultury prawnej*, [w:] O. Nawrot, S. Sykuna, J. Zajadło (red.), *Konwergencja czy dywergencja kultur i systemów prawnych?*, Warszawa 2012, s. 223-232; G. Maroń, *Zasady prawa. Pojmowanie i typologie a rola w wykładni prawa i orzecznictwie konstytucyjnym*, Poznań 2011; S. Tkacz, *O zintegrowanej koncepcji zasad prawa w polskim prawoznawstwie (od dogmatyki do teorii)*, Toruń 2014; M. Wilejczyk, *Zagadnienia etyczne...*, dz.cyt.; M. Czepelak, *Autonomia woli w prawie prywatnym międzynarodowym UE*, Warszawa 2015; B. Gnela (red.), *Ustawowe ograniczenia swobody umów. Zagadnienia wybrane*, Warszawa 2010; A. Hanusz, *Zasada autonomii woli stron stosunków cywilnoprawnych w świetle prawa podatkowego*, „Państwo i Prawo” 1998, nr 12, s. 36-51; S. Mana-Walasek, *Korelacja autonomii jednostki z wolnością w świetle orzecznictwa ETPCz*, „Przegląd Prawniczy UW” 2016, nr 2, s. 461-478; B. Lewaszkiewicz-Petrykowska, *Autonomia woli stron a zakres odpowiedzialności ex contractu (kilka refleksji)*, [w:] A. Brzozowski, W. Kocot, K. Michałowski (red.), *W kierunku europeizacji prawa prywatnego. Księga pamiątkowa dedykowana profesorowi J. Rajskiemu*, Warszawa 2007, s. 75-85; P. Machnikowski, *Swoboda umów według art. 353¹ k.c. Konstrukcja prawna*, Warszawa 2005; P. Machnikowski, *Zasada swobody umów jako problem kodyfikacyjny*, [w:] M. Sawczuk (red.), *Czterdzieści lat kodeksu cywilnego. Materiały z Ogólnopolskiego Zjazdu Cywilistów w Rzeszowie (8–10 października 2004 r.)*, Kraków 2006, s. 211-234; M. Olechowski, *Porządek publiczny jako ograniczenie swobody umów*, „Państwo i Prawo” 1999, nr 4, s. 60-72; M. Pazdan, *Autonomia woli w prawie prywatnym międzynarodowym – aktualne tendencje*, [w:] M. Pazdan, W. Popiołek, E. Rott-Pietrzyk, M. Szpunar (red.), *Europeizacja prawa prywatnego*, t. 2, Warszawa 2008, s. 139-152; J. Podkowik, *Wolność umów i jej ograniczenia*, Warszawa 2015, s. 139-152; M. Safjan, *Effekt horyzontalny praw podstawowych w prawie prywatnym: autonomia woli a zasada równego traktowania*, „Kwartalnik Prawa Prywatnego” 2009, nr 2, s. 297-356; T. Sokołowski, *Swoboda intercyzy. Zakres małżeńskich umów ustrojów majątkowych*, Warszawa 2013; R. Świrgoń-Skok, *Swoboda dysponowania majątkiem na wypadek śmierci w ujęciu historycznym*, [w:] M. Pecyna, J. Pisuliński, M. Podrecka (red.), *Rozprawy cywilistyczne. Księga pamiątkowa dedykowana prof. E. Drozdowi*, Warszawa 2013, s. 527-538; M. Tarska, *Zakres swobody umów w spółkach handlowych*, Warszawa 2012; E. Traple, *Ochrona słabszej strony umowy a kontrola treści umowy ze względu na przekroczenie granic swobody umów i sposób zawarcia umowy*, „Kwartalnik Prawa Prywatnego” 1997, nr 2, s. 227-248; R. Trzaskowski, *Granice swobody kształtowania treści i celu umów obligacyjnych (art. 353¹ k.c.)*, Kraków 2005.

4. Kontrola wzorców umownych

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

Kształtowanie treści umowy (praw i obowiązków konsumenta) przez jedną, z reguły silniejszą ekonomicznie stronę (przedsiębiorcę) uważa się za sprzeczne z zasadami współżycia społecznego (normami moralnymi) i z usprawiedliwionymi oczekiwaniami wierzyciela⁶². Prowadzi to do nadmiernego uzależnienia jednej strony od drugiej lub wyłączenia ekwiwalentności świadczeń (w sposób sprzeczny z dobrymi obyczajami). Takie działanie zachodzi zwłaszcza w sytuacji, gdy postanowienia umowne nie były indywidualnie uzgadniane z konsumentem (brak negocjacji)⁶³.

Zapewnienie równouprawnienia stron umowy stanowi na gruncie prawa Unii Europejskiej istotny element polityki ochrony praw konsumenta, przewidujący szczególne regulacje w tym zakresie⁶⁴. Ekwiwalencja stron umowy ma się objawiać głównie w niedopuszczeniu do nakładania na konsumentów nadmiernych obciążeń lub w przyznaniu profesjonalście uprawnień stawiających go w wysoce uprzywilejowanej wobec konsumenta pozycji⁶⁵.

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

⁶² W. Czachórski, A. Brzozowski, M. Safjan, E. Skowrońska-Bocian, *Zobowiązania...*, s. 138-139. Silniejsza pozycja przedsiębiorcy wobec kontrahenta może polegać bądź to na lepszym rozpoznaniu sensu zawieranej umowy, jej konsekwencji prawnych i faktycznych (płaszczyzna intelektualna), bądź też na dominacji na rynku w danym zakresie obrotu prawnego. Skutkiem może być faktyczne pozbawienie kontrahenta potrzebnego mu dobra lub usługi, jeżeli nie zaakceptuje zaproponowanego wzorca (płaszczyzna ekonomiczna). Zob. A. Bierć, *Zarys...*, s. 615.

⁶³ Tamże.

⁶⁴ J. Moskała, *Eliminacja klauzul abuzywnych z polskiego obrotu gospodarczego*, „Glosa” 2006, nr 4, s. 59.

⁶⁵ Tamże.

współpraca oparta na wzajemnym zaufaniu, uwzględniająca etykę społeczną (kapitał społeczny) i uzasadnione oczekiwania⁶⁶.

Umowa (swoboda umów), jako wspólna czynność prawna stron służy realizacji zasady autonomii w obrocie prywatnoprawnym, pozostającej w ścisłym związku z zasadą bezpieczeństwa obrotu prawnego i z zasadą sprawiedliwości. W czasach współczesnych przemian w obrocie masowym z udziałem konsumentów powszechnie występuje zawieranie umów przez przystąpienie, a w rzeczywistości narzucanie drugiej stronie umowy jej warunków (treści) – w duchu zasady użyteczności⁶⁷. Zasada autonomii obecnie także podlega przemianom, które polegają na jej wspomaganiu, tj. na interwencji ustawodawcy i wprowadzaniu do prawa prywatnego regulacji o charakterze publicznoprawnym w celu skuteczniejszej ochrony modelowo słabszych uczestników obrotu prywatnoprawnego (konsumentów) przed dominacją strony silniejszej⁶⁸.

Wspomaganie zasady autonomii woli odbywa się z proporcjonalnym uwzględnieniem zasady bezpieczeństwa obrotu prawnego. Stanowi ona fundament współczesnych konstrukcji prawnych i jest ukierunkowana na ochronę uzasadnionego zaufania, tj. uczciwego i lojalnego postępowania w obrocie prywatnoprawnym, oraz na zakaz naruszania etycznych reguł w obrocie w celu ochrony równowagi rynkowej⁶⁹.

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

- 1) przyjęciu zasady *interpretatio contra oponentum* (art. 385 § 2 k.c.), tj. odstąpieniu od ogólnej reguły wykładni oświadczeń woli stron umowy (art. 65 § 2 k.c.);
- 2) określeniu konsekwencji wynikających z istnienia klauzul niedozwolonych (art. 385 § 1 k.c.) w oderwaniu od reguł przyjętych w art. 58 i art. 353 § 1 oraz art. 388 k.c.;

⁶⁶ Do sprawiedliwości jako słuszności o zabarwieniu moralnym (etycznym) odwołuje się także UE w prawie modelowym. Zob. M. Wilejczyk, *Zasady DCFR na tle polskiego prawa prywatnego*, „Państwo i Prawo” 2018, nr 1, s. 51-65.

⁶⁷ R. Trzaskowski, *Przesłanki i skutki...*, s. 195.

⁶⁸ Szerzej zob. M. Wilejczyk, *Zagadnienia etyczne...* dz.cyt.; J. Kaczor, *Zasada autonomii woli w świetle filozofii liberalnej*, „Ruch Prawniczy Ekonomiczny i Socjologiczny” 2001, nr 1-2, s. 1-25; M. Safjan [w:] Z. Radwański (red.), *Prawo cywilne...*, s. 389 i nast.

⁶⁹ Bez ingerencji ustawodawcy (reglamentacji prawnej) samoregulujący się w pełni rynek oparty wyłącznie na normach moralnych jest raczej ekonomiczną utopią. A. Bień, *Zarys...*, s. 91.

- 3) szerzej ujętej podstawie odstąpienia od umowy niż w obrocie powszechnym (w razie sprzedaży na odległość);
- 4) szerzej zakrojonej ochronie konsumenta w wypadku wad rzeczy sprzedanej (tzw. rękojmia konsumencka)⁷⁰.

4.2. W poszukiwaniu skutecznej i efektywnej kontroli wzorców umownych

Na gruncie prawa krajowego wzorce umów podlegają kontroli administracyjno-sądowej pod kątem przestrzegania zasady słuszności. W szczególności ustala się, czy nie jest nadużywana silniejsza pozycja profesjonalisty w stosunku do modelowo słabszej strony, tj. czy nie narzuca się konsumentom uciążliwych warunków, a zwłaszcza czy nie przerzuca się na nich całego ryzyka umowy⁷¹. Obowiązujące regulacje, inspirowane przez ustawodawcę unijnego, zostały podjęte w celu implementacji dyrektywy Rady 93/13/EWG w sprawie nieuczciwych warunków w umowach konsumenckich i miały na celu zapewnienie rzeczywistej równowagi kontraktowej w obrocie konsumenckim.

Kontrola wzorców umów w obrocie z udziałem konsumentów może być dwójakiego rodzaju. Może być prowadzona jako kontrola incydentalna (indywidualna) w razie sporu konsumenta z przedsiębiorcą. Polega wówczas na zbadaniu treści konkretnego stosunku prawnego przez sąd powszechny z punktu widzenia ochrony indywidualnych interesów konsumenta. Natomiast kontroli abstrakcyjnej w interesie publicznym dokonuje prezes Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów (UOKiK). Ma ona na celu wykazanie, że klauzula jako abuzywna godzi w równowagę kontraktową stron i powoduje niesprawiedliwą dysproporcję praw i obowiązków umownych na niekorzyść konsumentów. Na zakończenie postępowania w ramach kontroli abstrakcyjnej prezes UOKiK wydaje decyzję administracyjną. Odnosi ona skutek w stosunku do konkretnego przedsiębiorcy oraz konsumentów, którzy zawarli

⁷⁰ Tamże, s. 93; W. Popiołek [w:] K. Pietrzykowski (red.), *Kodeks cywilny...*, s. 1090 i nast.; zob. też komentarze do art. 385 § 1 k.c.: R. Trzaskowski [w:] J. Gudowski (red.), *Kodeks cywilny. Komentarz. Zobowiązania. Część ogólna*, t. 3, Warszawa 2018, LEX; A. Olejniczak [w:] A. Kidyba (red.), *Kodeks cywilny. Komentarz. Zobowiązania. Część ogólna*, t. 3, Warszawa 2014, LEX. Szerzej na temat zasady bezpieczeństwa obrotu prywatnoprawnego zob. B. Brożek, *Pewność prawa jako stabilność strukturalna*, „Forum Prawnicze” 2011, nr 6, s. 23-29; P. Machnikowski, *Prawne instrumenty ochrony zaufania...* dz. cyt.; J. Stelmach, *Czy interpretacja prawnicza może być gwarantem pewności prawa?*, „Forum Prawnicze” 2011, nr 6, s. 17-22.

⁷¹ W. Czachórski, A. Brzozowski, M. Safjan, E. Skowrońska-Bocian, *Zobowiązania...*, s. 167.

z tym przedsiębiorcą umowę z użyciem wzorca wskazanego w decyzji⁷². Kontrola abstrakcyjna ma szeroki zakres: obejmuje kontrolę możliwości zapoznania się przez konsumenta z treścią wzorca (inkorporacja wzorca), a także weryfikację postanowień zawartych we wzorcu umów pod kątem klauzul niedozwolonych (abuzywnych). Decyzja prezesa UOKiK, potwierdzona ewentualnym wyrokiem o uznaniu postanowienia wzorca za niedozwolony⁷³, „obala domniemanie nieabuzywności” tych postanowień (klauzul), a klauzule abuzywne, jako rażąco naruszające interesy konsumenta, nie wiążą z mocy prawa⁷⁴. Praktyka pokazuje, że obydwa rodzaje kontroli nie są efektywne⁷⁵. Na miejsce zakwestionowanych przez prezesa UOKiK i SOKiK klauzul pojawiają się nowe, łudząco podobne do uznanych za abuzywne⁷⁶.

⁷² Skutki wyroku działają na rzecz innych osób w indywidualnych sprawach z tym przedsiębiorcą. W razie sporu nie zachodzi konieczność, aby inne osoby musiały wszczynać na nowo postępowanie o uznanie za niedozwolone postanowienia wzorca umowy o tej samej treści normatywnej przeciw temu samemu przedsiębiorcy. Zob. uchwałę SN z 20 listopada 2015 r., III CZP 17/15, OSNC 2016, nr 4, poz. 40.

⁷³ Sądem odwoławczym w tego typu sprawach jest sąd okręgowy w Warszawie (Sąd Ochrony Konkurencji i Konsumentów), od którego wyroku możliwa jest apelacja do sądu apelacyjnego w Warszawie, zaś od wyroku tego sądu przysługuje skarga kasacyjna do Sądu Najwyższego.

⁷⁴ A. Bierć, *Zarys...*, s. 145. Szerzej zob. M. Bednarek, *Wzorce umów...*, s. 217 i nast.; M. Bednarek, P. Mikłaszewicz [w:] K. Osajda (red.), *Prawo zobowiązań – część ogólna*, System Prawa Prywatnego, t. 5, Warszawa 2018, Legalis, nb. 415.

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

⁷⁵ W doktrynie, lecz przy tym z odniesieniem do orzecznictwa TSUE, określa się kontrolę nieuczciwych warunków umów jako iluzoryczną i faktycznie bez efektu odstraszenia. Zob. P. Skorupa, *Nieważność czynności prawnej...*, s. 646 i nast.

⁷⁶ Są to np. postanowienia umów kredytowych dotyczące ubezpieczenia niskiego wkładu własnego, postanowienia umów turystycznych ograniczających prawo turysty do reklamacji usług określonych w umowie turystycznej, klauzule waloryzacyjne uprawniające banki do wyznaczania kursu waluty waloryzacji wedle swego uznania itd.

Wątpliwości budzi samo rozumienie sankcji abuzywności, a zwłaszcza jej wpływu na ważność reszty umowy, dopuszczalność modyfikacji czy reformatoryjnej zmiany klauzuli abuzywnej przez sąd na korzyść konsumenta. W literaturze podkreśla się, że istotne znaczenie ma tu zapobieganie nieważności przez uzupełnianie umowy konsumenckiej oraz w jakim trybie mogłoby to następować⁷⁷.

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

W toczących się na tym tle dyskusjach doktrynalnych wskazuje się na słuszność odejścia od tradycyjnej, sztywnej i dogmatycznej sankcji nieważności czynności prawnej z mocy prawa. Zamiast niej postuluje się stosować skuteczną, elastyczną i adekwatną do naruszenia sankcję wadliwych czynności prawnych. Mogłyby one stanowić podstawę współczesnego mechanizmu kontroli legalizmu w obrocie prywatnoprawnym, w tym w regulacjach prawnych ukierunkowanych na zapewnienie słuszności i niedyskryminacji, zwłaszcza skuteczniejszej ochrony słabszej strony umowy⁷⁸.

Na gruncie teoretycznoprawnym oznaczałoby to, że w przypadku niedozwolonych postanowień umownych ma się do czynienia z normą *sui generis*. Wtedy uznać należy rozwiązanie przewidziane w prawie konsumenckim za specyficzną sankcję właściwą tylko dla tego prawa, której istotą jest brak związania konsumenta przy jednoczesnym związaniu niedozwolonym postanowieniem przedsiębiorcy. Dalej idącym rozwiązaniem byłoby otwarcie kompetencji sędziowskiej do modyfikacji treści umowy konsumenckiej

⁷⁷ P. Skorupa, *Nieważność czynności prawnej...*, s. 642 i nast. Zob. też M. Bławat, K. Pasko, *O zakresie zachowania mocy wiążącej umowy po eliminacji klauzul abuzywnych*, „Transformacje Prawa Prywatnego” 2016, nr 3, s. 5-28; zob. też M. Romanowski, *Życie umowy konsumenckiej...*, s. 35 i nast.

⁷⁸ W tej sprawie zob. A. Bieć, *Towards normatively limited judicial sanction [structured discretion] as a proportional response to the defectiveness of legal action (contract) in modern legal transactions*, „Studia Prawnicze” [przyjęte do druku w 2019 r.] oraz szerzej M. Gutowski, *Nieważność czynności prawnej*, Warszawa 2017; P. Skorupa, *Nieważność czynności prawnej...*, dz.cyt.; R. Trzaskowski, *Skutki sprzeczności umów obligacyjnych z prawem. W poszukiwaniu sankcji skutecznych i proporcjonalnych*, Warszawa 2013.

(w ramach ograniczonej i uporządkowanej uznaniowości)⁷⁹. Nie wyklucza się przy tym sankcji bezskuteczności zawieszonej jako najbliższej realizacji celu „braku związania konsumenta”.

5. *Quo vadis umowo?*

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

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

W obliczu przemian prawa prywatnego, w tym prawa umów, słusznie zauważa się konieczność elastyczniejszego powiązania umowy (prawa umów) z jej ekonomicznym otoczeniem i usprawiedliwionymi oczekiwaniami stron poprzez odejście od tradycyjnej klasyfikacji umów w kierunku porządkowania transakcji w prawie przez posługiwanie się kryteriami ich sensu ekonomicznego i usprawiedliwionymi oczekiwaniami stron. Miałoby się to stać dzięki przesunięciu punktu ciężkości ze szczególnego prawa zobowiązań umownych na ogólne prawo zobowiązań umownych, gdyż to ogólne reguły (klausule) są instrumentami prawnymi gwarantującymi swobodę umów i pozwalającymi elastycznie wytyczać jej granice⁸⁰.

Skutkiem dostrzeżenia przewagi kontraktowej jednej strony umowy nad drugą (asymetria informacyjna i istotne różnice pozycji ekonomicznej) jest wprowadzenie do prawa prywatnego publicznoprawnych mechanizmów ochronnych mających zapewnić równowagę stron, tj. sprawiedliwość umowną. Pod względem aksjologicznym ochrona słabszej modelowo strony, jako realizacja podstawowych wartości i zasad prawa prywatnego, znajduje uzasadnienie i zasługuje na aprobatę. W praktyce jednak jest mało skuteczną i nieefektywną

⁷⁹ Szerzej zob. zwłaszcza A. Bierć, *Towards normatively limited judicial sanction...*, s. 7 i nast.; R. Trzaskowski, *Skutki sprzeczności umów obligacyjnych z prawem...*, s. 606 i nast.; J. Pisuliński, *Sankcja zamieszczenia w umowie...*, s. 103 i nast.; M. Łemkowski, *Materiałna ochrona konsumenta*, „Ruch Prawniczy, Ekonomiczny i Socjologiczny” 2002, nr 3, s. 67-96.

⁸⁰ W. Dajczak, *Europejska tradycja prawna...*, s. 94-95; B. Kaczorowska, *Znaczenie klauzul generalnych prawa...*, s. 81 i nast.

reakcją na praktykę obrotu, ograniczającą zasady prawa prywatnego (swoboda umów, równość stron), a dodatkowo powodującą jego publicyzację, co jest skutkiem wprowadzenia do prawa prywatnego rozwiązań władczych.

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

Bibliografia

Wykaz aktów prawnych

Dyrektywa Rady 93/13/EWG w sprawie nieuczciwych warunków w umowach konsumenckich, Dz. Urz. UE L 95 z 21.04.1993 r.

Orzecznictwo

Uchwała SN z 20 listopada 2015 r., III CZP 17/15, OSNC 2016, nr 4, poz. 40.

Dokumenty urzędowe

Komunikat Komisji do Parlamentu Europejskiego, Rady, Europejskiego Komitetu Ekonomiczno-Społecznego i Komitetu Regionów. Platformy internetowe i jednolity rynek cyfrowy. Szanse i wyzwania dla Europy {SWD(2016) 172 final}, Bruksela 25.05.2016, COM(2016)288 final, <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PL/TXT/PDF/?uri=CELEX:52016DC0288&from=BG> [dostęp: 1.12.2018].

Annexes to COM(2016)288, Communication on Online Platforms and the Digital Single Market, Opportunities and Challenges for Europe, COM(2016)288), <https://www.eumonitor.eu/9353000/1/j9vvik7mlc3gyxp/vk4l7qztimy6> [dostęp: 1.12.2018].

Publikacje naukowe

Atiyah P.S., *The Rise and Fall of Freedom of Contract*, Oxford 1979.

Barnett R.E., *Perspectives on Contract Law*, Boston 1995.

Bauman Z., *Płynna nowoczesność*, Kraków 2006.

Baumann Z., *Postmodern Ethics*, Oxford-Cambridge 1993.

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

Bieniek G. (red.), *Komentarz do Kodeksu Cywilnego. Księga trzecia. Zobowiązania*, t. 1, Warszawa 2001.

Bierć A., *Lobbing w prawodawstwie*, „Nauka” 2000, nr 4, s. 172-182.

Bierć A., *Prawo umów wobec konstytucyjnego zakazu dyskryminacji*, [w:] B. Bajor, P. Saganek (red.), *Wyzwania współczesnego prawa. Księga pamiątkowa dedykowana SSN Tadeuszowi Szymankowi*, Warszawa 2018, s. 129-159.

- Bierć A., *Racjonalna procedura prawodawcza jako podstawa dobrego prawa*, [w:] W. Czapliński (red.), *Prawo w XXI wieku. Księga pamiątkowa 50-lecia Instytutu Nauk Prawnych Polskiej Akademii Nauk*, Warszawa 2006, s. 85-105.
- Bierć A., *Zarys prawa prywatnego. Część ogólna*, Warszawa 2018.
- Bławat M., Pasko K., *O zakresie zachowania mocy wiążącej umowy po eliminacji klauzul abuzywnych*, „Transformacje Prawa Prywatnego” 2016, nr 3, s. 5-28.
- Brożek B., *Pewność prawa jako stabilność strukturalna*, „Forum Prawnicze” 2011, nr 6, s. 23-29.
- Chirelstein M.A., *Concepts and Case Analysis in the Law of Contracts*, Nowy Jork 1998.
- Cieplak J., Leefatt S., *Smart Contracts: A Smart Way to Automate Performance*, „Georgetown Law Technology Review” 2017, t. 1, nr 2, s. 417-427.
- Cikała-Kaszowska K., *Ponowoczesna koncepcja szczęścia*, „Logos i Ethos” 2016, nr 1 spec., s. 63-75.
- Cyrul W., Brożek B., *Globalny system prawa*, [w:] J. Stelmach (red.), *Studia z filozofii prawa*, t. 2, Kraków 2003, s. 93-109.
- Czachórski W., Brzozowski A., Safjan M., Skowrońska-Bocian E., *Zobowiązania. Zarys wykładu*, Warszawa 2004.
- Czepelak M., *Autonomia woli w prawie prywatnym międzynarodowym UE*, Warszawa 2015.
- Dajczak W., *Amerykańska zapowiedź „śmierci umowy” na tle tradycji romanistycznej*, [w:] F. Longchamps de Berier (red.), *Dekodyfikacja prawa prywatnego. Szkice do portretu*, Warszawa 2017, s. 88-102.
- Dajczak W., *Współczesne wyzwania prawa rzymskiego*, [w:] F. Longchamps de Berier (red.), *Dekodyfikacja prawa prywatnego. Szkice do portretu*, Warszawa 2017.
- Dajczak W., *Zobowiązania*, [w:] W. Dajczak, T. Giaro, F. Longchamps de Berier (red.), *Prawo rzymskie. U podstaw prawa prywatnego*, Warszawa 2018, s. 427-543.
- Doliwa A., *O istocie i przyszłości umowy na tle współczesnej praktyki obrotu i przepisów kodeksu cywilnego o zawarciu umowy*, [w:] Z. Kuniewicz, D. Sokołowska (red.), *Prawo kontraktów*, Warszawa 2017, LEX, s. 78-86.
- Florczak-Wątor M., *Horyzontalny wymiar praw konstytucyjnych*, Kraków 2014.
- Giaro T., *Historia i tradycja prawa rzymskiego*, [w:] W. Dajczak, T. Giaro, F. Longchamps de Berier (red.), *Prawo rzymskie. U podstaw prawa prywatnego*, Warszawa 2018, s. 31-116.

- Gneta B. (red.), *Ustawowe ograniczenia swobody umów. Zagadnienia wybrane*, Warszawa 2010.
- Grundmann S., Hacker P., *Digital Technology as a Challenge to European Contract Law: From the Existing to the Future Architecture*, „European Review of Contract Law” 2017, t. 13, nr 3, s. 255-293.
- Gudowski J. (red.), *Kodeks cywilny. Komentarz. Zobowiązania. Część ogólna*, t. 3, Warszawa 2018, LEX.
- Gutowski M., *Nieważność czynności prawnej*, Warszawa 2017.
- Habermas J., *Faktyczność i obowiązywanie. Teoria dyskursu wobec zagadnień prawa i demokratycznego państwa prawnego*, Warszawa 2005.
- Halberda J., *Podobieństwa między prawem rzymskim i angielskim na przykładzie reguł dotyczących postępowania i zobowiązań*, „Forum Prawnicze” 2012, nr 2, s. 48-58.
- Hanusz A., *Zasada autonomii woli stron stosunków cywilnoprawnych w świetle prawa podatkowego*, „Państwo i Prawo” 1998, nr 12, s. 36-51.
- Helios J., *Podział publiczne / prywatne w prawie Unii Europejskiej*, [w:] U. Kalina-Prasznica (red.), *Stare dogmaty – nowe wyzwania w prawie i ekonomii*, Warszawa 2013, s. 275-288.
- Hesselink M.W., *Europejskie prawo umów: kwestia ochrony konsumenta, obywatelstwa czy sprawiedliwości*, „Nowa Europa” 2008, nr 11(7), s. 220-258.
- Hesselink M.W., *The New European Legal Culture*, Deventer 2001.
- Hulicki M., Lustofin P., *Wykorzystanie koncepcji blockchain w realizacji zobowiązań umownych*, „Człowiek w Cyberprzestrzeni” 2017, nr 1, s. 28-53.
- Jagielska M., Kunkiel-Kryńska A., *Wybór prawa jako klauzula abuzywna w umowach konsumenckich zawieranych przez Internet*, „Internetowy Kwartalnik Antymonopolowy i Regulacyjny” 2016, nr 3(5), s. 29-38.
- Jagielska M., *Niedozwolone klauzule umowne*, [w:] E. Nowińska, P. Cybula (red.), *Europejskie prawo konsumenckie a prawo polskie*, Zakamycze 2005, s. 57-106.
- Janowski J., *Kontrakty elektroniczne w obrocie prawnym*, Warszawa 2008.
- Jędrzejewska A., *Koncepcja oświadczenia woli w prawie cywilnym*, Warszawa 1992.
- Kaczor J., *Zasada autonomii woli w świetle filozofii liberalnej*, „Ruch Prawniczy Ekonomiczny i Socjologiczny” 2001, nr 1-2, s. 1-25.

- Kaczorowska B., *Znaczenie klauzul generalnych prawa prywatnego a algorytmizacja praktyki kontraktowej*, [w:] L. Lai, M. Świerczyński (red.), *Prawo sztucznej inteligencji*, Warszawa 2018, s. 81-93.
- Kidyba A. (red.), *Kodeks cywilny. Komentarz. Zobowiązania. Część ogólna*, t. 3, Warszawa 2014, LEX.
- Kocot W.J., *Kontrakty kreatywne – nowy rozdział w cyberewolucji prawa umów*, [w:] P. Kostański, P. Podrecki, T. Targosz (red.), *Experientia docet. Księga jubileuszowa ofiarowana pani profesor Elżbiecie Traple*, Warszawa 2017, s. 946-962.
- Kocot W.J., *Wpływ Internetu na prawo umów*, Warszawa 2004.
- Köhler H., *BGB. Allgemeiner Teil*, Monachium 2003.
- Kohutek K., *Rynki wyszukiwarek internetowych a zarzut nadużycia pozycji dominującej (na tle unijnej sprawy przeciwko Google)*, „Europejski Przegląd Sądowy” 2014, nr 10, s. 33-39.
- Korycka-Zirk M., *Teorie zasad prawa a zasada proporcjonalności*, Warszawa 2012.
- Księga pierwsza Kodeksu cywilnego. Projekt z uzasadnieniem. Komisja Kodyfikacyjna Prawa Cywilnego*, Warszawa 2008.
- Kunkiel-Kryńska A., *Metody harmonizacji prawa konsumenckiego w Unii Europejskiej i ich wpływ na procesy implementacyjne w państwach członkowskich*, Warszawa 2013.
- Lewaszkiewicz-Petrykowska B., *Autonomia woli stron a zakres odpowiedzialności ex contractu (kilka refleksji)*, [w:] A. Brzozowski, W. Kocot, K. Michałowski (red.), *W kierunku europeizacji prawa prywatnego. Księga pamiątkowa dedykowana profesorowi J. Rajskiemu*, Warszawa 2007, s. 75-85.
- Longchamps de Bérrier F., *Myślenie dekodyfikacyjne a zjawisko dekodyfikacji*, [w:] F. Longchamps de Bérrier (red.), *Dekodyfikacja prawa prywatnego. Szkice do portretu*, Warszawa 2017, s. 269-293.
- Longchamps de Bérrier F., *Stalość a zmienność szczegółowych regulacji prawa spadkowego Niepodległej*, „Forum Prawnicze” 2018, nr 2, s. 3-24.
- Longchamps de Bérrier F., *The Nature of the Contract of Civilian Jurists*, Poznań 2012.
- Longchamps de Bérrier R., *Zasady kodeksu zobowiązań*, „Ruch Prawniczy, Ekonomiczny i Socjologiczny” 1934, nr 2, s. 77-93.
- Longchamps de Bérrier F., Parise A., Vliet van L., *Preface*, [w:] A. Parise, L. van Vliet (red.), *Re-De-Co-dification? New Insights on the Codification of Private Law*, Haga 2018.

- Łemkowski M., *Materialna ochrona konsumenta*, „Ruch Prawniczy, Ekonomiczny i Socjologiczny” 2002, nr 3, s. 67-96.
- Łętowska E., *Europejskie prawo umów konsumenckich*, Warszawa 2004.
- Łętowska E., *Nieuczciwe klauzule w prawie umów konsumenckich*, Warszawa 2004.
- Łętowska E., *Podstawy prawa cywilnego*, Warszawa 1993.
- Łętowska E., Pawłowski K., *O operze i o prawie*, Warszawa 2014.
- Łętowska E. (red.), *Prawo zobowiązań – część ogólna*, System Prawa Prywatnego, t. 5, Warszawa 2006.
- Machnikowski P. (red.), *Kodeks cywilny. Księga pierwsza. Część ogólna. Projekt Komisji Kodyfikacyjnej Prawa Cywilnego przyjęty w 2015 r. z objaśnieniami*, Warszawa 2017.
- Machnikowski P., *Prawne instrumenty ochrony zaufania przy zawieraniu umowy*, Warszawa 2010.
- Machnikowski P., *Prawo zobowiązań w 2025 roku. Nowe technologie, nowe wyzwania*, [w:] A. Olejniczak, J. Haberko, A. Pyrzyńska, D. Sokołowska (red.), *Współczesne problemy prawa zobowiązań*, Warszawa 2015, s. 379-395.
- Machnikowski P., *Swoboda umów według art. 353¹ k.c. Konstrukcja prawna*, Warszawa 2005.
- Machnikowski P., *Zasada swobody umów jako problem kodyfikacyjny*, [w:] M. Sawczuk (red.), *Czterdzieści lat kodeksu cywilnego. Materiały z Ogólnopolskiego Zjazdu Cywilistów w Rzeszowie (8–10 października 2004 r.)*, Kraków 2006.
- Macneil I.R., *The Relational Theory of Contracts*, [w:] D. Campbell (red.), *Selected Works of Ian Macneil*, London 2001.
- Maliszewska-Nienartowicz J., *Ewolucja ochrony konsumenta w europejskim prawie wspólnotowym*, Toruń 2004.
- Małobęcka I., *Prawna ochrona konsumenta w sieci na przykładzie zagadnienia darmowych usług platform internetowych*, „Internetowy Kwartalnik Antymonopolowy i Regulacyjny” 2017, nr 3, s. 32-47.
- Mana-Walasek S., *Korelacja autonomii jednostki z wolnością w świetle orzecznictwa ETPCz*, „Przegląd Prawniczy UW” 2016, nr 2, s. 461-478.
- Mańko R., *Idee polityczne i prawne a kultura unijnego prawa prywatnego – przyczynek do dalszych badań*, „Miscellanea Historico-Iuridica” 2017, t. XVI, nr 2, s. 69-95.

- Maroń G., *Zasady prawa jako składnik kultury prawnej*, [w:] O. Nawrot, S. Sykuna, J. Zajadło (red.), *Konwergencja czy dywergencja kultur i systemów prawnych?*, Warszawa 2012, s. 223-232.
- Maroń G., *Zasady prawa. Pojmowanie i typologie a rola w wykładni prawa i orzecznictwie konstytucyjnym*, Poznań 2011.
- Mazurkiewicz J., „Wszystko na sprzedaż!” *Prawo umów wobec mizerności moralnej współczesnego Zachodu*, [w:] Z. Kuniewicz, D. Sokołowska (red.), *Prawo kontraktów*, Warszawa 2017, s. 302-317.
- Moskała J., *Eliminacja klauzul abuzywnych z polskiego obrotu gospodarczego*, „Glosa” 2008, nr 4, s. 65-67.
- Nowacki J., *Prawo publiczne – prawo prywatne*, Katowice 1992.
- Olechowski M., *Porządek publiczny jako ograniczenie swobody umów*, „Państwo i Prawo” 1999, nr 4, s. 60-72.
- Pazdan M., *Autonomia woli w prawie prywatnym międzynarodowym – aktualne tendencje*, [w:] M. Pazdan, W. Popiołek, E. Rott-Pietrzyk, M. Szpunar (red.), *Europeizacja prawa prywatnego*, t. 2, Warszawa 2008, s. 139-152.
- Pecyna M., *Platformy internetowe – nowy kierunek prawa umów*, [w:] Z. Kuniewicz, D. Sokołowska (red.), *Prawo kontraktów*, Warszawa 2017, s. 345-355.
- Pietrzykowski K. (red.), *Kodeks cywilny. T. 1 Komentarz do art. 1-449¹¹*, Warszawa 2008.
- Podkowik J., *Problem horyzontalnego działania praw jednostki w orzecznictwie sądów w sprawach cywilnych*, [w:] M. Florczak-Wątor (red.), *Sądy i trybunały wobec problemu horyzontalnego działania praw jednostki*, Kraków 2015, s. 91-113.
- Podkowik J., *Wolność umów i jej ograniczenia*, Warszawa 2015.
- Przybyciński T., *Etyczne i ekonomiczne aspekty państwa dobrobytu*, „Annales. Etyka w Życiu Gospodarczym” 2016, t. 19, nr 3, s. 27-34.
- Radwański Z. (red.), *Prawo cywilne – część ogólna*, System Prawa Prywatnego, t. 1, Warszawa 2012.
- Radwański Z., *Prawo cywilne – część ogólna*, Warszawa 2007.
- Radwański Z., *Teoria umów*, Warszawa 1977.
- Radwański Z., Olejniczak A., *Zobowiązania – część ogólna*, Warszawa 2005.
- Rajski J., *Wykłady kontraktów w świetle zasad europejskiego prawa kontraktów*, [w:] A. Całus, *Studia z prawa prywatnego gospodarczego. Księga pamiątkowa ku czci prof. Ireneusza Weissa*, Kraków 2003, s. 259-266.

- Romanowski M., *Ogólne reguły wykładni kontraktów w świetle zasad europejskiego prawa kontraktów a reguły wykładni umów w prawie polskim*, „Przegląd Prawa Handlowego” 2004, nr 8, s. 11-18.
- Romanowski M., *Szczegółowe reguły wykładni kontraktów w świetle zasad europejskiego prawa kontraktów a reguły wykładni umów w prawie polskim*, „Przegląd Prawa Handlowego” 2004, nr 9, s. 12-18.
- Safjan M., *Efekt horyzontalny praw podstawowych w prawie prywatnym: autonomia woli a zasada równego traktowania*, „Kwartalnik Prawa Prywatnego” 2009, nr 2, s. 297-356.
- Safjan M., *Europeizacja prawa prywatnego – ewolucja czy rewolucja? Perspektywa orzecznicza*, [w:] J. Gudowski, K. Weitz (red.), *Aureapraxis, aureatheoria. Księga jubileuszowa profesora T. Erecińskiego*, t. 2, Warszawa 2011, s. 2513-2534.
- Safjan M., *Prawa Polska*, Warszawa 2005.
- Safjan M. (red.), *Prawo cywilne – część ogólna*, System Prawa Prywatnego, t. 1, Warszawa 2012.
- Savelyev A., *Contract Law 2.0: ‘Smart’ Contracts as the Beginning of the End of Classic Contract Law*, „Information & Communications Technology Law” 2017, t. 26, nr 2, s. 1-19.
- Scott R.E., Kraus J.S., *Contract Law and Theory*, „New Providence” 2002.
- Sitarek P., *Odpowiedzialność dominującego przedsiębiorcy na rynku nowych technologii – uwagi na tle wyroku SPI z 17.09.2007 r. w sprawie T-201/04 Microsoft Corp. v. Komisji WE*, „Europejski Przegląd Sądowy” 2010, nr 2, s. 41-48.
- Skory M., *Klauzule abuzywne – zastosowanie przepisów Dyrektywy 93/13 w Polsce i wybranych krajach Unii Europejskiej (Niemcy, Anglia, Francja, Czechy, Słowacja, Węgry)*, Warszawa 2007.
- Skwara B., *Drittwirkung jako przejaw publicyzacji prawa prywatnego*, [w:] R.M. Czarny, K. Spryszak (red.), *Państwo i prawo wobec współczesnych wyzwań. Księga jubileuszowa Profesora Jerzego Jaskierni*, Toruń 2012, s. 230-245.
- Skwara B., *Publicyzacja prawa prywatnego na tle niemieckiego orzecznictwa konstytucyjnego poświęconego mocy obowiązującej praw człowieka*, [w:] M. Paździor, B. Szmulik (red.), *Ewolucja demokracji przedstawicielskiej w krajach Europy Środkowej i Wschodniej*, Lublin 2013, s. 339-356.
- Sokołowski T., *Swoboda intercyzy. Zakres małżeńskich umów ustrojów majątkowych*, Warszawa 2013.

- Stelmach J., *Czy interpretacja prawnicza może być gwarantem pewności prawa?*, „Forum Prawnicze” 2011, nr 6, s. 17-22.
- Susskind R., *Koniec świata prawników? Współczesny charakter usług prawniczych*, Warszawa 2010.
- Szczepaniak R., *Granice cywilnoprawnej metody regulacji – glosa do wyroku TK z 27.05.2014 r., P51/13*, „Państwo i Prawo” 2015, nr 12, s. 130-135.
- Szczerbowski J.J., *Lex cryptography. Znaczenie prawne umów i jednostek rozliczeniowych opartych na technologii blockchain*, Warszawa 2018.
- Szkuta M., *Inkorporacja wzorców umownych w postaci elektronicznej*, „Wrocławskie Studia Sądowe” 2014, nr 3, s. 74-87.
- Szmigielski A., *Faworyzowanie własnych produktów lub usług przez dominującą platformy internetowe zintegrowane pionowo jako dyskryminacyjne nadużycie pozycji dominującej*, „Internetowy Kwartalnik Antymonopolowy i Regulacyjny” 2018, nr 8, s. 29-49.
- Szostek D., *Blockchain a prawo*, Warszawa 2018.
- Sztobryn K., *Naruszenie do znaku towarowego użytego przez reklamodawcę jako słowo kluczowe w wyszukiwarce internetowej – analiza w świetle orzecznictwa TS*, „Europejski Przegląd Sądowy” 2012, nr 9, s. 34-41.
- Sztompka P., *Trust. Sociological Theory*, Cambridge 1999.
- Sztompka P., *Zaufanie. Fundament społeczeństwa*, Kraków 2007.
- Święcicka P., *Kodeks zdemitologizowany – metafora, w której ciągle żyjemy*, [w:] F. Longchamps de Berier (red.), *Dekodifikacja prawa prywatnego. Szkice do portretu*, Warszawa 2017, s. 38-84.
- Świrgoń-Skok R., *Swoboda dysponowania majątkiem na wypadek śmierci w ujęciu historycznym*, [w:] M. Pecyna, J. Pisuliński, M. Podrecka (red.), *Rozprawy cywilistyczne. Księga pamiątkowa dedykowana prof. E. Drozdowi*, Warszawa 2013.
- Tarska M., *Zakres swobody umów w spółkach handlowych*, Warszawa 2012.
- Tkacz S., *O zintegrowanej koncepcji zasad prawa w polskim prawoznawstwie (od dogmatyki do teorii)*, Toruń 2014.
- Traple E., *Ochrona słabszej strony umowy a kontrola treści umowy ze względu na przekroczenie granic swobody umów i sposób zawarcia umowy*, „Kwartalnik Prawa Prywatnego” 1997, nr 2, s. 227-248.
- Trzaskowski R., *Granice swobody kształtowania treści i celu umów obligacyjnych (art. 353¹ k.c.)*, Kraków 2005.
- Trzaskowski R., *Przesłanki i skutki uznania postanowień wzorca umowy za niedozwolone (art. 479³⁶ – 479⁴⁵ k.p.c.)*, „Prawo w Działaniu” 2008, nr 6, s. 195-251.

- Trzaskowski R., *Skutki sprzeczności umów obligacyjnych z prawem. W poszukiwaniu sankcji skutecznych i proporcjonalnych*, Warszawa 2013.
- Wilejczyk M., *Zagadnienia etyczne części ogólnej prawa cywilnego*, Warszawa 2014.
- Wilejczyk M., *Zasady DCFR na tle polskiego prawa prywatnego*, „Państwo i Prawo” 2018, nr 1, s. 51-65.
- Wojtaszek-Mik E., *Charakter prawny wzorów formularzy informacyjnych w obrocie konsumenckim*, „Przegląd Prawa Handlowego” 2018, nr 8, s. 12-24.
- Zeidler K., *Prawo publiczne a prawo prywatne w relacji sporu pomiędzy liberalizmem a komunitaryzmem*, „Prawo i Wiąż” 2014, nr 1, s. 51-55.
- Ziętek M., *Europejskie prawo konsumenckie jako wyraz technokratycznej koncepcji prawa umów*, [w:] M. Jagielska, E. Rott-Pietrzyk, A. Wiewiórowska-Domagalska (red.), *Kierunki rozwoju europejskiego prawa prywatnego. Wpływ europejskiego prawa konsumenckiego na prawo krajowe*, Warszawa 2012, s. 267-273.
- Żejmo M., *Istota przemian industrialnych w XIX wieku*, „Studia Gdańskie. Wzję i rzeczywistość” 2015, t. XII, s. 169-178.
- Żurawik A., *Problem publicyzacji prawa prywatnego w kontekście ustrojowym*, „Państwo i Prawo” 2010, nr 5, s. 32-41.

Netografia

- Cordero-Moss G. i in., *Anglo-American Contract Models and Norwegian or other Civil Law Governing Law (completed)*, <http://www.jus.uio.no/ifp/english/research/projects/anglo> [dostęp: 24.09.2012].
- Żydkowicz P., *Przewodnik po smartkontraktach. Czym jest smart contract?*, <https://cyfrowaekonomia.pl/przewodnik-po-smartkontraktach-czym-jest-smart-contract/> [dostęp: 22.04.2018].



Dr hab. Monika Tarska, prof. INP PAN
ORCID: 0000-0002-1693-9405
Instytut Nauk Prawnych PAN
m.tarska@inp.pan.pl

Umowy między małżonkami dotyczące praw udziałowych w spółkach kapitałowych

Agreements between spouses on share rights in capital companies

Abstrakt

Zagadnienia statusu prawnego osób pozostających w związku małżeńskim i objętych wspólnością majątkową małżeńską jako uczestników spółek handlowych, zwłaszcza kapitałowych, wywołują w praktyce obrotu prawnego wiele kontrowersji. Zarówno kodeks spółek handlowych jak i przepisy kodeksu rodzinnego i opiekuńczego regulujące reżimy majątkowe małżeńskie nie zawierają szczególnego unormowania skutków prawnych nabycia (objęcia) praw udziałowych w spółkach przez małżonków, lub przez jednego z nich, a zwłaszcza przynależności tych praw do określonego majątku małżonków – wspólnego bądź osobistego. Wobec tych osób stosowane są mają więc zastosowanie ogólne przepisy k.s.h. o obejmowaniu / nabywaniu praw wspólnika spółki (praw udziałowych). Obowiązuje również ogólna zasada ustawowego małżeńskiego reżimu majątkowego wyrażona w art. 31 § 1 k.r.o. Omawiane w artykule zagadnienie ujawnia szerszy problem, powstający na styku prawa rodzinnego oraz prawa spółek, polegający na ustaleniu relacji prawnej między umowami majątkowymi małżeńskimi a umową spółki (czy szerzej: relacji przepisów prawa spółek handlowych do prawa rodzinnego), a w konsekwencji wpływu i skuteczności postanowień intercyzy – umowy między osobami,

z których jedna ma status osoby trzeciej wobec spółki – na skład osobowy spółki: organizacji prywatnoprawnej, której ustrój współkształtowany jest postanowieniami umowy spółki.

Słowa kluczowe: małżeńskie ustroje majątkowe, wspólność małżeńska, udziały, wspólnicy, spółka kapitałowa, kodeks rodzinny i opiekuńczy, kodeks spółek handlowych, intercyza

Abstract

The issues of the legal status of married persons and co-members of marital property as participants in commercial companies, especially capital companies, cause a lot of controversy in the practice of legal transactions. Both the Commercial Companies Code and the provisions of the Family and Guardianship Code regulating matrimonial property regimes do not contain any specific provisions for the legal effects of the acquisition (taking up) of participation rights in companies by spouses or by one of them, and especially the belonging of these rights to specific property of the spouses – joint or personal. Therefore, the general provisions of the Code of Commercial Companies and Partnerships apply to these persons. on taking or acquiring the rights of a partner of the company (share rights). The general rule of the statutory matrimonial property regime, expressed in Art. 31 § 1 Family and Guardianship Code. The issue discussed in the article reveals a wider problem arising at the interface between family law and company law, consisting in establishing the legal relationship between a marriage contract and the partnership agreement (or more broadly: the relationship between the provisions of commercial companies law and family law), and consequently the impact and effectiveness of – contracts between persons, one of which has the status of a third party to the company – for the personal composition of the company: a private-law organization whose structure is co-shaped by the provisions of the company's articles of association.

Keywords: matrimonial property regimes, spouse's joint property, shares, company's partners, capital company, family and guardianship code, commercial companies code, marriage contract

1. Wprowadzenie

Uwarunkowania kulturowo-historyczne mają duży wpływ na kształt przyjmowanych rozwiązań jurydycznych. Z tego powodu ani w Kodeksie handlowym z 1934 r., ani też w Kodeksie spółek handlowych z 2000 r., nie uregulowano kwestii wspólności majątkowej małżonków w zakresie praw uczestnictwa (tj. praw wspólników, praw udziałowych i akcji) w spółkach handlowych. Zamieszczono tam jedynie regulację dotyczącą dziedziczenia tych praw majątkowych oraz istoty unormowania ewentualnego umownego wyłączenia dziedziczenia praw w spółkach handlowych przez spadkobierców wspólników. W przeważającym zakresie zagadnienia ewentualnej wspólności majątkowej małżonków mogły mieć w praktyce znaczenie jedynie dla małżonek wspólników, a więc – w ówczesnych czasach, w których kobiety miały niewątpliwie znacznie gorszą pozycję społeczną – dla tej „mniej ważnej” części społeczeństwa. Nie jest też przypadkiem, że gdy w końcu podjęto jakąś (zupełnie nieudaną) próbę unormowania wspomnianych zagadnień¹, polegała ona na usiłowaniu, niezgodnym przy tym z art. 64 Konstytucji RP – pozbawieniu współmałżonków wspólników (w praktyce – małżonek wspólników) jakichkolwiek uprawnień wspólniczych (udziałowych) w spółkach z o.o. i spółkach akcyjnych².

2. Problem statusu prawnego wspólników-małżonków w spółce kapitałowej

Zagadnienia statusu prawnego osób pozostających w związku małżeńskim i objętych wspólnością majątkową małżeńską³ jako uczestników spółek han-

¹ Chodzi o przepisy art. 183¹ oraz art. 332¹ k.s.h., dodane na mocy nowelizacji z 12 grudnia 2003 r., Dz.U. 2003 Nr 229, poz. 2276 ze zm.; ustawa z dnia 15 września 2000 r. – Kodeks spółek handlowych, t.j. Dz.U. 2017, poz. 1577.

² Na ten temat zob. zwłaszcza A. Szajkowski, *Wyłączenie wstąpienia do spółki z o.o. współmałżonka wspólnika (uwagi na tle nowelizacji k.s.h.)*, [w:] J. Barta (red.), *Księga Pamiątkowa ku czci Profesora Janusza Szwejki. Prace z Wynalazczości i Ochrony Własności Intelktualnej*, Kraków 2004, s. 291; M. Nazar, *Komercjalizacja majątkowych stosunków małżeńskich w spółkach kapitałowych*, [w:] A. Kidyba, R. Skubisz (red.), *Współczesne problemy prawa handlowego. Księga jubileuszowa dedykowana prof. dr hab. Marii Poźniak-Niedzielskiej*, Kraków 2007, s. 201 i nast.

³ Sygnalizowane tu problemy nie pojawiają się w razie ustanowienia między małżonkami – w drodze umowy lub orzeczenia sądowego – rozdzielności majątkowej, a także, gdy wkłady pochodzą z majątku osobistego małżonka, który przystąpił do spółki handlowej. Podobnie jest w sytuacji, gdy wyłącznym przedmiotem wkładu do spółki osobowej ma

dłowych⁴, zwłaszcza kapitałowych (spółki z o.o. i spółki akcyjnej), wywołują w praktyce obrotu prawnego wiele kontrowersji. Kodeks spółek handlowych nie przewiduje we wspomnianym zakresie żadnej szczególnej regulacji mającej *ex lege* zastosowanie w odniesieniu do tego rodzaju współników (współwspólników)⁵. Także przepisy Kodeksu rodzinnego i opiekuńczego⁶ regulujące reżimy majątkowe małżeńskie nie zawierają szczególnego unormowania skutków prawnych nabycia (objęcia)⁷ praw udziałowych w spółkach przez małżonków, lub przez jednego z nich, a zwłaszcza przynależności tych praw do określonego majątku małżonków – wspólnego bądź osobistego. Wobec tych osób stosowane są mają więc zastosowanie ogólne przepisy k.s.h. o obejmowaniu / nabywaniu praw współnika spółki (praw udziałowych). Obowiązuje również ogólna zasada ustawowego małżeńskiego reżimu majątkowego wyrażona w art. 31 § 1 k.r.o. – unormowanie, iż przedmioty majątkowe nabyte w czasie trwania wspólności majątkowej przez oboje małżonków lub przez jednego z nich, wchodzi do ich majątku wspólnego, z wyjątkiem przedmiotów wskazanych *expressis verbis* w art. 33 k.r.o., które należą do ich majątków osobistych.

Nie znaczy to jednak, iż przepis art. 31 § 1 k.r.o., automatycznie przesądza o każdorazowym wejściu do majątku wspólnego małżonków praw współników spółek handlowych (osobowych lub kapitałowych) objętych przez jednego z tych współmałżonków. O kwestiach tych decyduje bowiem również – i to w sposób zasadniczy – podstawowy akt prawny regulujący tworzenie tych prywatno-prawnych organizacji, czyli Kodeks spółek handlowych. Kodeks ten wyraźnie określa, kiedy i na jakich zasadach dochodzi do nabycia praw wspólniczych członków (uczestników) spółek handlowych, w tym spółek kapitałowych. Z całą pewnością praw tych nie można nabyć „automatycznie”.

być praca lub usługi, które małżonek-wspólnik zobowiązuje się świadczyć na rzecz spółki, niezależnie od rodzaju wiążącego małżonków ustroju majątkowego.

⁴ Zob. np. M. Nazar, *Komercjalizacja majątkowych stosunków małżeńskich w spółkach kapitałowych*, [w:] A. Kidyba, R. Skubisz (red.), *Współczesne problemy...*, s. 201 i nast.

⁵ Wprowadzone do spółek kapitałowych wspomnianą nowelizacją z 12 grudnia 2003 r. przepisy art. 183¹ oraz art. 332¹ k.s.h., które miały uporządkować kwestie przynależności udziałów i akcji do poszczególnych majątków małżonków, spowodowały jedynie sporo zamieszania.

⁶ Zob. art. 31–54 ustawy z dnia 25 lutego 1964 r. – Kodeks rodzinny i opiekuńczy, Dz.U. 2017, poz. 682.

⁷ W dalszej części opracowania termin nabycie będzie używany na określenie zarówno czynności pierwotnego nabycia udziałów, tj. ich objęcia przy tworzeniu spółki oraz przy podwyższeniu kapitału zakładowego, jak też czynności translatywnego nabycia udziałów na podstawie umowy sprzedaży, zamiany, darowizny etc. od dotychczasowego współnika.

Jest oczywiste, że nie można przyjąć także jakiejś ogólnej reguły, że podmioty prawa cywilnego (a każdemu ze współmałżonków przysługuje pełnoprawny status podmiotu prawa cywilnego) mogą zostać członkami prywatno-prawnej organizacji (a w konsekwencji podlegać też określonym obowiązkom) bez podjęcia przez nie w tym względzie w pełni świadomego aktu woli, a także złożenia w tym zakresie stosownego oświadczenia.

Pomijając na tym etapie rozważań kwestie skutków prawnych nabycia przez jednego z małżonków praw udziałowych w spółce „w zamian za składniki majątku osobistego” (art. 33 pkt 10 k.r.o.) ogólnie można uznać, że prawa związane z uczestnictwem w spółce – nie chodzi tu wszakże o prawa udziałowe *sensu stricto* – nabyte w czasie trwania wspólności majątkowej przez oboje małżonków lub przez jednego z nich należą do ich majątku wspólnego. Bardzo istotne jest jednak podkreślenie, że nie zawsze są to prawa wspólnicze (udziałowe). Wspólnikiem (uczestnikiem) jest bowiem tylko ten współmałżonek, który złożył wymagane przez prawo oświadczenie woli co do uczestnictwa w spółce. Natomiast w pewnych sytuacjach prawa wspólnicze przysługują wspólnie obojgu małżonkom – wtedy mianowicie, gdy wspólnie objęły je jako współwspólnicy (współuczestnicy spółki). W odniesieniu do praw tych osób w spółkach kapitałowych sytuacje te regulują przepisy art. 184 i 333 k.s.h.

Trzeba jednak podkreślić, że mechaniczne stosowanie ogólnej reguły z art. 31 § 1 k.r.o. do wszelkich sytuacji nabycia praw udziałowych w spółce przez jednego z małżonków, a w konsekwencji uznanie, iż prawa te przysługują w pełni i w taki sam sposób obojgu małżonkom, oraz, że każdy z nich samodzielnie własną pozycję prawną uczestnika spółki⁸ nie uwzględnia specyfiki tworzenia organizacji o charakterze korporacyjnym, których członkami są osoby akceptowane jako wspólnicy przez pozostałych uczestników spółki⁹, a także stoi w sprzeczności z podstawowymi zasadami, na jakich oparte jest prawo spółek handlowych, zwłaszcza z zasadami dotyczącymi wymogu istnienia *affectionis societatis* po stronie każdego uczestnika spółki oraz fundamentalnej reguły tworzenia spółek *intuitu personae*¹⁰. Wspólnicy z reguły muszą wyrazić zgodę na obecność w spółce – w charakterze wspólników – innych

⁸ A. Szajkowski, *Deklarowana jedność prawa cywilnego*, [w:] A. Dańko-Roesler, M. Leśniak, M. Skory, B. Sołtys (red.), *Ius est ars boni et aequi. Księga pamiątkowa dedykowana Profesorowi Józefowi Frąckowiakowi*, Wrocław 2018, s. 1111 i nast.

⁹ Zob. szerzej A. Szajkowski, *Pojęcie i systematyka prawa spółek*, [w:] A. Szajkowski (red.), *Prawo spółek osobowych*, System Prawa Prywatnego, t. 16, Warszawa 2016, s. 3 i nast.

¹⁰ Wymóg ten dotyczy zwłaszcza spółek osobowych, a także w dużym stopniu spółki z o.o.

określonych osób; podobnie w odniesieniu do spółki akcyjnej zagadnienia te reguluje art. 313 § 1 i 2 k.s.h.¹¹

Ponadto trzeba stwierdzić, że nabycie praw udziałowych w spółce handlowej, wymóg złożenia odpowiedniego oświadczenia woli osoby przez osobę wstępującą do tej organizacji prywatnoprawnej, w której oprócz przysługiwania praw jej członków (uczestników) obciążają także określone obowiązki, w tym zobowiązanie do dodatkowych świadczeń pieniężnych w razie określonych uchybień innych członków tej organizacji (zob. np. art. 186 i 198 § 2 k.s.h.) – ma niewiele podobieństw z sytuacjami nabywania „zwykłych” przedmiotów majątkowych w rodzaju telewizora, biżuterii, samochodu, czy nawet domu lub mieszkania, o jakich to „zwykłych” sytuacjach nabywania przedmiotów majątkowych stanowi przed wszystkim art. 31 § 1 k.r.o.

Trudności w określeniu statusu prawnego małżonków w spółce wynikają również stąd, że w razie nabycia przez współmałżonka (współmałżonków) praw udziałowych w spółce nakładają się na siebie dwa reżimy prawne, z których każdy oparty jest na odmiennej aksjologii, a przez to różnią się one zakresem i sposobem udzielanej uprawnionym podmiotom odpowiedniej ochrony prawnej¹².

KRO ma gwarantować równość praw obojga małżonków do majątku wspólnego wypracowanego w trakcie trwania małżeństwa, a także ma zabezpieczyć funkcjonowanie rodziny od strony majątkowej. Z drugiej zaś, KSH ma zapewnić sprawne i bezpieczne funkcjonowanie spółek handlowych, w tym także spółek kapitałowych, a więc ma gwarantować w szczególności bezpieczeństwo obrotu prawnego, co wyraża się m.in. w jasnym określeniu osoby współnika bądź akcjonariusza, czyli osoby uprawnionej z praw udziałowych w spółce¹³.

W praktyce zatem całkowicie wystarczające będzie przyjęcie wykładni, że – podobnie jak to jest na przykład w odniesieniu do składników majątku wspólnego wymienionych w przepisach art. 31 § 2 k.r.o.¹⁴ – do majątku wspól-

¹¹ Nieco inaczej prawo reguluje te kwestie w spółkach publicznych podlegających odmiennemu reżimowi prawnemu.

¹² Zob. A. Szumański, *Status prawny małżonka w spółce kapitałowej w sytuacji, gdy objęcie albo nabycie praw udziałowych w spółce jest finansowane z majątku wspólnego małżonków*, „Monitor Prawniczy” 2015, dod. do nr. 7, s. 32.

¹³ Zob. tamże.

¹⁴ Według tych przepisów „do majątku wspólnego należą w szczególności: 1) pobrane wynagrodzenie za pracę i dochody z innej działalności zarobkowej każdego z małżonków; 2) dochody z majątku wspólnego, jak również z majątku osobistego każdego z małżonków;

nego należą wszelkie dochody uzyskane z praw wspólniczych (udziałowych) objętych przez jednego ze współmałżonków – w sytuacji, gdy prawa te zostały nabyte ze środków majątku wspólnego małżonków.

Również w piśmiennictwie z zakresu prawa rodzinnego podkreśla się, że „przedmiotami majątkowymi w rozumieniu przepisów Działu III k.r.o. nie są z natury rzeczy prawa niemajątkowe, jak również prawa o charakterze mieszanym, tj. zarówno majątkowe, jak i niemajątkowe”¹⁵. Także „członkostwo w spółdzielni jest stosunkiem prawnym o charakterze niemajątkowym”¹⁶, dlatego wynikające z niego uprawnienia nie mogą być rozpatrywane w kategoriach przynależności do majątku wspólnego małżonków¹⁷.

Szeroko aprobowanym w piśmiennictwie i dominującym w orzecznictwie jest pogląd, wyrażony po raz pierwszy w wyroku SN z 20 maja 1999 r., zgodnie z którym

w wypadku nabycia przez małżonka ze środków pochodzących z majątku wspólnego, w drodze czynności prawnej, udziału w spółce z ograniczoną odpowiedzialnością, współnikiem staje się tylko małżonek uczestniczący w tej czynności¹⁸.

W uzasadnieniu tego wyroku SN wskazał, że

zarówno w piśmiennictwie, jak i w judykaturze Sądu Najwyższego zdecydowanie przeważa stanowisko, że gdy czynność prawna dokonana została przez jednego z małżonków w ramach zwykłego zarządu majątkiem wspólnym, albo za zgodą drugiego małżonka – stroną takiej czynności jest tylko ten małżonek, który w niej uczestniczył, a więc ten, który złożył oświadczenie woli kreujące i współkształtujące dany stosunek prawny. [...] jakkolwiek podejmowana czynność dotyczy majątku wspólnego, to jednak – skoro dokonana została przez jednego z małżonków w imieniu własnym – tylko on pozostaje

3) środki zgromadzone na rachunku otwartego lub pracowniczego funduszu emerytalnego każdego z małżonków; 4) kwoty składek zewidencjonowanych na subkoncie, o którym mowa w art. 40a ustawy z dnia 13 października 1998 r. o systemie ubezpieczeń społecznych, t.j. Dz.U. 2017, poz. 1778.

¹⁵ J. Pietrzykowski [w:] K. Pietrzykowski (red.), *Kodeks rodzinny i opiekuńczy. Komentarz*, Warszawa 2012, s. 354-355.

¹⁶ Zob. K. Pietrzykowski, *Powstanie i ustanie stosunku członkostwa w spółdzielni*, Warszawa 1990, s. 53 i nast.

¹⁷ J. Pietrzykowski [w:] K. Pietrzykowski (red.), *Kodeks rodzinny i opiekuńczy...*, s. 352-353.

¹⁸ Wyrok SN z 20 maja 1999 r., I CKN 1146/97, Legalis.

w stosunku prawnym z drugą stroną tej czynności (por. np. uchwałę Sądu Najwyższego z 24 września 1970 r.¹⁹, a zwłaszcza uzasadnienie uchwały pełnego składu Izby Cywilnej Sądu Najwyższego z 28 września 1979 r.²⁰)²¹.

Przenosząc przedstawiony pogląd na stosunki w spółce kapitałowej SN uznał, iż „należy konsekwentnie przyjąć, że jakkolwiek w rozważanej sytuacji nabyty udział wchodzi w skład majątku wspólnego, to jednak współnikiem w spółce staje się tylko małżonek będący uczestnikiem czynności prawnej i nabywcą udziału”²². Argumentując swoje stanowisko, SN stwierdził, iż

jest oczywiste, że stroną umowy spółki (wspólnikiem) staje się z chwilą jej tworzenia tylko osoba uczestnicząca w umowie, choćby pozostawała w związku małżeńskim, a środki na pokrycie udziału pochodziły z majątku dorobkowego²³.

SN podniósł ponadto, że

nie można akceptować – także ze względów czysto pragmatycznych – sytuacji, w której skład osobowy spółki jest niejasny tylko dlatego, że niektórzy ze współników pozostają w związku małżeńskim i angażują do spółki środki finansowe stanowiące w całości lub w części przedmiot majątku wspólnego²⁴.

Pogląd ten został zaaprobowany w wielu późniejszych orzeczeniach SN²⁵. I tak, w wyroku z 21 stycznia 2009 r. SN uznał, że „przeznaczenie środków pochodzących z majątku wspólnego małżonków na zakup akcji spółki akcyjnej oznacza, że wchodzi one w skład tego majątku pomimo tego, że akcjonariuszem jest wyłącznie ich nabywca”²⁶. W uzasadnieniu tego wyroku SN trafnie zauważył, że

¹⁹ Uchwała SN z 24 września 1970 r., III CZP 55/70, OSPiKA 1973, nr 6, poz. 120.

²⁰ Uchwała SN z 28 września 1979 r., III CZP 15/79, OSNCP 1980, nr 4, poz. 63.

²¹ Wyrok SN z 20 maja 1999 r., I CKN 1146/97.

²² Tamże.

²³ Tamże.

²⁴ Tamże.

²⁵ Niezależnie od tego, że w poszczególnych orzeczeniach występowały niekiedy różnice w argumentacji wyrażonego poglądu oraz koncepcji (teorii) mających uzasadnić zajęte stanowisko.

²⁶ Wyrok SN z 21 stycznia 2009 r., II CSK 446/08, *Legalis*.

skoro czynności prawne zostały dokonane przez jednego z małżonków w imieniu własnym – tylko ten małżonek pozostaje w stosunku prawnym ze spółką. [...] Akcjonariuszami w spółce stają się tylko osoby obejmujące – zgodnie z art. 313 § 1 KSH w związku z art. 313 § 4 KSH – akcje w kapitale zakładowym spółki, albo nabywające akcje od dotychczasowych akcjonariuszy w sposób określony w art. 339 KSH. Tylko te osoby zostają wpisane do księgi akcji akcyjnej i są uważane wobec spółki za akcjonariuszy (art. 343 § 1 KSH)²⁷.

Pogląd ten SN powtórzył w uzasadnieniu wyroku z 5 października 2005 r., trafnie podkreślając, że „gdy czynność prawna została dokonana przez jednego z małżonków, jej stroną jest tylko ten małżonek, który w niej uczestniczył, a więc ten, kto złożył oświadczenie woli kreujące i współkształtujące dany stosunek prawny”²⁸.

Podobnie w postanowieniu z 3 grudnia 2009 r. dotyczącym spółki z o.o. SN stwierdził, że „udziały nabyte przez jednego małżonka ze środków pochodzących z majątku wspólnego wchodzi w skład tego majątku, a współnikiem staje się tylko małżonek będący stroną czynności prowadzącej do nabycia udziałów”²⁹.

W judykaturze można ponadto wskazać orzeczenia, w uzasadnieniu których SN, rozstrzygając inne kwestie związane z uczestnictwem małżonków w spółce, niejako przy okazji zajął stanowisko w sprawie określenia statusu małżonka obejmującego (nabywającego) udziały w spółce, zakładając, iż tylko jemu przysługuje status współnika (akcjonariusza). I tak przykładowo postanowieniu z 18 grudnia 2015 r. SN orzekł, iż

rozporządzanie udziałem w spółce z o.o. należy do uprawnień współnika, nawet gdy środki pochodzące na nabycie tego udziału pochodzą z majątku wspólnego. Natomiast środki uzyskane ze zbycia takich udziałów należy wziąć pod uwagę przy podziale majątku wspólnego³⁰.

Według zatem dominującej obecnie w piśmiennictwie i orzecznictwie koncepcji

²⁷ Tamże.

²⁸ Wyrok SN z 5 października 2005 r., IV CK 99/05, Legalis.

²⁹ Wyrok SN z 3 grudnia 2009 r., II CSK 273/09, Legalis. Podobnie w postanowieniu SN z 16 marca 2018 r., IV CSK 105/17, Legalis.

³⁰ Postanowienie SN z 18 grudnia 2015 r., III CSK 332/15, Legalis. Por. postanowienie SN z 31 stycznia 2013 r., II CSK 349/12, Legalis; postanowienie SN z 12 stycznia 2018 r., II CSK 220/17, Legalis; uchwała SN z 7 lipca 2016 r., III CZP 32/16, Legalis.

prawo udziałowe – postrzegane jako wiązka uprawnień obligacyjnych i organizacyjnych – nabyte samodzielnie przez jednego małżonka wchodzi do majątku wspólnego według zasad ustalania składu mas majątkowych w ustroju wspólności majątkowej (art. 31 i art. 33 KRO), ale członkostwo w spółce i status wspólnika uzyskuje tylko małżonek «który zawarł umowę spółki albo stał się nabywcą udziału (akcji) w drodze czynności *inter vivos* albo *mortis causa*»³¹.

3. Regulacja zawarta w art. 183¹ k.s.h.

Należy dodać, że powyższych twierdzeń nie zmienia dodany nowelizacją z 12 grudnia 2003 r. przepis art. 183¹ k.s.h., który stanowi, iż umowa spółki może ograniczyć lub wyłączyć wstąpienie do spółki współmałżonka wspólnika w przypadku, gdy udział lub udziały są objęte wspólnością majątkową małżeńską (por. analogiczny przepis art. 332¹ k.s.h. w odniesieniu do spółki akcyjnej). Przepis ten jest wewnętrznie sprzeczny i jako niekonstytucyjny nie może wywoływać skutków prawnych. Przepis ten słusznie krytykowany w piśmiennictwie³² przewiduje *de facto* możliwość wyłączenia ze spółki małżonka wspólnika i utratę przez niego praw współwspólnika na mocy postanowienia umowy spółki, a więc na podstawie umowy jego współmałżonka z osobami trzecimi³³. Unormowanie to w oczywisty sposób narusza przewidzianą w Konstytucji RP ochronę prawa własności (praw majątkowych)³⁴ podmiotów prawa cywilnego, a co więcej – na co trafnie zwrócono uwagę w piśmiennictwie³⁵ – zawiera wewnętrzną sprzeczność. Jeśli bowiem udział lub udziały są już

³¹ M. Nazar [w:] T. Smoczyński (red.), *Prawo rodzinne i opiekuńcze*, System Prawa Prywatnego, t. 11, Warszawa 2009, s. 283.

³² Zob. A. Szajkowski, *Wyłączenie wstąpienia...*, s. 291; M. Nazar, *Komercjalizacja...*, s. 201 i nast.; M. Tarska, *Małżeński reżim majątkowy a status prawny małżonka wspólnika osobowej spółki handlowej*, [w:] Z. Kuniewicz, K. Malinowska-Woźniak (red.), *Status prawny małżonków w spółkach cywilnych i handlowych*, Warszawa 2016, s. 169 i nast.; M. Tarska, *Sytuacja prawna małżonków jako współwspólników spółki z o.o.*, [w:] A. Dańko-Roesler, M. Leśniak, M. Skory, B. Sołtys (red.), *Ius est ars...*, s. 1147 i nast.; P. Zdanikowski, *Prawo udziałowe w spółcekapitałowej jako przedmiot majątku wspólnego małżonków*, „Palestra” 2006, nr 9-10, s. 103-107.

³³ W relacjach między współuprawnionymi małżonkami objętymi reżimem wspólności majątkowej małżeńskiej pozostali wspólnicy są osobami trzecimi.

³⁴ Zob. A. Szajkowski, *Wyłączenie wstąpienia...*, s. 291; A. Chłopecki, *Akcje zdematerializowane w małżeńskiej wspólności majątkowej*, „Przegląd Prawa Handlowego” 2008, nr 10, s. 49.

³⁵ Zob. A. Szajkowski, *Wyłączenie wstąpienia...*, s. 289-300.

objęte wspólnością majątkową małżeńską, to ewentualne nowe postanowienie umowy spółki jest w tej kwestii całkowicie bezprzedmiotowe – współmałżonkowi przysługuje już bowiem status współwspólnika, a jego prawa majątkowe są chronione m.in. przez art. 64 Konstytucji RP i nie mogą zostać naruszone przepisem rangi ustawowej³⁶. Brak ponadto aksjologicznego uzasadnienia dla podejmowanych prób wyłączenia prawa udziałowego współmałżonka ze stosunku wspólności, tym bardziej, że nabycie lub objęcie udziałów nastąpiło za składniki majątku wspólnego małżonków. W piśmiennictwie zasadnie postuluje się zatem niezwłoczne uchylenie tego przepisu³⁷. Należy podkreślić, że chodzi tu jedynie o sytuacje, gdy *in casu* mamy do czynienia ze wspólnością praw udziałowych współmałżonków, a nie o ogólne unormowanie zawarte w art. 31 § 1 k.r.o., nieprzesądzające tego, czy prawa udziałowe są objęte wspólnością *sensu stricto*, czy też chodzi tu tylko o sytuacje, gdy wartość majątkowa i dochody z tych praw stanowią składniki majątku wspólnego współmałżonków.

4. Udział w spółce jako przedmiot majątku wspólnego małżonków

Do wyjaśnienia pozostają istota i charakter praw majątkowych, wchodzących do majątku wspólnego małżonków w przypadku, gdy pomimo tego, że środki na pokrycie udziałów w spółce (zapłatę za udziały) pochodzą z majątku wspólnego małżonków, współnikiem spółki zostaje tylko jeden ze współmałżonków (tzn. gdy praw udziałowych w spółce nie objęli wspólnie małżonkowie – jako współwspólnicy). Ściśle rzecz biorąc, chodzi o charakter praw majątkowych przysługujących temu współmałżonkowi, który nie został uczestnikiem spółki (współuprawnionym z udziału lub udziałów), tzn. czy od chwili objęcia (nabycia) przez współmałżonka udziałów za środki z majątku wspólnego przysługuje mu

³⁶ Przepis art. 183¹ k.s.h. niejako zezwala stronom umowy spółki na umowną ingerencję w istniejący stan prawno-majątkowy osób pozostających we wspólności ustawowej (udziały są już bowiem objęte wspólnością majątkową małżeńską) poprzez pozbawienie jednego z nich praw udziałowych, nie przewidując przy tym żadnych zasad spłaty wyłączonego małżonka. Takie postanowienie umowy spółki jest, rzecz jasna, całkowicie bezprzedmiotowe, gdy współmałżonkowi współnika przysługuje już status współwspólnika. Nie jest tak jednak w każdym przypadku, zob. uwagi zawarte w pkt IV.

³⁷ Zob. M. Tarska, *Odpowiedzialność członków zarządu za naruszenie ładu korporacyjnego w zakresie udziałów współnika objętych wspólnością majątkową małżeńską*, [w:] K. Bilewska (red.), *W poszukiwaniu optymalnego modelu ustroju spółki handlowej – efektywność zarządzania i nadzoru*, Warszawa 2018, s. 20-326.

prawo do przystąpienia do spółki, czy zatem może on żądać przyznania mu statusu współwspólnika (współuczestnika), tj. statusu współuprawnionego z udziału (zob. np. art. 184 k.s.h.) – oczywiście, po wykazaniu (udowodnieniu), że rzeczywiście ma do tego prawo. Jest to, rzecz jasna, odrębna kwestia prawna, ale moim zdaniem należy przyjąć, iż w takiej sytuacji konieczne jest, bądź przedłożenie zarządowi spółki stosownego prawomocnego wyroku stwierdzającego stosowne prawa tego współmałżonka, bądź pisemne oświadczenie współmałżonka, który jest już współnikiem (uczestnikiem) spółki, złożone zarządowi spółki, iż ze względu na to, że środki na objęcie udziałów (zapłata za udziały) pochodzą z majątku wspólnego, prawa do nabycia tych udziałów weszły do majątku wspólnego małżonków. Należy jednoznacznie podkreślić, że są to jednak zawsze i tylko prawa do uzyskania praw wspólniczych (praw udziałowych), a nie same prawa wspólnicze (prawa udziałowe tzn. prawa współników (uczestników) spółki). Trzeba wyraźnie zaznaczyć, że jeśli współnik-współmałżonek nie wyraża zgody na wejście do spółki w charakterze współwspólnika swojego małżonka, temu ostatniemu przysługuje, rzecz jasna, prawo do stosownych rozliczeń finansowych od współmałżonka-wspólnika, nie ma on jednak roszczenia o ujawnienie go w księdze udziałów lub księdze akcji w charakterze współwspólnika lub współakcjonariusza spółki.

Jak wskazano wyżej, w podobnym kierunku zmierzają reprezentatywne wypowiedzi orzecznictwa SN oraz piśmiennictwa naukowego, chociaż prawidłowemu podejściu do omawianej kwestii nie zawsze towarzyszą precyzyjne jurydycznie wypowiedzi. Tak np. w powołanym wyżej orzeczeniu SN z 20 maja 1999 r. stwierdzono: „jakkolwiek w rozważanej sytuacji nabyty udział wchodzi w skład majątku wspólnego, to jednak współnikiem w spółce staje się tylko małżonek będący uczestnikiem czynności prawnej i nabywcą udziału”³⁸. Podobny sens mają także wypowiedzi przedstawicieli piśmiennictwa³⁹.

³⁸ Orzeczenie SN z 20 maja 1999 r., I CKN 1146/97. Także w innych licznych orzeczeniach SN wypowiadał się w tym sensie. Zob. zwł.: postanowienie SN z 3 grudnia 2009 r., II CSK 273/09; uchwała SN z 13 marca 2008 r., III CZP 9/08, OSNC 2009, nr 4, poz. 54; uchwała SN z 15 września 2004 r., III CZP 46/04, Legalis; postanowienie SN z 16 marca 2018 r., IV CSK 105/17; wyrok SN z 21 stycznia 2009 r., II CSK 446/08; uchwała SN z 7 lipca 2016 r., III CZP 32/16; wyrok SN z 5 października 2005 r., IV CK 99/05; postanowienie SN z 31 stycznia 2013 r., II CSK 349/12; postanowienie SN z 12 stycznia 2018 r., II CSK 220/17; postanowienie SN z 18 grudnia 2015 r., III CSK 332/15.

³⁹ Zob. zwłaszcza: A. Kidyba, *Przepisy dodane jako normy kreujące nowe instytucje k.s.h.*, „Przegląd Prawa Handlowego” 2004, nr 3, s. 16; R. Pabis, *Komentarz. Spółka z o.o.*, Warszawa 2000, s. 159; J.P. Naworski, *Nowelizacja przepisów Kodeksu spółek handlowych o spółce z ograniczoną odpowiedzialnością. Cz. I.*, „Monitor Prawniczy” 2004, nr 9, s. 401. Prawnicze niejasności powyższych wypowiedzi wynikają z braku rozróżnienia między prawem

5. Warianty uczestnictwa małżonków w spółce kapitałowej

Można wyróżnić cztery podstawowe warianty (konfiguracje)⁴⁰ możliwych sytuacji uczestniczenia w spółce kapitałowej współmałżonków – obojga lub jednego z nich.

Pierwszy, gdy małżonkowie razem przystępują do spółki, nabywając udziały do majątku wspólnego, tzn. występując razem jako strona umowy spółki lub innej czynności prawnej, w wyniku której stają się uprawnionymi z udziału (udziałów)⁴¹. Wówczas oboje małżonkowie, składając oświadczenie woli osobiście (lub gdy jeden z nich działa na podstawie umocowania drugiego⁴²), stają się współwspólnikami, tzn. obojgu (łącznie) przysługuje status wspólnika. W takim też charakterze są wpisywani do księgi udziałów (art. 188 k.s.h.). Ich sytuacja prawna w spółce regulowana jest stosownie do art. 184 § 1 k.s.h., tzn. prawa w spółce wykonują przez wspólnego przedstawiciela, zaś za świadczenia związane z udziałem odpowiadają solidarnie (zob. art. 184 § 2 k.s.h.). Wspólnym przedstawicielem może być którykolwiek z małżonków lub osoba trzecia; w każdym jednak czasie zgoda na wyznaczenie wspólnego przedstawiciela może zostać przez każdego ze współmałżonków wycofana. W analizowanym tu przypadku udziały pokrywane są środkami pochodzącymi z majątku wspólnego.

do udziału w spółce wchodzącym w skład majątku wspólnego małżonków oraz samym prawem udziałowym (udziałem) przysługującym współmałżonkowi, który złożył oświadczenie woli o przystąpieniu do spółki (nabyciu udziałów w spółce); zob. też A. Herbet, *Problemy nowelizacji Kodeksu spółek handlowych*, „Monitor Prawniczy” 2004, nr 13, s. 588.

⁴⁰ Możliwe są, rzecz jasna, jeszcze inne bardziej złożone konfiguracje, np. współuprawnienie jednego lub obojga małżonków z tytułu (części) udziałów z inną osobą na zasadzie wspólności w częściach ułamkowych, bądź uczestnictwo w spółce jednego z małżonków na zasadzie wspólności łącznej w sytuacji udziału w spółce z o.o. wspólników spółki cywilnej. Jeszcze inną sytuację prawną stwarza powiernicze nabycie przez małżonka udziałów. Analiza tych sytuacji pozostaje jednak poza zakresem niniejszego opracowania.

⁴¹ Np. umowy sprzedaży lub wskutek objęcia udziałów w podwyższonym kapitale zakładowym. Udziały będą przysługiwać wspólnie małżonkom także wskutek dziedziczenia, zapisu lub darowizny, jeśli spadkodawca lub darczyńca tak postanowił (art. 33 pkt 2 k.r.o.).

⁴² Pełnomocnictwo drugiego małżonka – z uwagi na regułę wyrażoną w art. 31 § 1 k.r.o. – nie jest konieczne, Przepisy k.r.o. nie kreują ustawowego przedstawicielstwa małżonków w odniesieniu do czynności zarządu majątkiem wspólnym lub czynności prowadzących do nabycia przedmiotów majątkowych do majątku wspólnego małżonków. Por. M. Nazar [w:] T. Smoczyński (red.), *Prawo rodzinne i opiekuńcze...*, s. 411; A. Dyoniak, *Ustawowy ustrój majątkowy małżeński*, Wrocław 1985, s. 51; J. Piąkowski [w:] J.S. Piąkowski (red.), *System prawa rodzinnego i opiekuńczego*, cz. 1, Warszawa 1985, s. 343.

W drugim – najczęściej występującym w praktyce przypadku – udział formalnie nabywa wprawdzie tylko jeden z małżonków, drugi zaś nie uczestniczy w czynności objęcia lub nabycia praw udziałowych (nie składa stosownego oświadczenia woli). Wobec spółki formalnie jako wspólnik występuje tylko jeden z małżonków, w takim charakterze jest też wpisywany do księgi udziałów; można uznać, że działa on niejako w charakterze powiernika współmałżonka uprawnionego do nabytych przez małżonka udziałów na podstawie art. 31 § 1 k.r.o. Należy jednak zaznaczyć, że *de lege lata* brak jest wystarczającej pewności co do tego, w jaki sposób, zgodnie z art. 31 § 1 k.r.o., nabyte prawa wchodzą do majątku wspólnego małżonków. Przedstawiona wyżej argumentacja kwestionuje pogląd, iż w tym wypadku wykonywanie praw udziałowych również powinno następować według reguł podanych wyżej (w pierwszej konfiguracji).

W praktyce powstaje tu wiele sytuacji szczególnych, przypadek ten wywołuje też najwięcej wątpliwości i kontrowersji w kwestii zaliczenia prawa udziałowego do określonego majątku (wspólnego bądź osobistego) małżonków pozostających we wspólności majątkowej. Z jednej bowiem strony, przepisy k.r.o. nie wymagają w takiej sytuacji do ważności nabycia udziału w spółce zgody drugiego małżonka; czynność ta nie mieści się bowiem w katalogu czynności wymienionych w art. 37 § 1 k.r.o.⁴³ Z drugiej strony, przepisy k.s.h. nie nakładają na wspólników obowiązku zadeklarowania, z którego majątku mają pochodzić wkłady na pokrycie obejmowanych lub nabywanych udziałów⁴⁴. Zresztą, takie oświadczenie wspólnika-małżonka obejmującego prawa udziałowe, zgodnie z utrwalonym orzecznictwem⁴⁵, nie przesądza, do której masy majątkowej zostaną zaliczone prawa udziałowe. Może się bowiem okazać, że wbrew deklaracji – nawet z przyczyn obiektywnych – pokrycie udziałów nastąpiło z majątku wspólnego bądź ze środków pochodzących częściowo z jego majątku osobistego a częściowo z majątku wspólnego⁴⁶ albo nawet

⁴³ Zob. zaproponowane przez T. Sokołowskiego, *Intercyza małżonków w związku z uczestnictwem w spółce handlowej*, [w:] Z. Kuniewicz, K. Malinowska-Woźniak (red.), *Status prawny małżonków w spółkach cywilnych i handlowych*, Warszawa 2016, s. 50 i nast. szerokie rozumienie terminu przedsiębiorstwo użyte w art. 37 § 1 pkt 3 k.r.o. Przyjęcie według autora koncepcji objęcia dyspozycją tego przepisu nabycia (objęcia) udziału w spółce jako czynności prawnej prowadzącej do zbycia, obciążenia, odpłatnego nabycia i wydzierżawienia przedsiębiorstwa – oznaczałoby konieczność uzyskania zgody małżonka na nabycie udziałów w spółce na podstawie art. 37 § 1 pkt 3 k.r.o.

⁴⁴ M. Tarska, *Odpowiedzialność członków zarządu...*, s. 320-326.

⁴⁵ Zob. np. wyrok SN z 9 stycznia 2001 r., II CKN 1194/00, Legalis.

⁴⁶ Różne koncepcje doktrynalne co do kwalifikacji prawa nabytego częściowo za środki z majątku osobistego małżonka, częściowo z majątku wspólnego omawia M. Nazar, *Surogacja*

wyłącznie z majątku osobistego drugiego małżonka. Warto tu podkreślić, że kryterium przypisania do majątku wspólnego małżonków przedmiotów majątkowych nabytych przez oboje lub przez jednego z nich (o których to mowa w art. 31 § 1 k.r.o.), zgodnie z ustawą nie stanowi źródło pochodzenia środków majątkowych przeznaczonych na nabycie takiego przedmiotu majątkowego; wystarczające jest pozostawanie przez małżonków we wspólności ustawowej w chwili dokonywania takiej czynności.

Trzeba dodać, że w praktyce przeważa model akceptowania przez współmałżonka wykonywania tych praw samodzielnie przez tego współmałżonka, który formalnie nabył prawa udziałowe. Drugi („nieaktywny”) współmałżonek może wszakże zażądać dopuszczenia go do współwykonywania praw udziałowych objętych wspólnością majątkową małżeńską. Jeśli jednak składający oświadczenie o nabyciu udziałów małżonek (tj. dotychczasowy wspólnik) twierdzi, iż prawa udziałowe przysługują wyłącznie jemu (bądź należą do jego majątku osobistego), a zatem wyłącznie jemu przysługuje status wspólnika spółki – może zawiadomić zarząd spółki o swoich uprawnieniach, wskazując podstawę prawną dla wysuniętych przez siebie roszczeń. Po wykazaniu ich zasadności uzyska status wyłącznie uprawnionego do udziału lub udziałów. Ponadto, zgodnie z utrwalonym orzecznictwem SN⁴⁷ oraz stanowiskiem doktryny⁴⁸, każdy z małżonków może wystąpić przeciwko drugiemu w czasie trwania wspólności z powództwem o ustalenie (art. 189 k.p.c.), że dany przedmiot (tu: prawa udziałowe) należy do majątku objętego wspólnością ustawową.

W kolejnym (trzecim) przypadku małżonkowie nabywają udziały wspólnie (jak w przypadku pierwszym), a ponadto oboje bądź jeden z nich, obejmuje dodatkowo udziały za środki z majątku osobistego. Wówczas małżonkowi, który nabył udziały także do majątku osobistego, część udziałów w spółce będzie przysługiwała z tytułu wspólności, zaś część wyłącznie jemu.

Czwarta opcja oznacza uczestnictwo w spółce małżonków niezależnie od siebie, tzn. gdy każdy z nich przystąpił do spółki finansując udziały wyłącznie z własnego majątku osobistego. Wówczas obojgu małżonkom przysługuje samodzielnie status wspólnika; prawa w spółce wykonują także niezależnie od siebie. Osoba pozostająca w małżeńskim ustroju wspólności majątkowej małżeńskiej może być bowiem samodzielnie uczestnikiem spółki, tzn. bez udziału w spółce swojego współmałżonka lub niezależnie od niego. Warto

majątków małżonków w ustroju wspólności ustawowej, [w:] A. Jakubecki, J. Strzępka (red.), *Ius et Remedium. Księga jubileuszowa Profesora Mieczysława Sawczuka*, Warszawa 2010, s. 384.

⁴⁷ Zob. uchwała SN z 28 lutego 1972 r., III CZP 96/71, OSNCP 1972, nr 12, poz. 211.

⁴⁸ Por. M. Nazar [w:] T. Smoczyński (red.), *Prawo rodzinne i opiekuńcze...*, s. 282; zob. też J.S. Piąkowski [w:] J.S. Piąkowski (red.), *System prawa rodzinnego...*, s. 365 i nast.

zaznaczyć, że z uwagi na ogólną regułę zaliczania do majątku wspólnego przedmiotów majątkowych nabywanych przez małżonków w czasie trwania wspólności ustawowej (art. 31 § 1 zd. 1 k.r.o.), nabywanie praw przez małżonka do jego majątku osobistego – jako wyjątek od tej zasady⁴⁹ – wymaga wyraźnej podstawy prawnej i ścisłej interpretacji. Prawa udziałowe w spółce z o.o. stają się zatem składnikiem majątku osobistego małżonka zasadniczo w dwóch przypadkach: gdy są wynikiem dziedziczenia, zapisu lub darowizny, o ile spadkodawca lub darczyńca nie postanowił inaczej (art. 33 pkt 2 k.r.o.), jak również wskutek surogacji, tzn. gdy są nabywane przez małżonka w zamian za środki pochodzące z jego majątku osobistego (art. 33 pkt 10 k.r.o.)⁵⁰.

Również nabycie akcji w spółce akcyjnej⁵¹ wymaga jednoznacznego oświadczenia woli osoby ubiegającej się o status uczestnika spółki (akcjonariusza). Zgodnie z art. 313 § 1 i 2 k.s.h., zgoda na zawiązanie spółki akcyjnej i brzmienie statutu oraz na objęcie akcji przez jedynego założyciela albo założycieli lub łącznie z osobami trzecimi powinna być wyrażona w jednym lub kilku aktach notarialnych. W aktach tych należy wymienić w szczególności osoby obejmujące akcje, liczbę i rodzaj akcji objętych przez każdą z nich, wartość nominalną i cenę emisyjną akcji oraz terminy wpłat. Także późniejsze nabycie akcji już istniejącej spółki wymaga złożenia (w umowie o nabycie akcji) stosownego oświadczenia woli nabywcy.

⁴⁹ Por. M. Nazar [w:] T. Smoczyński (red.), *Prawo rodzinne i opiekuńcze...*, s. 317; M. Nazar, *Surogacja majątków małżonków...*, s. 381.

⁵⁰ Jak zauważa M. Nazar (tamże, s. 371) ustalając skład majątku wspólnego poprzez użycie w art. 31 § 1 zd. 1 k.r.o. generalnej zasady, zgodnie z którą majątek wspólny tworzą przedmioty majątkowe nabyte w czasie trwania wspólności ustawowej, niezbędne stało się określenie zakresów majątków osobistych i zakresów ich surogacji, ograniczające działanie ogólnej formuły ustalania składu majątku wspólnego. Por. J.S. Piąkowski [w:] J.S. Piąkowski (red.), *System prawa rodzinnego...*, s. 376.

⁵¹ Chodzi o spółki akcyjne uregulowane w k.s.h. (spółki niepubliczne). Sytuacja wygląda nieco inaczej w przypadku akcji spółek publicznych, ze względu na ich specyficzny charakter prawny.

6. Problem braku spójności regulacji k.r.o. i k.s.h. w zakresie wspólności praw udziałowych małżonków w spółce

W podsumowaniu trzeba stwierdzić, że w piśmiennictwie⁵² i orzecznictwie sądowym podkreśla się, że niejasność regulacji statusu prawnego osób pozostających we wspólności majątkowej małżeńskiej oraz będąca jej konsekwencją rozbieżność poglądów, zwłaszcza różnych składów orzekających sądów⁵³ w kwestii udziału małżonków w spółkach kapitałowych jest skutkiem braku synchronizacji przepisów prawa rodzinnego z zakresu stosunków majątkowych małżeńskich z prawem spółek handlowych. Jak trafnie zauważył SN w uzasadnieniu wyroku z 5 października 2005 r.,

zagadnienie stosunków majątkowych małżeńskich w kontekście prowadzenia działalności gospodarczej w formie spółki handlowej stanowi złożoną materię ze względu na nieprzystający do siebie model ustroju spółek prawa handlowego i ustroju wspólności majątkowej małżeńskiej⁵⁴.

Z kolei SN w uzasadnieniu postanowienia z 31 stycznia 2013 r. podkreślił, iż

skutkiem niespójności pomiędzy prawem handlowym a prawem rodzinnym jest zasadnicza trudność pogodzenia wynikającego z umowy spółki statusu wspólnika, przysługującego tylko małżonkowi nabywającemu udziały, z łącznym charakterem majątku małżeńskiego, do którego nabyte udziały wchodzi⁵⁵.

⁵² A. Szajkowski, *Postulat spójności Kodeksu spółek handlowych z Kodeksem cywilnym*, [w:] J. Pisuliński, F. Zoll (red.), *Rozprawy z prawa cywilnego, własności intelektualnej i prawa prywatnego międzynarodowego. Księga pamiątkowa dedykowana prof. B. Gawlikowi*, Warszawa 2012, s. 541-558; A. Szajkowski, *Deklarowana jedność prawa...*, s. 1111 i nast.; zob. też G. Nita-Jagielski, *Dylematy spójności Kodeksu spółek handlowych z Kodeksem cywilnym oraz Kodeksem rodzinnym i opiekuńczym – konferencja naukowa dla uczczenia 40-lecia pracy naukowej Profesora Andrzeja Szajkowskiego w INP PAN, Warszawa 23 września 2014 r.*, „Monitor Prawniczy” 2015, dod. do nr. 7, s. 541-558.

⁵³ Zob. postanowienie SN z 3 grudnia 2009 r., II CSK 273/09; wyrok SN z 5 października 2005 r., IV CK 99/05; postanowienie SN z 31 stycznia 2013 r., II CSK 349/12.

⁵⁴ Wyrok SN z 5 października 2005 r., IV CK 99/05.

⁵⁵ Postanowienie SN z 31 stycznia 2013 r., II CSK 349/12.

Wynika to głównie z charakteru prawa członkostwa w spółce z o.o. jako prawa o elementach osobowych⁵⁶.

Jak wspomniano, problem wynika m.in. z tego, że oba te działy prawa cywilnego oparte są na odmiennej aksjologii. Rolą przepisów prawa rodzinnego w zakresie ustawowego ustroju małżeńskiego jest przede wszystkim zabezpieczenie rodziny od strony materialnej poprzez ochronę majątku wspólnego małżonków, czego wyrazem są przepisy art. 31 i nast. k.r.o. Z kolei *ratio legis* rozwiązań prawno-spółkowych w k.s.h. jest stworzenie spójnych i dogodnych dla inwestorów warunków prowadzenia wspólnie, tj. razem z innymi inwestorami-uczestnikami spółki, działalności gospodarczej w formie spółki handlowej, w sposób nienaruszający interesów osób trzecich, zwłaszcza wierzycieli spółki, uwikłanych w stosunki prawne ze spółką. Ustawodawca prawno-rodzinny, kreując małżeńskie reżimy majątkowe, nie dostrzegł jednak specyfiki praw udziałowych w spółkach handlowych – tak jak dostrzegł przykładowo szczególny charakter praw autorskich oraz praw własności przemysłowej (art. 33 pkt 9 k.r.o.) – i poddał je ogólnemu reżimowi ustawowemu k.r.o. W przepisach działu III tytułu I k.r.o. brak jest jakichkolwiek szczególnych postanowień dotyczących skutków prawnych objęcia lub nabycia przez małżonków (lub małżonka) praw członkowskich w spółkach handlowych. Według prawie powszechnej opinii, obecny stan prawny jest niezadowalający tak dla spółki, jak i dla wspólników oraz samych małżonków.

7. Umowne ustroje majątkowe małżeńskie według k.r.o.

W świetle dotychczasowych rozważań można stwierdzić, że status prawny małżonka wspólnika, czy też – jak wyżej wspomniano – z reguły współmałżonki wspólnika – nie jest wystarczająco pewny. Ani w piśmiennictwie, ani w orzecznictwie nie ma utrwalonego stanowiska w kwestii obowiązującego stanu prawnego w tym zakresie. Zatem do czasu definitywnego ustalenia tego stanu, bądź przeprowadzenia skutecznej interwencji legislacyjnej, pragmatycznym rozwiązaniem pozostaje jedynie zawarcie odpowiedniej umowy – bądź to między samymi współmałżonkami, bądź też między wspólnikami spółki.

Zgodnie z art. 47 § 1 k.r.o. małżonkowie mogą przez umowę zawartą w formie aktu notarialnego wspólność ustawową rozszerzyć lub ograniczyć albo ustanowić rozdzielność majątkową lub rozdzielność majątkową z wy-

⁵⁶ Zob. też A. Dyoniak, *Przynależność do majątku małżonków udziału w spółce z ograniczoną odpowiedzialnością*, „Ruch Prawniczy Ekonomiczny i Socjologiczny” 1991, nr 3, s. 29.

równaniem dorobków. Umowa majątkowa małżeńska może zostać zawarta jeszcze przed zawarciem związku małżeńskiego lub w trakcie jego trwania. W pierwszym przypadku umowa taka ma charakter wyłącznie organizacyjny, w drugim – powoduje zmianę istniejącego ustroju wspólności majątkowej, może też powodować jednocześnie przesunięcie między majątkami małżonków określonych praw już znajdujących w jednym z nich.

Regulacja umownych ustrojów majątkowych małżeńskich zawarta w rozdziale II działu III tytułu I Kodeksu rodzinnego i opiekuńczego jest dosyć lakoniczna. W odniesieniu do umowy rozszerzającej wspólność majątkową przepisy oddziału 2 rozdziału II pt. *Umowne ustroje majątkowe* regulują jedynie trzy kwestie: kategorie praw znajdujących się w majątku osobistym małżonków, na które nie może zostać rozszerzona wspólność (art. 49 k.r.o.), poszerzenie zakresu przedmiotowego odpowiedzialności małżonka-dłużnika w razie przesunięcia składnika majątkowego z jego majątku osobistego do majątku wspólnego (art. 50 k.r.o.) oraz możliwość ustalenia innej niż równa wysokości udziałów małżonków w razie ustania wspólności (art. 50¹ k.r.o.). W pozostałym zakresie mają odpowiednie zastosowanie przepisy o wspólności ustawowej (art. 48 k.r.o.). Odnośnie umowy ograniczającej wspólność majątkową małżonków nie przewidziano żadnej szczególnej regulacji. Z kolei, w razie ustanowienia w umowie tzw. pełnej rozdzielnosci majątkowej małżeńskiej, każdy z małżonków zachowuje zarówno majątek nabyty przed zawarciem umowy, jak i majątek nabyty później (art. 51 k.r.o.), a także samodzielnie zarządza swoim majątkiem (art. 51¹ k.r.o.).

Stosunkowo najbardziej rozbudowana jest regulacja ustroju rozdzielnosci majątkowej z wyrównaniem dorobków, zamieszczona w oddziale 4, dodanym na mocy wspomnianej nowelizacji k.r.o. z 2004 r.⁵⁷ Ustrój ten nie różni się od ustroju tzw. pełnej rozdzielnosci majątkowej – do czasu ustania rozdzielnosci (co następuje zazwyczaj w razie ustania związku małżeńskiego), kiedy to aktualizuje się jego odmienność, polegająca na ustaleniu i wyrównaniu dorobków małżonków, określanych jako wzrost wartości majątku każdego z małżonków po zawarciu umowy małżeńskiej (art. 51² k.r.o.). Przepisy art. 51³ § 2 i 3 k.r.o. wskazują, jakie przedmioty majątkowe pomija się, a wartość których jest doliczana przy obliczaniu dorobków, o ile strony nie postanowiły inaczej. Po ustaniu rozdzielnosci majątkowej lub w razie śmierci małżonka w sytuacji, gdy dorobek jego współmałżonka jest mniejszy, ten ostatni może żądać wyrównania dorobków lub przeniesienia prawa. Z ważnych powodów zarówno

⁵⁷ Ustawa z dnia 17 czerwca 2004 r. o zmianie ustawy – Kodeks rodzinny i opiekuńczy oraz niektórych innych ustaw, Dz.U. 2004 Nr 162, poz. 1691.

małżonek, jak i spadkobiercy mogą wystąpić z żądaniem zmniejszenia obowiązku wyrównania dorobków (art. 51⁴ - art. 51⁵ k.r.o.).

Pomimo tego, że w wyniku nowelizacji z 17 czerwca 2004 r. przepisy dotyczące umownych ustrojów małżeńskich zostały nieco zmodyfikowane i poszerzone, w dalszym ciągu pojawiają się istotne wątpliwości odnośnie do dwóch zasadniczych kwestii.

Pierwsza wątpliwość dotyczy charakteru katalogu typów umów majątkowych małżeńskich wymienionych w art. 47 § 1 k.r.o., tzn. czy jest on zamknięty, czy też dopuszczalne jest zawieranie tzw. umów kombinowanych (mieszanych), łączących niektóre elementy różnych umów wskazanych w przywołanym przepisie. W tym zakresie w piśmiennictwie i orzecznictwie ukształtowały się dwa przeciwne stanowiska. Zwolennicy uznania zawartego w art. 47 § 1 k.r.o. wyliczenia typów umów majątkowych za enumeratywne przywołują jako argument wzgląd na pewność obrotu, zwłaszcza interes wierzycieli małżonków, a także potrzebę w określonym stopniu formalizmu w kształtowaniu stosunków prawnych między małżonkami⁵⁸. Ponieważ, jak twierdzą, regułą jest, że zawarcie małżeństwa wywołuje skutki wynikające z przepisów bezwzględnie wiążących, polski ustawodawca nie pozostawia małżonkom (lub przyszłym małżonkom) zupełnej swobody także co do kształtowania treści umowy majątkowej⁵⁹. Z kolei zwolennicy przeciwnego poglądu powołują się na ogólną koncepcję liberalizacji prawa majątkowego i poszerzenia wyboru ustroju umownego⁶⁰. Tę koncepcję normatywną ma dodatkowo umacniać wykładnia gramatyczna art. 47 § 1 k.r.o.⁶¹

⁵⁸ J. Gajda, T. Smoczyński [w:] T. Smoczyński (red.), *Prawo rodzinne i opiekuńcze...*, s. 458. Za E. Skowrońską-Bocian, *Rozliczenia majątkowe*, Warszawa 2013, s. 38-39 wskazuje się na niedopuszczalność zawarcia w umowie następujących postanowień: 1) wprowadzających ustrój majątkowy nieznanym polskiemu prawu rodzinnemu; 2) kształtujących ustrój majątkowy w taki sposób, że zawiera on pewne elementy ustroju ustawowego oraz ustroju umownego; 3) prowadzących w części do rozszerzenia, a w części do ograniczenia wspólności; 4) zmieniających zasady zarządu majątkiem wspólnym; 5) modyfikujących zasady odpowiedzialności małżonków za zobowiązania jednego z nich. Zamieszczenie w umowie tego rodzaju postanowienia według J. Gajda, T. Smoczyński [w:] T. Smoczyński (red.), *Prawo rodzinne i opiekuńcze...*, s. 460 oznacza jej nieważność ewentualnie nieważność niektórych jej postanowień, zgodnie z art. 58 ustawy z dnia 23 kwietnia 1964 r. – Kodeks cywilny, t.j. Dz.U. 2018, poz. 1025.

⁵⁹ J. Gajda, T. Smoczyński [w:] T. Smoczyński (red.), *Prawo rodzinne i opiekuńcze...*, s. 458.

⁶⁰ T. Sokołowski, *Swoboda intercyzy. Zakres modyfikacji małżeńskich ustrojów majątkowych*, Warszawa 2013, s. 274 i nast.

⁶¹ Głównym argumentem jest użycie w przepisie art. 47 § 1 k.r.o. spójnik albo wprowadzającego alternatywę rozłączną przy wyliczeniu ustrojów wspólności majątkowej i ustrojów rozdzielnosci majątkowej. Natomiast przy wskazaniu dwóch ustrojów umownej

Podnoszony przez zwolenników *numerus clausus* ustrojów majątkowych argument konieczności zapewnienia ochrony wierzycielom małżonka, wobec których powołanie się przez małżonka – dłużnika na umowę majątkową małżeńską jest skuteczne jedynie w sytuacji, gdy jej zawarcie oraz rodzaj były tym osobom wiadome (art. 47¹ k.r.o.) – jest raczej wątpliwy. Jak wspomniano, przepisy rozdziału II tytułu I k.r.o. zawierają jedynie szcztąkową regulację dotyczącą umownych ustrojów majątkowych. Odnosnie do wspólności majątkowej, która drogą umowy między małżonkami może być rozszerzona lub ograniczona, przepisy w zasadzie nie wskazują granic dopuszczalnej modyfikacji ustroju ustawowego⁶². Jedynie w razie rozszerzenia wspólności art. 49 § 1 k.r.o. przewiduje w pewnym sensie górną granicę, wymieniając kategorie praw, na które nie można umownie rozszerzyć wspólności⁶³. Brak natomiast wymogu minimum, co oznacza, że zawarcie takiej umowy w formie aktu notarialnego jest konieczne także, gdy małżonkowie chcą objąć wspólnością tylko jeden konkretny przedmiot majątkowy, np. wazon. W innym skrajnym przypadku

wspólności majątkowej użyto spójnika lub i z czego wyciągnięto wniosek, że można taką kombinację zastosować w intercyzie. Jak podnoszą J. Gajda, T. Smoczyński [w:] T. Smoczyński (red.), *Prawo rodzinne i opiekuńcze...*, s. 461: „wykładnia prawa musi być integralna (systemowa), a nie tylko gramatyczna i ostatecznie mieć na względzie spójność różnych przepisów regulujących tę samą instytucję prawną. Trzeba jednak stwierdzić, że *intentio legis* w dawnym art. 47 § 2 k.r.o., jak i w aktualnym art. 47¹ k.r.o. sprowadza się do alternatywy rozłącznej, ponieważ w polskim systemie prawnym obowiązują wskazane ustroje majątkowe, z których można wybrać jeden najdogodniejszy dla małżonków, i tylko taka wykładnia jest spójna z art. 47¹ k.r.o., tj. skuteczna względem wierzycieli. [...] Gdyby ustawodawca przewidział możliwość kombinowanego ustroju (np. rozszerzenia i jednoczesnego ograniczenia wspólności majątkowej uczyniłby wzmiankę, np. iż modele ustawowe wchodzą w rachubę, jeżeli małżonkowie nie postanowili inaczej”.

⁶² Konieczne jest, rzecz jasna, respektowanie ogólnych zasad prawa rodzinnego, a także przestrzeganie granic swobody kontraktowej wskazanych w art. 353¹ k.c. (która na gruncie prawa rodzinnego określana jest mianem swobody intercyzy), który znajduje tu zastosowanie.

⁶³ Chodzi o: 1) przedmioty majątkowe, które przypadną małżonkowi z tytułu dziedziczenia, zapisu lub darowizny; 2) prawa majątkowe, które wynikają ze wspólności łącznej podlegającej odrębnym przepisom; 3) prawa niezbywalne, które mogą przysługiwać tylko jednej osobie; 4) wierzytelności z tytułu odszkodowania za uszkodzenie ciała lub wywołanie rozstroju zdrowia, o ile nie wchodzą one do wspólności ustawowej, jak również wierzytelności z tytułu zadośćuczynienia za doznaną krzywdę; 5) niewymagalne jeszcze wierzytelności o wynagrodzenie za pracę lub z tytułu innej działalności zarobkowej każdego z małżonków. Zgodnie zaś z § 2 art. 49 k.r.o., w razie wątpliwości uważa się, że przedmioty służące wyłącznie do zaspokajania osobistych potrzeb jednego z małżonków nie zostały włączone do wspólności. Warto jednak zauważyć, że – może poza wynagrodzeniem za pracę lub z tytułu innej działalności zarobkowej – kategorie składników majątkowych wskazane w pkt 1-4 § 1 art. 49 k.r.o. mogą nigdy nie pojawić się w majątkach osobistych małżonków.

taka umowa może dotyczyć praw znacznej wartości np. nieruchomości, praw udziałowych w spółkach kapitałowych, samochodu, jachtu, drogocennej biżuterii etc.

Jeszcze bardziej niejasna z punktu widzenia osób trzecich sytuacja zachodzi w przypadku umownego ograniczenia wspólności majątkowej. Ustawodawca nie określił wymogu ani minimum, ani maksimum co do zakresu dopuszczalnych modyfikacji modelu ustawowej wspólności, zwłaszcza co do liczby i rodzajów przedmiotów majątkowych, które mogą zostać wyłączone ze wspólności i włączone do majątków osobistych małżonków. Oznacza to, że wskutek zawarcia umowy ograniczającej wspólność w majątku wspólnym małżonków może pozostać tylko jeden przedmiot nawet niewielkiej wartości (np. przywołany wcześniej wazon), pozostałe zaś mienie będzie stanowić składnik majątków osobistych męża i żony⁶⁴. W piśmiennictwie wyrażane są odmienne poglądy co do tego, czy umowne rozszerzenie wspólności może obejmować wszystkie przedmioty majątkowe należące do małżonków w chwili zawarcia umowy oraz przedmioty, które zostaną nabyte w przyszłości, przez co do majątku wspólnego weszłyby całe majątki osobiste małżonków⁶⁵, jak również – czy możliwe jest ograniczenie wspólności tylko do jednego przedmiotu⁶⁶. Jak zatem widać, brak możliwości zaznajomienia się przez zainteresowane osoby

⁶⁴ Może w takim przypadku powstać problem obejścia prawa a zatem w konsekwencji nieważności danej umowy majątkowej (zob. postanowienie SN z 19 kwietnia 2012 r., IV CSK 449/11, Legalis; wyrok SA w Poznaniu z 28 marca 1995 r., I ACr 844/94, „Wokanda” 1995, nr 11, s. 48). W piśmiennictwie przyjmuje się, że w świetle k.r.o. sprzeczność z ustawą może polegać nie tylko na naruszeniu przepisów o umowach majątkowych, lecz także podstawowych zasad prawa rodzinnego, w szczególności zasady równych praw męża i żony (art. 23 zd. 1 k.r.o.). Jest to jednak kwestia wykazania takiego zamiaru przez małżonków – strony umowy. Zob. J. Gajda, T. Smoczyński [w:] T. Smoczyński (red.), *Prawo rodzinne i opiekuńcze...*, s. 459; J. Pawliczak [w:] K. Osajda (red.), *Kodeks rodzinny i opiekuńczy. Komentarz. Przepisy wprowadzające KRO*, Komentarze Prawa Prywatnego, t. 5, Warszawa 2017, s. 512; E. Skowrońska-Bocian [w:] J. Wierciński (red.), *Kodeks rodzinny i opiekuńczy. Komentarz*, Warszawa 2014, LEX – komentarz do art. 47.

⁶⁵ Tak E. Skowrońska-Bocian, *Rozliczenia majątkowe małżonków w stosunkach wzajemnych i wobec osób trzecich*, Warszawa 2013, s. 39; J. Gajda, T. Smoczyński (red.), *Prawo rodzinne i opiekuńcze...*, s. 486-487.

⁶⁶ J. Gajda, T. Smoczyński [w:] tamże..., s. 491; E. Skowrońska-Bocian, *Rozliczenia majątkowe...*, s. 42; J. Ignatowicz, M. Nazar, *Prawo rodzinne*, Warszawa 2016, s. 325; J. Pawliczak [w:] K. Osajda (red.), *Kodeks rodzinny...*, s. 520. Zdaniem zaś M. Sychowicz [w:] K. Piasecki (red.), *Kodeks rodzinny i opiekuńczy. Komentarz*, Warszawa 2011, s. 316 w praktyce może dojść do sytuacji, w której na skutek ograniczenia wspólności ustawowej do majątku wspólnego małżonków nie będą należały żadne przedmioty. Trzeba wziąć ponadto pod uwagę przepisy szczególne. Przykładowo na mocy umowy majątkowej małżeńskiej strony nie mogą wyłączyć wspólności tych praw, które na podstawie przepisów szczególnych należą wspólnie do obojga

trzecie, zwłaszcza wierzycieli małżonka, z treścią intercyzy sprawia, że sama informacja o rodzaju zawartej między małżonkami umowie majątkowej bez znajomości jej treści *de facto* nic nie mówi tym osobom. Taka sytuacja jest wynikiem rezygnacji przez polskiego ustawodawcę z utworzenia powszechnie dostępnego publicznego rejestru umów majątkowych małżeńskich i nałożenia na małżonków (lub notariuszy) obowiązku zgłaszania faktu zawarcia takich umów, a także dokonania zmian ich postanowień, połączona z możliwością zapoznania się przez osoby trzecie z aktualną treścią zarejestrowanych umów.

Druga wątpliwość dotyczy tego, jakiego rodzaju przesunięcia składników majątkowych (co do liczby i wartości tych składników oraz typu praw majątkowych) stanowią *de lege lata* formalną zmianę ustroju majątkowego małżonków. Jak wspomniano, przepisy art. 47 § 1 k.r.o. jedynie ogólnie stanowią o możliwości rozszerzenia lub ograniczenia wspólności ustawowej, nie określając przy tym, jak dalece może *in casu* sięgać takie rozszerzenie lub ograniczenie. W przepisach tych brak kryterium pozwalającego ustalić, czy przesunięcie określonego składnika majątkowego z majątku wspólnego do majątku osobistego jednego z małżonków (lub odwrotnie) oznacza zmianę małżeńskiego reżimu majątkowego. Innymi słowy, czy w czasie trwania związku małżeńskiego dopuszczalne jest zawieranie czynności prawnych między małżonkami, których skutkiem jest przeniesienie określonego składnika majątku małżonka do majątku wspólnego lub odwrotnie. W piśmiennictwie i orzecznictwie ukształtowały się w tej kwestii zasadniczo dwie grupy poglądów. Zgodnie z pierwszym stanowiskiem przyjmuje się założenie, że istotą umowy majątkowej małżeńskiej jest ustalenie zasad, według których kształtować się mają stosunki majątkowe małżonków⁶⁷, może więc ona polegać na włączeniu do majątku wspólnego (bądź wyłączeniu z niego) jedynie określonych kategorii przedmiotów a zatem umowna zmiana przynależności konkretnych składników majątkowych do jednego z majątków małżonków nie może być kwalifikowana jako zmiana ustroju majątkowego. Według odmiennego poglądu małżeńska umowa majątkowa może określać nie tylko zasady, według których ukształtowany zostaje ustrój majątkowy małżeński,

małżonków, dotyczy m.in. prawa najmu lokalu mieszkalnego powstałego w sytuacji, o której mowa w art. 680¹ § 1 k.c.

⁶⁷ A. Dyoniak, *Majątkowe prawo małżeńskie wybranych państw europejskich na tle prawa polskiego*, Warszawa 1992, s. 113-114; J. Pietrzykowski [w:] J. Pietrzykowski (red.), *Kodeks rodzinny i opiekuńczy z komentarzem*, Warszawa 1993, s. 296; J. Gajda, T. Smoczyński [w:] T. Smoczyński (red.), *Prawo rodzinne i opiekuńcze...*, s. 455; W. Górecki, *Uwagi na temat pojęcia małżeńskiej umowy majątkowej rozszerzającej lub ograniczającej wspólność ustawową*, „Rejent” 2015, nr 9, s. 58-87; wyrok SN z 25 marca 2003 r., II CK 273/02, Legalis.

lecz jej przedmiotem mogą być również przesunięcia konkretnego przedmiotu majątkowego między majątkami małżonków⁶⁸.

Omawiany problem związany jest z poruszoną wyżej kwestią sposobu uregulowania w przepisach k.r.o. umownego rozszerzenia oraz ograniczenia wspólności ustawowej, tj. braku określenia przez ustawodawcę granic dopuszczalnej modyfikacji małżeńskiego ustroju ustawowego⁶⁹, a jednocześnie braku wskazania *criterium divisionis* między intercyzą a zwykłą umową przenoszącą dany składnik między majątkami małżonków⁷⁰. Zwolenników każdego z dwóch przeciwnych poglądów różni także szersze bądź węższe ujęcie istoty i celu umowy majątkowej małżeńskiej.

W orzecznictwie i piśmiennictwie⁷¹ dominuje stanowisko uznające za dopuszczalne dokonywanie przez małżonków przesunięć określonych praw majątkowych z ich majątku wspólnego do majątków osobistych i odwrotnie w drodze czynności prawnych, które nie stanowią jednocześnie umowy majątkowej małżeńskiej w rozumieniu art. 47 § 1 k.r.o. W judykaturze linię orzeczniczą wyznaczyła uchwała SN z 10 kwietnia 1991 r.⁷², ugruntowana w późniejszych orzeczeniach SN⁷³. Sąd przyjął jako założenie, iż celem umowy majątkowej małżeńskiej jest określenie zasad, według których mają się kształtować wzajemne stosunki majątkowe małżonków. Dlatego też rozporządzenie przez jednego z nich przedmiotem wchodzącym w skład majątku wspólnego na rzecz majątku odrębnego drugiego małżonka, nie może być traktowane jako umowa majątkowa małżeńska, ponieważ odnosi się ono do konkretnego indywidualnie oznaczonego przedmiotu i nie oznacza, że na przyszłość przedmioty majątkowe tego samego rodzaju mają należeć do majątku odrębnego. Zdaniem SN Kodeks dopuszcza w ramach zarządu majątkiem wspólnym

⁶⁸ Zob. J. Piąkowski [w:] J. Piąkowski (red.), *System prawa rodzinnego...*, s. 516-518; A. Lutkiewicz-Rucińska, *Odpowiedzialność majątkiem wspólnym za zobowiązania cywilnoprawne współmałżonka*, Bydgoszcz-Gdańsk 2003, s. 79.

⁶⁹ Zob. jednak art. 49 k.r.o.

⁷⁰ W piśmiennictwie przedstawiono różne koncepcje, a także zaproponowano określone kryteria odróżniające intercyzy od pozostałych umów małżonków mających za przedmiot składniki majątkowe majątków małżonków. Szerzej koncepcje te omawia G. Jędrejek, *Intercyzy. Pojęcie. Treść. Dochodzenie roszczeń*, Warszawa 2010, s. 192 i nast.

⁷¹ J. Pawliczak [w:] K. Osajda (red.), *Kodeks rodzinny i opiekuńczy...*, s. 526.

⁷² Uchwała SN z 10 kwietnia 1991 r., III CZP 76/90, OSNCAPUS 1991, nr 10-12, poz. 117.

⁷³ Zob. uchwała SN z 19 grudnia 1991 r., III CZP 133/91, „Orzecznictwo Sądów Polskich” 1992, nr 7, poz. 171; wyrok SN z 25 listopada 2003 r., II CK 273/02; wyrok SN z 9 września 2011 r., I CSK 616/10, OSNC 2012, nr 4, poz. 71; wyrok SN z 24 lutego 2011 r., III CSK 137/10, Legalis.

dokonywanie czynności prawnych rozporządzających, dotyczących konkretnych składników majątkowych. Takie rozporządzenie nie narusza zatem art. 35 k.r.o., ponieważ nie stanowi podziału majątku wspólnego. Nawet, gdyby wskutek kolejnych rozporządzeń, doszło do likwidacji majątku wspólnego, nie spowoduje to, według SN, unicestwienia majątku wspólnego, ponieważ do jego powstania i istnienia nie jest potrzebna substancja majątkowa. SN zwrócił przy tym uwagę, że niezrozumiały byłby zakaz zbywania składników majątku wspólnego na rzecz majątku odrębnego (obecnie: osobistego) jednego z małżonków, skoro małżonkowie mogą swobodnie zbywać składniki majątku wspólnego na rzecz osób trzecich (art. 36 i art. 37 k.r.o.). Małżonkowie zachowują przecież zdolność prawną pomimo zawarcia związku małżeńskiego, mogą zatem dokonywać czynności prawnych także między sobą na ogólnych zasadach. Milczenie zaś ustawodawcy w tym względzie nie może być uznane za lukę, lecz za wyraz braku jego woli ograniczenia ich swobody w dokonywaniu między małżonkami czynności prawnych przewidzianych prawem cywilnym, jeżeli pozostają one w zgodzie z dobrem rodziny jako naczelnym celem, któremu służą instytucje prawa rodzinnego i opiekuńczego, a wśród nich ustawowa wspólność majątkowa⁷⁴. Podsumowując, SN we wspomnianej uchwale stwierdził, że argumentacja zwolenników przeciwnego poglądu załamuje się w konfrontacji „z założeniami natury ogólnej, jakimi są poszanowanie woli małżonków przy kształtowaniu ich stosunków majątkowych i dysponowaniu przedmiotami majątku wspólnego oraz swoboda czynności prawnych, której granica rodząca sankcję nieważności wymaga wyraźnego zakreslenia przepisem prawnym, czego KRO nie zawiera”⁷⁵.

Przeciwnicy powyższego stanowiska, przyjmując szeroki zakres spraw majątkowych, dla regulacji których właściwa jest wyłącznie umowa majątkowa małżeńska, utrzymują, iż jakiekolwiek przesunięcia majątkowe między majątkiem wspólnym oraz majątkami osobistymi małżonków powinny być dokonywane jedynie w formie intercyzy⁷⁶. Ich zdaniem przemawia za tym wykładnia gramatyczna, systemowa oraz funkcjonalna przepisów

⁷⁴ Tak w uzasadnieniu uchwały SN z 19 grudnia 1991 r., III CZP 133/91.

⁷⁵ Tamże.

⁷⁶ J.S. Piąkowski [w:] J.S. Piąkowski (red.), *System prawa rodzinnego i opiekuńczego...*, s. 393-398, 515-519; A. Lutkiewicz, *Glosa do uchwały SN z 10.04.1991 r., III CZP 76/90, „Orzecznictwo Sądów Polskich”* 1994, nr 2, poz. 25; M. Pyziak-Szafnicka, *Umowa majątkowa małżeńska rozszerzająca wspólność ustawową*, [w:] M. Pazdan, W. Popiołek, E. Rott-Pietrzyk, M. Szpunar (red.), *Europeizacja prawa prywatnego*, t. 2, Warszawa 2008, s. 242-245; G. Jędrejek, *Intercyzy...*, s. 200. Niektórzy autorzy takie obostrzenie ograniczają jedynie do przesunięć składników majątkowych z majątku wspólnego do osobistego jednego z małżonków, dopuszczając jednocześnie dokonywanie analogicznych czynności w drugim kierunku.

k.r.o.⁷⁷ Czynności rozporządzające składnikami majątku wspólnego, dokonywane poza umową majątkową małżeńską, są ich zdaniem sprzeczne z art. 47 § 1 k.r.o., a w konsekwencji nieważne na podstawie art. 58 § 1 k.c. Sukcesywne dokonywanie takich czynności prowadzi do unicestwienia działania przepisów o wspólności ustawowej. Ponadto, nieprawidłowe jest stosowanie w drodze analogii art. 36-37 k.r.o., ponieważ małżonek nie może być uznany jako osoba trzecia. Jako argument wskazuje się również konieczność uwzględnienia interesów wierzycieli małżonka, które mogłyby zostać naruszone na skutek przeniesienia danego przedmiotu majątkowego (zwłaszcza znacznej wartości) z majątku wspólnego do majątku osobistego jednego z małżonków (lub odwrotnie). Jak twierdzą zwolennicy omawianego stanowiska, zawarcie małżeństwa prowadzi bowiem do podporządkowania przepisom k.r.o. regulującym ustrojstwo majątkowe małżeńskie, zwłaszcza art. 35 k.r.o.; sfera, w której swobodnie może poruszać się osoba w zakresie dokonywania czynności prawnych ulega więc istotnym ograniczeniom przez sam fakt zawarcia związku małżeńskiego⁷⁸.

Trzeba przyznać, że jest wiele racji w argumentacji obu stron. Z jednej bowiem strony, wykładnia gramatyczna art. 47 § 1 k.r.o. (zwłaszcza przy tak zdawkowej regulacji umów majątkowych małżeńskich) daje podstawę do uznania, iż jedynym sposobem na przeniesienie składników majątkowych między majątkiem wspólnym albo majątkami osobistymi małżonków jest zawarcie jednej ze wskazanych w tym przepisie umów majątkowych. Dokonywanie zmiany przynależności poszczególnych składników majątkowych na podstawie „zwykłych” czynności prawnych między małżonkami stawia pod znakiem zapytania sens przewidzianego w przepisach k.r.o. sformalizowanego trybu zawierania umów majątkowych małżeńskich, a także umniejsza, jeśli nie niweczy ochronną rolę przepisu art. 47¹ k.r.o. w stosunku do wierzycieli małżonka.

Z drugiej strony, nałożenie na małżonków wymogu sporządzenia umowy w formie aktu notarialnego, zmieniającej jednocześnie ustawowy reżim majątkowy małżonków z powodu zamiaru przesunięcia jakiejś rzeczy drobnej wartości z majątku osobistego jednego z nich do majątku wspólnego – wydaje się absurdalne. Trafnie stwierdza A. Szpunar, że wymóg zachowania formy aktu notarialnego dla każdej umowy, której skutkiem jest przesunięcie danego przedmiotu między majątkami małżonków „jest zbyt daleko idący

Por. E. Skowrońska-Bocian [w:] J. Wierciński (red.), *Kodeks rodzinny i opiekuńczy...*, LEX – komentarz do art. 47.

⁷⁷ G. Jędrejek, *Intercyzy...*, s. 201.

⁷⁸ A. Lutkiewicz, *Glosa...*, s. 66.

i budzący sprzeciw⁷⁹. Próba wskazania *de lege lata* kryterium pozwalającego na odróżnienie intercyz od „zwykłych” umów cywilnoprawnych, mających za przedmiot składniki jednego z majątków małżonków⁸⁰, jest skazana na niepowodzenie. Obowiązujące przepisy nie dają ku temu podstawy. Wydaje się zatem, że bez interwencji ustawodawcy rozstrzygnięcie tego problemu nie jest możliwe.

8. Udział w spółce jako przedmiot umowy majątkowej małżeńskiej

Jednym ze składników majątku małżonków, który może być przedmiotem umowy majątkowej małżeńskiej, są prawa udziałowe w spółkach kapitałowych. Na wstępie trzeba poczynić dwie uwagi. Po pierwsze, jak wyjaśniono wyżej, chociaż prawa udziałowe w spółkach kapitałowych mają niewątpliwie charakter majątkowy i są zbywalne⁸¹, ze względu na to, iż stanowią jednocześnie tytuł uczestnictwa w prywatnoprawnej korporacji opartej na *affectio societatis*, nie mogą być traktowane według takich samych reguł, jak inne składniki majątku małżonków (przedmioty majątkowe) jak np. nieruchomości, meble, samochód, biżuteria *etc.* Po drugie, dla oceny skutków prawnych postanowień umowy majątkowej istotne znaczenie ma okoliczność, czy umowa dotyczy przynależności udziałów do określonego majątku małżonków w razie ich nabycia (objęcia) przez jednego z nich w przyszłości (sytuacja potencjalna), czy też prawa udziałowe w spółce z o.o. już znajdują się w jednym z majątków małżonków (nupturientów), tzn. weszły w jego skład przed zawarciem intercyzy.

W pierwszym przypadku umowa majątkowa małżeńska ma klasycznie charakter ustrojowy i kształtuje reżim majątkowy małżonków na przyszłość, ponieważ odnosi się do pewnej kategorii praw majątkowych (*verba legis*: przedmiotów majątkowych), nie zaś do konkretnego składnika majątku małżonków. Taka umowa modyfikuje wynikające z ustawy skutki prawne dokonania czynności prawnej przez jednego z małżonków (zob. zwłaszcza art. 31 i 33 k.r.o.) poprzez zmianę przynależności składnika majątkowego do majątku wspólnego małżonków bądź majątku osobistego jednego z nich. W takim przypadku w majątku, z którego na mocy postanowień intercyzy

⁷⁹ A. Szpunar, *Przesunięcia między majątkiem wspólnym i odrębnym małżonków*, „Nowe Prawo” 1989, nr 2-3, s. 6.

⁸⁰ Zaprezentowane w piśmiennictwie koncepcje omawia G. Jędrejek, *Intercyzy...*, s. 192 i nast.

⁸¹ Zob. też art. 182, art. 337 i art. 338 k.s.h.

wyłączono dany składnik majątkowy, powstaje roszczenie o zwrot środków służących na pokrycie nabytych (objętych) udziałów.

W drugim przypadku, tzn. gdy małżonkowie w umowie majątkowej małżeńskiej dokonują rozszerzenia albo ograniczenia wspólności ustawowej bądź ustanawiają rozdzielną majątkową⁸², przenosząc prawa udziałowe z albo do majątku wspólnego – zmieniają dotychczasowy skład majątku wspólnego bądź osobistego jednego z nich. W sytuacji, gdy tylko jeden z małżonków złożył oświadczenie o objęciu lub nabyciu praw udziałowych w spółce (ze względu na to, że zostały pokryte środkami z majątku wspólnego – weszły do tego majątku, lecz status wspólnika przysługiwał tylko składającemu oświadczenie małżonkowi), w razie przesunięcia tych praw na mocy intercyzy do jego majątku osobistego nie zmieni się skład wspólników, powstanie jedynie kwestia rozliczenia nakładu dokonanego z majątku wspólnego na majątek osobisty małżonka. Pożytki wynikające z tych praw wejdą do majątku, do którego zostały włączone udziały, chyba że małżonkowie postanowili inaczej. W razie zaś, gdy małżonkowie wspólnie przystąpili do spółki, a zatem przysługiwał im status współuprawnionych z udziałów w rozumieniu art. 184 k.s.h., z chwilą zawarcia intercyzy udziały te będą przysługiwać wyłącznie jednemu ze współmałżonków. Ulegnie wówczas zmianie skład osobowy spółki⁸³, konieczne będzie ponadto dokonanie rozliczeń między określonymi majątkami małżonków.

Natomiast bardziej skomplikowana sytuacja powstanie w razie rozszerzenia wspólności majątkowej o prawa udziałowe, pozostające dotąd w majątku osobistym jednego z małżonków, bądź ustanowienia wspólności majątkowej w miejsce dotychczasowej rozdzielności⁸⁴. Niezależnie bowiem od kwestii ewentualnych (wewnętrznych) rozliczeń między majątkami małżonków powstaje problem akceptacji przez pozostałych wspólników nowego współuczestnika spółki. Sytuacja ta jest analogiczna do czynności zbycia przez wspólnika części udziału (art. 180 k.s.h.)⁸⁵. Jeśli wymagana jest wówczas zgoda spółki (art. 182 k.s.h.), będzie ona konieczna także do przystąpienia do spółki współmałżonka wspólnika. Oznacza to, że niezależnie od woli małżonków wyrażonej w intercyzie w razie odmowy przez spółkę zgody, przeniesienie praw udziałowych do majątku wspólnego i uwspólnienie praw udziałowych nie będzie skuteczne. Podobnie należy ocenić sytuację, gdy wspólnicy na podstawie

⁸² Pełnej lub z wyrównaniem dorobków.

⁸³ Konieczna będzie odpowiednia zmiana w księdze udziałów (art. 188 k.s.h.).

⁸⁴ Pełnej lub z wyrównaniem dorobków.

⁸⁵ Jakkolwiek wspólność majątkowa małżeńska ma rzecz jasna charakter łączny (bezudziałowy).

art. 183¹ k.s.h. wprowadzili do umowy spółki postanowienie ograniczające lub wyłączające możliwość wstąpienia do spółki współmałżonka wspólnika, jeśli udziały były objęte wspólnością majątkową małżeńską.

9. Podsumowanie

Jak widać, omawiane zagadnienie ujawnia szerszy problem, powstający na styku prawa rodzinnego oraz prawa spółek, polegający na ustaleniu relacji prawnej między umowami majątkowymi małżeńskimi a umową spółki (czy szerzej: relacji przepisów prawa spółek handlowych do prawa rodzinnego), a w konsekwencji wpływu i skuteczności postanowień intercyzy – umowy między osobami, z których jedna ma status osoby trzeciej wobec spółki – na skład osobowy spółki: organizacji prywatnoprawnej, której ustrój współkształtowany jest postanowieniami umowy spółki. Warto zauważyć, że podobny problem może się pojawić w razie sprzeczności postanowień testamentu, w którym wspólnik-testator dokonuje rozrządzenia prawami udziałowymi na rzecz określonej osoby w sposób niezgodny z postanowieniami umowy spółki w tej kwestii (zob. art. 183 k.s.h.).

Drugim sposobem umownej regulacji przynależności praw udziałowych w razie ich objęcia (nabycia) przez osoby pozostające w związku małżeńskim jest umowa spółki. Możliwość taką przewiduje art. 183¹ k.s.h. (dodany nowelizacją z 12 grudnia 2003 r.), zgodnie z którym umowa spółki może ograniczyć lub wyłączyć wstąpienie do spółki współmałżonka wspólnika w przypadku, gdy udział lub udziały są objęte wspólnością majątkową małżeńską. Jak wspomniano wyżej, przepis ten przewiduje *de facto* (i *de iure*) możliwość wyłączenia ze spółki małżonka wspólnika i utratę przez niego praw wspólnika na mocy postanowienia umowy spółki, a więc na podstawie umowy jego współmałżonka z osobami trzecimi⁸⁶, co narusza przewidzianą w Konstytucji RP ochronę prawa własności (praw majątkowych)⁸⁷. Dlatego też w piśmiennictwie zasadnie postuluje się niezwłoczne uchylenie tego przepisu⁸⁸. Jednak pomimo tak poważnej wadliwości, regulacja ta obowiązuje od 13 lat i jest w praktyce wykorzystywana poprzez wprowadzanie do umowy spółki stosownych postanowień.

⁸⁶ W relacjach między współuprawnionymi małżonkami objętymi reżimem wspólności majątkowej małżeńskiej pozostali wspólnicy są osobami trzecimi.

⁸⁷ Zob. A. Szajkowski, *Wyłączenie wstąpienia...*, s. 292; A. Chłopecki, *Akcje zdematerializowane w małżeńskiej wspólności majątkowej*, „Przegląd Prawa Handlowego” 2008, nr 10, s. 49.

⁸⁸ Zob. M. Tarska, *Odpowiedzialność członków zarządu...*, s. 320-326.

Bibliografia

Wykaz aktów prawnych

- Ustawa z dnia 25 lutego 1964 r. – Kodeks rodzinny i opiekuńczy, Dz.U. 2017, poz. 682.
- Ustawa z dnia 23 kwietnia 1964 r. – Kodeks cywilny, t.j. Dz.U. 2018, poz. 1025.
- Ustawa z 29 września 1994 r. o rachunkowości, t.j. Dz.U. 2018, poz. 395.
- Ustawa z dnia 13 października 1998 r. o systemie ubezpieczeń społecznych, Dz.U. 2017, poz. 1778.
- Ustawa z dnia 15 września 2000 r. – Kodeks spółek handlowych, t.j. Dz.U. 2017, poz. 1577.
- Ustawa z dnia 17 czerwca 2004 r. o zmianie ustawy – Kodeks rodzinny i opiekuńczy oraz niektórych innych ustaw, Dz.U. 2004 Nr 162, poz. 1691.

Orzecznictwo

- Uchwała SN z 24 września 1970 r., III CZP 55/70, OSPiKA 1973, nr 6, poz. 120.
- Uchwała SN z 28 lutego 1972 r., III CZP 96/71, OSNCP 1972 r. nr 12, poz. 211.
- Uchwała SN z 28 września 1979 r., III CZP 15/79, OSNCP 1980, nr 4, poz. 63.
- Uchwała SN z 10 kwietnia 1991 r., III CZP 76/90, OSNCAPUS 1991, nr 10-12, poz. 117.
- Uchwała SN z 19 grudnia 1991 r., III CZP 133/91, „Orzecznictwo Sądów Polskich” 1991, nr 7, poz. 171.
- Wyrok SA w Poznaniu z 28 marca 1995 r., I ACr 844/94, „Wokanda” 1995, nr 11.
- Wyrok SN z 20 maja 1999 r., I CKN 1146/97, Legalis.
- Wyrok SN z 25 marca 2003 r., II CK 273/02, Legalis.
- Uchwała SN z 15 września 2004 r., III CZP 46/04, Legalis.
- Wyrok SN z 5 października 2005 r., IV CK 99/05, Legalis.
- Uchwała SN z 13 marca 2008 r., III CZP 9/08, OSNC 2009, nr 4, poz. 54.
- Wyrok SN z 21 stycznia 2009 r., II CSK 446/08, Legalis.
- Wyrok SN z 3 grudnia 2009 r., II CSK 273/09, Legalis.
- Wyrok SN z 24 lutego 2011 r., III CSK 137/10, Legalis.
- Wyrok SN z 9 września 2011 r., I CSK 616/10, OSNC 2012, nr 4, poz. 71.
- Postanowienie SN z 19 kwietnia 2012 r., IV CSK 449/11, Legalis.
- Postanowienie SN z 31 stycznia 2013 r., II CSK 349/12, Legalis.
- Postanowienie SN z 18 grudnia 2015 r., III CSK 332/15, Legalis.
- Uchwała SN z 7 lipca 2016 r., III CZP 32/16, Legalis.

Postanowienie SN z 12 stycznia 2018 r., II CSK 220/17, Legalis.

Postanowienie SN z 16 marca 2018 r., IV CSK 105/17, Legalis.

Publikacje naukowe

Chłopecki A., *Akcje zdematerializowane w małżeńskiej wspólności majątkowej*, „Przegląd Prawa Handlowego” 2008, nr 10, s. 46-53.

Czarnecki J., *Prawne aspekty zastosowań technologii blockchaina na rynkach finansowych*, [w:] W. Rogowski, *Regulacje finansowe. Fintech, nowe instrumenty finansowe, resolution*, Warszawa 2017, s. 48-63.

Dyoniak A., *Majątkowe prawo małżeńskie wybranych państw europejskich na tle prawa polskiego*, Warszawa 1992.

Dyoniak A., *Przynależność do majątku małżonków udziału w spółce z ograniczoną odpowiedzialnością*, „Ruch Prawniczy Ekonomiczny i Socjologiczny” 1991, nr 3, s. 25-35.

Dyoniak A., *Ustawowy ustrój majątkowy małżeński*, Wrocław 1985.

Górecki W., *Uwagi na temat pojęcia małżeńskiej umowy majątkowej rozszerzającej lub ograniczającej wspólność ustawową*, „Rejent” 2015, nr 9, s. 42-87.

Herbet A., *Problemy nowelizacji Kodeksu spółek handlowych*, „Monitor Prawniczy” 2004, nr 13.

Ignatowicz J., Nazar M., *Prawo rodzinne*, Warszawa 2016.

Jędrejek G., *Intercyzy. Pojęcie. Treść. Dochodzenie roszczeń*, Warszawa 2010.

Kidyba A., *Przepisy dodane jako normy kreujące nowe instytucje k.s.h.*, „Przegląd Prawa Handlowego” 2004, nr 3, s. 13-18.

Lutkiewicz A., *Glosa do uchwały SN z 10.04.1991 r., III CZP 76/90*, „Orzecnictwo Sądów Polskich” 1994, nr 2, poz. 25.

Lutkiewicz-Rucińska A., *Odpowiedzialność majątkiem wspólnym za zobowiązania cywilnoprawne współmałżonka*, Bydgoszcz-Gdańsk 2003.

Naworski J.P., *Nowelizacja przepisów Kodeksu spółek handlowych o spółce z ograniczoną odpowiedzialnością. Cz. I.*, „Monitor Prawniczy” 2004, nr 9, s. 395-401.

Nazar M., *Komercjalizacja majątkowych stosunków małżeńskich w spółkach kapitałowych*, [w:] A. Kidyba, R. Skubisz (red.), *Współczesne problemy prawa handlowego. Księga jubileuszowa dedykowana prof. dr hab. Marii Poźniak-Niedzielskiej*, Kraków 2007, s. 201-222.

- Nazar M., *Surogacja majątków małżonków w ustroju wspólności ustawowej*, [w:] A. Jakubecki, J. Strzępka (red.), *Ius et Remedium. Księga jubileuszowa Profesora Mieczysława Sawczuka*, Warszawa 2010, s. 367-386.
- Nita-Jagielski G., *Dylematy spójności Kodeksu spółek handlowych z Kodeksem cywilnym oraz Kodeksem rodzinnym i opiekuńczym – konferencja naukowa dla uczczenia 40-lecia pracy naukowej Profesora Andrzeja Szajkowskiego w INP PAN, Warszawa 23 września 2014 r.*, „Monitor Prawniczy” 2015, dod. do nr. 7.
- Osajda K. (red.), *Kodeks rodzinny i opiekuńczy. Komentarz. Przepisy wprowadzające KRO, Komentarze Prawa Prywatnego*, t. 5, Warszawa 2017.
- Pabis R., *Komentarz. Spółka z o.o.*, Warszawa 2000.
- Piasecki K. (red.), *Kodeks rodzinny i opiekuńczy. Komentarz*, Warszawa 2011.
- Piątowski J.S. (red.), *System prawa rodzinnego i opiekuńczego*, cz. 1, Warszawa 1985.
- Pietrzykowski K. (red.), *Kodeks rodzinny i opiekuńczy z komentarzem*, Warszawa 1993.
- Pietrzykowski K. (red.), *Kodeks rodzinny i opiekuńczy. Komentarz*, Warszawa 2012.
- Pietrzykowski K., *Powstanie i ustanie stosunku członkostwa w spółdzielni*, Warszawa 1990.
- Pyziak-Szafnicka M., *Umowa majątkowa małżeńska rozszerzająca wspólność ustawową*, [w:] M. Pazdan, W. Popiołek, E. Rott-Pietrzyk, M. Szpunar (red.), *Europeizacja prawa prywatnego*, t. 2, Warszawa 2008, s. 233-248.
- Skowrońska-Bocian E., *Rozliczenia majątkowe*, Warszawa 2013.
- Skowrońska-Bocian E., *Rozliczenia majątkowe małżonków w stosunkach wzajemnych i wobec osób trzecich*, Warszawa 2013.
- Smoczyński T. (red.), *Prawo rodzinne i opiekuńcze, System Prawa Prywatnego*, t. 11, Warszawa 2009.
- Sokołowski T., *Intercyza małżonków w związku z uczestnictwem w spółce handlowej*, [w:] Z. Kuniewicz, K. Malinowska-Woźniak (red.), *Status prawny małżonków w spółkach cywilnych i handlowych*, Warszawa 2016, s. 40-70.
- Sokołowski T., *Swoboda intercyzy. Zakres modyfikacji małżeńskich ustrojów majątkowych*, Warszawa 2013.
- Szajkowski A., *Deklarowana jedność prawa cywilnego*, [w:] A. Dańko-Roesler, M. Leśniak, M. Skory, B. Sołtys (red.), *Iusest ars boni et aequi. Księga pamiątkowa dedykowana Profesorowi Józefowi Frąckowiakowi*, Wrocław 2018.

- Szajkowski A., *Pojęcie i systematyka prawa spółek*, [w:] A. Szajkowski (red.), *Prawo spółek osobowych*, System Prawa Prywatnego, t. 16, Warszawa 2016.
- Szajkowski A., *Postulat spójności Kodeksu spółek handlowych z Kodeksem cywilnym*, [w:] J. Pisuliński, F. Zoll (red.), *Rozprawy z prawa cywilnego, własności intelektualnej i prawa prywatnego międzynarodowego. Księga pamiątkowa dedykowana prof. B. Gawlikowi*, Warszawa 2012, s. 541-558.
- Szajkowski A., *Wyłączenie wstąpienia do spółki z o.o. współmałżonka współnika (uwagi na tle nowelizacji k.s.h.)*, [w:] J. Barta (red.), *Księga Pamiątkowa ku czci Profesora Janusza Szwaji. Prace z Wynalazczości i Ochrony Własności Intelektualnej*, Kraków 2004, s. 289-300.
- Szpunar A., *Przesunięcia między majątkiem wspólnym i odrębnym małżonków*, „Nowe Prawo” 1989, nr 2-3, s. 3-16.
- Szumański A., *Status prawny małżonka w spółce kapitałowej w sytuacji, gdy objęcie albo nabycie praw udziałowych w spółce jest finansowane z majątku wspólnego małżonków*, „Monitor Prawniczy” 2015, dod. do nr. 7.
- Tarska M., *Małżeński reżim majątkowy a status prawny małżonka współnika osobowej spółki handlowej*, [w:] Z. Kuniewicz, K. Malinowska Woźniak (red.), *Status prawny małżonków w spółkach cywilnych i handlowych*, Warszawa 2016, s. 17-39.
- Tarska M., *Odpowiedzialność członków zarządu za naruszenie ładu korporacyjnego w zakresie udziałów współnika objętych wspólnością majątkową małżeńską*, [w:] K. Bilewska (red.), *W poszukiwaniu optymalnego modelu ustroju spółki handlowej – efektywność zarządzania i nadzoru*, Warszawa 2018, s. 320-326.
- Tarska M., *Sytuacja prawna małżonków jako współwspólników spółki z o.o.*, [w:] A. Dańko-Roesler, M. Leśniak, M. Skory, B. Sołtys (red.), *Iusest ars boni et aequi. Księga pamiątkowa dedykowana Profesorowi Józefowi Frąckowiakowi*, Wrocław 2018.
- Wierciński J. (red.), *Kodeks rodzinny i opiekuńczy. Komentarz*, Warszawa 2014, LEX.
- Zdanikowski P., *Prawo udziałowe w spółce kapitałowej jako przedmiot majątku wspólnego małżonków*, „Palestra” 2006, nr 9-10.



Dr Grzegorz Nita-Jagielski
ORCID: 0000-0001-5783-4581
Instytut Nauk Prawnych PAN
g.nita-jagielski@inp.pan.pl

Umowa pomiędzy spółką dominującą a zależną jako podstawa wywierania wpływu na spółkę zależną

**Agreement between the parent company and the subsidiary as the basis
for exercising the influence on the subsidiary**

Abstrakt

Powiązania pomiędzy podmiotami w grupie zakładają możliwość i potrzebę wywierania wpływu przez spółkę dominującą (kontrolującą) na spółki zależne. Przedmiotem analizy jest możliwość wykorzystania instrumentów umownych: czy spółka dominująca może zawrzeć ze spółką zależną umowę, na podstawie której zastrzeżona dla niej zostanie kompetencja do oddziaływania decyzyjnego na spółkę zależną. Polskie prawo, w przeciwieństwie np. do niemieckiego, nie zawiera unormowania koncernowych umów o podporządkowanie. Przy braku stosownych regulacji nie jest dopuszczalne zawarcie umowy przewidującej oddziaływanie przez spółkę dominującą na spółkę zależną z konsekwencjami organizacyjnymi (ustrojowymi). Umowy takie nie mieszczą się w granicach swobody umów (wolności statutowej); niezależnie od tego umowa ze spółką dominującą nie jest właściwym instrumentem regulacyjnym odnośnie kompetencji organów spółki zależnej, gdyż jest to materia regulacji statutowej (umownej).

Słowa kluczowe: spółka dominująca, spółka zależna, umowa o podporządkowanie, umowa o zarządzanie, wywieranie wpływu, swoboda umów

Abstract

The links between the entities in the group assume the possibility and the need for the parent company (controlling) to exert influence over the subsidiaries. The subject of the analysis was the possibility of using contractual instruments: whether the parent company can agree with a subsidiary, based on which the competence to influence the decision on the subsidiary will be reserved for it. Polish law, unlike, for example, German law, does not provide for any regulation of corporate subordination agreements. In the absence of relevant regulations, it is not allowed to conclude an agreement providing for an influence by the parent company on a subsidiary with organizational (systemic) consequences. Such contracts do not fall within the limits of freedom of contract (statutory freedom). Regardless of this, the agreement with the parent company is not an appropriate regulatory instrument concerning the competencies of the subsidiary's governing bodies, as it is a matter of statutory (contractual) regulation.

Keywords: parent company, subsidiary company, subordination contract, management contract, influence, freedom of contract

1. Uwagi wstępne

Powiązania pomiędzy podmiotami w grupie zakładają możliwość i potrzebę wywierania wpływu¹ przez spółkę dominującą (kontrolującą) na spółki zależne. Jest to mechanizm określany m.in. jako decydujący wpływ², władczy wpływ³, kontrola⁴, kierownictwo⁵, koordynacja⁶. Chodzi w każdym razie o wpływanie

¹ Określenie „wywieranie wpływu” używane tu jest dla oznaczenia różnych form oddziaływania spółki dominującej na decyzje podejmowane przez spółkę zależną; zamiennie stosowane będzie określenie „oddziaływanie decyzyjne”.

² Zob. np. art. 4 § 1 pkt 4 lit. f ustawy z dnia 15 września 2000 r. – Kodeks spółek handlowych, t.j. Dz.U. 2017, poz. 1577 z późn. zm.

³ W prawie niemieckim – *beherrschender Einfluss* jako przesłanka dominacji (§ 17 ust. 1 niem. *Aktiengesetz*; *vide infra*).

⁴ Zob. np. art. 3 ust. 1 pkt 34 i 37 ustawy z dnia 29 września 1994 r. o rachunkowości, t.j. Dz.U. 2018, poz. 395 – kontrola nad inną jednostką jest kluczowym elementem definicji jednostki dominującej.

⁵ Np. w prawie niemieckim – jako przesłanka koncernu (niem. *einheitliche Leitung* – jednolite kierownictwo); zob. § 18 ust. 1 niem. *Aktiengesetz*; określenie to jest też używane w prawie włoskim (*direzione* – zob. art. 2497 włoskiego kodeksu cywilnego; dekret z 16 marca 1942 r. nr 262).

⁶ Zob. art. 2497 włoskiego kodeksu cywilnego (*vide supra*) – wł. *coordinamento*.

przez spółkę dominującą na decyzje spółki zależnej. Władza nad spółką zależną nie jest jednak celem samym w sobie. Spółka dominująca wykorzystuje swe władztwo względem zależnej po to, aby spółka zależna w obszarze, który został jej przydzielony, uczestniczyła w realizacji interesów spółki dominującej bądź też interesów grupy spółek, którą współtworzy⁷.

Podstawy (źródła) prawne dzięki którym spółka dominująca realizuje takie cele są różne. Może wykorzystywać w szczególności prawa korporacyjne posiadane w spółce zależnej (prawo głosu), układy organizacyjne (np. prawo powoływania członków organów spółki zależnej) i faktyczne. Tu natomiast przedmiotem analizy będzie możliwość wykorzystania instrumentów umownych: czy spółka dominująca może zawrzeć ze spółką zależną umowę, na podstawie której zastrzeżona dla niej zostanie kompetencja do oddziaływania decyzyjnego na spółkę zależną. Instrument umowny *prima facie* jest niewątpliwie dogodny. Daje obu stronom stabilizację, wzmacnia pewność prawną, a poza tym legitymizuje prawnie aktywną pozycję spółki dominującej. Rodzi się jednak fundamentalne pytanie, na ile instrumenty obligacyjne są tu właściwą metodą regulacyjną, czy można umownie ingerować w sferę autonomii innego podmiotu, a nawet modyfikować ustrojowe reguły kompetencyjne w spółce zależnej.

Przedstawiane w artykule analizy odnoszą się do problematyki umownego regulowania relacji pomiędzy spółkami w grupie spółek⁸, a zatem do sytuacji, gdy strony umowy są już w stosunku dominacji. Inną kwestią jest to, czy strony (spółki) ze sobą nie powiązane taką relacją mogą zawrzeć umowę o podporządkowanie decyzyjne jednej względem drugiej i jakie to będzie miało implikacje w świetle przepisów prawa spółek⁹.

⁷ Rozróżnienie tych płaszczyzn interesu jest tu tylko sygnalizowane, wymaga osobnego opracowania.

⁸ Zasadniczo rozważaniami objęto umowy, których stroną są powiązane relacją dominacji spółki kapitałowe, gdyż takie właśnie umowy bywają zawierane w praktyce obrotu.

⁹ Zagadnienie to pozostawione zostanie poza obszarem poniższych rozważań.

2. Tło prawnoporównawcze

2.1. Regulacje umowy o podporządkowanie w prawie niemieckim

Umowa umożliwiająca spółce dominującej daleko idące oddziaływanie decyzyjne na spółkę zależną została szczegółowo uregulowana w prawie niemieckim (zob. § 291 i nast. AktG¹⁰). Jest to umowa o podporządkowanie (władztwo – niem. *Beherrschungsvertrag*)¹¹, stanowiąca jeden z typów umów dotyczących przedsiębiorstwa (niem. *Unternehmensverträge*). U podłoża tej regulacji leżało założenie, iż dla wywierania przez spółkę dominującą władczego wpływu na spółkę zależną konieczna jest wyraźna podstawa prawna. Uznano, że takie ograniczanie autonomii spółki zależnej można dopuścić tylko wówczas, gdy spółka ta wyrazi na to zgodę w umowie. Przyjęta formuła obligacyjna opierała się na dorobku orzecznictwa sądów pruskich w sprawach podatkowych. Jednocześnie zakładano pierwotnie, że bez takiej umowy wpływ faktyczny będzie zakazany; ostatecznie jednak go dopuszczono. Aby zaś skłonić strony do wejścia w układ umowny zastosowano metodę zachęty podatkowej: zawarcie umowy o podporządkowanie powodowało łączne opodatkowanie dochodów spółek będących jej stroną (tzw. *Organschaft*). Później z tego rozwiązania zrezygnowano¹², jednak umowy takie są nadal zawierane, choć w znacznie mniejszej skali, niż się to postrzega.

Zawierając taką umowę spółka akcyjna lub komandytowo-akcyjna¹³ poddaje się kierownictwu (niem. *Leitung*) innego przedsiębiorstwa. Podstawowym skutkiem tej umowy, unormowanym wyraźnie przez AktG, jest uprawnienie przedsiębiorstwa dominującego do wydawania spółce zależnej poleceń (niem. *Weisungen*). Mogą być wydawane również polecenia niekorzystne dla spółki zależnej, jeżeli służą one interesom przedsiębiorstwa dominującego lub innego

¹⁰ Ustawa z 6 października 1965 r. o akcjach (niem. *Aktiengesetz*), BGBl. I, S. 1089, zwana dalej: AktG.

¹¹ J. Warchoł, *Umowy koncernowe w prawie niemieckim i polskim*, Kraków 2001, s. 48, określa tę umowę jako „umowa o przekazanie kierownictwa”. Rozpowszechnione jest także określanie takich umów zbiorczo z pozostałymi mowami dotyczącymi przedsiębiorstwa jako „umowy koncernowe” (niem. *Konzernvertrag*), jakkolwiek AktG nie używa takiego określenia.

¹² Od 2002 r. dla doliczenia dochodu spółki zależnej do dochodu spółki dominującej wymagane jest zawarcie umowy o odprowadzanie zysków (niem. *Gewinnabführungsvertrag*) – § 14 niem. ustawy z 31 sierpnia 1976 r. o podatku dochodowym od osób prawnych (niem. *Körperschaftsteuergesetz*), BGBl. I S. 4144 z 2002 r., ze zm.

¹³ Pomimo braku w tej sprawie regulacji powszechnie uznaje się, że również spółka z ograniczoną odpowiedzialnością (niem. *Gesellschaft mit beschränkter Haftung*) może zawrzeć taką umowę.

przedsiębiorstwa powiązanego koncernowo ze spółką dominującą i zależną¹⁴. Zarząd spółki zależnej jest (co do zasady) zobowiązany wykonywać polecenia przedsiębiorstwa dominującego (§ 308 AktG). Zawarcie umowy o władztwo zmienia istotnie nie tylko strukturę kompetencyjną w spółce zależnej, ale też reguły odpowiedzialności organów. Zarząd spółki zależnej nie odpowiada za szkodę wyrządzoną zarządzanej spółce, jeśli wykonuje polecenie przedsiębiorstwa dominującego (§ 310 ust. 3 AktG). Za to odpowiedzialność za szkodę spółki zależnej mogą ponosić przedstawiciele przedsiębiorstwa dominującego (§ 309 AktG). Zawarcie umowy o władztwo zobowiązuje strony do zastosowania określonych zabezpieczeń interesów innych podmiotów – akcjonariuszy mniejszościowych i wierzycieli.

Niemiecki prawodawca uregulował umowę o podporządkowanie jako umowę o skutku organizacyjnym. Jest to wyraźnie widoczne, gdyż umowa modyfikuje fundamentalne reguły ustroju spółki zależnej. Zmienia się nie tylko pozycja prawna organów spółki, sytuacja prawna wspólników, ale również takie podstawowe konstrukcje, jak cel spółki i rozumienie jej interesów. Niemiecka doktryna uznaje, iż jest to umowa wywierająca skutki analogiczne jak zmiana statutu (stanowi „materialną” zmianą statutu)¹⁵. Nie sposób jednak nie zauważyć, że zmiany są jednak znacznie dalej idące, niż w przypadku zmiany statutu, gdyż w „klasycznej” spółce podobne efekty nie mogłyby być osiągnięte przez zwykłą zmianę statutu.

2.2. Dopuszczalność zawierania umów o podporządkowanie w innych systemach prawnych – wzmianka

W kilku europejskich systemach prawnych wzorując się na prawie niemieckim wprowadzono również koncepcję koncernu umownego (m.in. w Portugalii, Czechach, Słowenii i Chorwacji), a pewne założenia tej koncepcji wykorzystano też na Węgrzech¹⁶. Rozwiązania prawne tych państw przewidują możliwość zawarcia przez spółkę dominującą i zależną umowy o podporządkowanie (zarządzanie), z prawem do wydawania przez spółkę dominującą poleceń dla spółki zależnej. Regulacje wzorowane na pierwowzorze niemieckim wpro-

¹⁴ Powiązanie koncernowe zachodzi w wypadku, gdy przedsiębiorstwa pozostają pod jednolitym kierownictwem (niem. *einheitliche Leitung*) – zob. § 18 AktG.

¹⁵ V. Emmerich [w:] V. Emmerich, M. Habersack (red.), *Aktien- und GmbH-Konzernrecht*, München 2008, s. 123; T. Liebscher, *GmbH-Konzernrecht*, München 2006, s. 219; K. Schmidt, *Gesellschaftsrecht*, Köln-Berlin-Bonn-München 2002, s. 499-500.

¹⁶ Szerzej zob. G. Nita-Jagielski, *Tendencje europejskie w zakresie regulacji grup spółek (koncernów)*, [w:] J. Krucalak-Jankowska (red.), *Wpływ europeizacji prawa na instytucje prawa handlowego*, Warszawa 2013, s. 161-162.

wadzano też w Brazylii¹⁷ i w Turcji¹⁸. Podobne rozwiązania próbowano też wprowadzić do prawa wspólnotowego; jednakże projekt IX Dyrektywy z 1984 r. nie uzyskał ostatecznie akceptacji, a prace nad nim zostały zarzucone¹⁹.

W niektórych systemach prawnych zawieranie przez spółkę dominującą i zależną analogicznych umów o władztwo (podporządkowanie) uznaje się za dopuszczalne pomimo braku regulacji. Takie stanowisko – choć niejednolicie i nie bez wątpliwości – zajmuje doktryna na gruncie prawa austriackiego²⁰ i szwajcarskiego²¹. Dyskutowane są skutki takiej umowy, a zwłaszcza zakres możliwego oddziaływania decyzyjnego. Omawiane umowy (również pomimo braku szczegółowych unormowań) uznawane są w prawie rosyjskim, choć wywołują one liczne wątpliwości²². W większości systemów prawnych dopuszczalność zawierania takich umów jest kwestionowana²³.

¹⁷ Ustawa nr. 6.404 o spółkach akcyjnych z 15 grudnia 1976 r.; zob. też F. Konder Comparato, *Die Konzerne im neuen brasilianischen Aktiengesetz*, „Zeitschrift für Unternehmens- und Gesellschaftsrecht“ 1979, nr 4, s. 583 i nast.

¹⁸ W prawie tureckim sytuacja normatywna w zakresie umów o podporządkowanie jest z punktu widzenia niniejszych rozważań szczególnie interesująca, gdyż przypomina ona stan prawny w prawie polskim. Mianowicie turecki kodeks handlowy z 13 stycznia 2011 r. (nTHGB) stanowi, iż dominacja nad spółką może mieć podstawę m.in. w umowie (art. 195). Jednocześnie przewiduje, że w razie zawarcia umowy o podporządkowanie (tur. *hakimiyet sözleşmesi*) niezbędne jest dla jej skuteczności zgłoszenie do rejestru handlowego. Brak natomiast unormowania treści takich umów, co wywołuje w doktrynie podobne do zgłaszanych w Polsce wątpliwości co do możliwości ich zawierania; zob. G. Gündogdu, *Das türkische Konzernrecht im Lichte des schweizerischen und deutschen Rechts*, Frankfurt am Main 2014, s. 215 i nast.

¹⁹ Szerzej zob. G. Nita-Jagielski, *Tendencje europejskie...*, s. 166-168.

²⁰ Doktryna dopuszcza zawieranie takich umów przez zależne spółki z ograniczoną odpowiedzialnością (*Gesellschaft mit beschränkter Haftung*). Natomiast neguje taką możliwość w przypadku spółek akcyjnych. Zob. *Gesellschaftsrechtliche Probleme der Organschaft. Zugleich Beitrag zum Konzernrecht*, Wien 2004, s. 199-201, 218-219; P.V. Kuntz, *Konzernverträge: Möglichkeiten sowie Risiken*, „Grundlagen zum Konzernrecht der Schweiz“ 2017, nr 2, s. 172-184, https://boris.unibe.ch/101994/1/2017_GesKR_2.pdf [dostęp: 5.07.2018].

²¹ Zob. np. Peter V. Kunz, *Konzernverträge: Möglichkeiten sowie Risiken*, „Gesellschafts- und Kapitalmarktrecht“ 2017, nr 2, s. 177-178.

²² J. Telke, *Russisches Konzernrecht*, Berlin 2012, s. 53-55, 62-64, 126-129 i 134-135.

²³ Dyskusja w tej sprawie trwa np. w doktrynie włoskiej. Przepisy włoskiego kodeksu cywilnego wzmiankują wprawdzie o możliwości wywierania na spółkę wpływu kontrolnego na podstawie umowy (art. 2359 i art. 2497 *septies*), nie precyzując o jakie umowy chodzi. Przeważa jednak opinia, że regulacja ta nie oznacza dopuszczalności zawierania umów o podporządkowanie na podobieństwo umów znanych w prawie niemieckim; zob. A. Mohn, *Die Gesellschaftsgruppe im italienischen Recht. Eine Untersuchung unter besonderer Berücksichtigung der Entwicklung im Europäischem Recht*, Berlin-Boston 2012, s. 42-43.

3. Stan prawny w zakresie „umów przewidujących zarządzanie spółką zależną” w prawie polskim

3.1. Regulacja prawna

Prawo polskie na gruncie kodeksu handlowego nie odnosiło się do możliwości zawierania takich umów. Było to zrozumiałe, gdyż w okresie wprowadzania tego aktu (1934 r.) nie zakładano jeszcze takich potrzeb – w polskich realiach nie było wówczas rozwiniętych powiązań pomiędzy spółkami o charakterze dominacji-zależności. Również w latach 90. nie wprowadzono takich regulacji. Problematyka nie była wówczas bliżej rozpoznana, pojawiały się już jednak w tej sprawie wypowiedzi doktryny²⁴.

Dopiero przepisy kodeksu spółek handlowych zmieniły ten stan. Zgodnie z art. 7 w razie zawarcia przez spółkę dominującą i zależną „umowy przewidującej zarządzanie spółką zależną” strony są zobowiązane ujawnić tę umowę przez zgłoszenie do akt rejestrowych wyciągu z tej umowy zawierającego postanowienia określające zakres odpowiedzialności spółki dominującej za szkodę wyrządzoną spółce zależnej z tytułu niewykonania lub nienależytego wykonania umowy oraz zakres odpowiedzialności spółki dominującej za zobowiązania spółki zależnej względem wierzycieli (w braku umownej regulacji takiej odpowiedzialności również zobowiązane są to ujawnić). Sankcją za niedopełnienie tych obowiązków w stosownym terminie jest nieważność postanowień ograniczających lub wyłączających odpowiedzialność spółki dominującej wobec spółki zależnej lub jej wierzycieli. Regulację tę uzupełnia wymóg, aby o zawarciu takiej umowy zdecydowało zgromadzenie wspólników lub walne zgromadzenie (art. 228 pkt 6 i art. 393 pkt 7 k.s.h.). Ponadto przewidziano, iż wywieranie decydującego wpływu (w szczególności) na podstawie takiej umowy jest jedną z podstaw dominacji (art. 4 § 1 p. 4 lit. f k.s.h.). Można wszakże na marginesie zauważyć, że unormowanie to w zestawieniu z przepisem art. 7 k.s.h. budzi wątpliwości; wynika bowiem z niego, że przesłanką (jak się wydaje samoistną) dominacji jest wykonywanie „umowy przewidującej zarządzanie spółką zależną”, podczas gdy umowa ta ma być zawierana właśnie pomiędzy spółką dominującą i spółką zależną²⁵.

²⁴ Zob. np. L. Stecki, *Koncern*, Toruń 2001, s. 243 i nast. Pogląd o niedopuszczalności zawierania takich umów na gruncie k.s.h. wraził A. Opalski, *Koncern w polskim prawie spółek – porównanie z prawem niemieckim*, „Przegląd Prawa Handlowego” 1998, nr 7, s. 21.

²⁵ Na pierwszy rzut oka wydaje się, że mamy tu do czynienia ze swoistym błędnym kołem we wnioskowaniu (*petitio principii*). Przesłanką dominacji ma być wykonywanie umowy, która może być zawarta w przypadku istnienia dominacji. Ponieważ niniejsze rozważania

3.2. Znaczenie regulacji art. 7 k.s.h. dla możliwości ustalenia treści umów o wywieranie wpływu na spółkę zależną

Nowe regulacje spotkały się z żywym zainteresowaniem w doktrynie. Niemniej pomimo upływu 20 lat od ich wprowadzenia nie udało się rozstrzygnąć niektórych fundamentalnych zagadnień.

Kwestią nie budzącą zasadniczych wątpliwości jest to, czy na gruncie art. 7 k.s.h. mamy do czynienia z regulacją treści umów odnoszących się do zarządzania spółką zależną przez dominującą. Wspomniany przepis nie normuje treści takiej umowy. Jedyne wskazówki w tej materii pozwalają stwierdzić, że ustawodawca ma na myśli umowy dotyczące zarządzania, których przedmiotem są regulacje relacji zachodzących w związku z dominacją (wniosek taki wynika ze sposobu określenia stron)²⁶ oraz że mogą w niej być zawarte postanowienia dotyczące odpowiedzialności spółki dominującej i te postanowienia uznaje za ważne, gdyż nakazuje je ujawnić w rejestrze. Ale to nie pozwala uznać, że jest to wystarczające dla „odkodowania” elementów przedmiotowo istotnych²⁷. Ustawodawca nie wypełnia też regulacjami treści stosunku prawnego między stronami, jak to czyni w przypadku typowych nazwanych umów obligacyjnych. Nie czyni tego w żadnym z istotnych aspektów: ani co do zasad zarządzania, zwłaszcza kwestii kompetencyjnych, sposobu oddziaływania decyzyjnego czy też jego dopuszczalnego zakresu. Regulacja art. 7 k.s.h. nie zawiera zatem unormowania „umowy przewidującej zarządzanie spółką zależną” jako umowy nazwanej. Jak wyżej przytoczono, przewiduje jedynie pewne dalsze konsekwencje zawarcia umowy podpadającej pod tę regulację, które są zasadniczo „zewnętrzne” względem nawiązanego stosunku obligacyjnego, tzn. nie odnoszą się do samej relacji „zarządzania spółką zależną”.

dotyczą prawnych instrumentów oddziaływania decyzyjnego na spółkę zależną a nie skutków tego dla stosowania restrykcji związanych z zaistnieniem stosunku dominacji, to kwestia ta nie będzie przedmiotem dalszych analiz.

²⁶ Część doktryny akcentuje tę kwestię uznając, że umowy te muszą mieć „cel holdingowy”. M. Wojtyczek, *Dopuszczalność zawierania tzw. umów holdingowych w świetle przepisów kodeksu spółek handlowych*, „Prawo Spółek” 2002, nr 5, s. 29-30; A. Szumański, *Ograniczona regulacja prawa holdingowego (prawa grup spółek) w kodeksie spółek handlowych*, „Państwo i Prawo” 2001, nr 3, s. 24.

²⁷ Jest to pogląd przeważający w doktrynie. Wprawdzie pojawiają się w piśmiennictwie wypowiedzi dotyczące *essentialia negotii* takich umów (zob. np. P. Wąż, *Kodeks spółek handlowych jako źródło polskiego prawa koncernowego*, „Przegląd Prawa Handlowego” 2008, nr 6, s. 45), ale jest to raczej jedynie uproszczenie – określenie to jest używane nie w takim znaczeniu, jak w przypadku umów nazwanych.

Regulacje te traktują zatem zagadnienie umów pomiędzy spółką dominującą i spółką zależną od innej strony: przewidują jakie będą obowiązki w zakresie publicznego ujawniania i pewne dalsze konsekwencje prawno-spółkowe w razie zawarcia takiej umowy. Sama zaś umowa określana jest jedynie przez wskazanie jej przedmiotu – jako „umowa przewidująca zarządzanie spółką zależną”. Problemem na gruncie art. 7 k.s.h. jest zatem to, jakie umowy podlegają pod tę kategorię umów.

Już pobieżna refleksja pozwala stwierdzić, że tym wypadku nie chodzi o umowy nazwane. W polskim systemie prawnym nie są bowiem unormowane umowy, które regulują zarządzanie jednego podmiotu przez inny w związku z zachodzącymi między nimi powiązaniami²⁸. W doktrynie wyjaśniono, że nie chodzi tu o umowę o zarządzanie cudzym przedsiębiorstwem (umowę menadżerską)²⁹. Umowa menadżerska służy bowiem innym celom – jest postacią umowy o usługi dla zarządzanego przedsiębiorstwa, w której funkcje służebne pełni zarządzający, podczas gdy na gruncie przepisu art. 7 k.s.h. spółka zarządzająca ma pozycję dominującą. W przepisie tym ustawodawca ma na uwadze umowy, które swym przedmiotem dotyczą regulacji relacji dominacja–zależność.

W doktrynie prezentowane są różne stanowiska co do tego, na jakie umowy wskazuje ustawodawca w art. 7 k.s.h. Część doktryny uznaje, iż chodzi tu o umowy o analogicznej konstrukcji, jak niem. *Beherrschungsvertrag*³⁰. Zbliżony do tego jest pogląd, iż chodzi o empiryczne postacie tzw. umów strukturalnych, tj. tworzących struktury organizacyjne pomiędzy spółką dominującą oraz zależną i określających w sposób trwały konsekwencje prawne stosunku dominacji³¹. W każdym razie takie umowy miałyby prowadzić do

²⁸ Unormowane umowy o podobnej tytulaturze (np. umowa o zarządzanie przedsiębiorstwem na podstawie art. 45a ustawy z dnia 25 września 1981 r. o przedsiębiorstwach państwowych, t.j. Dz.U. 2017, poz. 2152; podobna umowa wg nieobowiązującego już art. 17 ustawy z dnia 30 sierpnia 1996 r. o komercjalizacji i niektórych uprawnieniach pracowników, t.j. Dz.U. 2018, poz. 2170 dotyczą innej problematyki – świadczenia usług zarządzania.

²⁹ M. Wojtyczek, *Dopuszczalność zawierania...*, s. 31-32.

³⁰ J. Warchoł, *Umowy koncernowe...*, s. 60-62; podobnie (choć z nieco innym uzasadnieniem) J. Schubel, G. Domański, *Krytycznie o projekcie prawa grup spółek*, „Przegląd Prawa Handlowego” 2011, nr 5, s. 11; jak się wydaje tak też (choć z zastrzeżeniami) R.L. Kwaśnicki, M. Przygrodzka, *Umowy holdingowe w prawie prywatnym oraz holdingowym*, „Radca Prawny” 2005, nr 4, s. 49-51; T. Staranowicz, *Regulacja prawna holdingu w K.S.H.*, „Radca Prawny” 2003, nr 6, s. 87. Podobnie – choć bez bliższej charakterystyki – T. Leipert, *Istota koncernu a art. 4 § 1 pkt f k.s.h.*, „Przegląd Prawa Handlowego” 2006, nr 2, s. 53 i 57 oraz M. Romanowski, *Pojęcie spółki dominującej w kodeksie spółek handlowych*, „Państwo i Prawo” 2004, nr 5, s. 45.

³¹ A. Szumański, *Ograniczona regulacja prawa...*, s. 24.

istotnych zmian ustrojowych w spółce zależnej, polegających w szczególności na zmianie celu jej działalności, zmianie w kompetencjach jej organów i modyfikacji sytuacji prawnej jej wspólników³². Prezentowany jest też bardziej ostrożny pogląd, iż na gruncie art. 7 k.s.h. chodzi o umowy, które wprawdzie mają „organizacyjny” charakter i zapewniają podobne możliwości oddziaływania spółki dominującej na zależną, jak wg wyżej zreferowanego poglądu, niemniej wywierają jedynie skutki obligacyjne³³. Wreszcie najbardziej sceptyczny względem omawianej regulacji pogląd zakłada, że z racji na sprzeczność z przepisami ustrojowymi prawa spółek nie ma możliwości zawierania umów przewidujących zarządzanie spółką zależną, a zatem regulacja art. 7 k.s.h. jest pusta³⁴.

Pośród przytoczonych stanowisk dopuszczających zawieranie umów dotyczących zarządzania spółką zależną widoczne są pewne wspólne elementy. Przede wszystkim umowy te są uznawane za umowy nienazwane³⁵. Są one zazwyczaj postrzegane jako umowy samoistnie regulujące relacje pomiędzy spółkami w związku z dominacją, różnie określane w doktrynie³⁶. W piśmiennictwie została jednak wyrażona opinia, że może tu również chodzić o inne umowy – tzw. funkcjonalne, w których zawarte są postanowienia dotyczące oddziaływania decyzyjnego na spółkę zależną (np. umowa leasingu,

³² J. Warchoł, *Umowy koncernowe...*, s. 61-62; A. Szumański, *Ograniczona regulacja prawa...*, s. 30 zwraca natomiast uwagę na możliwość ustanowienia zarządu holdingu, który przejmie kompetencje zarządu spółki zależnej w zakresie zarządzania strategicznego, pozostawiając zarządowi spółki zależnej zarządzanie bieżące.

³³ S. Włodyka, *Prawo koncernowe*, Kraków 2003, s. 104-105; M. Wojtyczek, *Dopuszczalność zawierania...*, s. 32-33; T. Targosz, *Art. 7 k.s.h. – czy rzeczywiście załączek regulacji prawa holdingowego?*, „Rejent” 2003, nr 1, s. 116-117; P. Wąż, *Kodeks spółek handlowych jako źródło polskiego prawa koncernowego*, „Przegląd Prawa Handlowego” 2008, nr 6, s. 48-48; P. Wąż, *Koncern umowny w prawie polskim*, „Prawo Spółek” 2007, nr 11, s. 20-21; M. Stanik, *Zasada przejrzystości stosunków korporacyjnych w polskim prawie grup spółek*, Warszawa 2017, s. 90-91, 94-99. Stanowiska zwolenników tego sposobu pojmowania umowy przewidującej zarządzanie spółką zależną różnią się w szczególności. Niektóre nie są też w pełni konsekwentne co do braku ustrojowych skutków umowy.

³⁴ Tak m.in. A. Opalski, *Prawo zgrupowań spółek*, Warszawa 2012, s. 258.

³⁵ A. Szumański, *Ograniczona regulacja prawa...*, s. 29, stwierdza, że są to w istocie powtarzające się klauzule umowne, które indywidualizują tę umowę jako tzw. empiryczny typ umowy. W sprawie umów nienazwanych zob. szerzej W.J. Katner [w:] W.J. Katner (red.), *Prawo zobowiązań – umowy nienazwane*, System Prawa Prywatnego, t. 9, Warszawa 2010, s. 1 i nast.

³⁶ Jako „umowa przewidująca zarządzanie” – M. Wojtyczek, *Dopuszczalność zawierania...*, s. 32; jako „umowa o przekazanie kierownictwa” – J. Warchoł, *Umowy koncernowe...*, s. 63.

franchisingu, licencji)³⁷. Wspólnym mianownikiem większości przytoczonych stanowisk jest również to, iż za podstawę dla dopuszczalności i ukształtowania treści umów przewidujących zarządzanie spółką zależną uznaje się nie art. 7 k.s.h., lecz zasadę swobody umów (art. 353¹ k.c.)³⁸. Jednakże mając na względzie przytoczone wyżej różne ujęcia umów w przedmiocie zarządzania spółką zależną, zauważyć należy, że zachodzą fundamentalne różnice co do możliwości stosowania tej zasady w odniesieniu do omawianych umów w zależności od ich konstrukcji.

Regulacja art. 7 k.s.h. nie ma znaczenia rozstrzygającego dla ustalenia kształtu prawnego umów dotyczących zarządzania spółką zależną i ostatecznie możliwości „zarządzania spółką zależną” będą musiały być ustalane według zasad ogólnych, przede wszystkim zasady swobody umów. W związku z tym w dalszych rozważaniach przyjęta zostanie nieco szersza optyka. Rozważania będą dotyczyły nie umów o zarządzanie, ale umów dających możliwości wywierania wpływu na spółkę zależną, przy czym część z nich może oczywiście być umowami przewidującymi zarządzanie spółką zależną w rozumieniu art. 7 k.s.h.).

4. Umowy przewidujące oddziaływanie decyzyjne spółki dominującej na zależną a zasada swobody umów – kwestie wyjściowe

Poczynione wyżej ustalenie, iż regulacja zawarta w art. 7 k.s.h. nie wyznacza reżimu umów o wywieranie przez spółkę dominującą wpływu na spółkę zależną przenosi rozważania na inny obszar – w jego centrum znajduje się kwestia, czy i ewentualnie z jaką treścią umowy te mogą być zawierane na zasadzie swobody kontraktowej. Podkreślić wypada, że jeśli prawne ramy autonomii woli stron stałyby temu na przeszkodzie, to umowy takie w ogóle nie mogłyby być zawierane³⁹. Brak bowiem w tym zakresie szczególnej normy kompetencyjnej⁴⁰.

³⁷ T. Targosz, *Art. 7 k.s.h...*, s. 113. W takiej sytuacji stosowne postanowienia (klauzule) właściwe dla umowy przewidującej zarządzanie spółką zależną mogłyby też znaleźć się w umowie nazwanej.

³⁸ A. Szumański, *Ograniczona regulacja prawa...*, s. 29; M. Wojtyczek, *Dopuszczalność zawierania...*, s. 30; S. Włodyka, *Prawo koncernowe...*, s. 96-97; z wątpliwościami T. Targosz, *Art. 7 k.s.h...*, s. 115 i 131; R.L. Kwaśnicki, M. Przygodzka, *Umowy holdingowe...*, s. 49-51.

³⁹ Tak A. Opalski [w:] W.J. Katner (red.), *Prawo zobowiązań...*, s. 934-941; P. Moskała, *Prawne instrumenty zarządzania...*, s. 242 i nast.

⁴⁰ Nie jest nią przepis art. 7 k.s.h.

Swoboda dokonywania czynności prawnych wynika już z przepisów ogólnych dotyczących czynności prawnych (zwłaszcza z art. 56 k.c.). Ogólne reguły autonomii woli stron gwarantują swobodę m.in. w odniesieniu do decyzji o wejściu w dany stosunek prawny i wyborze kontrahenta. W rozważanym przypadku powstaje jednakże problem, iż strony nie są w równorzędnej pozycji i umowa może zostać narzucona spółce zależnej przez spółkę dominującą. Jest to jednak osobna kwestia, która nie będzie tu rozważana. Centralnym problemem jest natomiast to, jakie są granice swobody treści umowy w odniesieniu do możliwości oddziaływania decyzyjnego spółki dominującej na zależną w świetle obowiązującego prawa, a zwłaszcza przepisu art. 353¹ k.c.

Na pytanie o stosowanie zasady swobody umów do umów przewidujących wywieranie wpływu na spółkę zależną przez spółkę dominującą nie można udzielić odpowiedzi bez analizy konkretnych konstrukcji umownych. W pierwszej kolejności ocena zależy od tego, jaki charakter ma mieć ta umowa: czy ma to być umowa modyfikująca ustrój wewnętrzny spółki, czy też jedynie umowa o skutkach obligacyjnych. Dopuszczalność postanowień umownych odnośnie wywierania wpływu na spółkę zależną jest uwarunkowana konstrukcją prawną umowy, czyli tym, jakie skutki prawne zostały przewidziane przez strony umowy.

Umieszczenie i treść przepisu art. 353¹ k.c. wskazują, że odnosi się on do umów obligacyjnych. Jednakże przyjmuje się, że ma on zastosowanie również do umów i statutów spółek handlowych⁴¹. Także umowne regulowanie stosunków ustrojowych spółek następuje zasadniczo według reguł autonomii woli – w ramach wyznaczonych przez prawo spółek. Część doktryny wprawdzie odnosi się do tej tezy powściągliwie⁴², niemniej jednak w prawie ustrojowym

⁴¹ Zob. m.in. M. Tarska, *Zakres swobody umów w spółkach handlowych*, Warszawa 2012, s. 91 i nast.

⁴² Zob. J. Lic, S. Włodyka [w:] M. Stec (red.), *Prawo umów handlowych*, System Prawa Handlowego t. 5, Warszawa 2017, s. 491-492; S. Włodyka, *Prawo koncernowe*, Kraków 2003, s. 97-98; W. Popiołek [w:] W. Pyziół (red.), *Kodeks spółek handlowych*, Warszawa 2008, s. 28; J. Kruczałak-Jankowska, *Umowy o zarządzanie przedsiębiorstwem – próba systematyzacji*, „Gdańskie Studia Prawnicze” 2009, nr 21, s. 353-364; T. Targosz, *Art. 7 k.s.h.*, s. 116; M. Wojtyczek, *Dopuszczalność zawierania tzw. umów holdingowych w świetle przepisów kodeksu spółek handlowych*, „Prawo Spółek” 2002, nr 5, s. 31; P. Wąż, *Kodeks spółek handlowych jako źródło polskiego prawa koncernowego*, „Przegląd Prawa Handlowego” 2008, nr 6, s. 49; R. Szczęsny, *Konieczność zatwierdzenia umowy holdingowej przez akcjonariuszy spółek handlowych*, „Przegląd Prawa Handlowego” 2006, nr 5, s. 55; A. Radwan, T. Regucki, *The Possibilities for and Barriers to Sustainable Companies in Polish Company Law*, University of Oslo Faculty of Law Research Paper, nr 2012-32, s. 35-36; M. Stanik, *Zasada przejrzystości stosunków korporacyjnych w polskim prawie grup spółek*, Warszawa 2017, s. 97-101.

spółek kwestią jest nie samo stosowanie, ale zakres swobody kontraktowej, który jest – zwłaszcza w przypadku spółek kapitałowych – istotnie ograniczony⁴³. Swoboda umów w przypadku spółek handlowych polega na wolności kształtowania treści umowy lub statutu, stąd też czasem zwana jest autonomią statutową⁴⁴. Zakres tej swobody w odniesieniu do ustroju spółki jest istotnie ograniczony licznymi przepisami imperatywnymi i ustawową konstrukcją spółek jako jednostek organizacyjnych. Z tego względu ukształtowanie ustroju spółki odbiegającego od imperatywnie określonego w przepisach prawa nie jest dopuszczalne. Nie można tego uczynić ani przez postanowienia umowy (statutu) ani tym bardziej przez zawarcie umowy z innym podmiotem. Dalszej analizy wymaga problem, czy uwagi te są aktualne w odniesieniu do umowy przewidującej zarządzanie spółką zależną ze skutkiem ustrojowym.

W odniesieniu do umowy o oddziaływanie przez spółkę dominującą na zależną ze skutkiem obligacyjnym stosowanie reguły swobody umów nie budzi zasadniczych wątpliwości. Umowa taka nie ma bowiem na celu modyfikacji ustroju wewnętrznego spółki, lecz kształtowanie zewnętrznych stosunków prawnych spółki. Jest to umowa przynależąca do prawa zobowiązań⁴⁵. W odniesieniu do takich umów pole autonomii woli stron, zwłaszcza co o treści umowy, *prima facie* wydaje się szerokie. Jest to jednak umowa nienazwana, jej treść wyznaczają ogólne ramy określone w art. 353¹ k.c. Jednak z uwagi na to, że umowa taka ze względu na swą specyfikę dotyka newralgicznego obszaru autonomii spółki zależnej, możliwości jej kształtowania mogą być faktycznie ograniczone, zwłaszcza w zakresie ingerencji w swobodę decyzyjną spółki zależnej i jej interesy. Kwestie te wymagają szerszej analizy.

⁴³ Zob. M Tarska, *Zakres swobody umów...*, dz.cyt.; K. Szmid, *Natura stosunku spółki akcyjnej jako delimitacja zasady swobody umów w prawie polskim i amerykańskim*, Warszawa 2015, s. 93 i nast.

⁴⁴ Zob. w prawie niemieckim K. Schmidt, *Gesellschaftsrecht...*, s. 83 i nast.

⁴⁵ Z tego powodu w doktrynie zwraca się uwagę, że umowy te należą do materii kodeksu cywilnego i jeśli ustawodawca zdecydowałby się na ich unormowanie, to tam jest właściwe miejsce regulacji; A. Szumański, *Ograniczona regulacja prawa...*, s. 28. Trafność tego spostrzeżenia zależy jednak od charakteru jaki taka umowy uzyskaby w ewentualnej regulacji. Gdyby miała to być umowa o charakterze ustrojowym (organizacyjnym), to z pewnością właściwym miejscem regulacji powinien być k.s.h.

5. Problem dopuszczalności zawarcia umowy przewidującej wywieranie przez spółkę dominującą wpływu na spółkę zależną ze skutkami ustrojowymi

Umowa o wywieranie wpływu na spółkę zależną o skutkach organizacyjnych (ustrojowych) polegałaby na tym, że spółka dominująca podejmowałaby decyzje skuteczne wewnątrznie względem (organów) spółki zależnej. Stanowiłaby ona umowę organizacyjną w ścisłym sensie – kształtującą ustrój organów wewnętrznych jednostki organizacyjnej mającej podmiotowość prawną. Nie chodziłoby w tym wypadku o umowę organizacyjną (inaczej: ustrojową) w szerszym znaczeniu – organizującą współpracę pomiędzy dwoma podmiotami i mogąca być podstawą do utworzenia jednostki organizacyjnej nie mającej podmiotowości prawnej, np. konsorcjum. Umowy takie mogą również być źródłem koordynacji działalności spółki dominującej. Podlegają one regułom swobody umów, a samo ewentualne oddziaływanie stron względem siebie ma charakter kontraktowy (zob. pkt. 6). Przedmiotem rozważań będą umowy wywierające kwalifikowane skutki organizacyjne: ustrojowe konsekwencje wewnątrz podmiotu prawnego (osoby prawnej). Jak już wyżej wspomniano, takie umowy są unormowane w niektórych systemach prawnych, przede wszystkim w prawie niemieckim.

Pozycja decyzyjna spółki dominującej według takiej umowy byłaby taka, jakby była ona dodatkowym organem spółki zależnej, mającym umocowanie w wewnętrznym prawie ustrojowym spółki zależnej. Nastąpiłoby swoiste zinternalizowanie spółki dominującej (bądź jej organu zarządzającego) do struktury wewnętrznej spółki zależnej. Dla zarządu spółki zależnej stan związania decyzją spółki dominującej miałby charakter organizacyjny, jak w typowej spółce, z tym że jego źródłem byłaby nie decyzja własnego organu, lecz podmiotu formalnie zewnętrznego. Taka sytuacja ma miejsce na gruncie prawa niemieckiego w przypadku umowy o podporządkowanie (niem. *Beherrschungsvertrag*), na podstawie której spółka dominująca może podejmować decyzje wiążące zarząd spółki zależnej i komunikować mu je w formie wiążącego polecenia. Doktryna niemiecka podkreśla, że umowa o podporządkowanie ma charakter organizacyjny (ustrojowy), a jej zawarcie ma sens analogiczny, jak zmiana umowy spółki zależnej. W przypadku takiej konstrukcji umowy rozstrzygałaby ona relacje kompetencyjne pomiędzy organami spółki zależnej i jej *quasi* organem – spółką dominującą⁴⁶.

⁴⁶ Można na marginesie wspomnieć, że dalej idący wariant ukształtowania umowy o skutku ustrojowym, w którym zarząd spółki dominującej mógłby na jej podstawie zastąpić

Jak wyżej wspomniano (ppkt. 3.2.), część doktryny polskiej dopuszcza umowę o takich skutkach. Stanowisko takie jest najczęściej zajmowane bez bliższej charakterystyki konsekwencji takiej umowy, a jedynie przez ogólne odwołanie się do możliwości konstruowania umowy analogicznej do *Beherrschungsvertrag* w prawie niemieckim.

Przyjęcie takich konsekwencji prawnych umowy przewidującej oddziaływanie decyzyjne na zależną byłoby możliwe wówczas, gdyby wynikało to z przepisów prawa. Jednakże w prawie polskim taka sytuacja nie zachodzi. Mimo to część polskiej doktryny zakłada, iż z przepisu art. 7 k.s.h. można odczytać milczącą wolę ustawodawcy, który wzmiankując o umowie przewidującej zarządzanie spółką zależną miał na względzie właśnie umowę ustrojową na wzór niemiecki. Prezentowany jest też pogląd, iż ustawodawca w art. 7 k.s.h. przewidział zlecenia regulacji – upoważnił i jednocześnie zobowiązał strony do nadania regulacji umownej takiego kształtu jak w prawie niemieckim⁴⁷. Z poglądami tymi trudno jednak się zgodzić. W braku stosownej regulacji normatywnej zakładanie, że ustawodawca w art. 7 k.s.h. ma na myśli konkretny występujący w prawie obcym typ koncernowej umowy o podporządkowanie (zarządzanie) o określonych treści i skutkach, tylko dlatego, że może to sugerować użyte określenie, budzi zastrzeżenia metodologiczne. Nie można wprawdzie zaprzeczyć, że w regulacjach art. 7 k.s.h. wzorowano się na prawie niemieckim⁴⁸, jednakże samo takie założenie nie pozwala uznać, że bez unormowania tych umów ich konstrukcja będzie taka jak w prawie niemieckim. Odczytanie, o jakie umowy chodzi w powołanym przepisie, musi nastąpić z uwzględnieniem wszelkich uwarunkowań i ograniczeń wynikających z prawa polskiego.

Należy jednak rozważyć, jakie byłyby konsekwencje, gdyby scharakteryzowana wyżej konstrukcja umowy o wywieranie wpływu na spółkę zależną przez spółkę dominującą wynikała jednak jednoznacznie z postanowień umowy. Pojawia się zatem kwestia, czy strony bez stosownego unormowania prawnego mogą w umowie przewidzieć takie skutki ustrojowe – na podstawie jedynie

organ zarządzający spółki zależnej, wchodząc w jego kompetencje, jest tylko teoretyczny. Nie jest znany w systemach prawnych, w których regulowane są umowy o podporządkowanie. Tak daleko idącej bezpośredniej ingerencji w zarządzanie spółką zależną nie ma też w odniesieniu od najbardziej zintegrowanego niemieckiego koncernu powstającego na podstawie tzw. włączenia spółki (niem. *Eingliederung*).

⁴⁷ J. Schubel, G. Domański, *Krytycznie o projekcie...*, s. 11.

⁴⁸ Widać to szczególnie przy umowie o odprowadzanie zysków, gdyż w Polsce taka umowa była dotychczas zupełnie nieznana, jest zaś normowana w prawie niemieckim.

zasady swobody umów. Znacząca część przedstawicieli doktryny neguje taką możliwość, opierając się na twierdzeniu, iż nie można zmieniać struktury organizacyjnej spółki i kompetencji organów, jeśli ustawodawca na to wyraźnie nie pozwala⁴⁹. Przepisy k.s.h. dotyczące pozycji prawnej organów mają bowiem co do zasady charakter bezwzględnie wiążący. Umowa taka oznaczałaby głęboką ingerencję w wewnętrzną organizację spółki, rzutując na pozycję prawną wspólników i sytuację prawną wierzycieli bez jakichkolwiek zabezpieczeń ich interesów. Ponadto podniesiono, że umowa taka oznaczałaby w istocie wykreowanie spółki o kształcie nieznanym ustawie (sprzeczność z zasadą *numerus clausus* spółek)⁵⁰. Stanowisko to należy podzielić. Istotnie, modyfikacje reguł określających kompetencje zarządu do prowadzenia spraw spółki i gwarantujących mu niezależność względem innych organów nie mieszczą się w ramach swobody umów. Nie można też nadawać podmiotowi zewnętrznemu czy też jego organowi pozycji analogicznej jaką ma organ spółki. Struktura organów jest ściśle określona w prawie (można mówić o regule *numerus clausus* organów). Takie przyznanie kompetencji określonego podmiotowi „zewnętrznemu” oznaczałoby uszczuplenie ustawowych kompetencji innego organu, a na to ustawa pozwala tylko w ściśle określonym zakresie (np. można przyznać organowi uchwałodawczemu pewne kompetencje decyzyjne, które bez stosownego postanowienia umowy należałyby do zarządu)⁵¹. Oczywiście ustawodawca mógłby nadać określone kompetencje wewnętrzne w spółce podmiotowi spoza spółki, niemniej w braku takich regulacji umowne osiągnięcie tego efektu byłoby niedopuszczalne.

Warto dodać, że umowa przewidująca wywieranie przez spółkę dominującą wpływu na spółkę zależną ze skutkiem wewnątrzzastrojowym nie byłaby dopuszczalna niezależnie od zakresu ingerencji w zarządzanie oraz od tego, czy ingerencja naruszałaby interesy spółki zależnej. Reguły wewnętrzne w spółce dotyczące sprawowania zarządu abstrahują od takich okoliczności. Nieco inaczej sytuacja się przedstawia, gdyby przewidziane oddziaływanie nie było wiążące. Reguły funkcjonowania spółki nie zabraniają oddziaływania na spółkę np. w postaci konsultacji, korzystania z doradztwa innego podmiotu, w tym

⁴⁹ Tak m.in. A. Opalski, *Prawo zgrupowań...*, s. 254; M. Wojtyczek, *Dopuszczalność zawierania...*, s. 31; T. Targosz, *Art. 7 k.s.h...*, s. 116.

⁵⁰ A. Opalski, *Koncern w polskim...*, s. 21

⁵¹ Jedynie w zakresie konkretnych kwestii doktryna uznaje za dopuszczalne przyznanie określonych kompetencji w spółce osobie spoza spółki. Tak K. Kopaczyńska-Pieczniak, *Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością*, Biblioteka Prawa Spółek, t. 2, Warszawa 2010, s. 399-400, odnośnie możliwości powołania członka zarządu przez osobę trzecią.

spółki dominującej bądź jakiegoś ciała organizacyjnego funkcjonującego w grupie⁵².

Powyższe uwagi nie wyczerpują zastrzeżeń dotyczących skuteczności omawianych umów. Uznanie, że modyfikacje ustroju wewnętrznego spółki zależnej polegające na przekazaniu określonych kompetencji decyzyjnych spółce dominującej są pomimo braku stosownych przepisów dopuszczalne (ku czemu jednak nie ma uzasadnienia), rodziłoby problem niewłaściwej podstawy do ich wprowadzenia. Źródłem kompetencji wewnętrznych w spółce (oprócz ustawy) może być umowa (statut) spółki oraz w ograniczonym zakresie – uchwała zgromadzenia wspólników (walnego zgromadzenia). Nie jest natomiast dopuszczalne kształtowanie ustroju spółki (zwłaszcza kompetencji jej organów) w umowie zewnętrznej. Również podjęcie uchwały o zgodzie na taką umowę (wymaganej przez art. 228 pkt 6 i art. 393 pkt 7 k.s.h.) nie ma tu sanującego znaczenia. Uchwała taka nie zachowuje trybu ani nie wywiera skutku jak zmiana umowy (statutu) spółki. Nie może ona modyfikować kompetencji organów i dokonywać zmian ustroju spółki. Wprawdzie na gruncie prawa niemieckiego wysnuwany jest wniosek odmienny, jednak jest on osadzony w innym stanie prawnym.

Na koniec wspomnieć można, że niedopuszczalne wydaje się też nadanie spółce dominującej organizacyjnego prawa do wywierania wpływu na spółkę zależną w innym trybie – przez scedowanie na nią kompetencji do wydawania zarządowi poleceń przysługującej wspólnikom spółki z ograniczoną odpowiedzialnością.

Jak wynika z powyższego, umowa przewidująca wiążące oddziaływanie spółki dominującej na zależną mająca rodzić wewnątrzorganizacyjne skutki w spółce zależnej byłaby wprost sprzeczna z ustawą – naruszałaby przepisy bezwzględnie wiążące. Nie ma potrzeby odwoływać się do innych kryteriów zakresu swobody kontraktowej. Gdyby zatem z umowy wynikało, iż stan związania zarządu decyzjami innego podmiotu, którego kompetencje nie są ukształtowane w prawie ustrojowym danego typu spółki, ma opisany wyżej charakter ustrojowy⁵³, to konsekwencją tego byłaby nieważność takich postanowień na podstawie art. 58 k.c. (w zw. z art. 2 k.s.h.).

⁵² Regulacje takie mogłyby zostać ukształtowane jako część prawa ustrojowego spółki. Źródłem takiej regulacji nie jest umowa spółki zależnej ze spółką dominującą. Wydaje się, że właściwszym miejscem na takie postanowienia byłby np. regulamin organizacyjny zarządu.

⁵³ Przy interpretacji ważną wskazówką mogłyby być ewentualne regulacje skutków wykonania lub niewykonania woli spółki dominującej.

Wobec powyższych ustaleń należy podjąć próbę wyjaśnienia, czy na gruncie polskiego systemu prawnego jest możliwa regulacja wywierania wpływu, która nie miałaby charakteru ustrojowego. Na marginesie warto zauważyć, że rozważanie takie będą miały też znaczenie w kontekście prób odczytania sensu przepisu art. 7 k.s.h. Jeśli bowiem umowy przewidujące wywieranie wpływu (zarządzanie) ze skutkiem organizacyjnym są niemożliwe do pogodzenia z prawem ustrojowym spółek, a inne umowy w tym przedmiocie (obligacyjne) także nie mogłyby być zawierane, to unormowanie art. 7 k.s.h. musiałoby być uznane za bezprzedmiotowe⁵⁴.

6. Umowy o wywieranie przez spółkę dominującą wpływu na spółkę zależną ze skutkiem obligacyjnym

6.1. Konstrukcja umów o wywieranie wpływu spółki dominującej na spółkę zależną ze skutkiem obligacyjnym i ich dopuszczalność

Odmierna od przedstawionej wyżej sytuacja zachodzi wówczas, gdy w umowie przewidującej oddziaływanie decyzyjne spółki dominującej na zależną nie ma elementów wskazujących na wolę stron ukształtowania (jak wyżej ustalono – niedozwolonego przez prawo) oddziaływania jako skutecznego wewnątrznie w spółce zależnej. Niektórzy krytycy koncepcji umów przewidujących zarządzanie spółką zależną ze skutkiem ustrojowym w istocie z góry zakładają taki ich charakter, ku czemu niejednokrotnie nie będzie podstaw. Strony mogą przewidywać w umowie określone kompetencje spółki dominującej pozwalające na wpływanie na procesy decyzyjne w spółce zależnej ale bez jednoznacznego określenia charakteru tych skutków⁵⁵. Interpretacja treści umowy może wskazywać, że mają one na względzie nadanie spółce dominującej jedynie uprawnień obligacyjnych względem spółki zależnej (mogą na to wskazywać np. postanowienia określające sposób wykonywania uprawnienia do oddziaływania decyzyjnego i skutki ewentualnego niewykonania); strony mogą to wyrazić mniej lub bardziej wprost.

Część doktryny uznaje, iż umowy przewidujące zarządzanie spółką zależną, o których mowa w art. 7 k.s.h., mają właśnie taki wyłącznie obligacyjny charakter. Wydaje się, zakładając racjonalność ustawodawcy, że właśnie o taką konstrukcję chodziło ustawodawcy na gruncie tego przepisu i zakładanie

⁵⁴ Zob. A. Opalski, *Prawo zgrupowań...*, s. 253 i nast. który uznaje tę regulację za martwą.

⁵⁵ Wątpliwości interpretacyjne mogą zachodzić przede wszystkim w przypadku umów, których samoistnym celem jest regulowanie relacji w związku z dominacją.

z góry konstrukcji umowy o skutkach ustrojowych mogłoby być uznane za bezpodstawną presumpcję co do charakteru tej umowy. Na obligacyjny charakter takiej umowy wskazują choćby wzmianki o odpowiedzialności za niewykonanie lub nienależyte wykonanie zobowiązań z tej umowy, a zatem użycie formuły właściwej dla umów obligacyjnych. Na ile umowa taka pozwala podporządkować spółkę dominującą spółce zależnej to dalsza kwestia, która zostanie rozważona niżej, niemniej taka wydaje się optyka ustawodawcy⁵⁶. W każdym razie taka konstrukcja konkretnej umowy przewidującej zarządzanie spółką zależną (wywieranie na nią wpływu) musi wynikać z jej postanowień, a nie z interpretacyjnego „ratowania” skuteczności umowy, zamierzonej przez strony jako umowa o skutkach wewnątrzugrojowych.

Problematyka swobody umów w odniesieniu do umów obligacyjnych przewidujących wywieranie wpływu na spółkę zależną przynależy do innej płaszczyzny niż w umowa mająca wywierać skutki ustrojowe. O ile w wyżej sytuacji tych drugich umów chodzi o zakres (wewnętrznej) swobody statutowej co do możliwości kształtowania kompetencji organów, to tutaj powstaje kwestia swobody umów w odniesieniu do zaciągania zobowiązań przez spółkę jako podmiot względem podmiotów zewnętrznych.

Konstrukcja takiej umowy, pomimo zewnętrznego podobieństwa do wyżej rozważanych umów o skutkach ustrojowych, jest zgoła odmienna. Umowa nie zakłada organizacyjnego stanu związania organów spółki zależnej decyzją podjętą przez spółkę dominującą (traktowaną jak jej *quasi* organ), lecz przewiduje, że spółka dominująca (jako podmiot zewnętrzny) może wyrazić wolę, aby spółka zależna zachowała się w określony sposób (podjęła jakieś działanie bądź zaniechała jakiegoś działania). W praktyce zwykle podłożem tej sytuacji jest decyzja podjęta na poziomie spółki dominującej w określonej kwestii dotyczącej funkcjonowania grupy; niemniej jednak ta decyzja prawnie nie jest bezpośrednio wiążąca dla spółki zależnej. Zakomunikowanie woli spółki dominującej co do powinnego zachowania się spółki zależnej jest wezwaniem do spełnienia świadczenia⁵⁷. Skoro zobowiązanie jest skuteczne – spółka dominująca działa w granicach swych uprawnień umownych, to

⁵⁶ Nie jest tu *a priori* przyjmowane założenie (byłoby ono metodologicznie wątpliwe), że na gruncie art. 7 k.s.h. umowa przewidująca zarządzanie spółką zależną również w wariancie obligacyjnym ma mieć określoną treść: ma prowadzić do podporządkowania interesów spółki zależnej interesom spółki dominującej i pełnego poddania spółki zależnej decyzjom spółki dominującej (analogicznego do występującego np. w niemieckiej umowie o podporządkowanie, tylko z odmiennym skutkiem).

⁵⁷ Kompetencję strony uprawnionej w takiej sytuacji uznaje za uprawnienie kształtujące prawo.

po stronie spółki zależnej powstać może obowiązek spełniania świadczenia. Zarząd spółki może zdecydować o odmowie jego spełnienia, ale nie jest to taka sama sytuacja jak w przypadku odmowy wykonania polecenia bądź decyzji innego organu spółki – w tym wypadku jego decyzja dotyczy tego, czy wykonać zobowiązanie spółki. Jeśli postanowi o jego niewykonaniu, to może to spowodować odpowiedzialność spółki (a nie tylko członkowie zarządu narażają się sami na sankcje organizacyjne jak to zachodziłoby w przypadku umów ze skutkiem ustrojowym). Dlatego kluczowe jest ustalenie, do czego spółka może być zobowiązana.

Zasadniczo dopuszczalne są umowy, na podstawie których spółka zobowiąże się do podjęcia jakichś decyzji bądź działań zgodnie z wolą innego podmiotu. Jest to ogólnie dopuszczalne zarówno jeśli chodzi o osoby prawne jak i fizyczne. Niektóre umowy mają taki istotny komponent⁵⁸. Do takich umów stosuje się zasadę swobody umów. Kwestią centralną są natomiast w tym wypadku granice autonomii stron. Można zadać pytanie, czy są jakieś podstawy prawne do uznania, że są one szersze niż według reguł ogólnych, tzn. niż stosowane w odniesieniu do innych umów, których elementem może być wywieranie wpływu na jedną ze stron inny podmiot. *Prima facie* wydaje się, że należy na to pytanie udzielić odpowiedzi negatywnej. W szczególności wątpliwe jest, aby podstawą taką był przepis art. 7 k.s.h. Wprawdzie wskazuje on na umowy, których przedmiotem ma być zarządzanie spółki zależnej przez spółkę dominującą, co mogłoby sugerować, że ustawodawca zakłada (raczej niebagatelne) kompetencje kierownicze spółki dominującej, niemniej przepis ten nie zawiera upoważnienia do określonego ukształtowania takich kompetencji w umowie. Możliwości zarządzania powinny zostać określone według właściwych reguł prawa cywilnego. Jeśli w przypadku umowy spółki dominującej z zależną możliwości oddziaływania mogą zostać ukształtowane

⁵⁸ Zob. uwagi S. Włodyki, *Prawo koncernowe...*, s. 113 i nast., co do sytuacji zachodzących w przypadku umowy franchisingu oraz niektórych postaci umów dystrybucyjnych, kooperacyjnych i konsorcjów. Zob. też U. Promińska [w:] W.J. Katner (red.), *Prawo zobowiązań...*, s. 949 (odnośnie umowy kooperacyjnej); E. Rott-Pietrzyk [w:] J. Rajski (red.), *Prawo zobowiązań – część szczegółowa*, System Prawa Prywatnego, t. 7, Warszawa 2018, s. 850-851; J. Jezioro [w:] E. Gniewek, P. Machnikowski (red.), *Kodeks cywilny. Komentarz*, Warszawa 2017, s. 1470-1471 (co do umowy agencyjnej); U. Promińska [w:] W.J. Katner (red.), *Prawo zobowiązań – umowy nienazwane*, System Prawa Prywatnego t. 9, Warszawa 2018, s. 981; S. Włodyka, *Strategiczne umowy przedsiębiorców*, Warszawa 2000, s. 327 (co do franchisingu); K. Kopaczyńska-Pieczniak [w:] A. Kidyba (red.), *Kodeks cywilny. Komentarz. Zobowiązania*, t. 3, Warszawa 2014, s. 743-744; P. Machnikowski [w:] E. Gniewek, P. Machnikowski (red.), *Kodeks cywilny...*, s. 1444 (co do umowy zlecenia).

nieco szerzej, to nie ze względu na upoważnienie ustawodawcy (bo takiego nie ma), ale z racji na specyfikę relacji stron.

W przypadku umów przewidujących wywieranie wpływu przez spółkę dominującą na zależną istotnym podstawowym problemem, jaki rysuje się w kontekście zasady swobody umów, jest to, iż umowa taka dotyka autonomii spółki zależnej, w związku z tym konieczne jest zbadanie, na ile taka ingerencja jest dopuszczalna. Wypada podkreślić, że w przeciwieństwie do umowy ze skutkiem ustrojowym, w przypadku której problem dotyczy dopuszczalności ograniczania wewnątrzorganizacyjnej autonomii zarządu, w tym wypadku, chodzi o ochronę autonomii spółki zależnej jako podmiotu prawnego.

6.2. Postacie umów przewidujących wywieranie wpływu na spółkę zależną

Spółka dominująca i zależna mogą zawrzeć ze sobą umowę regulującą ich relacje związane z dominacją. Cel regulacyjny jest tu podobny do tego, jaki jest wskazany w umowach o podporządkowanie występujących w niektórych obcych systemach prawnych. Oddziaływanie na stronę zależną na podstawie takiej umowy ma służyć podniesieniu efektywności współpracy w grupie. Zawarcie umowy jest wówczas immanentnie związane z pozycją dominującą jednej spółki względem drugiej i samoistnie dotyczy właśnie tej kwestii. Umowa określa reguły organizacyjne (w szerokim sensie) współpracy grupowej, jej celem nie jest zaś uregulowanie wymiany towarowej, usług czy też współpracy gospodarczej na innym polu. W polskiej doktrynie uznaje się, że chodzi w takim wypadku o umowy celu holdingowym⁵⁹. Ponieważ umowa ta nie jest stypizowana normatywnie, może ona być różnie określana. W pierwszej kolejności nasuwa się używanie określenia umowa o zarządzanie w związku z regulacją art. 7 k.s.h. Niemniej taka nomenklatura może bezpodstawnie sugerować, że umowa ma nadać kompetencje decyzyjne spółki dominującej względem zależnej w zakresie prowadzenia spraw spółki. Strony mogą więc przyjąć bardziej neutralne nazewnictwo. Wyodrębnianie takich umów ma ograniczone znaczenie prawne, gdyż nie ma regulacji, które by przypisywały umowom takiej kategorii określone swoiste konsekwencje. Zasadne jest wyodrębniać określony typ empiryczny czy kategorię umów, jeśli można wskazać kryterium, które jest prawnie relewantne, tzn. są z tym wyróżnieniem związane

⁵⁹ A. Szumański, *Ograniczona regulacja prawa...*, s. 24; M. Wojtyczek, *Dopuszczalność zawierania...*, s. 29-30.

jakieś swoiste konsekwencje prawne (stosowanie określonych reguł, właściwych dla danego typu lub kategorii umów)⁶⁰.

Podstawą wywierania wpływu jednego podmiotu na drugi mogą też być niektóre umowy obligacyjne, zarówno nazwane (jak umowa agencyjna bądź umowa zlecenia) jak i nienazwane (umowa franchisingu, umowy *joint venture*, umowy kooperacyjne, umowy dystrybucyjne, umowa konsorcjum). Umowy te pełnią określone funkcje gospodarcze, np. wymiany towarowej lub realizacji określonych usług, kooperacji przemysłowej. Umowy takie mogą też być podstawą współpracy gospodarczej spółki dominującej i zależnej. Również w ramach takich umów (zwłaszcza kooperacyjnych bądź dotyczących wymiany towarowej lub usług⁶¹) strony mogą postanowić, że spółka dominująca uzyska określone uprawnienia do wywierania wpływu na działalność spółki zależnej w zakresie objętym przedmiotem umowy⁶². Niektóre z tych umów są zaliczane w doktrynie do umów organizacyjnych (strukturalnych)⁶³. Jednakże takie ich postrzeganie nie oznacza, że oddziaływanie na ich podstawie ma również charakter organizacyjny (ustrojowy). Skutki takiej umowy co do prawa do wywierania wpływu na spółkę zależną mają bowiem naturę obligacyjną.

Ponieważ problemy dopuszczalnego zakresu oddziaływania decyzyjnego na spółkę zależną, które są tu podstawowym przedmiotem rozważań, powstają jednakowo we wszystkich tych wypadkach, dalsza analiza odnosić się będzie bez rozróżnień do wszystkich tych umów, niezależnie od charakteru umowy.

Odrębną kwestią jest to, które z umów, o których mowa wyżej, podpadają pod regulację art. 7 k.s.h. W przepisie tym mowa jest o umowach przewidujących zarządzanie, co zdaje się ograniczać regulację do tych umów, w których umowne uprawnienia spółki dominującej odnoszą się do prowadzenia spraw spółki zależnej (tak bowiem należałoby rozumieć zarządzanie).

⁶⁰ Mogą one polegać choćby na stosowaniu określonych reguł ogólnych (nawet w postaci zwyczaju kontraktowego), swoistych zasad interpretacji, określonego podejścia do analogii itd.

⁶¹ Mogą to być w szczególności różne umowy dotyczące określonych aktywności świadczonych przez spółkę zależną na rzecz spółki dominującej lub innych spółek z grupy (zgodnie z funkcją spółki zależnej w grupie).

⁶² Z racji na różnorodność tych umów wpływ wywierany na ich podstawie może mieć różny kierunek. W przypadku umowy regulującej jedynie relacje między spółką dominującą i zależną, np. w związku z wymianą towarową. Dyspozycje będą jedynie konkretyzować zachowania spółki zależnej bezpośrednio wobec spółki dominującej jako wierzyciela, np. odbiorcy z tytułu dostaw. Niektóre umowy mogą jednak również regulować zachowania spółki zależnej względem innych spółek w grupie.

⁶³ Tak np. umowy kooperacyjne, umowy *joint venture*, umowy konsorcjum; zob. A. Szumański, *Ograniczona regulacja prawa...*, s. 27.

W dosłownym znaczeniu spółka dominująca nie może jednak przejąć prowadzenia spraw spółki zależnej, dlatego trudno odczytać ścisły sens tego przepisu. Tymczasem w doktrynie prezentowany jest pogląd, iż przepis ten nie może być interpretowany rozszerzająco ze względu na jego wyjątkowy charakter. To przemawia za objęciem tą regulacją jedynie umów regulujących samoistnie relacje stron będące konsekwencją dominacji (umowy o tzw. celu holdingowym)⁶⁴. Alternatywne podejście, funkcjonalne, nakazywałoby przyjąć, że nie byłoby zasadne ograniczanie tej regulacji jedynie do takich umów, a raczej uznać, iż każda umowa, która przewiduje uprawnienia spółki dominującej do wywierania wpływu na istotny obszar prowadzenia spraw spółki zależnej (również umowa, w której postanowienia w tej kwestii są wtórne względem regulacji określonej współpracy gospodarczej), podpada pod unormowanie art. 7 k.s.h.⁶⁵ Dylemat ten trudno jednoznacznie rozstrzygnąć. Niemniej nawet przy założeniu nierozszerzającej wykładni uzasadniona byłaby ostrożność nie tylko z racji na konsekwencje przewidziane tym artykule, ale przede wszystkim z powodu wymogu podjęcia w sprawie zawarcia umowy, o której tam mowa, uchwały zgromadzenia wspólników (walnego zgromadzenia). W razie błędnej kwalifikacji umowy w tej kwestii, umowa (bądź postanowienia dotyczące zarządzania) będzie nieważna. Ponadto w związku z art. 228 pkt 6 i art. 393 pkt 7 k.s.h. uznanie danej umowy za objętą przepisem art. 7 k.s.h. ma ten pozytywny skutek, że pozwala na ewentualne zaskarżenie uchwały i tym samym poddanie sądowej kontroli samej decyzji o zawarciu takiej umowy. Jest to szczególnie istotne dla ewentualnych wspólników mniejszościowych, gdyż poza tą możliwością nie mają oni innych możliwości ochrony.

6.3. Umowa jako podstawa zmiany interesów i celu spółki zależnej

Jak ustalono wyżej, umowy o skutkach ustrojowych prowadzą do podporządkowania interesów spółki zależnej interesom spółki dominującej (ewentualnie – interesom grupy) i tym samym – zmiany celu spółki zależnej. Rozważyć należy, czy takie skutki mogą być osiągnięte dzięki umowie obligacyjnej. W doktrynie prezentowany jest także pogląd, że również „umowy przewidują-

⁶⁴ Tak zwłaszcza A. Szumański, *Ograniczona regulacja prawa...*, s. 24.

⁶⁵ R.L. Kwaśnicki, M. Przygodzka, *Umowy holdingowe...*, s. 48, uznają, że wystarczy, aby umowa zawierała choćby drobny element zarządzania, by uznać ją za „umowę przewidującą zarządzanie spółką zależną. Zob. też rozważania w tym kierunku: T. Targosz, *Art. 7 k.s.h...*, s. 113.

ce zarządzanie” o konstrukcji obligacyjnej prowadzą do takich konsekwencji⁶⁶. Należy jednak rozróżnić dwa aspekty: faktyczny i prawny. Faktyczne postrzeganie interesów i celu spółki zależnej po zawarciu umowy, która daje spółce dominującej prawo do oddziaływania na zależną, może się nieco zmienić. Oczywiście dużo zależy od tego, jaki stopień integracji taka umowa powoduje. Nie jest to jednak swoista konsekwencja takiej umowy. Efekt taki powstaje również w sytuacji, gdy spółka dotychczas niezależna staje się częścią grupy spółek. Natomiast w sensie prawnym pomimo zawarcia takiej umowy spółka nadal zachowuje własną sferę interesów i realizować ma zakładany dotychczas cel. Interesy spółki nadal pozostają wyznacznikiem poprawności dla działań zarządu spółki zależnej. Umowa ze spółką dominującą regulująca określone relacje dwustronne w grupie nie może wprowadzić zmian w tym zakresie – nie tylko w sensie ustrojowym, ale też jako zewnętrzne zobowiązanie spółki zależnej. Zarząd spółki zależnej nie mógłby zatem zawrzeć umowy, w której znalazłaby się klauzula, iż spółka zależna zobowiązana zostaje do realizacji cudzych interesów (spółki dominującej, grupy, innych spółek współzależnych), gdy jednocześnie jest to wbrew jej interesom. To samo dotyczy zobowiązania się spółki zależnej do realizacji celu, który byłby sprzeczny z jej celem (w rozumieniu art. 3 k.s.h.).

Takich konsekwencji nie można byłoby też wyciągać z wniosku na podstawie całokształtu postanowień danej umowy. Już samo zawarcie takiej umowy byłoby naruszeniem obowiązków organizacyjnych zarządu – działaniem na niekorzyść spółki. Tak samo należałoby ocenić jej wykonywanie. Zobowiązanie takie nie mogłoby bowiem wyrzucić skutku prawnego. Umowa ze spółką dominującą – podobnie jak każda inna umowa – powinna być postrzegana jako instrument realizacji celów i interesów spółki, a nie ich zanegowania i podstawa do przyszłego naruszania. Nie stoi to natomiast na przeszkodzie do unormowania współpracy tak, aby spółka mogła włączyć się w realizację określonych interesów wspólnych grupie, ale by jej interesy nie były naruszane. Nie pozbawia to wszakże spółki zależnej jej własnego interesu i nie powoduje też zmiany celu spółki⁶⁷. Wykonywanie umowy może natomiast spowodować zmiany (faktyczne) w zakresie sposobu realizacji przedmiotu działalności (np. na skutek wdrożenia określonej strategii określające kierunki działania).

⁶⁶ Zob. m.in. S. Włodyka, *Prawo koncernowe...*, s. 104; M. Stanik, *Zasada przejrzystości stosunków...*, s. 97.

⁶⁷ W sprawie celu spółki zob. A. Herbet [w:] A. Szajkowski (red.), *Prawo spółek osobowych*, System Prawa Prywatnego, t. 16, Warszawa 2008, s. 547 i nast.

6.4. Sposób i zakres wywierania wpływu na spółkę zależną

Obligacyjny charakter uprawnienia spółki dominującej do oddziaływania decyzyjnego na spółkę zależną zakłada, iż regulacje umowne w tej kwestii będą polegały na nadaniu spółce dominującej jako podmiotowi prawnemu uprawnienia względem spółki zależnej jako odrębnego podmiotu prawnego i nałożeniu odpowiadającego mu obowiązku spółki zależnej. Sytuacja jest tylko zewnętrze podobna do tej, gdy np. zgromadzenie wspólników większościovym głosem spółki dominującej podjęło uchwałę w jakiej sprawie z zakresu zarządzania albo dało zarządowi określone wytyczne (polecenie). Na podstawie takiej umowy obligacyjnej nie powstają bowiem relacje wewnętrzzorganizacyjne w spółce.

Zarówno po stronie spółki dominującej jak i zależnej uprawnionymi do podejmowania działań w wykonaniu umowy będą co do zasady właściwe organy zarządzające według obowiązujących zasad reprezentacji; strony mogą jednak udzielić w tym zakresie umocowania określonym osobom – już w samej umowie lub w odrębnym akcie. Przede wszystkim taka potrzeba może pojawić się po stronie spółki dominującej ze względu na różny kształt organizacyjny działalności grup. Strony mogą jednak postanowić, iż spółka dominująca przy wykonywaniu umowy będzie reprezentowana wyłącznie przez zarząd. Natomiast w odniesieniu do spółki zależnej obowiązywać będą ogólne reguły reprezentacji biernej. Działania w wykonaniu umowy często i tak wymagać będą decyzji (uchwały) stosownych organów we właściwym dla nich trybie. Nie oznacza to jednak, że organy te są zobowiązane do określonych działań, a jedynie że w związku ze zobowiązaniem spółki podejmują czynności wymagane po to, aby spółka mogła spełnić świadczenie⁶⁸.

Oddziaływanie decyzyjne spółki dominującej na zależną w wykonaniu omawianych umów nie może w każdym razie polegać na tym, iż spółka dominująca podejmie decyzję, która będzie bezpośrednio wiążąca dla zależnej i wymagać będzie jedynie czynności wykonawczych w tej drugiej. Obligacyjny, a nie ustrojowy, charakter relacji sprawia, że wykonywanie umowy w rozważanym zakresie polegać może jedynie na składaniu przez spółkę dominującą spółce zależnej stosownych oświadczeń wyrażających jakie miałyby być oczekiwane zachowanie spółki zależnej⁶⁹.

⁶⁸ Podobnie jak to ma miejsce np. w sytuacji zawarcia przez spółkę umowy przedwstępnej, gdy do zawarcia umowy przyrzeczonej wymagana jest zgoda zgromadzenia wspólników.

⁶⁹ Zasadniczym przedmiotem zainteresowania są tu instrumenty wpływu aktywnego. Spółce dominującej mogą jednak również przysługiwać (*a maiori ad minus*) pasywne środki

Strony mogą przyjąć formułę miękkiego oddziaływania i postanowić, iż spółka dominująca będzie składać zależnej jedynie oświadczenia postulatywne ale niewiążące, w postaci propozycji, sugestii, rekomendacji, wyrażenia oczekiwań, rady, bądź też ograniczy się do informowania o planowanych działaniach bądź własnym stanowisku w określonych sprawach, wyrażając opinie itp. Takie formy niewiążącego oddziaływania mogą być podstawą do dalszych uzgodnień, konsultacji i efekcie – dobrowolnej koordynacji działań. Mogą one jednak mieć znaczenie praktyczne – porządkujące i usprawniające działania w grupie. Tak mogą funkcjonować grupy zorganizowane na zasadzie decentralizacji.

Z prawnego punktu widzenia istotniejsze znaczenie ma jednak zastrzeżenie w umowie dalej idącej formy wywierania wpływu na spółkę zależną w postaci poleceń⁷⁰. Umowa między spółką dominującą i zależną może je ujmować w różny sposób: jako wytyczne, wskazówki, zalecenia itp. Kluczowa jest natomiast kwestia ich wiążącego charakteru. Postanowienia umowy w tej kwestii mogą nie być wyrażone jednoznacznie, co może rodzić problemy wykładni. Wydaje się, że w sytuacjach wątpliwych, gdy strony nie wyraziły jednoznacznie, iż takie polecenie wiąże spółkę zależną, należałoby uznawać przewidziane w umowie środki wywierania wpływu za niewiążące. Zarząd może wówczas odmówić wykonania dyspozycji uznając, że nie ma ona oparcia w umowie.

Generalnie nie jest w polskim prawie zakazane, aby strony umowy przewidziały, iż jedna z nich ma uprawnienie do wiążącego drugą stronę ustalania sposobu zachowania się w określonych sytuacjach. Doktryna przyjmuje, że może to mieć postać wiążących poleceń. Mogą one być np. elementem umowy franchisingu, agencji, umowy dystrybucyjnej. Reguły te należy stosować również w przypadku umów pomiędzy spółką dominującą i zależną, kiedy relacje dominacji-zależności są powiązane ze współpracą gospodarczą (np. została zawarta określona umowa o kooperację bądź regulująca wymianę towarową lub usługi) i z nią też związane są dyspozycje spółki dominującej względem zależnej. Również w tym wypadku polecenia musiałyby być

kontroli w postaci np. wymogu zgody na określone działania spółki zależnej bądź obowiązku konsultacji.

⁷⁰ Nawiązując do pierwowzoru takich umów w prawie niemieckim, określenia tego używa się powszechnie w odniesieniu do umów dotyczących oddziaływania na spółkę zależną ze skutkiem obligacyjnym, , choć nie ujmuje ono omawianego uprawnienia w sposób adekwatny dla umów obligacyjnych.

skonkretyzowane w umowie⁷¹. Generalnie należy w tym względzie stosować ogólne reguły obowiązujące na gruncie danego typu umowy. Jeśli w tym wypadku postanowienia umowne dotyczące oddziaływania na spółkę zależną miałyby szerszy zakres niż w typowym przypadku umowy między podmiotami nie powiązanymi, to nie ze względu na odmienności reżimu prawnego, a jedynie z powodu gospodarczej bliskości interesów w grupie.

Odmienne sytuacja przedstawia się w przypadku umowy regulującej samoistnie relacje stron w związku z dominacją. Tu bowiem pojawia się problem podstawy i zakresu wiążących poleceń. Taka umowa bowiem zazwyczaj będzie obejmować współpracę całościowo – we wszystkich lub przynajmniej kluczowych obszarach funkcjonowania spółki zależnej. W doktrynie przyjmuje się często szeroki zakres dopuszczalnej umownej koordynacji: może ona obejmować planowanie strategiczne, działalność operacyjną, kwestie finansowe, kadrowe itd.⁷² Jednak przyznanie w umowie prawa do wydawania wiążących poleceń we wszystkich tych sprawach budzi zasadnicze wątpliwości. Polskie prawo nie zakazuje wprawdzie wprost zbyt szerokiego podporządkowania się innemu podmiotowi, jak to ma miejsce w niektórych innych systemach prawnych⁷³, jednakże może to być uznane za sprzeczne z naturą stosunku prawnego⁷⁴. Wynika to z ogólnej reguły ochrony autonomii decyzyjnej podmiotów prawnych, która nie pozwala na wyzbycie się wolności. Całościowe podporządkowanie się spółki zależnej w umowie ze spółką dominującą budzi takie zastrzeżenia niezależnie od treści potencjalnych dyspozycji spółki dominującej, tzn. czy wpływają one niekorzystnie na spółkę zależną czy też nie (o czym będzie mowa dalej). Umowa powinna zatem skonkretyzować sprawy, w których spółka dominująca będzie mogła wiążąco oddziaływać na zależną⁷⁵ i powinny one mieścić się w unormowanym w umowie obszarze współpracy

⁷¹ A. Opalski [w:] A. Opalski (red.), *Kodeks spółek handlowych*, T. 2A *Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością. Komentarz do art. 151-226*, Warszawa 2018, s. 1059.

⁷² Zob. m.in. S. Włodyka, *Prawo koncernowe...*, s. 94 i nast.

⁷³ Tak np. w prawie szwajcarskim, gdzie § 27 kodeksu cywilnego stanowi, iż nikt nie może wyzbyć się wolności ani ograniczyć się w korzystaniu z niej w stopniu naruszającym prawo lub moralność.

⁷⁴ Zob. odnośnie sprzeczności z naturą stosunku prawnego umów, w których zostaje nadmiernie ograniczona wolność jednej ze stron przez zbytne uzależnienie od swobodnego uznania drugiej strony: R. Trzaskowski, *Granice swobody kształtowania treści i celu umów obligacyjnych*, Kraków 2005, s. 328-332.

⁷⁵ A. Szumański, *Ograniczona regulacja prawa...*, s. 30-31, wskazuje np. na możliwość przejęcia przez spółkę dominującą planowania strategicznego.

grupowej⁷⁶. Z powodu braku regulacji prawnej i konieczności oparcia się na ogólnych klauzulowych regulach, wskazana tu jest ostrożność, aby nie narażać się na nieważność stosownych postanowień umowy z powodu przekroczenia granic swobody umów.

6.5. Problem wywierania wpływu na niekorzyść spółki zależnej

Szczególne wątpliwości powstają odnośnie możliwości zastrzeżenia w umowie poleceń niekorzystnych⁷⁷. Ze względu na niedopuszczalność nie tylko ustrojowego ale i obligacyjnego podporządkowania spółki zależnej interesom spółki dominującej, spółka zależna nie może zobowiązać się do wykonywania takich poleceń. Już na etapie zawierania umowy regulującej relacje dominacji organy spółki zależnej (przede wszystkim jej zarząd) muszą strzec jej interesów, dlatego nie może zaciągnąć zobowiązania (do wykonywania wskazówek spółki dominującej), jeśli te interesy przy jego realizacji nie będą umownie zabezpieczone.

Jeśli umowa zobowiązywałaby do wykonywania dyspozycji spółki dominującej (wiążących poleceń) ale nie wskazywała o jakiej treści (bez określenia, że tylko takich, które nie są sprzeczne z interesem spółki), wówczas należy przyjmować, że zarząd nie może wykonywać poleceń niekorzystnych. Spółka zależna mogłaby zatem wykonywać tylko polecenie, którego realizacja leży również w jej interesie (tzn. przyniesie dla spółki korzystne rezultaty bądź jest neutralne, a pozytywne dla spółki racje współpracy wewnątrzgrupowej przemawiają za jego wykonaniem)⁷⁸. Jeśli zaś incydentalnie zostałoby wydane polecenie niekorzystne, to zarząd winien odmówić jego wykonania, gdyż nie ma ono wówczas oparcia w umowie i jednocześnie jego wykonanie stanowiłoby naruszenie obowiązków zarządcy względem spółki. Spółka zależna mogłaby wykonać oczekiwane przez spółkę dominującą działania mogące

⁷⁶ Zastrzeżenie w umowie ogólnych (nieskonkretyzowanych) i abstrakcyjnych poleceń może rodzić problem istnienia kauzy; kwestia ta jest rozważana w doktrynie austriackiej; zob. E. Artmann, *Gesellschaftsrechtliche Fragen der Organschaft. Zugleich ein Beitrag zum Konzernrecht*, Wiedeń 2004, s. 211 i nast.

⁷⁷ W pewnym uproszczeniu, przez polecenie niekorzystne są tu rozumiane polecenia, które są sprzeczne z interesem spółki.

⁷⁸ Z tego można poczynić obserwację, że postanowienia takiej umowy w zakresie wydawania poleceń w istocie tylko nadają rangę obligacyjną faktycznie istniejącym możliwościom spółki dominującej (może ona przecież oddziaływać na spółkę zależną w sprawach dla niej korzystnych). Z tego oczywiście nie można wyciągać ogólnego wniosku, że umową można zalegalizować taki wpływ, jaki spółka dominująca faktycznie wywiera, a jaki czasem wykracza poza dopuszczalne ramy.

wywoływać niekorzystne dla niej skutki jedynie wówczas, gdy jednocześnie spółka dominująca zapewniłaby jej określony ekwiwalent (rekompensatę) dla doznawanych niekorzyści⁷⁹. Wydaje się, że nie ma istotnych przeszkód, aby strony już w umowie regulującej wywieranie wpływu zawarły taką deklarację.

7. Podsumowanie

Polskie prawo nie zawiera unormowania koncernowych umów o podporządkowanie znanych w niektórych systemach prawnych, polegających na przyznaniu spółce dominującej uprawnienia organizacyjnego do wydawania spółce zależnej wiążących poleceń i powodujących inne doniosłe modyfikacje ustroju spółki zależnej. Podejmując w art. 7 k.s.h. próbę regulacji tej materii ustawodawca ograniczył się do wskazania przedmiotu umów mających regulować relacje związane z dominacją (umowy przewidujące zarządzanie spółką zależną), przewidział pewne wymogi ich zawarcia i konsekwencje (rejestrowe), nie unormował jednak treści tych umów. Nie są one zatem umowami nazwanymi. W braku stosownych regulacji nie jest dopuszczalne zawarcie umowy przewidującej oddziaływanie przez spółkę dominującą na spółkę zależną z konsekwencjami organizacyjnymi (ustrojowymi). Umowy takie nie mieszczą się w granicach swobody umów (wolności statutowej); niezależnie od tego umowa ze spółką dominującą nie jest właściwym instrumentem regulacyjnym odnośnie kompetencji organów spółki zależnej, gdyż jest to materia regulacji statutowej (umownej).

Umowy przewidujące wywieranie przez spółkę dominującą wpływu na spółkę zależną mogą być zawierane jedynie jako umowy ze skutkiem obligacyjnym na podstawie i w granicach wolności umów⁸⁰. Umowy takie wiążą spółkę zależną jako podmiot, ale nie wywołują wewnętrznych konsekwencji ustrojowych w spółce zależnej. Mogą one uzyskać różną postać – umowy (nienazwanej) samoistnie regulującej relacje w dominacji albo innych umów nienazwanych bądź też nazwanych. Umowy takie pozwalają w szerokim zakresie uregulować miękkie (niewiążące) oddziaływanie spółki dominującej na zależną, pełniąc wówczas funkcje organizacyjne (koordynacyjne). Natomiast w węższym zakresie mogą one być podstawą do wiążącego spółkę zależną oddziaływania spółki dominującej (tzn. takiego, które wiąże spółkę zależną

⁷⁹ Szczegółowe kwestie dotyczące takich rekompensat to szerszy problem w relacjach grupowych, który nie będzie w tym miejscu rozstrzygany.

⁸⁰ Skoro podstawą i wyznacznikiem treści takich umów nie jest przepis art. 7 k.s.h., to też na ich reżim w omówionym zakresie nie wpłynie ewentualne jego uchylenie.

jako podmiot). Spółka dominująca może wydawać polecenia spółce zależnej jedynie w obszarze skonkretyzowanym w umowie, a przy tym dyspozycje te nie mogą być dla spółki zależnej niekorzystne. *De lege lata* kontraktowe instrumenty wywierania przez spółkę dominującą wpływu na spółkę zależną są zatem ograniczone. Z punktu widzenia spółki dominującej mogą one nie stanowić istotnej wartości dodanej w porównaniu do oddziaływania nieformalnego. Mogą być natomiast wystarczające w grupach zdecentralizowanych. Zapewne te względy połączone z niejasnością stanu prawnego w omawianym zakresie są przyczyną tego, iż spółki w polskich grupach rzadko decydują się, by oprzeć koordynację aktywności spółek w grupie na umowie.

Inspirowana prawem niemieckim próba otwarcia się na koncepcję koncernu umownego w prawie polskim nie powiodła się. Wątpliwe jest zresztą, czy jest to dobry kierunek. W europejskich systemach prawnych nie widać takich tendencji⁸¹; przeciwnie – podstawowym obiektem zainteresowania są grupy (koncerny) faktyczne⁸².

⁸¹ G. Nita-Jagielski, *Tendencje europejskie*, passim.

⁸² Tak jest również w Niemczech – „ojczyźnie” koncernów umownych, zob. np. V. Emmerich [w:] V. Emmerich, M. Habersack (red.), *Aktien- und GmbH-Konzernrecht...*, s. 116-117.

Bibliografia

Wykaz aktów prawnych

- Ustawa z 6 października 1965 r. o akcjach (niem. *Aktiengesetz*), BGBl. I, S. 1089.
Ustawa z 31 sierpnia 1976 r. o podatku dochodowym od osób prawnych (niem. *Körperschaftsteuergesetz*), BGBl. I, S. 4144 z 2002 r.
Ustawa z dnia 25 września 1981 r. o przedsiębiorstwach państwowych, t.j. Dz.U. 2017, poz. 2152.
Ustawa z dnia 29 września 1994 r. o rachunkowości, t.j. Dz.U. 2018, poz. 395.
Ustawa z dnia 30 sierpnia 1996 r. o komercjalizacji i niektórych uprawnieniach pracowników, t.j. Dz.U. 2018, poz. 2170.
Ustawa z dnia 15 września 2000 r. – Kodeks spółek handlowych, t.j. Dz.U. 2017, poz. 1577 z późn. zm.

Publikacje naukowe

- Artmann E., *Gesellschaftsrechtliche Fragen der Organschaft. Zugleich Beitrag zum Konzernrecht*, Wiedeń 2004.
Emmerich V., Habersack M. (red.), *Aktien- und GmbH-Konzernrecht*, München 2008.
Gesellschaftsrechtliche Probleme der Organschaft. Zugleich Beitrag zum Konzernrecht, Wien 2004.
Gniewek E., Machnikowski P. (red.), *Kodeks cywilny. Komentarz*, Warszawa 2017.
Gündogdu G., *Das türkische Konzernrecht im Lichte des schweizerischen und deutschen Rechts*, Frankfurt am Main 2014.
Katner W.J. (red.), *Prawo zobowiązań – umowy nienazwane*, System Prawa Prywatnego, t. 9, Warszawa 2010.
Katner W.J. (red.), *Prawo zobowiązań – umowy nienazwane*, System Prawa Prywatnego t. 9, Warszawa 2018.
Kidyba A. (red.), *Kodeks cywilny. Komentarz. Zobowiązania*, t. 3, Warszawa 2014.
Konder-Comparato F., *Die Konzerne im neuen brasilianischen Aktiengesetz*, „Zeitschrift für Unternehmens- und Gesellschaftsrecht” 1979, nr 4, s. 583-607.
Kopaczyńska-Pieczniak K., *Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością*, Biblioteka Prawa Spółek, t. 2, Warszawa 2010.

- Kruczalak-Jankowska J., *Umowy o zarządzanie przedsiębiorstwem – próba systematyzacji*, „Gdańskie Studia Prawnicze” 2009, nr 21, s. 353-364.
- Kwaśnicki R.L., Przygodzka M., *Umowy holdingowe w prawie prywatnym oraz holdingowym*, „Radca Prawny” 2005, nr 4.
- Leipert T., *Istota koncernu a art. 4 § 1 pkt f k.s.h.*, „Przegląd Prawa Handlowego” 2006, nr 2, s. 51-58.
- Liebscher T., *GmbH-Konzernrecht*, München 2006.
- Mohn A., *Die Gesellschaftsgruppe im italienischen Recht : eine Untersuchung unter besonderer Berücksichtigung der Entwicklung im Europäischen Recht*, Berlin-Boston 2012.
- Moskała P., *Prawne instrumenty zarządzania zgrupowaniem spółek kapitałowych*, Warszawa 2018.
- Nita-Jagielski G., *Tendencje europejskie w zakresie regulacji grup spółek (koncernów)*, [w:] J. Kruczalak-Jankowska (red.), *Wpływ europeizacji prawa na instytucje prawa handlowego*, Warszawa 2013, s. 157-171.
- Opalski A. (red.), *Kodeks spółek handlowych, T. 2A Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością. Komentarz do art. 151–226*, Warszawa 2018.
- Opalski A., *Koncern w polskim prawie spółek – porównanie z prawem niemieckim*, „Przegląd Prawa Handlowego” 1998, nr 7, s. 20-29.
- Opalski A., *Prawo zgrupowań spółek*, Warszawa 2012.
- Peter V. Kunz, *Konzernverträge: Möglichkeiten sowie Risiken*, „Gesellschafts- und Kapitalmarktrecht” 2017, nr 2, s. 172-184.
- Pyziół W. (red.), *Kodeks spółek handlowych*, Warszawa 2008.
- Radwan A., Regucki T., *The Possibilities for and Barriers to Sustainable Companies in Polish Company Law*, University of Oslo Faculty of Law Research Paper, nr 2012-32.
- Rajski J. (red.), *Prawo zobowiązań – część szczegółowa*, System Prawa Prywatnego, t. 7, Warszawa 2018.
- Romanowski M., *Pojęcie spółki dominującej w kodeksie spółek handlowych*, „Państwo i Prawo” 2004, nr 5, s. 76-87.
- Schmidt K., *Gesellschaftsrecht*, Köln-Berlin-Bonn-München 2002.
- Schubel J., Domański G., *Krytycznie o projekcie prawa grup spółek*, „Przegląd Prawa Handlowego” 2011, nr 5, s. 5-13.
- Spinlder G., Stilz E. (red.), *Kommentar zum AktG*, t. 2, München 2015.
- Stanik M., *Zasada przejrzystości stosunków korporacyjnych w polskim prawie grup spółek*, Warszawa 2017.
- Staranowicz T., *Regulacja prawna holdingu w K.S.H.*, „Radca Prawny” 2003, nr 6, s. 78-90.

- Stec M. (red.), *Prawo umów handlowych*, System Prawa Handlowego t. 5, Warszawa 2017.
- Stecki L., *Koncern*, Toruń 2001.
- Szajkowski A. (red.), *Prawo spółek osobowych*, System Prawa Prywatnego, t. 16, Warszawa 2008.
- Szczęśny R., *Konieczność zatwierdzenia umowy holdingowej przez akcjonariuszy spółek handlowych*, „Przegląd Prawa Handlowego” 2006, nr 5, s. 54-58.
- Szmid K., *Natura stosunku spółki akcyjnej jako delimitacja zasady swobody umów w prawie polskim i amerykańskim*, Warszawa 2015.
- Szumański A., *Ograniczona regulacja prawa holdingowego (prawa grup spółek) w kodeksie spółek handlowych*, „Państwo i Prawo” 2001, nr 3, s. 20-39.
- Targosz T., *Art. 7 k.s.h. – czy rzeczywiście załączek regulacji prawa holdingowego?*, „Rejent” 2003, nr 1, s. 105-132.
- Tarska M., *Zakres swobody umów w spółkach handlowych*, Warszawa 2012.
- Telke J., *Russisches Konzernrecht*, Berlin 2012.
- Trzaskowski R., *Granice swobody kształtowania treści i celu umów obligacyjnych*, Kraków 2005.
- Wachoł J., *Umowy koncernowe w prawie niemieckim i polskim*, Kraków 2001.
- Wąż P., *Kodeks spółek handlowych jako źródło polskiego prawa koncernowego*, „Przegląd Prawa Handlowego” 2008, nr 6, s. 44-51.
- Wąż P., *Koncern umowny w prawie polskim*, „Prawo Spółek” 2007, nr 11, s. 14-24.
- Włodyka S., *Prawo koncernowe*, Kraków 2003.
- Włodyka S., *Strategiczne umowy przedsiębiorców*, Warszawa 2000.
- Wojtyczek M., *Dopuszczalność zawierania tzw. umów holdingowych w świetle przepisów kodeksu spółek handlowych*, „Prawo Spółek” 2002, nr 5, s. 27-36.



Dr hab. Robert Siwik
ORCID: 0000-0002-3815-0819
Instytut Nauk Prawnych PAN
robert.siwik@siwik-law.pl

Umowa faktoringu jako przykład empirycznego kształtowania się stosunków obligacyjnych w dobie konwergencji systemów prawa¹

**Factoring agreement as an example of the empirical development of
obligation relations in context of law's systems convergence**

Abstrakt

Rozwój faktoringu w Europie nastąpił dopiero w późnych latach 50. XX w., później niż wykształcił się on w państwach tradycji common law. Przedstawiona w artykule geneza faktoringu potwierdza dużą ewolucję tej instytucji prawnej, której ramy prawne były (i nadal są) budowane poprzez lata praktyki. Aktualnie dominującą tendencją jest przenikanie, wręcz recypowanie, współczesnego systemu common law (prawa powszechnego) do prawa kontynentalnego. Przykładem jest właśnie włączenie do kontynentalnego prawa kontraktowego nowych typów stosunków prawnych, wykształconych w amerykańskiej praktyce gospodarczej, takich jak faktoring. Powtarzalność w obrocie transakcji faktoringowych i systematyczne ujednolicanie się praktyki zawierania transakcji faktoringowych drogą zwyczajów, a następnie jej analiza na gruncie orzecznictwa i doktryny prawa, wykształciło na odrębny typ umowy – umowę faktoringu.

¹ Niniejszy tekst opiera się na rozprawie doktorskiej autora, obronionej w 2018 r. w INP PAN (promotor prof. dr hab. A. Bień).

Słowa kluczowe: factoring, stosunek zobowiązaniowy, prawo umów, globalizacja

Abstract

The development of factoring in continental Europe took place only in the late 1950s, later than in the countries of the common law tradition. The presented in the article genesis of factoring confirms a large evolution of this legal institution, the legal framework of which was (and still is) built through years of practice. At present, the dominant tendency is the penetration, or even the adoption, of the contemporary common law system into continental law. An example is inclusion into continental contract law of new types of legal relations, developed in American economic practice, such as factoring. The repeatability of factoring transactions in turnover and the systematic unification of the practice of concluding factoring transactions by custom, and then its analysis based on jurisprudence and legal doctrine, resulted in a separate type of contract – factoring contract.

Keywords: factoring, obligation relationship, contract law, globalization

1. Wstęp

Internacjonalizacja współczesnych stosunków gospodarczych sprawia, że prawnicy zajmujący się prawem prywatnym coraz częściej stykają się z instytucjami obcych systemów prawnych. Jest to konsekwencja idei konwergencji kultur prawnych, rozumianej jako niwelowanie różnic kulturowych, zbliżanie prawa i koncentracja trendów unifikujących². Można ją obserwować w perspektywie prawnej odnoszącej się zarówno do konkretnych systemów prawnych, jak i ich typów. W przypadku europejskiej integracji prawnej jest to nawiązanie do kultury anglosaskiej i romańsko-germańskiej.

Wraz z ewolucją wzorców kulturowych dokonuje się zmiana przekonań normatywnych dotyczących działań prawnych związanych z obszarem tworzenia prawa. Powszechnie utarło się przekonanie, że znacznie młodsza i mniej rozwinięta, ale na wskroś pragmatyczna kultura *common law* czerpie więcej ze starszej i bardziej rozwiniętej kultury prawa stanowionego niż odwrotnie³.

² W piśmiennictwie polskim zob. R. Tokarczyk, *Tworzenie prawa: pomiędzy kulturą prawa stanowionego i kulturą common law*, [w:] O. Nawrot, S. Sykuna, J. Zajadło (red.), *Konwergencja czy dywergencja systemów prawnych?*, Warszawa 2012, s. 5 i nast.

³ H. Duszka-Jakimko, *Idea konwergencji kultur prawnych w perspektywie integracyjnej*, „Przegląd Prawa i Administracji” 2011, nr 86, s. 33.

Przyjmuje się, że każdy rozwinięty system prawny zawiera mniej lub więcej zapożyczeń z innych systemów prawnych. Do czasu globalizacji prawo prywatne funkcjonowało w ramach prawa krajowego i międzynarodowego prawa prywatnego. Obecnie podlega przeobrażeniom znacznie bardziej niż kiedyś.

Przenikanie współczesnego systemu *common law* do prawa kontynentalnego przejawia się zasadniczo poprzez próbę włączenia do krajowych systemów prawa kontraktowego nowych typów stosunków prawnych, które wykształciły się i rozwinęły w systemie anglosaskim. Przykładem takich stosunków jest chociażby leasing, franchising, czy faktoring, które swoją genezę mają w Ameryce Północnej i są przykładem empirycznego kształtowania się stosunków prawnych.

2. Geneza i ewolucja faktoringu

Nazwa „faktoring” wywodzi się według jednych od łacińskiego słowa *facere*, czyli robić, czynić⁴, według innych bezpośrednio od angielskiego pojęcia *factoria*, które oznacza osadę handlową europejskich kupców na zamorskich obszarach⁵ oraz *factor*, określającego osobę działającą lub prowadzącą transakcje w czyimś imieniu⁶.

W literaturze przedmiotu można znaleźć różne opinie na temat genezy faktoringu. Jedni autorzy twierdzą, że historia faktoringu jest tak stara jak historia pieniądza, a pierwsze transakcje faktoringowe były znane już w starożytnej Babilonii (w epoce Hammurabiego w latach 1850–1792 p.n.e.⁷), gdzie działały osoby pośredniczące w zarządzaniu wierzytelnościami oraz zajmujące się inkasem, zabezpieczeniem i finansowaniem należności. Znaleźli oni następnie swoich naśladowców wśród Fenicjan oraz w hellenistycznym świecie Greków i Rzymian⁸. Uważa się też, że w III tysiącleciu przed naszą erą kupcy z Mezopotamii sprzedawali towary na zasadach kredytu kupieckiego (z odroczonym terminem płatności) i w sytuacji, gdy potrzebowali gotówki,

⁴ J. Grzywacz, *Faktoring*, Warszawa 2005, s. 32.

⁵ S. Rutberg, *Factoring North of the Border*, „Secured Lender” 1993, t. 49, nr 4, s. 52.

⁶ K. Kreczmańska-Gigol, *Opłacalność faktoringu dla przedsiębiorcy i faktora*, Warszawa 2007, s. 13.

⁷ A. Rogacka-Łukasik, *Faktoring w obrocie krajowym i międzynarodowym*, Warszawa 2011, s. 17.

⁸ K. Kreczmańska-Gigol, *Faktoring w teorii i w praktyce*, Gliwice 2007, s. 7; L. Stecki, *Umowa faktoringu*, Toruń 1994, s. 5 i nast.

nie czekali, aż upłynie termin zapłaty, lecz za zgodą dłużnika sprzedawali wierzytelność osobie trzeciej⁹.

Badacze historii prawa prywatnego twierdzą, że rozwój instytucji faktora przypada na wiek XIV (pierwowzorem ma być w tym okresie agent lub komisant działający w handlu kolonialnym)¹⁰ bądź na wiek XVIII, kiedy nastąpiła intensywna kolonizacja Indii przez Imperium Brytyjskie¹¹. W czasie tej kolonizacji angielscy factorzy pośredniczyli w sprzedaży towarów oraz udzielali pożyczek na przyszłe dostawy towarów z Anglii.

Początki podmiotów faktoringowych datować należy – moim zdaniem – na XVI w., kiedy to rozwijał się handel z koloniami zamorskimi. Lokalni producenci korzystali wówczas z usług pośredników lub komisarzy, którzy zajmowali się wieloma różnymi interesami handlowymi w jednej lub kilku zagranicznych spółkach. Dało to początek „klasycznemu” czy „kolonialnemu” faktoringowi. Wielu europejskich producentów chciało znaleźć dla swoich towarów rynki zbytu w koloniach. Nie znali jednak nowych lokalnych rynków i nie mieli tam magazynów. Rozwiązaniem tego problemu okazała się współpraca z faktorami.

Formuła ta została opracowana ze szczególnym uwzględnieniem relacji Wielkiej Brytanii z wybrzeżem Stanów Zjednoczonych, stanowiącym ważny kierunek dla przemysłu tekstylnego (głównie produkcji wełny) Wielkiej Brytanii. Ich przedstawiciele handlowi napotykali trudności, w tym spowolnienie komunikacji, jaką implikował handel zamorski, ułatwiając pracę handlowcom, którzy sprzedawali swoje towary na dalekich i nieznanych rynkach (*agent factoring*). Factorzy pełnili przy tym inne funkcje marketingowe i dystrybucyjne, w tym doradztwo w kwestii popytu na produkty i ich składowania, tak, aby manufaktury mogły wysyłać towar do faktorów, którzy przekazaliby towar docelowemu odbiorcy.

„Bawełniani factorzy” z czasem zaczęli pełnić kolejne funkcje. W imieniu manufaktur sprawowali niektóre decydujące funkcje finansowe. Udzielali porad kredytowych odnośnie ilości towarów sprzedawanych potencjalnemu klientowi. Co najważniejsze, byli również gwarantami płatności na rzecz manufaktur, przejmując pełną odpowiedzialność za zdolność kredytową klientów (*credit factoring*). W celu własnego zabezpieczenia, factorzy ustanowili

⁹ C. Livijn, *Factoring – with a View to History*, [w:] K.F. Hagenmüller, H.J. Sommer (red.), *Factoring – Handbuch*, Frankfurt am Main 1987, s. 13.

¹⁰ B.A. Diehl-Leistner, *Internationales Faktoring. Eine Rechtsvergleichende Darstellung zum Recht der Bundesrepublik Deutschland, Frankreich und der USA unter Einschluss der UNIDROIT Konvention über das Internationale Faktoring*, Monachium 1992, s. 29 i nast.

¹¹ Szerzej A. Catus, *Prawo cywilne i handlowe państw obcych*, Warszawa 1985, s. 20-238.

rezerwy na pokrycie roszczeń dotyczących wadliwego towaru oraz wszelkich spowodowanych tym sporów. Wreszcie, co równie ważne z historycznego punktu widzenia, faktoryzy wzbogacili finansowanie na rzecz manufaktur na bazie wartości sprzedanych towarów. Tak więc, faktoring, w kształcie w jakim go znamy obecnie, znajduje pełne odzwierciedlenie gospodarcze w finansowej działalności faktoringowej, która istniała już 600 lat temu¹².

W XIX w., kiedy faktoring stawał się coraz powszechniejszy w Stanach Zjednoczonych, a więc w kraju, w którym się pierwotnie rozpowszechniał, zaczął popadać w niełaskę. Pod koniec XIX w. Stany Zjednoczone wprowadziły wysokie cła ochronne (tzw. *McKinley tariffs*) na wiele wyrobów importowanych. Między innymi w 1890 r. tekstylia obłożono cłem w wysokości 49,5%¹³. Polityka mająca na celu forsowanie rozwoju przemysłu amerykańskiego doprowadziła do wyeliminowania prawie całego importu produktów tekstylnych z Europy. Chcąc pozostać na rynku, faktoryzy w Stanach Zjednoczonych musieli zaoferować swoje usługi producentom krajowym, zmieniając zasady i zakres swej działalności. W 1890 r. nowojorski faktor Oelbermann, Dommerick & Co. pierwszy zrezygnował ze składowania towarów i ich sprzedaży w imieniu producenta w zamian oferując nowoczesne usługi faktoringowe, takich jak prowadzenie ksiąg handlowych klienta, kontrola kredytowa czy inkasowanie należności. Wkrótce potem inni amerykańscy faktoryzy poszli za jego przykładem. Można zatem powiedzieć, że nowoczesna działalność faktoringowa została zapoczątkowana pod koniec XIX w., kiedy to faktoryzy przestali odgrywać rolę agentów handlowych.

Dzięki szybkiemu wzrostowi konkurencji, usługi faktoringowe były już dobrze rozwinięte w latach 30. XX stulecia¹⁴. Proces industrializacji, wraz z ogromną poprawą w sektorach transportu i komunikacji, umożliwił dostawcom rozprowadzanie swoich produktów bezpośrednio do klientów w ramach własnej sieci dystrybucji, co oznaczało to cofnięcie się do początkowej funkcji handlowej podmiotów faktoringowych. Zamiast tego podmioty te specjalizowały się ogólnie w kwestiach finansowych, w szczególności w udzielaniu kredytów. Nowe podmioty faktoringowe również musiały dostosować się do zmieniającej się rzeczywistości. Z jednej strony, gdy nie były już w posiadaniu produktów, nie mogły czerpać zysków z „zastawów”. Z drugiej zaś, założenie ryzyka niewypłacalności było postrzegane jako forma zabezpieczenia, a zatem

¹² P. Fischoeder, *Factoring in Deutschland*, Köln 1963, s. 5 i nast.; K. Bette, *Das Factoring-Geschäft Praxis und Rechtsnatur in Deutschland im Vergleich zu anderen Formen der Forderungsfinanzierung*, Stuttgart–Wiesbaden 1973, s. 21 i nast.

¹³ W. Schwarz, *Factoring*, Stuttgart 1993, s. 14.

¹⁴ D. Hawkins, *The Business of Factoring*, Londyn 1993, s. 8.

działalność ta mogła być wykonywana wyłącznie przez zakłady ubezpieczeń, a nie podmioty faktoringowe.

Dopiero w roku 1930, po części wskutek wielkiego kryzysu, faktorzy rozszerzyli swoją działalność poza włókiennictwo, docierając do hurtowników oraz sprzedawców detalicznych innych towarów. Po 1931 r. spółki faktoringowe skorzystały na kryzysie monetarnym i bankowym, który dotknął lokalne banki handlowe. Faktorzy nie podlegali nadzorowi i regulacjom nałożonym na banki komercyjne, o ile nie byli częścią holdingu bankowego. W ten sposób podmioty faktoringowe mogły być bardziej elastyczne przy udzielaniu kredytów czy ustalaniu stopy procentowej. Dało to początek tzw. nowemu faktoringowi i podmiotom faktoringowym, jakie znamy obecnie¹⁵.

W latach 50. i 60. XX stulecia wielu producentów w Stanach Zjednoczonych dostrzegło szansę swego rozwoju w handlu z Europą, której rynek stał się szczególnie atrakcyjny po utworzeniu w 1957 r. Europejskiej Wspólnoty Gospodarczej. W ślad za przedsiębiorcami poszły amerykańskie instytucje finansowe. Jedną z nich był First National Bank of Boston (FNBB), mający dobrze rozwinięty departament faktoringowy. W 1961 r. otworzył on w Wielkiej Brytanii wraz z lokalnym partnerem spółkę International Factors Ltd. Była to pierwsza instytucja faktoringowa działająca poza Ameryką Północną. Spółka ta wraz z FNBB były określane mianem International Factors Group (IF-Group, IFG) i uznawane za pierwszą międzynarodową sieć instytucji faktoringowych¹⁶.

W porównaniu do rozwoju faktoringu w Wielkiej Brytanii i Stanach Zjednoczonych, w Europie jego rozwój nastąpił dopiero w późnych latach 50. XX w., a faktoring jako taki zaistniał w Europie na dobre dopiero w latach 70.¹⁷

3. Stosunek zobowiązaniowy faktoringu

Zarysowana powyżej geneza faktoringu potwierdza dużą ewolucję tej instytucji prawnej, której ramy prawne były (i nadal są) budowane poprzez lata praktyki. Powtarzalność w obrocie transakcji faktoringowych i systematyczne ujednolicanie się praktyki zawierania transakcji faktoringowych drogą zwyczajów, a następnie jej analiza na gruncie orzecznictwa i doktryny prawa, wykształciło na odrębny typ umowy – umowę faktoringu.

¹⁵ K. Bette, *Das Factoring-...*, s. 22 i nast.

¹⁶ J. Kohnstamm, *The Geographic Spread of Factoring*, [w:] K.F. Hagenmüller, H.J. Sommer (red.), *Factoring – Handbuch...*, s. 186.

¹⁷ L. Stecki, *Umowa...*, s. 13-14.

Pojęciem faktoringu określa się transakcje pomiędzy profesjonalnymi uczestnikami obrotu gospodarczego, z których jeden z nich – faktor jest wyspecjalizowanym w tym zakresie przedsiębiorstwem (głównie bankiem, ale także odrębnymi spółkami faktoringowymi), a wierzytelności, jakimi jest zainteresowany, pochodzą głównie z umów o dostawę towarów lub świadczenie usług. Powyższe cechy wyróżniają – indywidualizują też wierzytelności faktoringowe w obrocie. Faktor nabywa od faktoranta wierzytelności z określonych rodzajów stosunków prawnych, takich jak umowa dostawy, sprzedaży, świadczenia usług.

Faktor nabywa w ramach transakcji tyle praw, ile przysługuje jego poprzednikowi prawnemu. W wyniku nabycia wierzytelności, przechodzi na niego ogół uprawnień przysługujących dotychczasowemu wierzycielowi (faktorantowi), który zostaje wyłączony ze stosunku zobowiązaniowego, jaki łączył go z dłużnikiem. Wierzytelność faktoringowa przechodzi na nabywcę w takim stanie, w jakim była w chwili zawarcia umowy faktoringu. Wraz z wierzytelnością główną przechodzą prawa związane z jej właściwością, a więc wszelkie prawa związane, uboczne i akcesoryjne¹⁸.

Przedmiotem faktoringu są jeszcze niewymagalne wierzytelności istniejące oraz pieniężne wierzytelności przyszłe. Mniej popularny jest natomiast obrót wierzytelnościami już wymagalnymi albo czysta nadzieja na powstanie wierzytelności¹⁹.

4. Modele faktoringu

W praktyce obrotu gospodarczego wyróżnia się różne postacie faktoringu²⁰. W zależności od umiejscowienia ryzyka wypłacalności dłużnika faktoringowego wskazuje się najczęściej:

- a) faktoring pełny (klasyczny, bez regresu; *non recourse factoring*, *echtes Factoring*, *Factoring ohne Regress*, *l'affacturage classique*) – wraz z cesją wierzytelności na faktora przechodzi ryzyko niewypłacalności dłużnika i w przypadku, gdy dłużnik nie jest w stanie spłacić wierzytelności, faktor

¹⁸ Ograniczeniem może być jednoczesne przeniesienie wraz z wierzytelnością praw osobistych i rzeczowych. Zob. W.J. Kocot [w:] W.J. Katner (red.), *Prawo zobowiązań – umowy nienazwane*, System Prawa Prywatnego, t. 9, Warszawa 2015, s. 298.

¹⁹ W.J. Kocot [w:] W.J. Katner (red.), *Prawo zobowiązań...*, s. 330-331.

²⁰ Na temat różnych modeli faktoringu zob. w szczególności A. Rogacka-Łukasik, *Factoring w obrocie...*, s. 75-91; D. Podedworna-Tarnowska, *Faktoring w Polsce. Szanse i zagrożenia*, Warszawa 2007, s. 20-29; I. Heropolitańska, P. Kawaler, A. Kozioł, *Skup i sprzedaż wierzytelności przez banki (cesja, faktoring, dyskonto, sprzedaż publiczna i niepubliczna)*, Warszawa 2000, s. 89 i nast.

nie ma prawa regresu w stosunku do zbywcy wierzytelności. Ta forma faktoringu jest korzystna dla zbywcy wierzytelności, bowiem po dokonaniu transakcji sprzedaży towaru lub usługi na rzecz dłużnika, faktorant od razu dysponuje środkami finansowymi i wyzbywa się odpowiedzialności za ewentualną niewypłacalność dłużnika. Ciężar odpowiedzialności za niewypłacalność dłużnika spoczywa na faktorze, który przy tej formie faktoringu analizuje głównie sytuację finansową dłużnika jako zobowiązanego do zapłaty.

- b) faktoring niepełny (z regresem; *recourse factoring*, *unechtes Factoring*, *Factoring mit Regress*, *l'affacturage avec mandat de gestion*, *l'affacturage avec recours*) – dokonanie zbycia wierzytelności nie obejmuje przejścia ryzyka niewypłacalności dłużnika wobec faktora. Jest to *de facto* zaciągnięcie kredytu krótkoterminowego przez faktoranta, bowiem w przypadku niedokonania zapłaty przez dłużnika, musi on to uczynić na rzecz faktora. Ta forma faktoringu powinna w pierwszej kolejności znaleźć zastosowanie przy finansowaniu kredytów kupieckich, udzielanych przez dostawcę dla godnych zaufania odbiorców, kiedy wydłużone terminy płatności wynikają ze specyfiki prowadzonej działalności. Faktorant ponosi odpowiedzialność wobec faktora. Obciążają go skutki niespłacenia kwoty wierzytelności w terminie.
- c) faktoring mieszany – połączenie faktoringu pełnego i niepełnego. W umowie faktoringowej strony ustalają wysokość tzw. kwot granicznych, wyrażonych kwotowo bądź procentowo, za które faktor przejmuje na siebie odpowiedzialność, zobowiązując się ponieść ryzyko w razie niewypłacalności kontrahenta. Oznacza to, że zadłużenie do określonej wartości pokrywa faktor, natomiast powyżej ustalonego limitu odpowiedzialność ponosi faktorant, który zobowiązuje się do sfinansowania pozostałego długu z własnych środków. Faktorant ma również możliwość zachowania pełnego regresu wobec przedsiębiorstwa, gdy występują kwestie sporne między dostawcą a odbiorcą towarów lub usług.

Mając na względzie zawiadomienie dłużnika wyróżnia się:

- a) faktoring jawny (notyfikowany, otwarty; *open factoring*, *disclosed factoring*, *offene Factoring*) – dłużnik zawiadamiany jest natychmiast o zawarciu umowy faktoringu; sama notyfikacja umowy nie ma wpływu na jej ważność, jednak ma wpływ na ryzyko faktora, który staje się nowym wierzycielem dłużnika faktoringowego. Jeśli dłużnik nie zostanie zawiadomiony o zawarciu umowy lub też zostanie zawiadomiony zbyt późno, tzn. wtedy gdy dokonał już płatności na ręce dotychczasowego wierzyciela,

to faktor nie ma prawa dochodzić od niego zapłaty należności. Płatności takiej może domagać się jedynie od faktora.

- b) faktoring tajny (nienotyfikowany, ukryty; *confidential factoring, undisclosed factoring, stilles-verdeckets-factoring, l'affacturage confidentiel*) – polega na niezawiadomieniu dłużnika o zawarciu umowy faktoringowej. Przy takiej konstrukcji faktoringu, dług spłacany jest przez dłużnika faktorantowi, który następnie przekazuje go faktorowi.
- c) faktoring półjawny (półotwarty; *l'affacturage semi-confidentiel*) – polega na zawiadomieniu dłużnika o zawarciu umowy faktoringu dopiero w momencie wezwania go przez faktora do uregulowania wierzytelności, tj. gdy zbliża się termin płatności.

Ze względu na moment dokonania zapłaty za sprzedaną wierzytelność wyróżnia się:

- a) faktoring dyskontowy (przyspieszony; *advance factoring*) – przypomina z reguły dyskonto weksli; faktorant otrzymuje wierzytelność od faktora w momencie zawarcia umowy faktoringowej, czyli bez względu na datę zapłaty wierzytelności przez dłużnika.
- b) faktoring zaliczkowy (*collection factoring, l'affacturage forfaitaire*) – polega na otrzymaniu przez faktoranta określonej zaliczki od faktora. Zależy ona od wartości oraz terminu spłaty wierzytelności. Pozostałą część wierzytelności faktorant otrzymuje w rzeczywistym terminie płatności lub w momencie, kiedy dłużnik ureguje zobowiązania.
- c) faktoring wymagalnościowy (zwany terminowym; *maturity factoring, Fälligkeits-Factoring*) – polega na otrzymaniu przez faktoranta wierzytelności w momencie faktycznego uregulowania zobowiązania przez dłużnika.

Ponadto ze względu na zasięg terytorialny transakcji faktoringowych wyróżnia się faktoring krajowy (w którym strony transakcji mają swoje siedziby w tym samym kraju) oraz międzynarodowy (w którym co najmniej jeden z podmiotów ma swoją siedzibę w innym kraju niż pozostałe podmioty). W faktoringu międzynarodowym można z kolei wskazać na faktoring bezpośredni (importowy i eksportowy) oraz pośredni (system dwóch faktorów)²¹.

Jednocześnie należy wskazać, że transakcje faktoringowe mogą przybierać różne formy w zależności od indywidualnych potrzeb klientów, jak też samej gotowości do ich zaspokajania przez faktorów. Do najczęściej spotykanych, szczególnych form zalicza się faktoring powierniczy, w którym faktor upoważ-

²¹ Blżej co do systemu dwóch faktorów zob. H.J. Sommer, *Grenzüberschreitendes Factoring im Zwei-Factor-Verfahren*, [w:] K.F. Hagenmüller, H. Sommer, J. Heinrich, U. Brink (red.), *Handbuch des nationalen und internationalen Factoring*, Frankfurt am Main 1997, s. 29.

niony jest przez bank faktoranta do ściągania wierzytelności i wykonywania określonych usług bez jednoczesnego przejęcia ryzyka wypłacalności (wówczas działania faktora odbywają się na rzecz banku faktoranta a nie na rzecz jego samego). Innym rodzajem jest metafaktorowanie, w którym ryzyko wypłacalności dłużnika rozkłada się pomiędzy bank faktora a faktoranta dzięki przelewowi wierzytelności, dokonanemu przez faktoranta w jego banku, który z kolei zawiera umowę z określoną instytucją faktoringową²².

W praktyce obrotu spotyka się również faktoring odwrotny (reverse factoring), który w swoich cechach ma niewiele wspólnego ze zwykłym faktoringiem. Klasyczny faktorant staje się tu dłużnikiem faktoringowym, w którego imieniu faktor opłaca zobowiązania. Dzięki temu, że zapłatę za faktury gwarantuje faktor, faktorant ma szansę wynegocjować dłuższe terminy płatności lub otrzymać większy upust z racji wcześniejszej spłaty. Dostawca również korzysta na przystąpieniu do umowy – otrzymuje zapłatę w terminie lub nawet przed jego zapadnięciem. Znaczącą różnicą jest tu też umiejscowienie ryzyka transakcji – całe pozostaje po stronie faktoranta – dłużnika. Podwyższone wymagania wpływają na ograniczenie możliwości uzyskania finansowania faktoringiem odwrotnym. Jednak ze względu na to, że inicjatorem współpracy jest odbiorca produktów/usług, o wiele łatwiejsza jest analiza jego sytuacji finansowej, a jej koszty są niższe. Podobnie jak w przypadku klasycznego faktoringu, istnieje kilka odmian faktoringu odwrotnego. Głównym czynnikiem różnicującym jest moment dokonania zapłaty przez faktora. Wyróżnia się przykładowo:

- a) faktoring odwrotny dyskontowy – faktor opłaca fakturę przed terminem płatności, natomiast faktorant względem faktora – w terminie płatności;
- b) faktoring odwrotny wymagalnościowy – faktor opłaca należność w terminie zapadalności dokumentu, a faktorant oddaje pieniądze w dodatkowym terminie zawartym w umowie;
- c) faktoring odwrotny dyskontowo-wymagalnościowy (będący połączeniem dwóch wcześniej wymienionych rodzajów) –faktor opłaca fakturę przed terminem, a faktorant – w dłuższym, ustalonym terminie.

5. Układ interesów stron faktoringu

Niezależnie jednak od określonego typu (modelu) faktoringu, za typowy układ interesów majątkowych stron umowy należy uznać nabywanie i ewentualnie

²² K. Kreczmańska-Gigol, *Faktoring w świetle prawa cywilnego, podatkowego i bilansowego*, Warszawa 2006, s. 38-39.

finansowanie istniejących i bezspornych wierzytelności handlowych faktora. Tak też powinien być definiowany społecznogospodarczy cel i funkcja faktoringu.

Zawierając umowę faktoringu, faktor jest w głównej mierze zainteresowany wyłącznie zakupem wierzytelności faktoringowych, a więc takich, których termin płatności nie upłynął, zaś ich zbywalność nie została w żaden sposób wyłączona lub ograniczona. Dotyczy to wierzytelności przysługujących faktorantowi w stosunku do kontrahentów i znajdujących się na liście kontrahentów, która zwykle stanowi załącznik do umowy faktoringu.

Przystępując do umowy, faktorant jest zainteresowany zbyciem swoich wierzytelności w celu otrzymania za nie zapłaty (funkcja finansowa faktoringu), umożliwiającym otrzymanie środków obrotowych na bieżącą działalność. Zasadniczą motywacją faktora w zbyciu swoich wierzytelności – obok pozyskania środków – jest także skrócenie cyklu rotacji należności, usprawnienie zarządzania należnościami, zwiększenie dyscypliny płatniczej kontrahentów (dłużników faktoringowych – funkcja administracyjna), a w przypadku faktoringu pełnego także, zmniejszenie ryzyka płatniczego (funkcje *del credere*) i poprawienie tym samym struktury swojego bilansu.

6. Trudności w klasyfikacji empirycznych typów umów

Umowa faktoringu, jako przykład empirycznego kształtowania się stosunków obligacyjnych, nie poddaje się jednoznacznej klasyfikacji zarówno na gruncie polskiego prawa prywatnego, jak i większości obcych systemów prawnych. Panuje w tym zakresie znaczna rozbieżność poglądów odnośnie kwalifikacji prawnej umowy faktoringu, co z jednej strony wynika z położenia przez poszczególnych autorów akcentu na różne elementy jej treści, a z drugiej – braku precyzyjnego określenia przez nich, jaki model stosunku zobowiązaniowego umowy faktoringu poddają kwalifikacji, czy chociażby pod względem jakich jego elementów będzie prowadzona kwalifikacja²³. Pojawiają się poglądy, że faktoring należy uznać za umowę nienazwaną²⁴, umowę nienazwaną o ce-

²³ P. Katner, *Przeniesienie wierzytelności w umowie faktoringu*, Warszawa 2011, s. 84-85.

²⁴ M. Pyziak-Szafrancika [w:] K. Osajda (red.), *Prawo zobowiązań – część ogólna*, System Prawa Prywatnego, t. 5, Warszawa 2013, s. 451; A. Kidyba, *Prawo handlowe*, Warszawa 2008, s. 995; K. Kruczałak, *Factoring i jego gospodarcze zastosowanie*, Warszawa 1997, s. 80; G. Sikorski, *Factoring*, „Problemy Egzekucji Sądowej” 1997, nr 23, s. 65; K. Kreczmańska-Gigol, *Factoring w teorii i w praktyce*, Gliwice 2007, s. 14; M. Chaszczyńska, *Pojęcie, rodzaje i charakter prawny faktoringu*, „Przegląd Prawa Handlowego” 1998, nr 1, s. 29.

chach umowy mieszanej²⁵ lub też umowę mieszaną²⁶. Często uznaje się go też za zespół umów (umowy sprzedaży, pożyczki), w skład których wchodzi powiązane ze sobą funkcjonalnie, ale niezależne pod względem prawnym, umowa przelewu oraz inne nazwane lub nienazwane umowy, które regulują pozostałe usługi faktora na rzecz faktoranta (np. umowa zlecenia). Wreszcie umowę faktoringu kwalifikuje się jako samodzielną umowę nazwaną (tj. umowę sprzedaży, pożyczki, zlecenia).

Powyższe rozbieżności w określeniu charakteru prawnego empirycznego typu stosunku zobowiązaniowego są odzwierciedleniem specyfiki kształtowania się takiego stosunku prawnego jako odpowiedzi na potrzeby praktyki obrotu. Najpełniej można to dostrzec w zakresie empirycznych typów umów o anglosaskim rodowodzie, takich jak umowa faktoringu.

Instytucje prawa anglosaskiego, które cechuje pragmatyzm ich stosowania, w dobie konwergencji systemów prawa (jego globalizacji) i, co za tym idzie, ich recepcji do prawa kontynentalnego, wymuszają zmianę myślenia o prawie jako zhierarchizowanym systemie pochodzącym od państwa narodowego²⁷.

Proces charakteryzowania recypowanych tego typu umów o rodowodzie anglosaskim do prawa kontynentalnego wymaga przeprowadzenia oddolnej analizy określonego stosunku prawnego, aby można było przede wszystkim uchwycić jego cel społeczno-gospodarczy, by następnie ustalić, czy mieści się on w celach znanych umów typowych, oraz przyjąć, że cel ten jest obiektywnie uzasadniony²⁸.

Powodem określenia w treści danej umowy głównych praw i obowiązków stron, jest zawiązanie stosunku zobowiązaniowego, odpowiadającego społeczno-gospodarczemu celowi umowy. Bez ich wskazania, pozostałe prawa i obowiązki stron, składające się na treść stosunku prawnego pomiędzy nimi, byłyby zawieszone w próżni (poniekąd wyjęte z kontekstu). Są one zatem fundamentem dla innych, wynikających z umowy obowiązków stron i stanowią istotę, sens wchodzenia przez strony w określony stosunek zobowiązaniowy²⁹. Z tego względu postanowienia umowy można uznać za jej najważniejsze

²⁵ L. Stecki, *Umowa faktoringu*, Toruń 1994, s. 25; J. Grzywacz, *Faktoring*, Warszawa 2005, s. 38; J. Ignaczewski, *Umowy nienazwane*, Warszawa 2004, s. 105; R.W. Kaszubski, A. Kurowska, *Faktoring*, „Przegląd Politologiczny” 1997, nr 12, s. 33.

²⁶ J. Jacyszyn, *Faktoring – zasady ogólne*, „Edukacja Prawnicza” 1997, nr 4, s. 14; L. Opiola, *Charakter prawny faktoringu*, „Przegląd Prawa Handlowego” 2000, nr 9, s. 34-40; K. Socha, *Faktoring – nowa instytucja prawno-gospodarcza*, „Głosa” 1997, nr 5, s. 7.

²⁷ A. Bierć, *Zarys prawa prywatnego. Część ogólna*, Warszawa 2018, s. 178-179.

²⁸ Ł. Węgrzynowski, *Ekwiwalentność świadczeń w umowie wzajemnej*, Warszawa 2011, s. 233.

²⁹ Z. Radwański, *Teoria umów*, Warszawa 1977, s. 248.

składowe, kształtujące jej zasadniczą postać. Wyznaczają bowiem elementy charakterystyczne dla danej kształtowanej w praktyce obrotu umowy (np. faktoringu). W odniesieniu do umowy faktoringu, społeczno-gospodarczy cel i funkcja faktoringu wynikają z typowego układu interesów majątkowych faktora i faktoranta, do których należy sprzedaż wierzytelności w zamian za świadczenie pieniężne. Oferowane przez faktora świadczenia dodatkowe nie są nigdy celem samym w sobie, ale są związane z nabywaną wierzytelnością.

7. Świadczenia charakterystyczne stron umowy faktoringu

Podstawowym kryterium pozwalającym na określenie świadczenia charakterystycznego dla całej umowy powinna być jej funkcja społeczno-gospodarcza. Z racji tego, że stanowi ona główny wyznacznik treści owego stosunku, powinna także decydować o jego przynależności do określonego typu umowy. Wskazanie to następuje nie tyle poprzez wybór najważniejszego składnika (świadczenia) umowy, co raczej przez ustalenie, poprzez które z nich (lub ich zespół) realizuje się funkcja danej umowy czyli które świadczenie lub ich zespół pozwala odróżnić daną umowę od stosunków podobnych. Odnosząc powyższe do obowiązku faktora z umowy faktoringu, czyli finansowania przedsiębiorcy w zamian za wierzytelności faktoringowe, uznać należy to świadczenie za charakteryzujące całą umowę. Niezależnie od tego czy mamy do czynienia z faktoringiem pełnym czy niepełnym, typowy układ interesów majątkowych faktora i faktoranta wskazuje, że bez świadczenia związanego ze sprzedażą wierzytelności nie doszłoby do nawiązania tego stosunku zobowiązaniowego.

Zarówno w nauce, jak i w praktyce gospodarczej, przyjmuje się także, że nieodzownym elementem umowy faktoringu jest wykonywanie przez faktora dodatkowych usług, wykraczających niejednokrotnie poza samo finansowanie. W obrocie gospodarczym faktoring pełni bowiem – oprócz funkcji finansowej, która jest niewątpliwie jego cechą wyróżniającą – również inne funkcje: administracyjną (zarządzanie wierzytelnościami, płynnością, windykacja itp.), zabezpieczającą (przejęcie ryzyka niewypłacalności dłużnika), a niekiedy również inne funkcje usługowe (np. księgowe).

Wykonywanie przez faktora niejednokrotnie licznych czynności dodatkowych o charakterze usługowym wynika wyłącznie z istnienia należności pieniężnych będących przedmiotem umowy sprzedaży wierzytelności i nie powinno ono wpływać na kwalifikację umowy. Nie jest ono elementem niezbędnym dla każdego stosunku kwalifikowanego jako faktoring³⁰.

³⁰ M. Rytwińska, *Przelew wierzytelności na zabezpieczenie*, Warszawa 2007, s. 103.

Znaczenie gospodarcze i prawne tego typu umowy wyraża się zawsze w transferze wierzytelności³¹.

8. Ponadnarodowe regulacje jako przejaw globalizacji prawa

Postępujący proces globalizacji i związane z nimi swobody w zakresie przepływu osób, towarów, usług i kapitału ułatwiają i przyspieszają transgraniczny obrót gospodarczy. Do szerszego zakresu tego obrotu należy również obrót wierzytelnościami przedsiębiorców w handlu międzynarodowym. Niezależnie od form takiego transferu wierzytelności, ważne stało się zapewnienie w tym zakresie pełnej efektywności oraz bezpieczeństwa podejmowanych działań. W miarę wzrostu zainteresowania obrotem wierzytelnościami, a w szczególności faktoringiem, już na początku lat 70. ubiegłego wieku pojawiła się potrzeba wypracowania ponadnarodowych regulacji ułatwiających przeprowadzanie transakcji faktoringowych. Sam faktoring stał się w 1974 r. przedmiotem zainteresowania Międzynarodowego Instytutu Unifikacji Prawa Prywatnego (UNIDROIT), kiedy to jego Rada uznała, że w następnych latach to właśnie przelew wierzytelności w ramach umowy faktoringu będzie jednym z głównych przedmiotów jej prac³². Prace te zakończono w dniu 28 maja 1988 r. na konferencji dyplomatycznej w Ottawie, podczas której zatwierdzono konwencję o faktoringu międzynarodowym³³.

³¹ L. Stecki, *Umowa...*, s. 25.

³² Na temat genezy rozpoczęcia prac nad faktoringiem w ramach UNIDROIT zob. K. Zawada, *Faktoring. Uwagi o pojęciu, funkcjach i konstrukcji prawnej*, [w:] A. Oleszko, R. Szytk (red.), *Księga pamiątkowa: I Kongres Notariuszy Rzeczypospolitej Polskiej*, Kluczbork 1993, s. 344.

³³ UNIDROIT convention on international factoring (Ottawa, 28 May 1988), <https://www.unidroit.org/instruments/factoring> [dostęp: 14.12.2018]. Na tej samej konferencji dyplomatycznej w Ottawie przyjęto również tekst Konwencji o międzynarodowym leasingu finansowym. Szerzej na temat Konwencji ottawskiej zob. K. Zawada, *Faktoring międzynarodowy*, „Kwartalnik Prawa Prywatnego” 1996, nr 4, s. 794 i nast.; A. Wowerka, *Umowa faktoringu w świetle konwencji ottawskiej o faktoringu międzynarodowym*, „Problemy Prawa Prywatnego Międzynarodowego” 2009, t. 5, s. 57 i nast.; A. Wowerka, *Faktoring w obrocie międzynarodowym ze szczególnym uwzględnieniem regulacji konwencji ottawskiej o faktoringu międzynarodowym*, [w:] A. Smoczyńska (red.), *Polskie prawo prywatne w dobie przemian. Księga jubileuszowa dedykowana Profesorowi Jerzemu Młynarczykowi*, Gdańsk 2005, s. 126 i nast.; W literaturze zagranicznej zob. w szczególności C. Rudolf, *Einheitsrecht für internationale Forderungsabtretungen*, Wiedeń 2005; B.A. Diehl-Leistner, *Internationales Factoring: eine rechtsvergleichende Darstellung zum Recht der Bundesrepublik Deutschland, Frankreichs und der Vereinigten Staaten unter Einschluss der UNIDROIT-Konvention über das Internationale Factoring* (1988), Monachium 1992.

Postępujący wzrost znaczenia obrotu wierzytelnościami w handlu międzynarodowym spowodował, że również Komisja Narodów Zjednoczonych ds. Międzynarodowego Prawa Handlowego (*United Nations Commission on International Trade Law* – UNCITRAL) podjęła prace nad stworzeniem międzynarodowej umowy dotyczącej przelewu wierzytelności, która miałaby wyeliminować istniejące bariery prawne w przypadku finansowania opartego na przelewie wierzytelności. Właściwe prace w ramach UNCITRAL zostały zainicjowane podczas 28. sesji UNCITRAL, odbywającej się w Wiedniu od 2 do 26 maja 1995 r. Ostatecznie w dniu 12 grudnia 2001 r. w Nowym Jorku została przyjęta przez Zgromadzenie Ogólne Narodów Zjednoczonych (rezolucja 56/81) konwencja o przelewie wierzytelności w handlu międzynarodowym³⁴.

Powyższe przykłady tworzenia ponadnarodowych regulacji w odniesieniu do określonych empirycznych typów umów (podobnie jak w odniesieniu do faktoringu czy leasingu) miały na celu usuwanie przeszkód prawnych dla pewnych międzynarodowych praktyk handlowych, ujednolicenie prawa w odniesieniu do określonych kwestii – takich jak skuteczność cesji pomiędzy cedentem a cesjonariuszem oraz wobec dłużnika. Ich celem jest również zwiększenie pewności i przewidywalności w odniesieniu do prawa właściwego dla kluczowych zagadnień, takich jak wskazanie prawa pierwszeństwa do wierzytelności w sytuacji dwóch bądź więcej typów cesji.

Na przykładzie umowy faktoringu i jej upowszechniania się w poszczególnych krajach można zaobserwować tendencję do przyswajania przez kontynentalne (europejskie) prawo prywatne (kształtowane pod wpływem recepcji prawa rzymskiego) instytucji z rodowodem anglosaskim. Zdaniem niektórych autorów powoduje to „erozję” rzymskiej tradycji prawnej, lecz

³⁴ United Nations Convention on the assignment of receivables in international trade, <https://uncitral.un.org/en/texts/securityinterests/conventions/receivables> [dostęp: 14.12.2018]. Szerzej na temat UNCITRAL zob. W. Kurowski, *Przelew wierzytelności w prawie prywatnym międzynarodowym*, Kraków 2005, s. 60 i nast.; W. Kurowski, *Przelew wierzytelności w handlu międzynarodowym. Wprowadzenie*, „Kwartalnik Prawa Prywatnego” 2004, nr 4, s. 11-33 i n.; A. Wowerka, *Zakres zastosowania konwencji nowojorskiej o przelewie wierzytelności w handlu międzynarodowym*, „Gdańskie Studia Prawnicze” 2011, t. XXV, s. 659 i nast.; K. Zawada, *Faktoring...*, s. 79. W literaturze zagranicznej zob. F. Ferrari, *UNIDROIT-Übereinkommen über Internationales Factoring* (Ottawa 1988), [w:] *Münchener Kommentar zum Handelsgesetzbuch*. Bd. 5. Viertes Buch. *Handelsgeschäfte Erster Abschnitt. Allgemeine Vorschriften §§ 343–372 Recht des Zahlungsverkehrs, Effektengeschäft, Depotgeschäft*, Ottawa *Übereinkommen über Internationales Factoring*, Monachium 2001; A. Zaccaria, *Internationales Factoring nach Inkrafttreten der Konvention von Ottawa*, „Praxis des Internationalen Privat und Verfahrensrechts” 1995, nr 5, s. 279.

jej nie eliminuje³⁵. Prawo rzymskie zawsze będzie uniwersalnym systemem odniesień, stanowiąc element dziedzictwa kulturowego Europy³⁶.

Ponadnarodowe regulacje prawne niejednokrotnie stanowią uogólnienie najnowszych doświadczeń międzynarodowej praktyki kontraktowej, zachowując przy tym cechy modelowej regulacji obrotu kontraktowego (tzw. *soft law*). Mogą służyć jako model dla ustawodawcy w zakresie prawa kontraktów, rozwijanego w harmonii z prawem europejskim i międzynarodowym.

9. Podsumowanie

Nie ulega wątpliwości, że w dobie konwergencji systemów prawnych (globalizacji prawa) paradygmat rozumienia i funkcjonowania prawa jako systemu istotnie się zmienia. Zachodzących obecnie przeobrażeń – w zakresie chociażby amerykanizacji prawa prywatnego – nie da się już w dostateczny sposób wyjaśnić za pomocą kategorii wywodzących się tylko z klasycznego pozytywizmu prawniczego. Podejmuje się próby rewizji poglądów na temat Kelsenowskiego czy Hartowskiego monistycznego przedstawiania systemu prawa na rzecz multicentrycznego bądź globalnego³⁷.

Dostrzegając te przeobrażenia, należy przyjąć, że współczesne prawo staje się bardziej systemem porozumień różnych partnerów społecznych niż autorytatywnym rozkazem skierowanym przez państwo (zwierzchnika) do swoich podwładnych. Takie pojmowanie prawa jest wynikiem dokonujących się przekształceń współczesnych społeczeństw, a w szczególności rosnącej autonomii obywateli, ich korporacji i zrzeszeń, np. branżowych organizacji i związków faktoringowych³⁸. Określone grupy interesów są często inicjatora-

³⁵ Tak A. Bierć, *Zarys prawa prywatnego...*, s. 178.

³⁶ A. Bierć, *Stopniowa unifikacja prawa umów w skali europejskiej*, [w:] A. Janik (red.), *Księga jubileuszowa dedykowana profesorowi Andrzejowi Całusowi*, Warszawa 2009, s. 314.

³⁷ Tak M.J. Golecki, B. Wojciechowski, *Ekonomiczna analiza stosowania prawa wspólnotowego*, [w:] J. Stelmach, M. Soniewicka (red.), *Analiza ekonomiczna w zastosowaniach prawniczych*, Warszawa 2007, s. 118-121; J. Helios, W. Jedlecka, *Legitymizacja pozytywistyczna czy prawnonaturalna prawa europejskiego?*, Wrocław 2010, s. 120-121.

³⁸ International Faktors Group (IFG) było do 2016 r. jedną z dwóch międzynarodowych organizacji faktoringowych z siedzibą w Brukseli powstałą w 1963 r. Drugą organizacją jest powstała w 1968 r. Faktors Chain International (FCI) z siedzibą w Amsterdamie 19 października 2015 r., członkowie IFG w Wiedniu na dorocznym kongresie podjęli w jednomyślnym głosowaniu decyzję o utworzeniu unii z FCI, zrzeszającą obecnie z ponad 400 członków z 90 krajów. W 2016 r. zakończono formalne zjednoczenie obu organizacji w wyniku czego IFG włączono do FCI, określanej odtąd jako „FCI+”. Organizacja ta przede wszystkim stanowi wspólny głos o sprawach rynku faktoringowego, w tym o potrzebach

mi ponadnarodowych regulacji prawnych, stanowiących następnie podstawy regulacji krajowych, odnoszących się do określonych stosunków prawnych. Takim przykładem jest skodyfikowanie w kilku krajach Europy Środkowej i Wschodniej instytucji faktoringu.

Obecna ewolucja prawa (w szczególności prawa kontraktów) przebiega w zmiennym tempie, będąc przy tym procesem niezaprzeczalnym i ciągłym. Aktualnie dominującą tendencją jest przenikanie współczesnego systemu *common law* (prawa powszechnego) do prawa kontynentalnego (*der Rechtsstaat*). Dostrzega się wręcz recypowanie tradycyjnych instytucji amerykańskiego systemu prawnego. W tym aspekcie można mówić także o procesach amerykańskiej kontynentalizacji prawa kontynentalnego. Powodem takiej praktyki są m.in. obawy przy tworzeniu nowych i abstrakcyjnych regulacji. Przykładowo można wskazać włączenie do kontynentalnego prawa kontraktowego nowych typów stosunków prawnych, wykształconych w amerykańskiej praktyce gospodarczej, takich jak faktoring. Analizując potrzeby teorii i praktyki, w klasyfikacji określonych empirycznych typów umów należy obecnie w szczególności sposób uwzględniać przede wszystkim kontekst kulturowy oraz funkcję jaką pełnią³⁹.

regulacji prawnych. Zob. E. Timmermans, *Świat faktoringu w 2015 roku. Co warto zapamiętać?*, „Faktoring. Almanach Polskiego Związku Faktorów” 2016, s. 39. Ponadto należy jeszcze wskazać na istniejące od 2009 r. Europejskie Forum Branży Faktoringowej i Finansowania Należności Handlowych (Forum for the Faktoring and Commercial Finance Industry – EUFI). Forum powstało z inicjatywy IFG i największych związków faktoringowych działających w poszczególnych krajach UE (w tym Polskiego Związku Faktorów). Celem Forum jest reprezentowanie branży faktoringowej w strukturach unijnych, promowanie jej rozwoju, a także podejmowanie działań prowadzących do zharmonizowania unormowań prawnych usługi faktoringu na poziomie unijnym.

³⁹ W tym kontekście zob. P. Stec, *O anglosaskim i kontynentalnym pojmowaniu powiernictwa*. „Problemy Współczesnego Prawa Międzynarodowego, Europejskiego i Porównawczego” 2003, t. 1, s. 7-27.

Bibliografia

Wykaz aktów prawnych

- UNIDROIT convention on international factoring (Ottawa, 28 May 1988), <https://www.unidroit.org/instruments/factoring> [dostęp: 14.12.2018].
- United Nations Convention on the assignment of receivables in international trade, <https://uncitral.un.org/en/texts/securityinterests/conventions/receivables> [dostęp: 14.12.2018].

Publikacje naukowe

- Bette K., *Das Factoring-Geschäft Praxis und Rechtsnatur in Deutschland im Vergleich zu anderen Formen der Forderungsfinanzierung*, Stuttgart–Wiesbaden 1973.
- Bierć A., *Stopniowa unifikacja prawa umów w skali europejskiej*, [w:] A. Janik (red.), *Księga jubileuszowa dedykowana profesorowi Andrzejowi Całusowi*, Warszawa 2009, s. 307-324.
- Bierć A., *Zarys prawa prywatnego. Część ogólna*, Warszawa 2018.
- Całus A., *Prawo cywilne i handlowe państw obcych*, Warszawa 1985.
- Chaszczyńska M., *Pojęcie, rodzaje i charakter prawny faktoringu*, „Przegląd Prawa Handlowego” 1998, nr 1, s. 20-29.
- Diehl-Leistner B.A., *Internationales Factoring: Eine rechtsvergleichende Darstellung zum Recht der Bundesrepublik Deutschland. Frankreichs und der Vereinigten Staaten unter Einschluss der UNIDROIT-Konvention über das Internationale Factoring (1988)*, Monachium 1992.
- Duszka-Jakimko H., *Idea konwergencji kultur prawnych w perspektywie integracyjnej*, „Przegląd Prawa i Administracji” 2011, nr 86.
- Ferrari F., *UNIDROIT-Übereinkommen über Internationales Factoring (Ottawa 1988)*, [w:] *Münchener Kommentar zum Handelsgesetzbuch*, Bd. 5. Viertes Buch. Handelsgeschäfte Erster Abschnitt. Allgemeine Vorschriften §§ 343 372 *Recht des Zahlungsverkehrs, Effektengeschäft, Depotgeschäft*, Ottawa *Übereinkommen über Internationales Factoring*, Monachium 2001.
- Fischoeder P., *Factoring in Deutschland*, Köln 1963.
- Golecki M.J., Wojciechowski B., *Ekonomiczna analiza stosowania prawa wspólnotowego*, [w:] J. Stelmach, M. Soniewicka (red.), *Analiza ekonomiczna w zastosowaniach prawniczych*, Warszawa 2007.
- Grzywacz J., *Faktoring*, Warszawa 2005.
- Hawkins D., *The Business of Factoring*, Londyn 1993.

- Helios J., Jedlecka W., *Legitymizacja pozytywistyczna czy prawnonaturalna prawa europejskiego?*, Wrocław 2010.
- Heropolitańska I., Kawaler P., Kozioł A., *Skup i sprzedaż wierzytelności przez banki (cesja, faktoring, dyskonto, sprzedaż publiczna i niepubliczna)*, Warszawa 2000.
- Ignaczewski J., *Umowy nienazwane*, Warszawa 2004.
- Jacyszyn J., *Faktoring – zasady ogólne*, „Edukacja Prawnicza” 1997, nr 4.
- Kaszubski R.W., Kurowska A., *Faktoring*, „Przegląd Politologiczny” 1997, nr 12, s. 32-35.
- Katner P., *Przeniesienie wierzytelności w umowie faktoringu*, Warszawa 2011.
- Katner W.J. (red.), *Prawo zobowiązań – umowy nienazwane*, System Prawa Prywatnego, t. 9, Warszawa 2015.
- Kidyba A., *Prawo handlowe*, Warszawa 2008.
- Kohnstamm J., *The Geographic Spread of Factoring*, [w:] K.F. Hagenmüller, H.J. Sommer (red.), *Factoring – Handbuch*, Frankfurt am Main 1987.
- Kreczmańska-Gigol K., *Faktoring w świetle prawa cywilnego, podatkowego i bilansowego*, Warszawa 2006.
- Kreczmańska-Gigol K., *Faktoring w teorii i w praktyce*, Gliwice 2007.
- Kreczmańska-Gigol K., *Opłacalność faktoringu dla przedsiębiorcy i faktora*, Warszawa 2007.
- Kruczalak K., *Factoring i jego gospodarcze zastosowanie*, Warszawa 1997.
- Kurowski W., *Przelew wierzytelności w handlu międzynarodowym. Wprowadzenie*, „Kwartalnik Prawa Prywatnego” 2004, nr 4, s. 1131-1143.
- Kurowski W., *Przelew wierzytelności w prawie prywatnym międzynarodowym*, Kraków 2005.
- Livijn C., *Factoring – with a View to History*, [w:] K.F. Hagenmüller, H.J. Sommer (red.), *Factoring – Handbuch*, Frankfurt am Main 1987.
- Opiola L., *Charakter prawny faktoringu*, „Przegląd Prawa Handlowego” 2000, nr 9, s. 34-40.
- Osajda K. (red.), *Prawo zobowiązań – część ogólna*, System Prawa Prywatnego, t. 5, Warszawa 2013.
- Podedworna-Tarnowska D., *Faktoring w Polsce. Szanse i zagrożenia*, Warszawa 2007.
- Radwański Z., *Teoria umów*, Warszawa 1977.
- Rogacka-Łukasik A., *Factoring w obrocie krajowym i międzynarodowym*, Warszawa 2011.
- Rudolf C., *Einheitsrecht für internationale Forderungsabtretungen*, Wiedeń 2005.

- Rutberg S., *Factoring North of the Border*, „Secured Lender” 1993, t. 49, nr 4.
- Rytwińska M., *Przelew wierzytelności na zabezpieczenie*, Warszawa 2007.
- Schwarz W., *Factoring*, Stuttgart 1993.
- Sikorski G., *Faktoring*, „Problemy Egzekucji Sądowej” 1997, nr 23.
- Socha K., *Faktoring – nowa instytucja prawno-gospodarcza*, „Glosa” 1997, nr 5, s. 3-7.
- Sommer H.J., *Grenzüberschreitendes Factoring im Zwei-Factor-Verfahren*, [w:] K.F. Hagenmüller, H. Sommer, J. Heinrich, U. Brink (red.), *Handbuch des nationalen und internationalen Factoring*, Frankfurt am Main 1997.
- Stec P., *O anglosaskim i kontynentalnym pojmowaniu powiernictwa*, „Problemy Współczesnego Prawa Międzynarodowego, Europejskiego i Porównawczego” 2003, t. 1, s. 7-27.
- Stecki L., *Umowa faktoringu*, Toruń 1994.
- Timmermans E., *Świat faktoringu w 2015 roku. Co warto zapamiętać?*, „Faktoring. Almanach Polskiego Związku Faktorów” 2016.
- Tokarczyk R., *Tworzenie prawa: pomiędzy kulturą prawa stanowionego i kulturą common law*, [w:] O. Nawrot, S. Sykuna, J. Zajadło (red.), *Konwergencja czy dywergencja systemów prawnych?*, Warszawa 2012, s. 3-24.
- Węgrzynowski Ł., *Ekwiwalentność świadczeń w umowie wzajemnej*, Warszawa 2011.
- Wowerka A., *Faktoring w obrocie międzynarodowym ze szczególnym uwzględnieniem regulacji konwencji ottawskiej o faktoringu międzynarodowym*, [w:] A. Smoczyńska (red.), *Polskie prawo prywatne w dobie przemian. Księga jubileuszowa dedykowana Profesorowi Jerzemu Młynarczykowi*, Gdańsk 2005, s. 126-148.
- Wowerka A., *Umowa faktoringu w świetle konwencji ottawskiej o faktoringu międzynarodowym*, „Problemy Prawa Prywatnego Międzynarodowego” 2009, t. 5, s. 57-85.
- Wowerka A., *Zakres zastosowania konwencji nowojorskiej o przelewie wierzytelności w handlu międzynarodowym*, „Gdańskie Studia Prawnicze” 2011, t. XXV, s. 659-678.
- Zaccaria A., *Internationales Factoring nach Inkrafttreten der Konvention von Ottawa*, „Praxis des Internationalen Privat und Verfahrensrechts” 1995, nr 5.
- Zawada K., *Faktoring międzynarodowy*, „Kwartalnik Prawa Prywatnego” 1996, nr 4, s. 787-817.

Zawada K., *Factoring. Uwagi o pojęciu, funkcjach i konstrukcji prawnej*, [w:] A. Oleszko, R. Sztyk(red.), *Księga pamiątkowa: I Kongres Notariuszy Rzeczypospolitej Polskiej*, Kluczbork 1993, s. 341-356.



Michał Matysiak
ORCID: 0000-0002-8755-2283
Instytut Nauk Prawnych PAN
michal.p.matysiak@gmail.com

Konsekwencje prawne transgranicznego charakteru umowy o świadczenie usług typu *cloud gaming*

Legal consequences of the cross-border nature of the contract for the provision of cloud gaming services

Abstrakt

W niniejszym opracowaniu zostały częściowo poruszone niektóre problemy prawne związane ze świadczeniem usług z zakresu *cloud gamingu*. Szczególnie istotne są kwestie dotyczące wyczerpania praw autorskich oraz kierunków orzeczniczych, które mogą pojawiać się w tym zakresie w przyszłości. Orzecznictwo TSUE wydaje się obecnie stać na stanowisku, że instytucja wyczerpania zawarta w dyrektywie komputerowej nie znajdzie zastosowania w stosunku do gry komputerowej jako całości. Powyższa interpretacja może jednak w przyszłości ulec zmianie ze względu na rolę, jaką w dzisiejszym świecie odgrywają cyfrowe wersje utworów. Z punktu widzenia nie tylko dostawcy usług *cloud gamingowych*, ale również podmiotu praw autorskich, bardzo istotne są również stosunkowo nowe regulacje dotyczące transgranicznego przenoszenia usług online obowiązujące w Unii Europejskiej.

Słowa kluczowe: *cloud gaming*, gry komputerowe, prawo autorskie, licencja, wyczerpanie praw, usługi transgraniczne

Abstract

In this study was presented some legal problems related to the provision of cloud gaming services have been partially addressed. The issues related to the exhaustion of copyright and the directions of jurisprudence that may appear in this respect in the future are particularly important. The CJEU jurisprudence seems to take the position that the institution of exhaustion contained in the cloud computing directive will not apply to the computer game as a whole. However, the above interpretation may change in the future due to the role played by digital versions of works in today's world. From the point of view of not only the provider of cloud gaming services but also the copyright holder, the relatively new regulations on cross-border portability of online services in force in the European Union are also very important.

Keywords: cloud gaming, computer games, copyright, license, exhaustion of rights, cross-border services

1. Wstęp

Szacuje się, że w 2018 r. światowy rynek gier komputerowych¹ wygenerował przychody w wysokości 134.9 mld USD, odnotowując wzrost o 10% w stosunku do roku poprzedniego. Gry mobilne (na smartfony i tablety) pozostają największym segmentem rynku, osiągając przychody w wysokości 63.2 mld USD, co stanowi ponad 50% światowego rynku gier². Z powyższych danych jasno wynika, że na przestrzeni ostatnich lat segment gier wideo stopniowo zmienia swoją pozycję w stosunku do innych gałęzi sektora rozrywki cyfrowej i stanowi obecnie jego serce. Jednocześnie dynamicznie się zmienia, dostosowując się do oczekiwań konsumentów, co skutkuje powstawaniem nowych segmentów i sposobów komercjalizacji gier wideo.

Popularność gier komputerowych osiągnęła taki poziom, że w ich kierunku łakomie zaczynają spoglądać podmioty z innych branż – np. odzieżowej, motoryzacyjnej czy nawet usług finansowych – szukające szans na dotarcie do młodszych pokoleń. Wraz z rozwojem branży i wzrostem oczekiwań użytkowników, zmieniają się również modele biznesowe, które zbliżają się do tego, co obserwujemy w innych branżach. Dystrybucja oparta na modelu

¹ Na potrzeby niniejszej publikacji autor będzie używał zamiennie pojęcia gry komputerowej i gry wideo. Należy wskazać, że z punktu widzenia technicznego są to pojęcia tożsame zakresowo i nie ma powodu ich rozróżniania.

² *Global Games Market Report 2018* (Free version), s. 11, <https://newzoo.com/insights/trend-reports/newzoo-global-games-market-report-2018-light-version/> [dostęp: 13.05.2018].

abonamentowym, typowa dla treści muzycznych i wideo, jest coraz częściej wykorzystywana przez producentów i dystrybutorów gier komputerowych. Jako przykłady usług tego typu można wymienić np. Xbox Game Pass³ czy PlayStation Now. Jednakże, ze względu na specyfikę gier wideo, nie da się przełożyć na ich grunt całkowicie modelu dystrybucji typowego dla VoD (*video on demand*). Korzystanie z gier komputerowych zakłada bowiem większą interakcję z utworem, co powoduje, że model taki będzie zbliżony do korzystania z oprogramowania za pośrednictwem chmury obliczeniowej (*cloud computing*) i nazywany graniem w chmurze (*cloud gaming*).

Cloud gaming pozwala użytkownikowi przezwyciężyć jedną z kluczowych przeszkód przy korzystaniu z nowoczesnych gier komputerowych, tj. jego ograniczenia sprzętowe. Powyższy model zakłada, że w każdą grę można grać na różnych urządzeniach bez konieczności posiadania przez użytkownika fizycznego sprzętu wymaganego do uruchomienia gry. Stały postęp techniczny i chęć zapewnienia wygody użytkownikom powodują, że w nadchodzących latach segment usług za zakresu *cloud gaming* będzie się stale rozwijał. Z technicznego punktu widzenia, dla rozwoju usług tego typu istotne są trwające obecnie w Europie prace nad wdrożeniem sieci 5G, która, ze względu na większą niż obecnie przepustowość, może znacząco wpłynąć na jakość rozgrywki oraz jej płynność.

Obecnie największe podmioty na rynku (np. Microsoft czy Google) pracują nad komercjalizacją swoich usług opartych o model *cloud gaming* lub w mniejszym stopniu wykorzystujących chmurę obliczeniową. W tym zakresie warto wskazać na usługę Project xCloud, która oparta jest na streamowaniu gier dedykowanych dla Xbox na telefony (smartfony) lub tablety wyposażone w system Android. Zgodnie z informacjami producenta usługa, będąca obecnie w fazie testowej, ma być oparta na przesyłaniu gier bezpośrednio z chmury przez Wi-Fi lub sieć komórkową⁴. Kalifornijska firma Google planuje z kolei wdrożenie nowej usługi Google Stadia⁵. Obecnie usługa jest dostępna w Stanach Zjednoczonych oraz w części Europy, ale niestety nie w Polsce. Usługa ta jest oparta na modelu *cloud gaming*, ale posiada również elementy typowe dla tradycyjnych platform zajmujących się dystrybucją cyfrowych wersji gier komputerowych o czym będzie mowa w dalszej części artykułu.

³ Xbox Game Pass, <https://www.xbox.com/pl-PL/xbox-game-pass> [dostęp: 31.05.2018].

⁴ Tamże.

⁵ Informacje o Stadia: *Graj w bezpłatne gry dzięki Stadia Pro*, <https://stadia.google.com/> [dostęp: 31.05.2018].

Jednym z elementów specyficznych dla usług świadczonych za pośrednictwem chmury (w tym *cloud gamingu*) jest ich transgraniczny charakter, co poza aspektami technicznymi, ma daleko idące konsekwencje prawne. W tym zakresie warto wskazać np. kwestię prawa właściwego lub jurysdykcji, konieczności zapewnienia zgodności prawnej działań z regulacjami właściwymi dla konkretnego kraju lub regionu (np. regulacji unijnymi) czy też kwestię zagadnień terytorialnych praw autorskich. W dalszej części rozdziału zostaną zaprezentowane wybrane kwestie prawne dotyczące transgranicznego charakteru umowy o świadczenie usług typu *cloud gaming*.

2. Specyfika *cloud gaming* oraz wprowadzenie do prawn-autorskiej kwalifikacji gier komputerowych

Klasyczny model dystrybucji i komercjalizacji gier wideo opierał się na sprzedaży najpierw fizycznego, a potem cyfrowego nośnika gry komputerowej. Od początku XXI wieku obserwujemy jednak zmiany w tym zakresie i wykształcenie się pojęcia gry jako usługi (*game as a service*)⁶. Jedną z przykładowych usług z tego zakresu jest *cloud gaming*, zwany również graniem na żądanie (*gaming on demand*), co wynika z podobieństwa do VoD⁷.

Cloud gaming jest usługą, która umożliwia granie w gry wideo za pośrednictwem sieci internetowej przy użyciu innego, pomocniczego oprogramowania (np. za pomocą za pomocą dedykowanej aplikacji lub tzw. cienkiego klienta (*thin client*)⁸. Tym, co wyróżnia tę usługę spośród innych z zakresu GaaS, jest właśnie sposób dostępu do gry wideo. Użytkownik nie instaluje gry komputerowej na swoim komputerze (lub innym urządzeniu) oraz nie wykorzystuje mocy obliczeniowej tego sprzętu, ale rozgrywka (*gameplay*) jest niejako streamowana na jego urządzenie za pomocą łącza internetowego, np. w przypadku usługi GeForce NOW jest to komputer lub urządzenie Shield TV.

W tym zakresie *cloud gaming* wykazuje istotną różnicę w stosunku do innych usług z zakresu GaaS. Przykładowo usługa Xbox Game Pass lub PlayStation Plus umożliwia abonamentowy dostęp do określonego katalogu gier

⁶ Z charakterystyką usług tego typu można zapoznać się przykładowo tutaj: *Games as a service* [hasło], https://en.wikipedia.org/wiki/Games_as_a_service [dostęp: 31.05.2018] lub w artykule J. Kubalskiego, *Games as service – perspektywa prawnika*, <https://www.dzp.pl/blog/ip/games-as-service-perspektywa-prawnika/> [dostęp: 31.05.2018].

⁷ Zob. *Cloud Gaming Market 2018–2026. Report AMI-135*, <https://www.absolutemarketsinsights.com/reports/Cloud-Gaming-Market-2018-2026-135> [dostęp: 26.12.2018].

⁸ Tamże.

wideo. Korzystanie z gier odbywa się za pomocą sprzętu danego użytkownika – użytkownik instaluje grę na własnym urządzeniu, a przy każdorazowym uruchomieniu gra wykorzystuje tylko moc obliczeniową tego urządzenia. W przypadku zakończenia korzystania z usługi użytkownik traci możliwość uruchomienia danej gry, może ją odzyskać po wznowieniu subskrypcji. *Cloud gaming* nie polega również na streamowaniu rozgrywki z jednego urządzenia należącego do użytkownika na drugie – nie zapewnia zdalnego dostępu (*remote play*)⁹.

Analizując warstwę techniczną *cloud gaming* można dostrzec jej istotne podobieństwa do chmurowej usługi SaaS (*Software as a Service*)¹⁰. Usługa stosuje architekturę klient - serwer, a gra wideo lub program komputerowy są przechowywane i uruchamiane w centrum przetwarzania danych dostawcy, zaś warstwa audiowizualna i niezbędne dane gry są strumieniowane do urządzenia końcowego użytkownika¹¹. Ze względu na podobieństwo aspektów technicznych oraz istotne znaczenie programu komputerowego w działaniu gry komputerowej, usługi te mają wiele wspólnych problemów prawnych. Ze względu na ograniczoną literaturę dotyczącą usług *cloud gaming*, w dalszej części opracowania, autor będzie odwoływał się również do poglądów wyrażonych przez doktrynę w zakresie usług *cloud computing* (tj. IaaS, PaaS i SaaS), co zostanie jednak należyście opisane i skomentowane.

Omawiając usługę *cloud gaming* warto odwołać się do jednej z kluczowych kwestii, która ma istotny wpływ w kontekście transgranicznego charakteru umowy, tj. kwalifikacji prawnej jej przedmiotu z punktu widzenia prawa autorskiego. Kwestią podstawową jest dokonanie oceny kwalifikacji gry komputerowej na gruncie prawa autorskiego, co będzie istotne również z perspektywy rozważań poczynionych w dalszej części tego rozdziału.

W polskiej literaturze nie ma wielu publikacji dotyczących problematyki gier komputerowych. Dynamiczny rozwój tego sektora w Polsce zapewne przy-

⁹ W taki sposób działa usługa gra zdalna PS4. Usługa polega na możliwości streamowania rozgrywki między urządzeniami użytkownika za pomocą dedykowanej aplikacji i sieci internetowej. Istotne jest to, że użytkownik posiada cyfrową lub fizyczną kopię gry, a usługa umożliwia mu tylko do niej dostęp na urządzeniu innym niż konsola PS4. Zob. *PS Remote Play*, <https://remoteplay.dl.playstation.net/remoteplay/lang/pl/index.html> [dostęp: 31.05.2018].

¹⁰ D. Chou, *Cloud Service Models (IaaS, PaaS, SaaS) Diagram*, <https://dachou.github.io/2018/09/28/cloud-service-models.html> [dostęp: 26.12.2018].

¹¹ Tamże, s. 35; R. Ewelle Ewelle, *Adapting Communications in Cloud Games. Networking and Internet Architecture* [cs.NI], Montpellier 2015, s. 6, <https://tel.archives-ouvertes.fr/tel-01986122/document> [dostęp: 30.09.2018].

czyni się do zwiększenia zainteresowania nauki prawniczej tym typem usług¹². Prawno-autorska analiza kwalifikacji gier komputerowych, choć już opisana w polskiej literaturze prawniczej, wymaga jednak przedstawienia i krótkiego omówienia ze względu na różne stanowiska prezentowane przez doktrynę. Na marginesie warto również zauważyć, że w zakresie dorobku polskiej judykatury próżno jest szukać orzecznictwa dotyczącego *stricto* gier komputerowych, a co za tym idzie zjawiska tak specyficznego jak *cloud gaming*.

¹² M.in. tej tematyce został poświęcony cały zeszyt „Wrocławskich Studiów Sądowych” 2014, nr 4 a także M. Bienias, *Prawo własności przemysłowej w wirtualnych światach gier komputerowych*, [w:] K. Grzybczyk, A. Auleytner, J. Kulesza (red.), *Prawo w wirtualnych światach*, Warszawa 2013, s. 213-245; B. Bilicz, *Wirtualny świat jako utwór samoistny. Twórcze wykorzystywanie elementów gier komputerowych. Machinima*, [w:] K. Grzybczyk, A. Auleytner, J. Kulesza (red.), *Prawo...*, s. 195-212; J. Gołaczyński, *Wirtualne światy a własność wirtualna*, [w:] M. Pazdan, M. Jagielska, E. Rott-Pietrzyk, M. Szpunar, *Rozprawy z prawa prywatnego. Księga jubileuszowa dedykowana Profesorowi Wojciechowi Popiołkowi*, Warszawa 2017, s. 1139-1146; K. Grzybczyk, *Nieuczciwa konkurencja a gry komputerowe*, [w:] K. Grzybczyk, A. Auleytner, J. Kulesza (red.), *Prawo...*, s. 246-256; D. Karkut, *Naruszenie kultu pamięci osoby zmarłej w wirtualnym świecie gry komputerowej*, [w:] J. Gołaczyński, J. Mazurkiewicz, J. Turłukowski, D. Karkut (red.), *Non omnis moriar : osobiste i majątkowe aspekty prawne śmierci człowieka : zagadnienia wybrane*. [T. 2], Wrocław 2015, s. 416-427; D. Karkut, *Własność wirtualna w prawie polskim. Zagadnienia wybrane*, Wrocław 2018; M. Lesiewicz, *Licencja jako konstytucja świata wirtualnego. Treść umów licencyjnych*, [w:] K. Grzybczyk, A. Auleytner, J. Kulesza (red.), *Prawo...*, s. 66-85; J. Markowski, *Dozwolony użytek prywatny gier komputerowych*, „Palestra” 2016, nr 7/8, s. 34-40; I. Matusiak, *Gra komputerowa jako przedmiot prawa autorskiego*, Warszawa 2013; I. Matusiak, *Konsekwencje (braku) zmian przepisów prawa autorskiego a status prawny gier komputerowych*, „Białostockie Studia Prawnicze” 2015, nr 19, s. 63-76, <http://pbc.biaman.pl/dlibra/docmetadata?id=54130&from=publication> [dostęp: 26.12.2018]; R. Mikołajczyk, *Ochrona wirtualnych obiektów w prawie karnym*, „Prawo Mediów Elektronicznych” 2015, nr 1, s. 61-62; K. Mikulski, *Zarys problematyki własności wirtualnej w świetle prawa nowych technologii*, [w:] E. Galewska, A. Zalesińska, Ł. Cieślak, A. Materla, W. Bijas, M. Gdula, *Wybrane aspekty prawa nowych technologii*, cz. 2, Wrocław 2014, s. 135-146; A. Stasiak-Apelska, *Programy komputerowe jako przedmiot ochrony*, „Palestra” 2018, nr 1-2, s. 106-113; K. Szpyt, *Egzekucja z prawa do konta na serwerze gry komputerowej i zgromadzonych na nim dóbr wirtualnych. Zarys problematyki*, [w:] M. Załucki, *Egzekucja z majątku spadkowego. Ograniczona i nieograniczona odpowiedzialność za długi spadkowe*, Warszawa 2016; K. Szpyt, *Koniec świata... wirtualnego, czyli gry komputerowe, dobra wirtualne i konta na serwerze gry z perspektywy postępowania upadłościowego : zarys problematyki*, [w:] J. Mazurkiewicz, P. Szymaniec (red.), *Prawne i administracyjne aspekty komunikacji elektronicznej*, Wałbrzych 2018, s. 151-172; K. Szpyt, *Obrót dobrami wirtualnymi w grach komputerowych. Studium cywilnoprawne*, Warszawa 2018; M. Stelmaszewski, *Gra komputerowa jako dobro kulturowe. Węzłowe problemy ochrony. Przyczynek do dyskusji*, [w:] P. Dobosz, M. Adamus, D. Guzek, A. Mazur (red.), *Węzłowe problemy prawnej ochrony dziedzictwa kulturowego. Profesorowi Stanisławowi Waltosowi z okazji 85 urodzin przypadających w 2017 roku ofiaruje Koło*

Gra komputerowa (gra wideo) nie posiada swojej definicji legalnej w ustawie z dnia 4 lutego 1994 r. o prawie autorskim i prawach pokrewnych¹³. Takiej definicji nie zawiera również żadna inna polska ustawa. Jednak, w 2018 r. Ministerstwo Kultury i Dziedzictwa Narodowego opublikowało projekt ustawy o finansowym wspieraniu produkcji kulturowych gier wideo oraz o zmianie innych ustaw¹⁴. Projekt utknął w martwym punkcie i został ostatecznie wycofany, ale warto zauważyć, że zawierał również propozycję definicji gry wideo¹⁵.

Przedmiotem ochrony wynikającej z prawa autorskiego jest utwór. – według art. 1 ust. 1 pr.aut., „każdy przejaw działalności twórczej o indywidualnym charakterze, ustalony w jakiejkolwiek postaci, niezależnie od wartości, przeznaczenia i sposobu wyrażenia”.

Mimo nieuwzględnienia gier komputerowych w ramach przykładowego katalogu utworów w art. 1 ust. 2 pr. aut. nie ulega wątpliwości, że mogą one stanowić utwór chroniony przez prawo autorskie. Ich dokładna kwalifikacja, z uwzględnieniem relacji w stosunku do innych nazwanych kategorii utworów, stanowi jednak wyzwanie nie tylko na gruncie prawa polskiego, ale jest również przedmiotem sporów na gruncie innych porządków prawnych¹⁶. Przykładowo w kontrowersyjnym wyroku *Nova Productions*, wskazano, że:

skoro przebieg gry komputerowej za każdym razem zależy od jego gracza, to jako dzieło nie ma ono zdolności do bycia odtworzonym

Naukowe Sekcja Ochrony Dóbr Kultury Towarzystwa Biblioteki Słuchaczy Prawa Uniwersytetu Jagiellońskiego wraz z Gronem Sympatyków. Praca zbiorowa. T. 1. Ochrona dziedzictwa kulturowego w polskim prawie konstytucyjnym i administracyjnym, Kraków 2016, s. 298-299; E. Traple (red.), *Ochrona gry komputerowej. Aktualne wyzwania prawne*, Warszawa 2015; B. Widła, *More Than a Game. Did Nintendo v. PC Box Give Manufacturers More Control Over the Use of Hardware?*, „Computer Law & Security Review” 2017, t. 33, nr 2, s. 242-249.

¹³ Ustawa z dnia 4 lutego 1994 r. o prawie autorskim i prawach pokrewnych, tj. Dz.U. 2018, poz. 1191.

¹⁴ Projekt ustawy o finansowym wspieraniu produkcji kulturowych gier wideo oraz o zmianie innych ustaw, UD410, <https://legislacja.rcl.gov.pl/projekt/12316950> [dostęp: 17.05.2018].

¹⁵ Zgodnie z art. 2 pkt 3 projektu gra wideo oznacza: „program komputerowy zintegrowany z elementami treści, w tym w formie obrazów lub dźwięków, dający jego użytkownikom możliwość rozwiązywania interaktywnych zadań o charakterze rozrywkowym lub edukacyjnym, opartych o określony zbiór reguł i udostępniany przez urządzenia elektroniczne wyposażone w interfejs umożliwiający interakcję”. Tamże.

¹⁶ Por. Ewa Laskowska-Litak, *Prawnoautorski eksperyment Schrödingera: czy utwór można zdefiniować w ustawie? Uwagi na tle prawa brytyjskiego*, „Zeszyty Naukowe Uniwersytetu Jagiellońskiego” 2018, nr 3, s. 18.

(ponownie w taki sam sposób), co też dyskwalifikuje je jako utwór dramatyczny. W odniesieniu do gier komputerowych powstaje więc pewna luka w systemie prawa brytyjskiego: nie korzystają one (w całości) z ochrony ani jako program komputerowy, ani jako dzieło dramatyczne. W konsekwencji tylko poszczególne części gry komputerowej jako takie mogą uzasadniać przyznanie praw autorskich, o ile jednak mieszczą się one w ramach pozostałych kategorii utworów (np. scenariusz gry komputerowej, ścieżka dźwiękowa, itp.)¹⁷.

Wyrok ten dobrze ilustruje problem, który pojawiał się również na gruncie polskiej literatury, tj. podejścia do określenia pozycji gry wideo jako całości w stosunku do jej elementów składowych, które mogą zostać uznane za utwór. Polska doktryna przedstawia kilka modeli dotyczących kwalifikacji gier komputerowych na gruncie prawa autorskiego, które zostały szeroko scharakteryzowane w literaturze – np. kwalifikacja całości jako utworu nienazwanego lub stosowanie regulacji, które dotyczą utworu najbardziej zbliżonego do gry komputerowej¹⁸. Podsumowując te rozważania,

należy przychylić się do poglądu, że gry komputerowe jako całość nie mogą być kwalifikowane do kategorii programów komputerowych, utworów audiowizualnych ani innych kategorii utworów wskazanych *expressis verbis* w PrAut. Kwestię ochrony prawnoautorskiej należy rozważyć w odniesieniu do poszczególnych elementów składowych gry komputerowej, takich jak m.in. program komputerowy, grafika czy warstwa dźwiękowa¹⁹.

Powyższa kwestia nie pozostaje bez znaczenia dla *cloud gaming* i ma szczególne dla relacji umowy dotyczącej tej usługi i licencji gry komputerowej.

¹⁷ Tamże, s. 18.

¹⁸ Problematyka kwalifikacji gier komputerowych na gruncie prawa autorskiego została przedstawiona przykładowo w publikacjach: I. Matusiak, *Gra komputerowa...*, dz.cyt.; A. Wachowska, *Problematyczny status gier komputerowych na gruncie prawa autorskiego – czy gra komputerowa to utwór audiowizualny, program komputerowy, czy inny utwór?*, [w:] E. Traple (red.), *Ochrona gry komputerowej*, Warszawa 2015, s. 19-62; D. Flisak, *Utwór multimedialny w prawie polskim*, Warszawa 2008; M. Drozdowicz, *Dzieło multimedialne jako nowa kategoria polskiego prawa autorskiego na tle koncepcji budowy utworu*, „Zeszyty Naukowe Uniwersytetu Jagiellońskiego. Prace z Prawa Własności Intelektualnej” 2001, nr 3, s. 81-114.

¹⁹ Por. A. Wachowska, *Problematyczny status...*, s. 60.

3. Wpływ transgranicznego charakteru usługi *cloud gaming* na zagadnienia licencyjne

Z perspektywy usług opartych na modelu *cloud gaming* istotne jest znalezienie odpowiedzi na pytanie o możliwość odsprzedaży tych utworów. Istotą usługi jest zapewnienie dostępu do konkretnego katalogu gier za pośrednictwem np. dedykowanej aplikacji. Na urządzeniu użytkownika nie dochodzi do zwielokrotnienia oprogramowania. Model ten jest zbliżony do tego, co oferuje Netflix w segmencie filmów i seriali.

Warto zauważyć, że wraz z oczekiwaniami użytkowników modyfikacji podlega również charakter tych usług. Amerykański Google pracuje obecnie nad nową usługą (czy może już wirtualną konsolą), która częściowo odchodzi od założeń *cloud gaming*. Google Stadia umożliwia uruchomienie gier użytkownika w chmurze, podobnie jak ma to miejsce we wskazanym powyżej przypadku. Główna różnica przejawia się jednak w tym, że niektóre gry w ramach usługi Google Stadia trzeba będzie kupić, aby móc z nich korzystać²⁰. W ramach subskrypcji użytkownicy mają dostęp tylko do wąskiego katalogu gier. W takim wypadku mamy do czynienia z modelem hybrydowym łączącym *cloud gaming* z platformami dystrybucji cyfrowej i zarządzania prawami cyfrowymi (np. Steam).

Specyfika świadczenia usług *cloud gaming* ma kluczowe znaczenie z perspektywy zastosowania instytucji wyczerpania i potencjalnej możliwości odsprzedaży gier. Wyczerpanie praw ma na celu ograniczenie uprawnień majątkowych do utworu, aby rozstrzygnąć kolizję pomiędzy prawem własności egzemplarza utworu a autorskimi prawami majątkowymi. Instytucja wyczerpania ma swoje źródło w regulacjach unijnych, tj. art. 4 ust. 2 dyrektywy 2001/29/WE²¹, zaś w odniesieniu do programów komputerowych – w art. 4 ust. 2 dyrektywy 2009/24/WE²².

Jak zostało wskazane wcześniej, ze względu na złożony charakter gier wideo, każdy z utworów składowych powinien być poddany odrębnej ocenie z perspektywy jego ochrony w zakresie prawa autorskiego. Powyższa kwa-

²⁰ J. Skornowicz, *Co to jest Google Stadia – wymagania, cena i gry*, <https://www.komputronik.pl/informacje/co-to-jest-google-stadia/> [dostęp: 23.05.2018].

²¹ Dyrektywa 2001/29/WE Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 22 maja 2001 r. w sprawie harmonizacji niektórych aspektów praw autorskich i pokrewnych w społeczeństwie informacyjnym z dnia 22 maja 2001 r., Dz. Urz. UE L 167 z 22.06.2001 r., s. 10.

²² Dyrektywa Parlamentu Europejskiego i Rady 2009/24/WE z dnia 23 kwietnia 2009 r. w sprawie ochrony prawnej programów komputerowych, Dz. Urz. UE L 111 z 5.05.2009 r., s. 16-22 (dalej: dyrektywa komputerowa).

lifikacja będzie rzutować również na zastosowanie instytucji wyczerpania w stosunku do tych elementów składowych. W przypadku *cloud gaming* mamy do czynienia co do zasady z modelem usługowym, w którym gry wideo są przesyłane na urządzenia użytkownika w sposób uniemożliwiających ich zwielokrotnienie na potrzeby ich użytkowania w oderwaniu od dedykowanej aplikacji udostępnionej przez usługodawcę. Wskazuje się, że w zakresie programu komputerowego, który stanowi rdzeń każdej gry, nie dochodzi bowiem do jego zwielokrotniania a reprodukcji przetwarzanych danych, zatem użytkownik programu (gry komputerowej) w tym zakresie nie wkracza w sferę praw wyłącznych z art. 74 ust. 4 pkt 1 pr.aut. W związku z powyższym umowa pomiędzy dostawcą a użytkownikiem będzie kwalifikowała się w tym zakresie jako umowa o świadczenie usług (art. 750 k.c.²³), a nie umowa licencyjna²⁴.

W przypadku warstwy audio-wizualnej gry komputerowej, która jest streamowana na urządzenie końcowe użytkownika, korzysta on z odrębnego pola eksploatacji objętego prawami autorskimi twórcy, tj.: publiczne wykonanie, wystawienie, wyświetlenie, odtworzenie oraz nadawanie i reemitowanie, a także publiczne udostępnianie utworu w taki sposób, aby każdy mógł mieć do niego dostęp w miejscu i w czasie przez siebie wybranym (art. 50 pkt 3 pr.aut.). W tym zakresie stosowną licencję obejmującą wskazane powyżej pole eksploatacji powinien zapewnić na swoją rzecz dostawca usług *cloud gamingowych*. Należy wskazać, że w powyższym przypadku nie dojdzie do wyczerpania praw autorskich. Ponieważ wyczerpanie praw autorskich jest ściśle związane z konkretnym egzemplarzem w którym ustalony zostało dobro niematerialny podmiotu praw autorskich, nie będzie dotyczyło ono najmu i użyczenia (art. 51 ust. 3 pr.aut.). Takie stanowisko prezentuje również doktryna w stosunku do usług w modelu *cloud computing*, a więc analogiczne zastosowanie znajda również w stosunku do *cloud gaming*:

Do wyczerpania prawa nie dojdzie przy świadczeniu usług w modelu *Cloud Computing*, w którym oprogramowanie jest udostępniane użytkownikowi, gdyż wynagrodzenie za usługę nie ma charakteru jednorazowego, lecz jest uiszczane okresowo. Taki model umowy, zapewniający dostęp do programu, nie wykazuje bowiem podo-

²³ Ustawa z dnia 23 kwietnia 1964 r. - Kodeks cywilny, tj. Dz.U. 2018, poz. 1025.

²⁴ Zob. K. Żok, *Kwalifikacja umowy o korzystanie z programu komputerowego jako usługi (Software as a Service, SaaS) – uwagi na tle prawa polskiego i wybranych zagranicznych systemów prawnych*, „Zeszyty Naukowe Uniwersytetu Jagiellońskiego. Prace z Prawa Własności Intelektualnej” 2015, nr 129, s. 18-24.

bieństwa do umowy sprzedaży²⁵ [...], lecz do umowy o świadczenie usług²⁶.

Podobne stanowisko zostało sformułowane przez A. Michalak odnośnie usług na żądanie²⁷.

Rozważenia wymaga możliwość zastosowania przepisów o wyczerpaniu w przypadku usług *cloud gaming* zawierających komponent zakupu gier²⁸. Bó- wiem zgodnie z przyjętym powyżej stanowiskiem model taki będzie zbliżony do umowy sprzedaży²⁹. Gdybyśmy mieli do czynienia z fizycznym egzemplarzem utworu, np. pudełkową (fizyczną) wersją gry komputerowej, która została zakupiona w sklepie, nie ulega wątpliwości że w momencie zakupu tego nośnika z grą dochodzi do wyczerpania prawa. Powoduje to, że użytkownik może swobodnie dysponować swoim egzemplarzem, a więc również go sprzedać. Ze względu na specyfikę cyfrowego egzemplarza sytuacja nie jest taka prosta.

Kwestia wyczerpania praw autorskich dotycząca wtórnego obrotu egzemplarzami oprogramowania dystrybuowanego online była przedmiotem wielokrotnie omawianego w literaturze orzeczenia Trybunału Sprawiedliwości UE w sprawie *UsedSoft GmbH v. Oracle International Corp*³⁰. Spółka Oracle prowadziła działalność polegającą na tworzeniu oprogramowania, które było następnie dystrybuowane w formie elektronicznej za pośrednictwem Internetu. Użytkownik, który chciał skorzystać z oprogramowania, pobierał jego kopię na swój komputer za pośrednictwem strony internetowej producenta. Warunki korzystania z oprogramowania zostały uregulowane w umowie licencyjnej, która określała m.in. maksymalną liczbę użytkowników mogących równocześnie korzystać z oprogramowania oraz charakter licencji (udzielana na czas nieokreślony, wyłączna i nieprzenaszalna oraz, co istotne dla dalszych

²⁵ T. Targosz [w:] D. Flisak (red.), *Prawo autorskie pokrewne. Komentarz*, Warszawa 2014, s. 783.

²⁶ J. Szyjewska-Bagińska [w:] E. Ferenc-Szydełko (red.), *Ustawa o prawie autorskim i prawach pokrewnych. Komentarz*, Warszawa 2016, Legalis – komentarz do art. 51 pr.aut.

²⁷ Zob. J. Doniec, *Wyczerpanie prawa autorskiego w Internecie – przepisy Unii Europejskiej i ocena potrzeb zmiany uregulowań w kontekście White Paper on Remixes, First Sale, and Statutory Damages z 2016 r.*, „Internetowy Przegląd Prawniczy TBSP UJ” 2016, nr 4, s. 36-56, http://www.tbsp.wpia.uj.edu.pl/documents/4137545/134213770/6.+Doniec_4_2016.pdf/9072ad12-d7d8-47af-b4ab-be5f671621e4 [dostęp: 26.12.2018].

²⁸ Por. np. usługę Google Stadia.

²⁹ T. Targosz [w:] D. Flisak (red.), *Prawo autorskie pokrewne...*, s. 783.

³⁰ Wyrok TSUE z 3 lipca 2012 r., *UsedSoft GmbH v. Oracle International Corp*, C-128/11, ZOTSis 2012, nr 7, poz. I-407.

rozważań, udzielana za jednorazową opłatą). Spółka UsedSoft, jak wskazuje już jej nazwa³¹, prowadziła działalność polegającą na pośrednictwie w obrocie używanymi licencjami na oprogramowanie, co w okolicznościach niniejszej sprawy sprowadzało się do kupna od klientów Oracle uprawnień wynikających z wiążącej ich umowy licencyjnej, związanych z kluczem licencyjnym, i dalszą odsprzedaż tych kluczy. Trybunał przesądził, że:

w myśl art. 4 ust. 2 dyrektywy Parlamentu Europejskiego i Rady 2009/24/WE z dnia 23 kwietnia 2009 r. w sprawie ochrony prawnej programów komputerowych prawo do rozpowszechniania kopii programu komputerowego zostaje wyczerpane, jeśli podmiot praw autorskich, który zezwolił, choćby i nieodpłatnie, na pobranie tej kopii z Internetu na nośnik danych, również przyznał, w zamian za zapłatę ceny mającej umożliwić mu uzyskanie wynagrodzenia odpowiadającego wartości gospodarczej kopii dzieła, którego jest on właścicielem, prawo do nieograniczonego w czasie korzystania z tej kopii.

Przenosząc powyższe rozważania na grunt prawa polskiego, należy stwierdzić, że w świetle powyższego orzeczenia, aby doszło wyczerpania praw do programu komputerowego dystrybuowanego online (art. 51 ust. 3 pr.aut.) musi zostać spełniony szereg przesłanek. Pierwszą z przesłanek jest wprowadzenie oprogramowania do obrotu poprzez przeniesienie własności kopii programu na nabywcę. W wyroku w sprawie *UsedSoft GmbH v. Oracle International Corp* Trybunał uznał, że w przypadku sprzedaży dostępu do programu komputerowego online (tzw. klucza cyfrowego) z możliwością załadowania kopii na własny komputer mamy do czynienia z niematerialną kopią (egzemplarzem) takiego programu³². Drugą przesłankę stanowi brak ograniczeń czasowych korzystania z programu komputerowego. Jeżeli użytkownik mógłby korzystać z oprogramowania tylko w ograniczonym zakresie, to taki model nie byłby podobny do umowy sprzedaży, ale do umowy o świadczenie usług³³. Taka sytuacja miała również miejsce w okolicznościach wspomnianej sprawy, gdzie Oracle udzielał licencji swoim użytkownikom na czas nieokreślony.

³¹ Termin *used soft* można tłumaczyć jako używane oprogramowanie.

³² Por. M. Porzeżyński, *Wyczerpanie prawa do kopii programu komputerowego w kontekście wyroku C-128/11 UsedSoft GmbH v. Oracle International Corp*, „Zeszyt Studencki Kół Naukowych Wydziału Prawa i Administracji UAM” 2013, nr 3, s. 116-121, <https://repozytorium.amu.edu.pl/handle/10593/13582> [dostęp: 26.12.201].

³³ Por. T. Targosz [w:] D.Flisak, *Prawo autorskie pokrewne...*, Legalis.

Powyższe przesłanki zostały bardzo trafnie podsumowane przez E. Ferenc-Szydełko, która stwierdziła, że:

klasyfikując usługę dostępu do utworu on-line bez ograniczenia czasowego («na zawsze») w zamian za uiszczenie jednorazowej opłaty, uznano, że wykazuje ona cechy umowy sprzedaży. W konsekwencji zaproponowano, aby pojęciu «sprzedaż», stosując wykładnię funkcjonalno-celowościową tego zwrotu, nadać szersze znaczenie, obejmujące wszelkie przypadki wprowadzania do obrotu, w tym również kopie elektroniczne utworów, o ile funkcjonalnie instytucje te są zbliżone do umowy sprzedaży nośnika utworu. Nie ma przy tym znaczenia, jaką nazwę umowy stosuje dostawca. Istotny bowiem jest cel tej umowy. Nabywca kopii utworu może zatem ją zbyć na rzecz osoby trzeciej, o ile równocześnie usunie kopie takiego utworu ze swojego komputera³⁴.

Trzecią przesłanką konieczną do wyczerpania jest zapłata wynagrodzenia odpowiadającego wartości gospodarczej kopii dzieła. W przypadku dostępu do utworu online bez ograniczenia czasowego za jednorazową opłatą, trudno argumentować, że podmiot praw autorskich (lub inny uprawniony podmiot) nie uzyskuje zapłaty wynagrodzenia odpowiadającego wartości gospodarczej kopii dzieła. W mojej ocenie sytuacja nie byłaby już taka jednoznaczna w momencie, gdyby zapłata wynagrodzenia nie miała charakteru jednorazowego. Mogłoby to budzić wątpliwości, czy w istocie mamy wówczas do czynienia z umową wykazującą cechy sprzedaży. Powyższa kwestia wymagałaby jednak dokonania analizy w odniesieniu do konkretnych stanów faktycznych.

Kolejną przesłanką jest wprowadzenie do obrotu przez podmiot uprawniony lub za jego zgodą, a więc przez podmiot powiązany z uprawnionym prawnie lub ekonomicznie, np. licencjobiorcę lub dystrybutora wyłącznego. Zgoda uprawnionego na wprowadzenie do obrotu może być udzielona zarówno wyraźnie, jak i w sposób dorozumiany. Zatem, jeżeli z całokształtu okoliczności dotyczących wprowadzenia do obrotu konkretnego egzemplarza (w sprawie *UsedSoft GmbH v. Oracle International Corp* był to klucz cyfrowy) wskazuje się w sposób niebudzący wątpliwości na istniejący po stronie twórcy (producenta) zamiar rezygnacji ze swojego prawa przeciwstawiania się wprowadzaniu egzemplarzy do obrotu, to powyższa przesłanka będzie spełniona.

³⁴ J. Szyjewska-Bagińska [w:] E. Ferenc-Szydełko (red.), *Ustawa o prawie autorskim...*, Legalis – komentarz do art. 51 pr.aut.

Na końcu należy zwrócić uwagę na ostatnią i najważniejszą przesłankę dotyczącą terytorialnego charakteru wyczerpania oprogramowania, tj. wprowadzenie na terytorium jednego z krajów EOG. W literaturze wyróżnia się obecnie trzy rodzaje wyczerpania: krajowe, światowe i regionalne³⁵. Wyczerpanie regionalne oznacza, że wprowadzenie egzemplarza utworu (lub jego cyfrowej kopii w przypadku oprogramowania) na terytorium jednego z krajów danego regionu spowoduje skuteczne wyczerpanie praw w całym regionie³⁶. W ramach UE przyjmuje się wyczerpanie regionalne, które obejmuje teren Europejskiego Obszaru Gospodarczego, a zostało uwzględnione jako zasada w art. 51 ust. 3 pr.aut. Jednocześnie warto zauważyć, że aktualnie nie ma umowy międzynarodowej wprowadzającej wyczerpanie światowe, a kraje je ustanawiające w swoich porządkach prawnych są ciągle w mniejszości (np. Australia), stąd podstawowe znaczenie ma wyczerpanie krajowe³⁷.

Na marginesie należy wskazać, że art. 51 ust. 3 pr.aut. ma charakter normy bezwzględnie obowiązującej (*ius cogens*) i nie może być modyfikowany w drodze umownej, co powoduje, że postanowienia umowne dotyczące np. zakazu sprzedaży będą z punktu widzenia prawa polskiego nieważne jako czynności prawne zmierzające do obejścia prawa (art. 58 k.c.).

Powyższe rozważania należy przenieść na grunt usługi *cloud gaming*, która zawiera w sobie również usługę polegającą na zakupie gier³⁸. W jej zakresie kluczową rolę odgrywać będzie specyfika gry komputerowej jako utworu (skrótowo przedstawiona powyżej). Przechodząc do możliwości zastosowania wspomnianego wyroku w stosunku do utworów innych niż programy komputerowe, należy zwrócić uwagę, że jest to zagadnienie sporne w literaturze. W polskiej doktrynie wyrażono stanowisko, że wyrok ten w sprawie powinien być stosowany wyłącznie w stosunku do programów komputerowych, a nie

³⁵ Por. komentarze do art. 51 pr.aut.: M. Załucki [w:] P. Ślęzak (red.), *Ustawa o prawie autorskim i prawach pokrewnych. Komentarz*, Warszawa 2017, Legalis; L.M. Genovesi, *The TRIPS Agreement and Intellectual Property Rights Exhaustion*, [w:] C.M. Correa (red.), *Research Handbook on the Protection of Intellectual Property under WTO Rules. Intellectual Property in the WTO*, t. I, Cheltenham 2010, s. 217.

³⁶ Por. J. Szczotka, *Obrót materialnym nośnikiem utworu w perspektywie prawa rzeczowego i prawa autorskiego*, „Barometr Regionalny” 2018, t. 16, nr 5, s. 113.

³⁷ Por. J. Anders (red.), *Podręcznik zarządzania własnością intelektualną*, Poznań 2009, s. 47, <https://silo.tips/download/podrecznik-zarzadzania-wasnoci-intelektualn> [dostęp: 26.12.2018]

³⁸ Taką usługą ma być Google Stadia, co zbliża ją w tym aspekcie do platform nie kwalifikujących się jako usługi *cloud gamingowe*, a dystrybutorów treści cyfrowych np. *Steam*, <https://store.steampowered.com/> [dostęp: 20.10.2018] czy *GoG*, <https://www.gog.com/> [dostęp: 20.10.2018].

innych kategorii utworów³⁹. W przypadku gier komputerowych, wyczerpanie dopuszczalne jest tylko w stosunku do ich wersji na nośnikach fizycznych⁴⁰. Odmierna sytuacja występuje w literaturze obcej, która prezentuje stanowisko, że wyczerpanie powinno obejmować egzemplarze zarówno w formie materialnej, jak i niematerialnej⁴¹.

Odnosząc się do powyższych wątpliwości, należy nałożyć na wspomniany wyrok inne orzeczenie Trybunału Sprawiedliwości w sprawie *Nintendo i in. v. PC Box Srl*⁴². Pośrednio przesądził on, że zasady dotyczące wyczerpanie praw autorskich do programów komputerowych nie odnoszą się do gier wideo jako „produktów hybrydowych”:

powyższego stwierdzenia nie podważa fakt, że dyrektywa 2009/24 stanowi *lex specialis* w stosunku do dyrektywy 2001/29 (zob. wyrok z dnia 3 lipca 2012 r. w sprawie C-128/11 *UsedSoft*, pkt 56). Zgodnie bowiem z art. 1 ust. 1 dyrektywy 2009/24 przewidziana w niej ochrona ogranicza się do programów komputerowych. Tymczasem z postanowienia odsyłającego wynika, że gry wideo takie jak te będące przedmiotem postępowania głównego stanowią złożony materiał obejmujący nie tylko program komputerowy, ale także elementy graficzne i dźwiękowe, które – mimo że zostały zakodowane w języku programowania – mają samoistnie charakter twórczy, niedający sprowadzić się wyłącznie do wspomnianego zakodowania. W zakresie, w jakim gra wideo, w tym wypadku jej elementy graficzne i dźwiękowe, przyczyniają się do oryginalności utworu, są one, wraz z całością danego dzieła, chronione prawem autorskim w ramach reżimu ustanowionego przez dyrektywę 2001/29⁴³.

³⁹ D. Flisak, Z. Okoń [w:] D. Flisak (red.), *Prawo autorskie pokrewne...*, s. 137.

⁴⁰ M. Porzeżyński, *Wyczerpanie prawa...*, s. 119.

⁴¹ Por. Ch. Geiger, F. Schönherr, I. Stamatoudi, P. Torremans [w:] I. Stamatoudi, P. Torremans (red.), *EU Copyright Law. A Commentary*, Cheltenham 2014, s. 425. Odmienne: A. Lober, S. Klein, F. Groothuis, *The Long and Winding Road of Digital Distribution. Or: Why the ECJ's Used Softdesion is of No Use to Keysellers*, „Interactive Entertainment Law Review” 2018, t. 1, s. 48 i nast.; M. Savi, *The Legalisty of Resale of Digital Content After UsedSoft in Subsequent German and CJEU Case Law*, „European Intellectual Property Review” 2015, nr 37(7), s. 418-422.

⁴² Wyrok TSUE z 23 stycznia 2014 r., C-355/12, *Nintendo Co. Ltd i in. v. PC Box Srl I 9Net Srl*, ECLI:EU:C:2014:25.

⁴³ Taki pogląd znalazł potwierdzenie również w niemieckim orzecznictwie, zob. A. Lober, S. Klein, F. Groothuis, *The Long...*, s. 48 i nast.; M. Savi, *The Legalisty...*, s. 418-422.

W powyższym wyroku Trybunał stwierdził, że gra wideo będzie chroniona jako całość, nie na podstawie dyrektywy 2009/24 w sprawie ochrony prawnej programów komputerowych, ale na podstawie dyrektywy 2001/29 w sprawie harmonizacji niektórych aspektów praw autorskich i pokrewnych w społeczeństwie informacyjnym. Powyższe podejście wyklucza możliwość zastosowania instytucji wyczerpania określonej w dyrektywie 2009/24, co w konsekwencji powoduje, że również rozważania zawarte w wyroku w sprawie *UsedSoft GmbH v. Oracle International Corp* nie znajdują tu zastosowania.

W mojej ocenie warto w tym miejscu wspomnieć, że TSUE w wyroku w sprawie *Nintendo i in. v. PC Box Srl* oparł się w sposób istotny na jednej z koncepcji, którą można przyjąć przy kwalifikacji gry komputerowej z punktu widzenia ochrony prawno-autorskiej – starał się określić jednolite (wspólne) zasady ochrony dla wszystkich elementów składowych gry wideo.

Warto również zwrócić uwagę, że kwestia ochrony prawnej poszczególnych elementów, z których składa się program komputerowy (w rozumieniu produktowym), była przedmiotem orzeczenia Trybunału w sprawie *Bezpečnostní softwarová asociace*⁴⁴. TSUE rozważył z jakich elementów składał się program komputerowy w przedmiotowych okolicznościach faktycznych i dokonał rozróżnienia na kod programu (program komputerowy *per se*) oraz jego pozostałe elementy, co w konsekwencji prowadziło do zastosowania przepisów prawnych właściwych dla konkretnego rodzaju utworu w jego poszczególnych elementach składowych⁴⁵.

Do podobnych wniosków doszedł P. Wasilewski, który w przypadku wyroku *Nintendo* zwrócił uwagę na możliwość zastosowania przez Trybunał analogicznego podejścia⁴⁶. Prowadziłoby to do ciekawej sytuacji, w której instytucja wyczerpania wynikająca z dyrektywy 2009/24 oraz rozważania poczynione na gruncie wyroku w sprawie *UsedSoft GmbH v. Oracle International Corp*, znalazłyby zastosowanie w stosunku programu komputerowego stanowiącego rdzeń gry z momentem dojściem do sprzedaży klucza czy przypisania gry do konta. Powstaje jednak pytanie, co z pozostałymi częściami składowymi stanowiącymi utwory w rozumieniu prawa autorskiego – z utworami muzycznymi, plastycznymi (grafika komputerowa), audiowizualnymi oraz literackimi (np. rozbudowane teksty dostępne w ramach treści gry dotyczące jej fabuły).

⁴⁴ Wyrok TSUE z 22 grudnia 2010 r., C-393/09, *Bezpečnostní softwarová asociace - Svaz softwarové ochrany v. Ministerstvo kultury*, ZOTSiS 2010, nr 12C, poz. I-13971-14008.

⁴⁵ P. Wasilewski, *Ochrona zabezpieczeń technicznych gier komputerowych w ujęciu Trybunału Sprawiedliwości Unii Europejskiej*, [w:] E. Traple, *Ochrona gry komputerowej*, Warszawa 2015, LEX.

⁴⁶ Tamże, s. 95.

W przypadku pozostałych utworów, instytucja wyczerpania jest związana z transakcją sprzedaży ich fizycznego egzemplarza. Zatem, w ramach reżimu dyrektywy 2001/29, nie doszłoby do ich wyczerpania. Powstaje jednak pytanie, czy mimo wyczerpania programu komputerowego stanowiącego rdzeń gry, nie będzie możliwości legalnej odsprzedaży wersji cyfrowej gry zakupionej np. na platformie *cloud gaming*? W mojej ocenie istnieje taka możliwość. W przypadku pozostałych utworów składowych nabywca będzie bowiem mógł działać w zakresie swobodnego użytku (art. 23¹ pr.aut.), co wymagałoby jednak oceny w ramach konkretnych okoliczności faktycznych.

Specyfika gier komputerowych rodzi dalsze komplikacje. Należy zgodzić się z ustaleniami Trybunału, że w ramach e-booków, program komputerowy ma jedynie *charakter pomocniczy względem utworu zawartego w takiej książce*⁴⁷. W przypadku gier komputerowych sprawa nie jest już jednak taka prosta. W zależności od tego, czy przyjmiemy dominujący charakter programu komputerowego czy np. warstwy audio-wizualnej, odmiennie będą kształtować się zasady wyczerpania. Należy jednak wskazać, że w przypadku gier komputerowych program komputerowy ma kluczowe znaczenie dla rozgrywki. Nie ulega zatem wątpliwości, że w ich przypadku to ten element będzie miał decydujące znaczenie. Za powyższym przemawia niemożliwość stworzenia gry komputerowej bez programu komputerowego⁴⁸. Przyjęcie powyższej wykładni prowadziłyby do możliwości zastosowania instytucji wyczerpania określonej w dyrektywie komputerowej 2009/24 do gier komputerowych w wersji cyfrowej, a zatem pośrednio również do gier zakupionych za pośrednictwem platform *cloud gaming*.

Na poparcie powyższej tezy warto wspomnieć o nowym (jeszcze nie ugruntowanym) kierunku orzecznictwym, który pojawił się we Francji. W sporze sądowym pomiędzy UFC – QUE CHOISIR a platformą Steam, sąd zgodził się, że pochodzące z tej platformy gry będą podlegać wyczerpaniu prawa wynikającego z dyrektywy komputerowej⁴⁹. Powołując się na wyrok TSUE w sprawie *UsedSoft GmbH v. Oracle International Corp* sąd francuski wska-

⁴⁷ Wyrok TSUE z 23 stycznia 2014 r., C-355/12, *Nintendo Co. Ltd i in. v. PC Box Srl I 9Net Srl*.

⁴⁸ Grafika komputerowa i warstwa dźwiękowa nie jest natomiast elementem niezbędnym. Jako przykład można w tym zakresie wskazać z bardzo uproszczoną warstwą graficzną lub wręcz jej brakiem – por. *Gry bez grafiki: nowe oblicze gamingu*, <http://gameplatform.pl/gry-bez-grafiki-nowe-oblicze-gamingu/> [dostęp: 24.05.2018].

⁴⁹ Z. Okoń, *Wyrok francuskiego sądu w sprawie odsprzedaży „używanych” gier ze Steam*, <https://www.linkedin.com/pulse/wyrok-francuskiego-s%C4%85du-w-sprawie-odsprzeda%C5%BCy-u%C5%BCywanych-zbigniew-oko%C5%84/> [dostęp: 1.04.2018].

zał, że „subsypcja” gier przez użytkownika platformy nie jest subsypcją w zwykłym znaczeniu tego terminu, ale sprzedażą kopii gry, wykonaną za jednorazowo płatną cenę ustaloną przez uprawnionego. – Spełnione zostają przesłanki wyczerpania prawa⁵⁰. Powyższy wyrok nie jest jednak jeszcze prawomocny, ale może stanowić zwiastun zmian w podejściu do platform gamingowych (a więc również *cloud gamingowych*).

4. Transgraniczny dostęp do usługi

Kwalifikacja prawna *cloud gaming* jako usługi ma znaczenie również ze względu na europejskie regulacje prawne dotyczące zapewnienia użytkownikom transgranicznego dostępu do usług online oraz wyeliminowania dyskryminacji klientów ze względów na przynależność państwową lub miejsce zamieszkania. Powyższe kwestie zostały bezpośrednio uregulowane w dwóch stosunkowo nowych rozporządzeniach Parlamentu Europejskiego i Rady UE, które regulują dwa, komplementarne zakresy dostępu użytkownika do usług świadczonych drogą elektroniczną za pośrednictwem sieci Internet.

Kwestię zwalczania dyskryminacji użytkowników ze względów na przynależność państwową i zjawiska blokowania geograficznego reguluje rozporządzenie Parlamentu Europejskiego i Rady (UE) 2018/302 z dnia 28 lutego 2018 r.⁵¹ Celem rozporządzenia jest zapewnienie prawidłowego funkcjonowania rynku wewnętrznego przez zapobieganie nieuzasadnionemu blokowaniu geograficznemu i innym formom dyskryminacji motywowanej bezpośrednio lub pośrednio przynależnością państwową klientów, ich miejscem zamieszkania lub miejscem prowadzenia działalności⁵². Rozporządzenie stosuje się jednak tylko w stosunkach transgranicznych – nie ma ono zastosowania w sytuacji czysto wewnątrz krajowych, gdy wszystkie istotne elementy transakcji mają miejsce w obrębie jednego państwa członkowskiego⁵³. Warto zwrócić uwagę, że rozporządzenie 2018/302 nie dotyczy wszystkich kategorii działalności prowadzonych za pośrednictwem Internetu, ponieważ nie znaj-

⁵⁰ Tamże.

⁵¹ Zob. rozporządzenie Parlamentu Europejskiego i Rady (UE) 2018/302 z dnia 28 lutego 2018 r. w sprawie nieuzasadnionego blokowania geograficznego oraz innych form dyskryminacji klientów ze względu na przynależność państwową, miejsce zamieszkania lub miejsce prowadzenia działalności na rynku wewnętrznym oraz w sprawie zmiany rozporządzeń (WE) nr 2006/2004 oraz (UE) 2017/2394 i dyrektywy 2009/22/WE z dnia 28 lutego 2018 r., Dz. Urz. UE L 60I z 2.03.2018 r., s. 1-15.

⁵² Por. art. 1 ust. 1 rozporządzenia 2018/302.

⁵³ Por. tamże.

duje zastosowania w rodzajach działalności, o których mowa w art. 2 ust. 2 dyrektywy 2006/123/WE⁵⁴ (w tym m.in. usług audiowizualnych). Zgodnie z art. 1 ust. 5 rozporządzenia 2018/302 pozostaje ono również bez wpływu na przepisy, które mają zastosowanie w dziedzinie praw autorskich, w szczególności na przepisy wprowadzone w dyrektywie 2001/29/WE Parlamentu Europejskiego i Rady. Podsumowując, należy stwierdzić, że rozporządzenie 2018/302 wyklucza ze swojego zakresu zastosowania dwie niezwykle istotne kategorie treści, które częściowo się pokrywają – usług audiowizualnych oraz nabywania uprawnień do korzystania z utworów cyfrowych chronionych prawem autorskim. To sprawia, że faktyczny wpływ rozporządzenia na rynek Unii Europejskiej będzie znacząco mniejszy i co do zasady nie będzie ono miało znaczenia w przypadku usług z zakresu *cloud gaming*.

Blokowanie terytorialne *cloud gaming* została uregulowane w drugim ze wskazanych na początku tej części aktów prawnych – rozporządzeniem Parlamentu Europejskiego i Rady (UE) 2017/1128 w sprawie transgranicznego przenoszenia na rynku wewnętrznym usług online w zakresie treści z dnia 14 czerwca 2017 r.⁵⁵ Jego celem jest zapewnienie abonentom, którzy korzystają na terenie jednego z państw UE z przenośnych usług online w zakresie treści (umożliwiających dostęp np. do filmów, e-booków, gier wideo lub muzyki), możliwości dostępu do tych usług i korzystania z nich, kiedy czasowo obecni są w państwie członkowskim innym niż państwo ich zamieszkania.

Zgodnie z definicją przyjętą w art. 2 ust. 5) rozporządzeniu 2017/1128, usługą online w zakresie treści oznacza usługę, w rozumieniu art. 56 i 57 TFUE⁵⁶, którą dostawca świadczy abonentom online zgodnie z prawem w państwie członkowskim ich zamieszkania na uzgodnionych warunkach, która jest przenośna i która jest audiowizualną usługą medialną zgodnie z definicją zawartą w art. 1 lit. a) dyrektywy 2010/13/UE lub usługą, której głównym elementem jest zapewnienie dostępu do utworów i innych chronionych przedmiotów prawa autorskiego lub transmisji nadawców i korzystania z nich, świadczoną liniowo lub na żądanie.

⁵⁴ Dyrektywa 2006/123/WE Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 12 grudnia 2006 r. dotycząca usług na rynku wewnętrznym z dnia 12 grudnia 2006 r., Dz. Urz. UE L 376 z 27.12.2006 r., s. 36.

⁵⁵ Rozporządzenie Parlamentu Europejskiego i Rady (UE) 2017/1128 w sprawie transgranicznego przenoszenia na rynku wewnętrznym usług online w zakresie treści z dnia 14 czerwca 2017 r., Dz. Urz. UE L 168 z 30.06.2017 r., s. 1.

⁵⁶ Traktat o funkcjonowaniu Unii Europejskiej (wersja skonsolidowana), Dz. Urz. UE C 326 z 26.10.2012 r., s. 47-390.

Usługa będzie mogła zatem zostać zakwalifikowana jako podlegająca pod rozporządzenie, jeżeli spełni łącznie dwa warunki: przenośny charakter oraz możliwość kwalifikacji do jednej z dwóch kategorii usług wskazanych powyżej.

Jak zostało wskazane w rozporządzeniu 2017/1128, przenośność w zakresie treści oznacza cechę usługi online, która pozwala abonentom na skuteczny dostęp do usługi online w zakresie treści i korzystanie z niej w państwie członkowskim ich zamieszkania, bez ograniczenia do określonej lokalizacji (art. 2 ust. 6). Powyższa cecha jest związana również z urządzeniami przenośnymi, takimi jak laptopy, smartfony czy tablety, które ułatwiają korzystanie z treści niezależnie od miejsca w którym znajduje się użytkownik⁵⁷. Możliwość wykorzystania urządzeń tego typu oraz ich zakres, nie stanowią jednak czynnika decydującego o przenośności danej usługi. Należy zauważyć, że usługi *cloud gaming* spełniają powyższą przesłankę przenośności. Co do zasady, istota rozwiązań chmurowych, z których korzystają, polega na zapewnieniu dostępności z różnych miejsc na świecie przy pomocy Internetu.

Analizowane usługi będą mieściły się również w zakresie kategorii usług wskazanych w art. 2 ust. 5 rozporządzenia 2017/1128 jako usługi, których celem jest zapewnienie dostępu do utworów, tj. gier komputerowych (pkt ii). *Cloud gaming* nie mógłby zostać natomiast uznany za audiowizualną usługę medialną, ponieważ określenie audiowizualny powinno odnosić się do ruchomych obrazów z dźwiękiem lub bez niego⁵⁸. Jak zostało wskazane we wcześniejszej części dotyczącej kwalifikacji gry komputerowej na gruncie prawa autorskiego, nie można postawić znaku równości pomiędzy grą komputerową a utworem audiowizualnym. Gry komputerowe oczywiście mogą zawierać takie elementy, jednak nie są one obligatoryjne i nie stanowią o istocie tego typu utworu⁵⁹.

Zgodnie z wymogami z art. 3 ust. 1 rozporządzenia 2017/1128, dostawca musi zapewnić dostęp do tych samych treści, w tym samym zakresie i na tej samej liczbie urządzeń, dla tej samej liczby użytkowników, z tym samym zakresem funkcjonalności oraz bez dodatkowych opłat. Na dostawcy nie ciąży

⁵⁷ Por. motyw 2 rozporządzenia 2017/1128.

⁵⁸ Zob. motyw 23 dyrektywy Parlamentu Europejskiego i Rady 2010/13/UE z dnia 10 marca 2010 r. w sprawie koordynacji niektórych przepisów ustawowych, wykonawczych i administracyjnych państw członkowskich dotyczących świadczenia audiowizualnych usług medialnych (dyrektywa o audiowizualnych usługach medialnych), Dz. Urz. UE L 95 z 15.04.2010 r., s. 1-24.

⁵⁹ Jako przykład można wskazać gry tekstowe lub proste gry logiczne w których tło graficzne służy tylko do czytelnego przedstawienia tekstu, a warstwa dźwiękowa może nawet w ogóle nie występować.

obowiązek zapewnienia podobnej jakości świadczonej usługi, chyba że dostawca i abonent uregulowali tę kwestię odmiennie, np. w umowie (art. 3 ust. 3). Warto jednak zauważyć, że jej jakość nie może być celowo obniżana oraz abonent powinien zostać dodatkowo powiadomiony o jakości dostarczania usługi przed rozpoczęciem jej świadczenia.

Należy zwrócić uwagę, że przepisy prawa autorskiego oraz orzecznictwo nie określają jednoznacznie zakresu pojęcia terytorium, dlatego jest to bardzo ważna kwestia, która powinna zostać uregulowana w umowie pomiędzy podmiotem praw autorskich a np. dostawcą usług *cloud gaming*. Niestety, ze względu na powyższe, problemy transgranicznego świadczenia usług online bardzo często wynikają z treści umowy o korzystanie z konkretnego utworu (gry komputerowej) zawartej pomiędzy dostawców usług a podmiotem praw (twórcą gry lub producentem). Już samo rozporządzenie, wskazuje, że realizacja powyższych obowiązków w stosunku do konkretnego utworu, który przykładowo mieści się w ramach katalogu gier dostępnego za pomocą usługi *cloud gamingu*, może być sprzeczna w warunkami licencji udzielonej przez twórcę danej gry na korzyść usługodawcy⁶⁰. Aby zapewnić przestrzeganie wyłączności terytorialnej, dostawcy usług online w zakresie treści często zobowiązują się w umowach licencyjnych zawieranych z podmiotami praw do uniemożliwienia swoim abonentom uzyskania dostępu do swoich usług i korzystania z nich poza terytorium, na którym dostawca posiada licencję, poprzez np. blokowanie dostępu do ich usług z adresów protokołu internetowego (IP) znajdujących się poza danym terytorium⁶¹. Taka praktyka jest zgodna z istotą licencji, która ma charakter terytorialny⁶², ale jest w kolizji ze skutecznym stosowaniem zasad swobodnego przepływu osób i usług⁶³.

Rozporządzenie 2017/1128 wprowadziło specyficzny mechanizm prawny (fikcję prawną) dotyczący kwalifikacji prawno-autorskiej określonych czynności dokonywanych przez użytkownika w stosunku do konkretnego utworu udostępnianego w ramach usługi online. Mechanizm ten przewiduje, że

czynności zwielokrotniania, publicznego udostępniania i podawania do publicznej wiadomości utworów i innych przedmiotów objętych ochroną, a także czynności pobierania danych lub powtórnego wykorzystania danych z baz danych chronionych prawami *sui generis*,

⁶⁰ Por. motyw 4 i 5 rozporządzenia 2017/1128.

⁶¹ Por. motyw 10 rozporządzenia 2017/1128.

⁶² W przypadku prawa polskiego odpowiednią regulacją w tym zakresie jest art. 66 ust. 1 pr.aut.

⁶³ Por. motyw 1 rozporządzenia 2017/1128.

które to czynności następują w trakcie świadczenia usługi abonentom czasowo obecnym w państwie członkowskim innym niż państwo członkowskie ich zamieszkania, uznaje się, że czynności te następują w państwie członkowskim zamieszkania abonentów⁶⁴.

Rozporządzenie 2017/1128 rozstrzyga również kwestię ewentualnej odpowiedzialności dostawcy w przypadku ograniczeń wynikających z wiążącej go z umowy licencyjnej. Zgodnie z motywem 25 zd. 1

dostawcy usług online w zakresie treści objęci zakresem niniejszego rozporządzenia nie powinni ponosić odpowiedzialności za naruszenie postanowień umownych sprzecznych z obowiązkiem umożliwienia swoim abonentom korzystania z tych usług w państwie członkowskim, w którym abonenci są czasowo obecni.

Dodatkowo, rozporządzenie wskazuje wprost, że postanowienia umowne, które mają na celu zakazanie lub ograniczenie możliwości transgranicznego przenoszenia takich usług online w zakresie treści, powinny być bezskuteczne, a podmioty uczestniczące w łańcuchu dostarczania treści tj. podmiot praw autorskich, dostawca usług i użytkownik, nie mogą obchodzić przepisów rozporządzenia 2017/1128 poprzez wybór prawa państwa trzeciego jako prawa właściwego dla umów między nimi⁶⁵.

Na marginesie warto zwrócić uwagę, że rozporządzenie 2017/1128 definiuje nieprecyzyjnie jeden z elementów kluczowego pojęcia, tj. „czasowej obecności w państwie członkowskim”. Zgodnie z art. 2 pkt 4) omawianego rozporządzenia, oznacza ona obecność przez ograniczony okres. Powyższa definicja ma postać błędnego koła definiowania, tj. to samo przez to samo (*idem per idem*). Może to prowadzić do uzasadnionych wątpliwości, jak długo może trwać czasowa obecność w innym państwie członkowskim. Pomocniczo można w tym zakresie posiłkować się przykładami wskazanymi w motywie 1. analizowanego rozporządzenia, które czasową obecność wiążą z wypoczynkiem, turystyką, podróżami służbowymi lub mobilnością edukacyjną. Dodatkowo, również one mogą budzić wątpliwości dotyczące okresu czasu na jaki wskazują (w szczególności mobilność edukacyjna). Jednocześnie, dostawca usług jest zobowiązany do weryfikacji kraju zamieszkania klienta w UE tylko przy zawieraniu i przedłużaniu umowy⁶⁶, co jest bardzo istotne z perspektywy podmiotu praw autorskich, ponieważ – jak zostało wskazane

⁶⁴ Por. motyw 24 rozporządzenia 2017/1128.

⁶⁵ Por. motyw 25 rozporządzenia 2017/1128.

⁶⁶ Por. art. 5 rozporządzenia 2017/1128.

już powyżej – rozporządzenie 2017/1128 wprowadza niekorzystną dla niego fikcję prawną.

5. Miejsce wykonania umowy, wybór jurysdykcji i prawa właściwego

Specyfiką usług opartych na modelu *cloud computing*, a więc również usług *cloud gaming*, jest ich transgraniczny charakter. Nakładając na powyższe kwestie techniczne dotyczące np. faktycznego miejsca w którym przebywa użytkownik czy lokalizacji serwerów dostawcy usług chmurowych, należy dojść do wniosku, że zagadnienia prawne dotyczące tak podstawowych kwestii, jak miejsca wykonania umowy, wyboru jurysdykcji czy prawa właściwego jawią się jako jedne z kluczowych problemów prawnych, które powinno się brać pod uwagę w ramach stosunków umownych.

Powyższa problematyka nie była przedmiotem analiz doktryny czy też orzecznictwa w odniesieniu do *cloud gaming*. Ze względu zbliżony rodzajowo charakter przedmiotowej usługi w stosunku do innych usług chmurowych (w szczególności usług typu SaaS), również w tym zakresie zasadne będzie posiłkowanie się dorobkiem. Identyfikacja przepisów prawa właściwego, które znajdują zastosowanie do stosunków zobowiązaniowych dotyczących świadczenia usług za pośrednictwem chmury obliczeniowej, jest bardzo często wskazywane przez literaturę jako sprawa trudna, skomplikowana i niejednoznaczna⁶⁷. Jako czynniki wpływające na taki stan rzeczy, A. Krasuski wskazuje przykładowo możliwość korzystania z usług chmurowych z dowolnego miejsca w sposób zdalny, rozproszony charakter zasobów teleinformatycznych wykorzystywanych przez dostawcę usług⁶⁸ oraz trudność w ustaleniu miejsca przetwarzania danych w zasobach teleinformatycznych⁶⁹. Powyższy katalog można uzupełnić o czynniki wskazane przez M. Siwickiego, które koncentrują się na umowach dotyczących eksploatacji utworów w chmurze obliczeniowej – trudność w ustaleniu nośnika na którym został zapisany utwór oraz automatyzm działania usług chmurowych⁷⁰.

Kwestia miejsca wykonania zobowiązania z tytułu umowy *cloud gaming* gdzie miała kluczowe znaczenie dla określenia jurysdykcji. Powyższą kwestię

⁶⁷ A. Krasuski, *Chmura obliczeniowa. Prawne aspekty zastosowania*, Warszawa 2018, LEX oraz literatura wskazywana tamże; M. Siwicki, *Jurysdykcja krajowa w sprawach z zakresu prawa autorskiego w „chmurach obliczeniowych” w świetle rozporządzenia Parlamentu Europejskiego i Rady (UE) nr 1215/2012*, „Europejski Przegląd Sądowy” 2016, nr 1, s. 22.

⁶⁸ A. Krasuski, *Chmura obliczeniowa...*, LEX.

⁶⁹ Tamże.

⁷⁰ M. Siwicki, *Jurysdykcja krajowa...*, s. 22.

będzie regulować przede wszystkim rozporządzenie nr 1215/2012⁷¹, które określa „jurysdykcję ogólną (art. 4 ust. 1), jurysdykcję szczególną (art. 7–9), jurysdykcję w sprawach ubezpieczeniowych, konsumenckich i wynikających z indywidualnych umów o pracę (art. 10–23) oraz jurysdykcję wyłączną (art. 24)”⁷². Powyższe rozporządzenie znajdzie zastosowanie w sprawach cywilnych i handlowych (art. 1), w tym z zakresu prawa autorskiego, co będzie istotne dla przedmiotu świadczenia usługi⁷³.

Co do zasady, osoby zamieszkałe na terytorium państwa członkowskiego mogą być pozywane, niezależnie od ich obywatelstwa, przed sądy tego państwa członkowskiego (art. 4 ust. 1 rozporządzenia 1215/2012), a przed sądy innego państwa członkowskiego tylko zgodnie z przepisami ustanowionymi w sekcjach 2–7 rozporządzenia (art. 5 ust. 1 rozporządzenie 1215/2012), tj. m.in. art. 7–9 (jurysdykcja szczególna) oraz art. 24 (jurysdykcja wyłączna). Sposób ustalenia łącznika miejsca zamieszkania (lub siedziby spółek i osób prawnych) został uregulowany w art. 62 i 63 rozporządzenia. Szczególnie szeroki wybór w zakresie sądu właściwego mogą mieć użytkownicy usług *cloud gaming*, którym art. 63 umożliwia wybór jednego z trzech sposobów określenia siedzimy spółki (osoby prawnej)⁷⁴.

Z punktu widzenia przedmiotu niniejszego opracowania i próby dokonania charakterystyki problematyki świadczenia usług z zakresu *cloud gaming*, najistotniejsze znaczenie będzie miała regulacja zawarta w art. 7 rozporządzenie 1215/2012, która dotyczy jurysdykcji szczególnej w sprawach dotyczących np. umów i roszczeń cywilnoprawnych, a więc również w zakresie praw autorskich. W przypadku spraw wskazanych w art. 7 powód może wytoczyć powództwo według właściwości tam wskazanej lub korzystając z przepisów dotyczących właściwości ogólnej⁷⁵. Zgodnie z art. 7 pkt 1) w sprawach dotyczących umów powództwo wytacza się przed sąd miejsca wykonania tego zobowiązania, którym jest miejsce w państwie członkowskim, w którym rzeczy te zgodnie z umową zostały albo miały zostać dostarczone (sprzedaż rzeczy ruchomych) lub miejsce w państwie członkowskim, w którym usługi zgodnie z umową były świadczone albo miały być świadczone (świadczenie usług).

⁷¹ Rozporządzenie Parlamentu Europejskiego i Rady (UE) nr 1215/2012 z dnia 12 grudnia 2012 r. w sprawie jurysdykcji i uznawania orzeczeń sądowych oraz ich wykonywania w sprawach cywilnych i handlowych (wersja przekształcona), Dz. Urz. UE L 351 z 20.12.2012 r.

⁷² M. Siwicki, *Jurysdykcja krajowa...*, s. 21.

⁷³ Por. tamże, s. 21.

⁷⁴ Por. tamże.

⁷⁵ Por. tamże, s. 22.

Jak zostało wskazane wcześniej, ustalenie miejsca wykonania zobowiązania w przypadku usług chmurowych (również *cloud gaming*) nie jest sprawą łatwą.

W przypadku umów dotyczących SaaS w literaturze wskazuje się, że ze względu na złożoność umów dotyczących tego segmentu, każdy ich element wymaga odrębnej analizy. Wydaje się, że do analogicznych wniosków należy dojść w przypadku *cloud gamingu*, który jest usługą zbliżoną do SaaS.

W ramach niniejszego opracowania brakuje niestety miejsca na dokonanie analizy wszystkich elementów stosunku zobowiązaniowego dotyczącego *cloud gaming*, ale warto wskazać chociaż te najistotniejsze.

Jak zostało wskazane powyżej, w niektórych przypadkach usługa *cloud gamingu* może obejmować również umowę sprzedaży gry komputerowej lub umowę wykazującą podobieństwo do umowy sprzedaży, tak jak miało to miejsce w okolicznościach wyroku *UsedSoft*⁷⁶. W przypadku cyfrowych kopii gier komputerowych można argumentować, że miejscem wykonania umowy będzie miejsce pobrania plików niezbędnych do instalacji gry komputerowej. W takim miejscu dochodzi bowiem do jej eksploatacji poprzez zwielokrotnienie gry komputerowej⁷⁷.

W przypadku innych elementów umowy *cloud gaming*, które mają cechy świadczenia usług (np. dostęp „na życzenie” do możliwości użytkowania gry wideo za pośrednictwem zasobów sprzętowych dostawcy usług), miejscem wykonania umowy będzie miejsce, gdzie zgodnie z umową usługi były świadczone albo miały być świadczone. W przypadku świadczenia poszczególnych elementów usług w ramach *cloud gamingu* powód będzie uprawniony do wniesienia powództwa we wszystkich państwach, w których były faktycznie realizowane poszczególne elementy usługi⁷⁸. Może to rodzić również istotne wątpliwości z perspektywy podatkowej, co jednak nie jest przedmiotem niniejszego opracowania, oraz może być zniekształcone przez przepisy podatkowe ze względu na stosowane w nich uproszczenia⁷⁹. Z powyższych rozważań jasno wynika, że specyfika usługi *cloud gamingu* może rodzić dla dostawcy usług

⁷⁶ Jako przykład można wskazać usługę *Google Stadia*.

⁷⁷ Por. K. Żok, *Prawna i ekonomiczna analiza umowy o korzystanie z programu komputerowego jako usługi (Software as a Service, SaaS)*, „Zeszyty Naukowe UJ. Prace z Prawa Własności Intelektualnej” 2017, nr 4, s. 63-78.

⁷⁸ E. Molenda-Kropielnicka, *Cloud Computing – zagadnienia prawne*, „Zeszyty Naukowe UJ. Prace z Prawa Własności Intelektualnej” 2013, nr 119, s. 137.

⁷⁹ Warto jednak zwrócić uwagę, że w przypadku prawa polskiego kwestię tą reguluje m.in. art. 28b i 28k ustawy z dnia 11 marca 2004 r. o podatku dochodowym od towarów i usług, t.j. Dz.U. 2018, poz. 2174 z późn. zm.

ryzyko prowadzenia sporu sądowego według jurysdykcji, która nie jest dla niego korzystna, np. ze względów tak prozaicznych jak koszty obsługi prawnej. Remedium na powyższą sytuację jest określanie przez dostawców usług we wzorcach umownych jurysdykcji właściwej dla konkretnego stosunku zobowiązaniowego na podstawie art. 25 tozporządzenia 1215/2012.

Jednocześnie, należy pamiętać, że stosunki w ramach umów *cloud gaming* są zawierane co do zasady w relacji przedsiębiorca – konsument. Powoduje to konieczność wzięcia pod uwagę sekcji 4 rozporządzenia 1215/2012 (art. 17–19) dotyczącej jurysdykcji w sprawach dotyczących umów konsumenckich. Szczególnie istotny jest w tym wypadku art. 19 rozporządzenia 1215/2012 określający sytuacje, w których skuteczne jest zawarcie umowy o zmianę jurysdykcji w celu ochrony konsumenta, jako słabszej strony stosunku zobowiązaniowego, przed pogorszeniem jego sytuacji. Umowy jurysdykcyjne nie mają skutku prawnego, jeżeli są sprzeczne z przepisami art. 19 (art. 25 ust. 4).

Na marginesie warto podkreślić, że rozporządzenie 1215/2012 przewiduje również jurysdykcję wyłączną, która ze swojej istoty nie może zostać zmieniona przez strony na podstawie umowy prorogacyjnej (art. 24 pkt 4). Wskazany przepis dotyczy jednak spraw, których przedmiotem jest m.in. rejestracja lub ważność patentów, znaków towarowych, wzorów i modeli, jak również podobnych praw wymagających zgłoszenia lub zarejestrowania, a zatem nie będzie znajdował zastosowania w zakresie usług *cloud gamingu*.

Przechodząc dalej, warto zwrócić uwagę, że kolejną kwestią istotną z perspektywy stosunków umownych jest prawo właściwe dla danego stosunku zobowiązaniowego. Kwestię prawa właściwego dla zobowiązań umownych w systemie prawnym Unii Europejskiej reguluje rozporządzenie Rzym I⁸⁰. Przepisów polskiej ustawy Prawo prywatne międzynarodowe⁸¹ nie stosuje się do obszarów uregulowanych przez europejskie prawo prywatne międzynarodowe, które *expressis verbis* odsyłają do rozporządzenia Rzym I (art. 28 ust. 1 p.p.m.).

Rozporządzenie Rzym I będzie miało zatem zastosowanie wtedy, gdy zarówno dostawca usług w chmurze obliczeniowej, jak i zleceńodawca, klient usług świadczonych w chmurze obliczeniowej, będą mieli siedzibę/miejsce zamieszkania w różnych państwach

⁸⁰ Rozporządzenie Parlamentu Europejskiego i Rady (WE) nr 593/2008 z dnia 17 czerwca 2008 r. w sprawie prawa właściwego dla zobowiązań umownych (Rzym I) z dnia 17 czerwca 2008 r., Dz. Urz. UE L 177 z 4.07.2008 r., s. 6.

⁸¹ Prawo prywatne międzynarodowe z dnia 4 lutego 2011 r. z dnia 4 lutego 2011 r., t.j. Dz.U. 2015, poz. 1792.

członkowskich, ale też, gdy będą mieli siedzibę w Polsce, zaś umowa poddana zostanie prawu obcego państwa⁸².

Powyższe uwagi będą aktualne również w przypadku usług *cloud gaming*. Usługi tego typu są zazwyczaj świadczone transgranicznie pomiędzy podmiotami, które mają siedzibę (lub, w przypadku konsumenta, miejsce zamieszkania) w różnych państwach. Warto podkreślić, że rozporządzenie Rzym I przewiduje również możliwości wyboru prawa właściwego w przypadku, gdy podmioty wyrażą taką wolę mimo braku faktycznego aspektu międzynarodowego. Zgodnie z treścią art. 4 pkt 1 lit b) rozporządzenia Rzym I, umowa o świadczenie usług podlega prawu państwa, w którym usługodawca ma miejsce zwykłego pobytu. W analogiczny sposób prawo właściwe będzie określone w przypadku wersji cyfrowych gier (art. 4 pkt 1 lit. a).

Warto jednak zauważyć, że art. 3 ust. 1 rozporządzenia Rzym I wprost przewiduje swobodę wyboru prawa właściwego. Należy jednak pamiętać o ust. 3 i 4 art. 3, który będzie szczególnie istotny w przypadku usług chmurowych, takich jak *cloud gaming*. Zgodnie z art. 3 ust. 3, jeżeli w chwili dokonywania wyboru wszystkie inne elementy stanu faktycznego sprawy zlokalizowane są w państwie innym aniżeli to, którego prawo wybrano, dokonany przez strony wybór nie wyłącza zastosowania przepisów bezwzględnie wiążących, które wchodzi w skład systemu prawnego tego innego państwa. Ust. 4 dotyczy przede wszystkim wyboru prawa właściwego spoza obszaru UE co będzie istotne ze względu na specyfikę branży *gaming* i dużą koncentrację usługodawców tego typu w Stanach Zjednoczonych. W przypadku, gdy wszystkie inne elementy stanu faktycznego w chwili dokonywania wyboru prawa właściwego są zlokalizowane w jednym lub więcej państwach członkowskich, dokonany przez strony wybór prawa właściwego innego niż prawo państwa członkowskiego nie narusza stosowania przepisów prawa wspólnotowego, w odpowiednich przypadkach w kształcie, w jakim zostały one wdrożone w państwie członkowskim sądu, których nie można wyłączyć w drodze umowy (art. 3 ust. 4).

Kwestie wyboru prawa właściwego podlegają jednak modyfikacji w przypadku umów z konsumentami. Punkt 25 preambuły rozporządzenia Rzym I wskazuje, że: „konsumenty powinni podlegać ochronie tych przepisów obowiązujących w państwie ich zwykłego miejsca pobytu, których nie można wyłączyć w drodze umowy”. Zasady dotyczące wyboru prawa właściwego przez konsumentów określa art. 6 rozporządzenia Rzym I.

⁸² A. Krasuski, *Chmura obliczeniowa...*6, LEX.

Zgodnie z nim umowa zawarta pomiędzy przedsiębiorcą a konsumentem podlega prawu państwa, w którym konsument ma miejsce zwykłego pobytu, pod warunkiem że przedsiębiorca: wykonuje swoją działalność gospodarczą lub zawodową w państwie, w którym konsument ma miejsce zwykłego pobytu; lub w jakikolwiek sposób kieruje taką działalność do tego państwa lub do kilku państw z tym państwem łącznie. Należy zauważyć, że przesłanka kierowania działalności do konkretnego państwa powinna być rozumiana szeroko i analizowana w konkretnych okolicznościach faktycznych. Przykładem takiej sytuacji może być, gdy usługodawca posiada stronę internetową (dedykowaną aplikację) w języku danego państwa.

Rozporządzenie Rzym I nie pozbawia stron możliwości wyboru prawa, natomiast przewiduje zastosowanie mechanizmu korygującego, którego celem jest utrzymanie odpowiedniego poziomu ochrony⁸³.

W świetle art. 6 ust. 2 strony mogą dokonać wyboru prawa także w stosunkach konsumenckich, z tym że w konsekwencji nie może mieć miejsca sytuacja, w której konsument byłby pozbawiony ochrony, jaką gwarantują mu przepisy bezwzględnie wiążące prawa państwa, w którym ma on miejsce zwykłego pobytu.

Prawo wybrane znajdzie zastosowanie, chyba że przewiduje niższy poziom ochrony niż prawo państwa zwykłego pobytu konsumenta. Prawo państwa zwykłego pobytu konsumenta wyznacza zatem minimalny poziom ochrony⁸⁴.

Warto również zaznaczyć, że powyższe porównywanie pewnej korzystności bezwzględnie obowiązujących norm powinno być rozpatrywane w danych okolicznościach faktycznych.

Wracając do art. 3 ust. 1 zd. 2 rozporządzenia Rzym I należy wskazać, że wybór prawa powinien być dokonany wyraźnie lub w sposób jednoznaczny wynikać z postanowień umowy lub okoliczności sprawy. Z powyższego przepisu nie wynika, aby wolą ustawodawcy europejskiego było wyłączenie możliwości regulacji prawa właściwego, np. w ramach umów adhezyjnych (ogólnych warunków umów). Tymczasem kwestia ta była przedmiotem orzecznictwa zarówno sądów krajowych, jak i europejskich. Przykładowo, Sąd Najwyższy uznał, że klauzule wyboru prawa w umowach konsumenckich

⁸³ Por. M. Jagielska w: M. Pazdan (red.), *Prawo prywatne międzynarodowe. Komentarz*, Warszawa 2018, Legalis, nb 10 – komentarz do art. 6 rozporządzenia nr 593/200.

⁸⁴ Por. tamże, nb. 58.

zamieszczone w ogólnych warunkach umowy (niewątpliwie nienegocjowanych z konsumentami indywidualnie) są niedozwolone i nie wiążą konsumentów⁸⁵. Wyrok ten był stosowany przez polskie sądy, mimo że spotkał się z krytyką w piśmiennictwie jako niezgodny z prawem UE i wprowadzający nadmierne obciążenia dla przedsiębiorców, którzy mogą zrezygnować ze sprzedaży towarów i usług w naszej jurysdykcji⁸⁶.

Odmienne orzekł Trybunał Sprawiedliwości Unii Europejskiej, w wyroku z dnia 28 lipca 2016 r. w sprawie C-191/15 *Amazon EU Sàrl*. Trybunał wskazał, że przepisy unijne dopuszczają wybór prawa w umowach konsumenckich, jednak wybór ten nie może pozbawiać konsumenta ochrony przyznanej mu przez bezwzględnie obowiązujące przepisy państwa jego miejsca zamieszkania. Trybunał nie wykluczył stosowania klauzul wyboru prawa, jednakże nie mogą one wprowadzać konsumenta w błąd odnośnie jego uprawnień wynikających europejskich norm kolizyjnych.

Mając na uwadze wyżej przytoczone orzecznictwo i przepisy rozporządzenia Rzym I wskazać należy, że w przypadku np. zawarcia umowy z polskim konsumentem przez dostawcę usług *cloud gaming*, umowa taka musi uwzględniać prokonsumeckie przepisy prawa, które nie zostały implementowane na gruncie prawa właściwego według wyboru stron umowy, a na gruncie polskiego prawa mają charakter bezwzględnie obowiązujący. Kwestia ta nie jest jednak jednoznaczna i zapewne w większości stanów faktycznych będzie wymagała przeprowadzenia przez sąd badania, czy przez wybór prawa właściwego innego niż prawo polskie konsument byłby narażony na obniżenie standardów jego ochrony.

Na marginesie warto zwrócić uwagę na art. 6 ust. 4 lit. a) rozporządzenia Rzym I, który stanowi, że powyższych zasad nie stosuje się do umów o świadczenie usług, jeżeli usługi mają być świadczone na rzecz konsumenta wyłącznie w państwie innym niż to, w którym konsument ma miejsce zwykłego pobytu.

Zatem, w przypadku gdyby o miejscu świadczenia usług w chmurze obliczeniowej zadecydowały strony, poprzez wskazanie serwerów wykorzystywanych do przetwarzania informacji, zlokalizowanych w państwie innym niż miejsce zwykłego pobytu konsumenta, wów-

⁸⁵ Wyrok SN z 17 września 2014 r., I CSK 555/13, <http://www.sn.pl/sites/orzecznictwo/Orzeczenia3/I%20CSK%20555-13-1.pdf> [dostęp: 20.10.2018].

⁸⁶ M. Jagielska, A. Kunkiel-Kryńska, *Wybór prawa jako klauzula abuzywna*, „Internetowy Kwartalnik Antymonopolowy i Regulacyjny” 2016, nr 3(5), s. 29-38, <http://cejsh.icm.edu.pl/cejsh/element/bwmeta1.element.desklight-80019c96-fa16-43e6-ae0a-7b930b9eb18f> [dostęp: 20.20.2018].

czas prawo właściwe obowiązujące w państwie, w którym serwery te byłyby zlokalizowane, znalazłoby zastosowanie zamiast prawa właściwego dla miejsca pobytu konsumenta⁸⁷.

Powyższa praktyka nie jest jednak spotykana zarówno w umowach dotyczących usług chmurowych, jak i usług z zakresu *cloud gaming*.

6. Podsumowanie

W niniejszym opracowaniu zostały częściowo poruszone niektóre problemy prawne związane ze świadczeniem usług z zakresu *cloud gamingu*. Szczególnie istotne są kwestie dotyczące wyczerpania praw autorskich oraz kierunków orzeczniczych, które mogą pojawiać się w tym zakresie w przyszłości. Orzecznictwo TSUE wydaje się obecnie stać na stanowisku, że instytucja wyczerpania zawarta w dyrektywie komputerowej nie znajdzie zastosowania w stosunku do gry komputerowej jako całości. Powyższa interpretacja może jednak w przyszłości ulec zmianie ze względu na rolę, jaką w dzisiejszym świecie odgrywają cyfrowe wersje utworów.

Z punktu widzenia nie tylko dostawcy usług *cloud gamingowych*, ale również podmiotu praw autorskich, bardzo istotne są również stosunkowo nowe regulacje dotyczące transgranicznego przenoszenia usług online obowiązujące w Unii Europejskiej. Ze względu na wprowadzoną przez nie fikcję prawną, która dotyczy miejsca korzystania z usług online, – korzystanie przez użytkownika z usług w miejscu jego czasowego pobytu traktowane jest jak korzystanie z nich w miejscu zamieszkania użytkownika. W oczywisty sposób jest to niekorzystne rozwiązanie dla podmiotów praw autorskich.

Bardzo istotne oraz wykraczające częściowo poza ramy niniejszego opracowania są kwestie dotyczące prawidłowego określenia miejsca wykonania umowy, wyboru jurysdykcji czy prawa właściwego. Mogą być one częściowo regulowane przez strony stosunków zobowiązaniowych na zasadzie swobody umów, która jest jednak w istotny sposób ograniczana, np. poprzez cały szereg regulacji dotyczących ochrony konsumentów.

⁸⁷ A. Krasuski, *Chmura obliczeniowa...*, LEX.

Bibliografia

Wykaz aktów prawnych

- Ustawa z dnia 23 kwietnia 1964 r. – Kodeks cywilny, tj. Dz.U. 2018, poz. 1025.
- Ustawa z dnia 4 lutego 1994 r. o prawie autorskim i prawach pokrewnych, tj. Dz.U. 2018, poz. 1191.
- Dyrektywa 2001/29/WE Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 22 maja 2001 r. w sprawie harmonizacji niektórych aspektów praw autorskich i pokrewnych w społeczeństwie informacyjnym z dnia 22 maja 2001 r., Dz. Urz. UE L 167 z 22.06.2001 r.
- Ustawa z dnia 11 marca 2004 r. o podatku dochodowym od towarów i usług, t.j. Dz.U. 2018, poz. 2174 z późn. zm.
- Dyrektywa 2006/123/WE Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 12 grudnia 2006 r. dotycząca usług na rynku wewnętrznym z dnia 12 grudnia 2006 r., Dz. Urz. UE L 376 z 27.12.2006 r.
- Rozporządzenie Parlamentu Europejskiego i Rady (WE) nr 593/2008 z dnia 17 czerwca 2008 r. w sprawie prawa właściwego dla zobowiązań umownych (Rzym I) z dnia 17 czerwca 2008 r., Dz. Urz. UE L 177 z 4.07.2008 r.
- Dyrektywa Parlamentu Europejskiego i Rady 2009/24/WE z dnia 23 kwietnia 2009 r. w sprawie ochrony prawnej programów komputerowych, Dz. Urz. UE L 111 z 5.05.2009 r.
- 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), Dz. Urz. UE L 95 z 15.04.2010 r.
- Prawo prywatne międzynarodowe z dnia 4 lutego 2011 r. z dnia 4 lutego 2011 r., t.j. Dz.U. 2015, poz. 1792.
- Traktat o funkcjonowaniu Unii Europejskiej (wersja skonsolidowana), Dz. Urz. UE C 326 z 26.10.2012 r.
- Rozporządzenie Parlamentu Europejskiego i Rady (UE) nr 1215/2012 z dnia 12 grudnia 2012 r. w sprawie jurysdykcji i uznawania orzeczeń sądowych oraz ich wykonywania w sprawach cywilnych i handlowych (wersja przekształcona), Dz. Urz. UE L 351 z 20.12.2012 r.
- Rozporządzenie Parlamentu Europejskiego i Rady (UE) 2017/1128 w sprawie transgranicznego przenoszenia na rynku wewnętrznym usług online w zakresie treści z dnia 14 czerwca 2017 r., Dz. Urz. UE L 168 z 30.06.2017 r.

Rozporządzenie Parlamentu Europejskiego i Rady (UE) 2018/302 z dnia 28 lutego 2018 r. w sprawie nieuzasadnionego blokowania geograficznego oraz innych form dyskryminacji klientów ze względu na przynależność państwową, miejsce zamieszkania lub miejsce prowadzenia działalności na rynku wewnętrznym oraz w sprawie zmiany rozporządzeń (WE) nr 2006/2004 oraz (UE) 2017/2394 i dyrektywy 2009/22/WE z dnia 28 lutego 2018 r., Dz. Urz. UE L 60I z 2.03.2018 r.

Orzecznictwo

Wyrok ETS z 6 października 1982 r., 262/81, *Coditel v. Ciné-Vog Films*, ECLI:EU:C:1982:334.

Wyrok ETS z 17 maja 1988 r., C-158/86, *Warner Brothers and Others v. Christiansen*, ECLI:EU:C:1988:242.

Wyrok TSUE z dnia 22 grudnia 2010 r., C-393/09, *Bezpečnostní softwarová asociace - Svaz softwarové ochrany v. Ministerstvo kultury*, ZOTSiS 2010, nr 12C, poz. I-13971-14008.

Wyrok TSUE z 3 lipca 2012 r., C-128/11, *Used Soft GmbH v. Oracle International Corp.*, ZOTSiS 2012, nr 7, poz. I-407.

Wyrok TSUE z 23 stycznia 2014 r., C-355/12, *Nintendo Co. Ltd i in. v. PC Box Srl I 9Net Srl*, ECLI:EU:C:2014:25.

Wyrok SN z 17 września 2014 r., I CSK 555/13, <http://www.sn.pl/sites/orzecznictwo/Orzeczenia3/I%20CSK%20555-13-1.pdf> [dostęp: 20.10.2018].

Dokumenty urzędowe

Projekt ustawy o finansowym wspieraniu produkcji kulturowych gier wideo oraz o zmianie innych ustaw, UD410, <https://legislacja.rcl.gov.pl/projekt/12316950> [dostęp: 17.05.2018].

Publikacje naukowe

Anders J. (red.), *Podręcznik zarządzania własnościami intelektualną*, Poznań 2009, <https://silo.tips/download/podrecznik-zarzadzania-wasnoci-intelektualn> [dostęp: 26.12.2018].

Bienias M., *Prawo własności przemysłowej w wirtualnych światach gier komputerowych*, [w:] K. Grzybczyk, A. Auleytner, J. Kulesza (red.), *Prawo w wirtualnych światach*, Warszawa 2013, s. 213-245.

- Bilicz B., *Wirtualny świat jako utwór samoistny. Twórcze wykorzystywanie elementów gier komputerowych*. Machinima, [w:] K. Grzybczyk, A. Auleytner, J. Kulesza (red.), *Prawo w wirtualnych światach*, Warszawa 2013, s. 195-212.
- Doniec J., *Wyczerpanie prawa autorskiego w Internecie – przepisy Unii Europejskiej i ocena potrzeb zmiany uregulowań w kontekście White Paper on Remixes, First Sale, and Statutory Damages z 2016 r.*, „Internetowy Przegląd Prawniczy TBSP UJ” 2016, nr 4, s. 36-56, http://www.tbsp.wpia.uj.edu.pl/documents/4137545/134213770/6.+Doniec_4_2016.pdf/9072ad12-d7d8-47af-b4ab-be5f671621e4 [dostęp: 26.12.2018].
- Drozdowicz M., *Dzieło multimedialne jako nowa kategoria polskiego prawa autorskiego na tle koncepcji budowy utworu*, „Zeszyty Naukowe Uniwersytetu Jagiellońskiego. Prace z Prawa Własności Intellectualnej” 2001, nr 3, s. 81-114.
- Ewelle Ewelle R., *Adapting Communications in Cloud Games. Networking and Internet Architecture [cs.NI]*, Montpellier 2015, <https://tel.archives-ouvertes.fr/tel-01986122/document> [dostęp: 30.09.2018].
- Ferenc-Szydełko E. (red.), *Ustawa o prawie autorskim i prawach pokrewnych. Komentarz*, Warszawa 2016, Legalis.
- Flisak D., *Utwór multimedialny w prawie polskim*, Warszawa 2008.
- Flisak D. (red.), *Prawo autorskie pokrewne. Komentarz*, Warszawa 2014.
- Genovesi L.M., *The TRIPS Agreement and Intellectual Property Rights Exhaustion*, [w:] C.M. Correa (red.), *Research Handbook on the Protection of Intellectual Property under WTO Rules. Intellectual Property in the WTO*, t. I, Cheltenham 2010.
- Gołaczyński J., *Wirtualne światy a własność wirtualna*, [w:] M. Pazdan, M. Jagielska, E. Rott-Pietrzyk, M. Szpunar, *Rozprawy z prawa prywatnego. Księga jubileuszowa dedykowana Profesorowi Wojciechowi Popiołkowi*, Warszawa 2017, s. 1139-1146.
- Grzybczyk K., *Nieuczciwa konkurencja a gry komputerowe*, [w:] K. Grzybczyk, A. Auleytner, J. Kulesza (red.), . Grzybczyk, A. Auleytner, J. Kulesza (red.), *Prawo w wirtualnych światach*, Warszawa 2013, s. 246-256.
- Jagielska M., Kunkiel-Kryńska A., *Wybór prawa jako klauzula abuzywna*, „Internetowy Kwartalnik Antymonopolowy i Regulacyjny” 2016, nr 3(5), s. 29-38, <http://cejsh.icm.edu.pl/cejsh/element/bwmeta1.element.desklight-80019c96-fa16-43e6-ae0a-7b930b9eb18f> [dostęp: 20.20.2018].
- Karkut D., *Naruszenie kultu pamięci osoby zmarłej w wirtualnym świecie gry komputerowej*, [w:] J. Gołaczyński, J. Mazurkiewicz, J. Turłukowski,

- D. Karkut (red.), *Non omnis moriar : osobiste i majątkowe aspekty prawne śmierci człowieka : zagadnienia wybrane*. [T. 2], Wrocław 2015, s. 416-427.
- Karkut D., *Własność wirtualna w prawie polskim. Zagadnienia wybrane*, Wrocław 2018.
- Krasuski A., *Chmura obliczeniowa. Prawne aspekty zastosowania*, Warszawa 2018, LEX.
- Laskowska-Litak E., *Prawnoautorski eksperyment Schrödingera: czy utwór można zdefiniować w ustawie? Uwagi na tle prawa brytyjskiego*, „Zeszyty Naukowe Uniwersytetu Jagiellońskiego” 2018, nr 3, s. 5-31.
- Lesiewicz M., *Licencja jako konstytucja świata wirtualnego. Treść umów licencyjnych*, [w:] K. Grzybczyk, A. Auleytner, J. Kulesza (red.), *Prawo w wirtualnych światach*, Warszawa 2013, s. 66-85.
- Lober A., Klein S., Groothuis F., *The Long and Winding Road of Digital Distribution. Or: Why the ECJ's Used Soft design is of No Use to Keysellers*, „Interactive Entertainment Law Review” 2018, t. 1, s. 44-51.
- Markowski J., *Dozwolony użytek prywatny gier komputerowych*, „Palestra” 2016, nr 7/8, s. 34-40.
- Matusiak I., *Gra komputerowa jako przedmiot prawa autorskiego*, Warszawa 2013.
- Matusiak I., *Konsekwencje (braku) zmian przepisów prawa autorskiego a status prawny gier komputerowych*, „Białostockie Studia Prawnicze” 2015, nr 19, s. 63-76, <http://pbc.biaman.pl/dlibra/docmetadata?id=54130&from=publication> [dostęp: 26.12.2018].
- Mikołajczyk R., *Ochrona wirtualnych obiektów w prawie karnym*, „Prawo Mediów Elektronicznych” 2015, nr 1, s. 61-62.
- Mikulski K., *Zarys problematyki własności wirtualnej w świetle prawa nowych technologii*, [w:] E. Galewska, A. Zalesińska, Ł. Cieślak, A. Materla, W. Bijas, M. Gdula, *Wybrane aspekty prawa nowych technologii*, cz. 2, Wrocław 2014, s. 135-146.
- Molenda-Kropielnicka E., *Cloud Computing – zagadnienia prawne*, „Zeszyty Naukowe UJ. Prace z Prawa Własności Intelektualnej” 2013, nr 119, s. 109-149.
- Pazdan M. (red.), *Prawo prywatne międzynarodowe. Komentarz*, Warszawa 2018, Legalis.
- Porzeżyński M., *Wyczerpanie prawa do kopii programu komputerowego w kontekście wyroku C-128/11 UsedSoft GmbH v. Oracle International Corp*, „Zeszyt Studencki Kół Naukowych Wydziału Prawa i Administracji UAM”

- 2013, nr 3, s. 116-121, <https://repozytorium.amu.edu.pl/handle/10593/13582> [dostęp: 26.12.201].
- Savi M., *The Legality of Resale of Digital Content After Used Soft in Subsequent German and CJEU Case Law*, „European Intellectual Property Review” 2015, nr 37(7), s. 414-429.
- Siwicki M., *Jurysdykcja krajowa w sprawach z zakresu prawa autorskiego w „chmurach obliczeniowych” w świetle rozporządzenia Parlamentu Europejskiego i Rady (UE) nr 1215/2012*, „Europejski Przegląd Sądowy” 2016, nr 1, s. 21-26.
- Stamatoudi I., Torremans P. (red.), *EU Copyright Law. A Commentary*, Cheltenham 2014.
- Stasiak-Apelska A., *Programy komputerowe jako przedmiot ochrony*, „Palestra” 2018, nr 1-2, s. 106-113.
- Stelmaszewski M., *Gra komputerowa jako dobro kulturowe. Węzłowe problemy ochrony. Przyczynek do dyskusji*, [w:] P. Dobosz, M. Adamus, D. Guzek, A. Mazur (red.), *Węzłowe problemy prawnej ochrony dziedzictwa kulturowego. Profesorowi Stanisławowi Waltosowi z okazji 85 urodzin przypadających w 2017 roku ofiaruje Koło Naukowe Sekcja Ochrony Dóbr Kultury Towarzystwa Biblioteki Słuchaczy Prawa Uniwersytetu Jagiellońskiego wraz z Gronem Sympatyków. Praca zbiorowa. T. 1. Ochrona dziedzictwa kulturowego w polskim prawie konstytucyjnym i administracyjnym*, Kraków 2016, s. 298-299.
- Szczotka J., *Obrót materialnym nośnikiem utworu w perspektywie prawa rzeczowego i prawa autorskiego*, „Barometr Regionalny” 2018, t 16, nr 5, s. 107-120.
- Szpyt K., *Egzekucja z prawa do konta na serwerze gry komputerowej i zgromadzonych na nim dóbr wirtualnych. Zarys problematyki*, [w:] M. Załucki, *Egzekucja z majątku spadkowego. Ograniczona i nieograniczona odpowiedzialność za długi spadkowe*, Warszawa 2016, s. 280-295.
- Szpyt K., *Koniec świata... wirtualnego, czyli gry komputerowe, dobra wirtualne i konta na serwerze gry z perspektywy postępowania upadłościowego: zarys problematyki*, [w:] J. Mazurkiewicz, P. Szymaniec (red.), *Prawne i administracyjne aspekty komunikacji elektronicznej*, Wałbrzych 2018, s. 151-172.
- Szpyt K., *Obrót dobrami wirtualnymi w grach komputerowych. Studium cywilnoprawne*, Warszawa 2018.
- Ślęzak P. (red.), *Ustawa o prawie autorskim i prawach pokrewnych. Komentarz*, Warszawa 2017, Legalis.

- Traple E. (red.), *Ochrona gry komputerowej. Aktualne wyzwania prawne*, Warszawa 2015.
- Wachowska A., *Problematiczny status gier komputerowych na gruncie prawa autorskiego – czy gra komputerowa to utwór audiowizualny, program komputerowy, czy inny utwór?*, [w:] E. Traple (red.), *Ochrona gry komputerowej*, Warszawa 2015, s. 19-62.
- Wasilewski P., *Ochrona zabezpieczeń technicznych gier komputerowych w ujęciu Trybunału Sprawiedliwości Unii Europejskiej*, [w:] E. Traple, *Ochrona gry komputerowej*, Warszawa 2015, LEX, s. 83-107.
- Widła B., *More Than a Game. Did Nintendo v. PC Box Give Manufacturers More Control Over the Use of Hardware?*, „Computer Law & Security Review” 2017, t. 33, nr 2, s. 242-249.
- Żok K., *Kwalifikacja umowy o korzystanie z programu komputerowego jako usługi (Software as a Service, SaaS) – uwagi na tle prawa polskiego i wybranych zagranicznych systemów prawnych*, „Zeszyty Naukowe Uniwersytetu Jagiellońskiego. Prace z Prawa Własności Intelektualnej” 2015, nr 129, s. 18-32.
- Żok K., *Prawna i ekonomiczna analiza umowy o korzystanie z programu komputerowego jako usługi (Software as a Service, SaaS)*, „Zeszyty Naukowe UJ. Prace z Prawa Własności Intelektualnej” 2017, nr 4, s. 63-78.

Netografia

- Chou D., *Cloud Service Models (IaaS, PaaS, SaaS) Diagram*, <https://dachou.github.io/2018/09/28/cloud-service-models.html> [dostęp: 26.12.2018].
- Cloud Gaming Market 2018–2026, Report AMI-135*, <https://www.absolutemarketsinsights.com/reports/Cloud-Gaming-Market-2018-2026-135> [dostęp: 26.12.2018].
- Czeladzka M., *Geoblocking prawnoautorski. Korzyści i ryzyka dla dostawców treści cyfrowych oraz użytkowników*, <https://www.parp.gov.pl/component/content/article/57877:geoblocking-prawnoautorski-korzysci-i-ryzyka-dla-dostawcow-tresci-cyfrowych-oraz-uzytownikow> [dostęp: 23.05.2018].
- Games as a service* [hasło], https://en.wikipedia.org/wiki/Games_as_a_service [dostęp: 31.05.2018].
- Global Games Market Report 2018 (Free version)*, <https://newzoo.com/insights/trend-reports/newzoo-global-games-market-report-2018-light-version/> [dostęp: 13.05.2018].

- GoG, <https://www.gog.com/> [dostęp: 20.10.2018].
- Graj w bezpłatne gry dzięki Stadia Pro*, <https://stadia.google.com/> [dostęp: 31.05.2018].
- Gry bez grafiki: nowe oblicze gamingu*, <http://gameplatform.pl/gry-bez-grafiki-nowe-oblicze-gamingu/> [dostęp: 24.05.2018].
- Kubalski J., *Games as service – perspektywa prawnika*, <https://www.dzp.pl/blog/ip/games-as-service-perspektywa-prawnika/> [dostęp: 31.05.2018].
- Okoń Z., *Wyrok francuskiego sądu w sprawie odsprzedaży „używanych” gier ze Steam*, <https://www.linkedin.com/pulse/wyrok-francuskiego-s%C4%85du-w-sprawie-odsprzeda%C5%BCy-u%C5%BCywanych-zbigniew-oko%C5%84/> [dostęp: 1.04.2018].
- PS Remote Play*, <https://remoteplay.dl.playstation.net/remoteplay/lang/pl/index.html> [dostęp: 31.05.2018].
- Skornowicz J., *Co to jest Google Stadia – wymagania, cena i gry*, <https://www.komputronik.pl/informacje/co-to-jest-google-stadia/> [dostęp: 23.05.2018].
- Steam*, <https://store.steampowered.com/> [dostęp: 20.10.2018].
- Xbox Game Pass*, <https://www.xbox.com/pl-PL/xbox-game-pass> [dostęp: 31.05.2018].

VARIA





Dr Wojciech Drobny
ORCID: 0000-0002-7956-4348
Instytut Nauk Prawnych PAN
w.drobny@inp.pan.pl

Przenikanie się prawa konstytucyjnego, prawa pracy i prawa administracyjnego na przykładzie polskiego prawa urzędniczego w świetle orzecznictwa (zagadnienia wybrane)

**The interpenetration of constitutional law, labor law
and administrative law using the example of Polish civil service
law in the light of jurisprudence (selected issues)**

Abstrakt

W artykule przedstawiono rozważania na temat przenikania się w systemie prawa instytucji prawa administracyjnego, konstytucyjnego i pracy. W ujęciu historycznym wskazano na kierunek i dynamikę zmian w obszarze prawa urzędniczego. Wskazano na pozaprawne czynniki wpływające na ustawodawcę, które powodują zaburzenie jasnego, teoretycznego podziału prawa na gałęzie prawa. Rozważania zilustrowano orzecznictwem sądów administracyjnych i powszechnych a także Trybunału Konstytucyjnego w zakresie interpretacji wybranych, kluczowych instytucji prawa urzędniczego, tj. zakresu podmiotowego służby cywilnej, zakresu pojęcia „administracja rządowa” i istoty postępowania kwalifikacyjnego w służbie cywilnej.

Słowa kluczowe: teoria prawa, pograniczne prawa, system prawa, prawo urzędnicze

Abstract

The study discusses the interpenetration of administrative, constitutional and labor law institutions in the legal system. In historical terms, the direction and dynamics of changes in the area of civil service law have been indicated. Non-legal factors influencing legislators, which disrupt the clear, theoretical division of law into branches of law, have been indicated. The considerations are illustrated by the jurisprudence of the administrative and common courts as well as the Constitutional Tribunal, in the field of interpretation of selected key institutions of civil service law (the subjective scope of the civil service, the scope of the term 'government administration' and the essence of the qualification procedure in the civil service).

Keywords: theory of law, borderline of law, legal system, civil service law

1. Wstęp

O polskim prawie urzędniczym mówi się, że pozostaje w kryzysie tożsamości¹. Istotą tej oceny jest bezsprzeczna konstatacja, że nie jest możliwe konsekwentne przyporządkowanie żadnej z ustaw wpisujących się w zakres znaczeniowy terminu prawo urzędnicze, tj. ustawy o służbie cywilnej², o pracownikach samorządowych³, ani o pracownikach urzędów państwowych⁴ do jednej gałęzi prawa w rozumieniu teorii prawa⁵. W ujęciu historycznym wyraźny jest trend, już wielokrotnie wskazany w piśmiennictwie⁶, zgodnie z którym kierunek zmian prawodawstwa w tym obszarze w okresie powojennym przebiega od modelowych publicznoprawnych rozwiązań poprzez systematyczne zwiększanie w prawie urzędniczym liczby elementów i instytucji prawa prywatnego aż po całkowite zastąpienie dotychczasowych rozwiązań przepisami o charakterze prawnopracowniczym.

¹ T. Górzyńska, [W. Drobny (red.)], *Polskie prawo urzędnicze – kryzys tożsamości?*, Warszawa 2016.

² Ustawa z dnia 21 listopada 2008 r. o służbie cywilnej, tj. Dz.U. 2018, poz. 1559.

³ Ustawa z dnia 21 listopada 2008 r. o pracownikach samorządowych, tj. Dz.U. 2016, poz. 902 ze zm.

⁴ Ustawa z dnia 16 września 1982 r. o pracownikach urzędów państwowych, tj. Dz.U. 2018, poz. 1915.

⁵ W. Lang, J. Wróblewski, S. Zawadzki, *Teoria państwa i prawa*, Warszawa 1979, s. 389 i n.

⁶ T. Górzyńska, *Od koncepcji do stworzenia podstaw prawnych funkcjonowania służby cywilnej*, „Kontrola Państwowa” 2005, nr 1 spec., s. 74.

Z punktu widzenia teorii prawa, logiczne tworzenie i porządkowanie norm ma na celu przede wszystkim zapewnienie dogmatycznego istnienia zupełnego i niesprzecznego systemu prawa. Jego egzystencja warunkuje natomiast zdolność dokonywania poprawnej egzegezy prawniczej czyli podejmowania zespołu czynności zmierzających do ustalenia znaczenia norm generalno-abstrakcyjnych zawartych w przepisach prawnych. Interpretator, ustalając znaczenie normy, odwołuje się przecież do teoretycznych reguł wykładni, w tym katalogu dyrektyw wnioskowań prawniczych czy reguł kolizyjnych. Waga koncepcji racjonalność ustawodawcy jest ogromna. Tym samym kluczowa jest konsekwencja ustawodawcy w utrzymywaniu dyscypliny tworzenia przepisów przynależnych danej gałęzi prawa. Inne zasady prawa administracyjnego jako prawa publicznego będą determinować sytuację prawną członka służby publicznej, a zupełnie inaczej, wręcz odwrotnie, sytuację tę będą określać przepisy prawa pracy czyli prawa prywatnego. Stąd zasadnym wydaje się postulat dokonania analizy wybranych, aktualnych problemów zjawiska przenikania się trzech tytułowych gałęzi prawa w obszarze prawa urzędniczego. Wytypowane ilustracje powinny umożliwić sformułowanie tez o dynamice i kierunku zmian, wzajemnej proporcji tych gałęzi, a być może nawet pozwolić sformułować odpowiedź na pytanie o powód niekonsekwentnego działania ustawodawcy w tym zakresie. Z uwagi na szczególny charakter służby cywilnej, mającej zakotwiczenie konstytucyjne, dalsze rozważania na temat polskiego prawa urzędniczego będą ilustrowane przepisami pragmatyk o służbie cywilnej.

2. Prawo konstytucyjne jako ustrojowy wyznacznik elementów prawa urzędniczego

Konstytucjonalizacja instytucji służby cywilnej w prawie polskim ma doniosłe znaczenie. Pojawienie się w ustawie zasadniczej⁷ przepisów określających jej miejsce w strukturze państwa oraz cechy i zasady jej działania, wyznaczyło solidne i trwałe, choć lakoniczne, ramy tworzenia przez ustawodawcę zwykłego szczegółowych elementów tego korpusu urzędniczego. Doniosłość nadania kategorii konstytucyjnej tej instytucji stanowi nie tylko wyraz dużego znaczenia, jakie ustrojodawca przywiązuje do problematyki służby cywilnej, ale przede wszystkim zapewnia praktyczną możliwość kontroli zgodności z Konstytucją właściwych ustaw i aktów niższego rzędu. Pierwszy raz w sięgającej okresu

⁷ Konstytucja Rzeczypospolitej Polskiej z 2 kwietnia 1997 r., Dz.U. 1997 Nr 78, poz. 483 ze zm.

międzywojennego historii polskiego prawa służby cywilnej⁸, zyskało ono „możliwość obrony przed naruszeniem konstytucyjnych praw”⁹. Ustrojowe gwarancje wprost odnoszące się do służby cywilnej, uwzględniające jednocześnie zasady i wartości konstytucji (np. katalog konstytucyjnych wolności i praw jednostki z dopuszczalnością prawnego określenia uzasadnionych wyjątków) oraz zapewniona procedura badania konstytucyjności prawa stworzyły potencjalnie dobre podwaliny prawa urzędniczego. Jednak pokonstytucyjna praktyka ustawodawcza pokazała, że budowa prawa służby cywilnej w zgodzie z tymi wytycznymi jest zadaniem trudnym, wciąż niezrealizowanym.

Choć przepisy ustrojowe powtarzały główne założenia pragmatyki służby cywilnej z 1996 r.¹⁰ (nawiązującej – co warto odnotować – do wzorcowych, jednoznacznie i konsekwentnie publicznoprawnych postanowień pierwszej przedwojennej pragmatyki), to otworzyły przecież możliwość zaskarżania do Trybunału Konstytucyjnego ustaw regulujących problemy służby publicznej w tym przede wszystkim, statusu członków korpusu służby cywilnej¹¹.

Właściwa konstytucjonalizacja polskiej służby cywilnej nastąpiła w art. 153 Konstytucji RP, w świetle którego „w celu zapewnienia zawodowego, rzetelnego, bezstronnego i politycznie neutralnego wykonywania zadań państwa, w urzędach administracji rządowej działa korpus służby cywilnej”. Zgodnie z ust. 2 Prezes Rady Ministrów jest zwierzchnikiem tego korpusu. Tak określone cechy służby cywilnej, w świetle doktryny należy bezsprzecznie stosować łącznie¹², choć waga każdej z nich jest inna. Realizacja tych założeń „jest możliwa jedynie przez stworzenie odpowiedniego mechanizmu ustawowego, który pozwoli na zapewnienie wykonywania takich zadań przez odpowiednio do tego przygotowaną kadrę kierowniczą”¹³. Trybunał Konstytucyjny atrybut „zawodowy” interpretuje jako „profesjonalizm ogólnie wymagany w ramach regulacji prawnych od pracowników czy urzędników służby cywilnej, dla zaj-

⁸ Pierwszym polskim aktem prawnym regulującym problematykę służby cywilnej jest ustawa z dnia 17 lutego 1922 r. o państwowej służbie cywilnej, tj. Dz.U. 1949 Nr 11, poz. 72.

⁹ T. Górzyńska, *Konstytucyjne podstawy służby cywilnej*, [w:] R. Hauser, Z. Niewiadomski, A. Wróbel (red.), *Konstytucyjne podstawy funkcjonowania administracji publicznej*, System Prawa Administracyjnego, t. 2, Warszawa 2012, s. 418.

¹⁰ Ustawa z dnia 5 lipca 1996 r. o służbie cywilnej, tj. Dz.U. 2018, poz. 1559.

¹¹ T. Górzyńska, [W. Drobny (red.)], *Polskie prawo urzędnicze...*, s. 101.

¹² T. Górzyńska, *Służba cywilna w Konstytucji RP*, [w:] J. Wawrzyniak, M. Laskowska (red.), *Instytucje prawa konstytucyjnego w dobie integracji europejskiej*, Warszawa 2009, s. 226.

¹³ Informacja o istotnych problemach wynikających z działalności i orzecznictwa Trybunału Konstytucyjnego w 2002 r., Warszawa 2003, https://trybunal.gov.pl/fileadmin/content/dokumenty/publikacje/informacje_o_problemach/2003_Informacja_o_istotnych_problemach.pdf [dostęp: 1.12.2018].

mowania konkretnego stanowiska zaś pewnych kwalifikacji szczególnych”¹⁴. Oznacza to konieczność zatrudniania osób, które traktują wykonywanie tych zadań jako swój zawód (a nie zajęcie przejściowe), pojmując go jako służbę, wykonywaną zgodnie z przepisami prawa, w sposób lojalny wobec państwa i urzędu. Termin „rzetelny”, poza słownikowym znaczeniem należytego i uczciwego wypełniania obowiązków, rozumiany jest jako „myślenie w kategoriach interesu państwa, służby, urzędu i odbiorcy usług służby cywilnej, działanie uczciwe, w imieniu jakiegoś dobra”¹⁵. Wymienione przez ustrojodawcę dwa ostatnie bliskoznaczne atrybuty „bezstronności i neutralności politycznej” w bogatej linii orzeczniczej Trybunału zostały zdefiniowane jako „brak możliwości wpływu świata polityki na działalność korpusu służby cywilnej, co wymaga zapewnienia mechanizmów powoływania i funkcjonowania służby cywilnej, które zagwarantuje brak jakichkolwiek (nawet przejściowych) możliwości ingerencji politycznych”¹⁶.

W art. 60 Konstytucji RP została sformułowana zasada, że obywatele polscy korzystający z pełni praw publicznych mają prawo dostępu do służby publicznej na jednakowych zasadach. Istotą tego przepisu jest zatem zapewnienie równości szans dla osób podejmujących starania o pełnienie funkcji w służbie publicznej¹⁷. W świetle wykładni Trybunału Konstytucyjnego przepis ten zapewnia prawo ubiegania się o przyjęcie do służby publicznej, ale nie gwarantuje przyjęcia do niej¹⁸. Nie może być podstawą dochodzenia przed sądem roszczenia o dopuszczenie do pracy, pełnienia konkretnej funkcji, czy zajmowania określonego stanowiska¹⁹. Ustawodawca uprawniony jest do sformułowania dodatkowych warunków, uzależniając od ich spełnienia, uzyskanie określonych stanowisk w służbie publicznej, z uwzględnieniem ich rodzaju oraz istoty²⁰. Natomiast organy władzy publicznej muszą określić liczbę tych stanowisk stosownie do potrzeb państwa²¹. Ustawodawca dookreślając koncepcje prawa służby publicznej, uwzględniając wytyczne ustrojowe art. 60, musi także respektować inne wynikające również z konstytucji ograniczenia,

¹⁴ Wyrok TK z 12 grudnia 2002 r., K 9/02, OTK-A 2002, nr 7, poz. 94.

¹⁵ T. Górczyńska, *Służba cywilna w Konstytucji...*, s. 227.

¹⁶ Wyrok TK z 28 kwietnia 1999 r., K 3/99, OTK 1999, nr 4, poz. 73; zob. też wyrok TK z 10 kwietnia 2002 r., K 26/00, OTK-A 2002, nr 2, poz. 18; wyrok TK z 12 grudnia 2002 r., K 9/02.

¹⁷ Wyrok SN z 9 czerwca 2010 r., III KRS 4/10, LEX 611831.

¹⁸ Wyrok TK z 20 kwietnia 2004 r., K 45/02, OTK-A 2004, nr 4, poz. 30.

¹⁹ Wyrok TK z 14 grudnia 1999 r., SK 14/98, OTK 1999, nr 7, poz. 163; wyrok TK z 10 maja 2000 r., K 21/99, OTK 2000, nr 5, poz. 144.

²⁰ Wyrok TK z 21 grudnia 2004 r., SK 19/03, OTK-A 2004, nr 11, poz. 118.

²¹ Wyrok TK z 10 kwietnia 2002 r., K 26/00.

w tym zasadę proporcjonalności (art. 31), sprawiedliwości (art. 2), równego traktowania (art. 32) i zakazu dyskryminacji (art. 32)²².

Bezpośrednim dopełnieniem konstytucyjnej koncepcji statusu polskiej służby cywilnej, w szczególności jej bezstronnego i neutralnego charakteru, są przepisy ustalające zasadę niepołączalności mandatu parlamentarnego z zatrudnieniem w administracji rządowej, w tym przede wszystkim w charakterze urzędnika służby cywilnej (art. 103). Według Trybunału Konstytucyjnego zasada *incompatibilitas* jest pochodną podstawowych konstytucyjnych zasad, określających – zgodnie z koncepcją podziału władzy – ustrój i służby realizacji tych zasad, w tym niezależności przede wszystkim władzy ustawodawczej od wykonawczej, jak również neutralności politycznej określonych służb państwowych²³. Ustrojodawca, co prawda, w art. 103 ust. 1 posługuje się pojęciem „osoba zatrudniona w administracji rządowej”, a w ust. 2 pojęciem „urzędnik służby cywilnej” – czyli terminami jednoznacznie zdefiniowanymi w prawie urzędniczym – to nie mam jednak wątpliwości, że zakaz ten adresowany jest do wszystkich kategorii członków korpusu służby cywilnej, czyli także niewymienionych w nim wprost osób na wyższych stanowiskach w służbie cywilnej oraz członków korpusu służby cywilnej zatrudnionych na podstawie umowy o pracę.

Radykalnym przykładem ingerencji w konstytucyjnie wyznaczony zakres podmiotowy służby cywilnej były budzące wątpliwość Rzecznika Praw Obywatelskich przepisy ustawy z dnia 21 lipca 2006 r. o nadzorze nad rynkiem finansowym²⁴, w części w jakiej wyłączały pracowników Komisji Nadzoru Finansowego z korpusu służby cywilnej. W treści wniosku Rzecznik wskazał argumenty, które miały przemawiać za uznaniem KNF za organ administracji rządowej. Słusznie zatem – moim zdaniem – zauważył, że kluczowe znaczenie dla ustalenia organizacyjnego zakresu „administracji rządowej” ma art. 146 ust. 3 Konstytucji RP, który przewiduje, że organem, który kieruje administracją rządową jest Rada Ministrów. Dlatego okoliczność, że KNF nie jest określona w ustawie jako centralny organ administracji rządowej, nie przesądza o jej wyłączeniu z tej kategorii organów. Istotne znaczenie miały uregulowania aspektów prawno-organizacyjnych Komisji. Dla zaklasyfikowania podmiotu jako centralnego organu administracji rządowej zasadnicze znaczenie ma sposób kreowania tego organu oraz jego usytuowanie prawno-organizacyjne względem organów naczelných, czyli Rady Ministrów, Prezesa Rady Ministrów

²² Wyrok TK z 10 maja 2000 r., K 21/99.

²³ Uchwała TK z 6 lutego 1996 r., W 11/95, OTK 1996, nr 1, poz. 5.

²⁴ Ustawa z 21 lipca 2006 r. o nadzorze nad rynkiem finansowym, tj. Dz.U. 2018, poz. 621.

czy ministra. Z uwagi na usytuowanie Komisji zakwestionowane przepisy, zdaniem Rzecznika, pozostawały w sprzeczności z konstytucyjną zasadą działania służby cywilnej w urzędach administracji rządowej.

Powyższa opinia znajduje potwierdzenie we wcześniejszym orzecznictwie, zgodnie z którym z art. 153 Konstytucji RP wynika obowiązek wprowadzenia korpusu służby cywilnej we wszystkich urzędach administracji rządowej. W wyroku z 12 grudnia 2002 r., sygn. K 9/02 Trybunał Konstytucyjny stwierdził, że konstytucja przesądza o konieczności powołania korpusu służby cywilnej w ramach struktury administracji rządowej²⁵. W uzasadnieniu wyroku z 13 listopada 2003 r., sygn. K 51/02 Trybunał wskazał:

art. 153 Konstytucji pozwala na wysunięcie tezy, że cały aparat urzędniczy, wykonujący zadania na rzecz administracji publicznej, w jej części podlegającej Radzie Ministrów, powinien być objęty ustawą o służbie cywilnej i jako taki wchodzić w jej skład²⁶.

Trybunał Konstytucyjny nie podzielił jednak stanowiska Rzecznika Praw Obywatelskich w sprawie wyłączały pracowników KNF z korpusu służby cywilnej. Uznał, że zróżnicowanie składu Komisji (w której zasiadają m.in. przedstawiciel Prezydenta i NBP) przemawia za usytuowaniem jej poza strukturą administracji rządowej. Uznanie Komisji za organ administracji publicznej usytuowany poza administracją rządową miało rozstrzygające znaczenie również dla określenia charakteru prawnego Urzędu KNF. Skoro organ, który wykonuje swoje zadania przy pomocy określonego urzędu, nie znajduje się w strukturze administracji rządowej, to urząd ten nie może być uznany za urząd administracji rządowej w rozumieniu art. 153 ust. 1 Konstytucji RP. Zgodne z konstytucją jest powołanie do życia organu administracji państwowej i usytuowanie go poza strukturą administracji rządowej, czego konsekwencją jest to, że pracownicy urzędu tego organu nie należą do korpusu służby cywilnej. Dlatego Komisja nie jest organem administracji rządowej, a Urząd KNF nie stanowi urzędu administracji rządowej w rozumieniu art. 153 ust. 1 konstytucji i w konsekwencji nie może w nim działać korpus służby cywilnej²⁷.

²⁵ Wyrok TK z 12 grudnia 2002 r., K 9/02.

²⁶ Wyrok TK z 13 listopada 2003 r., K 51/02, OTK-A 2003, nr 8, poz. 86.

²⁷ Wyrok TK z 15 czerwca 2011 r., K 2/09, OTK-A 2011, nr 5, poz. 42.

3. Pogranicze prawa administracyjnego i prawa pracy w obszarze prawa urzędniczego

W polskiej i zachodnioeuropejskiej dogmatyce prawa dostrzegalny jest silny wzrost tendencji dominacji prawa pracy w pograniczu prawa administracyjnego. Trend ten jest szczególnie mocno widoczny w tej części prawa administracyjnego, która reguluje stosunki służbowe (*sensu stricto* jak i *sensu largo*²⁸) w szeroko rozumianej sferze administracji publicznej. W perspektywie publicznoprawnej zmiany, jakie się już dokonały, zniweczyły w szczególności konstytucyjną koncepcję elitarnej służby cywilnej w Polsce, określone w art. 153 i 60 konstytucji.

Historia zmian w pragmatykach urzędniczych służby cywilnej dokonanych po transformacji ustrojowej to wpisująca się w nurt „od prawa publicznego, prawa urzędniczego do prawa prywatnego, prawa pracy”²⁹ bogata praktyka nieprzemyślanych, niekonstytucyjnych zmian i nowelizacji wynikających z potrzeby chwili. Tę systematyczną lecz bezzasadną eliminację rozwiązań o charakterze publicznoprawnym domknęło wprowadzenie generalnej kognicji sądów pracy w sporach o roszczenie dotyczące stosunku pracy w służbie cywilnej (art. 9 ust. 2 obowiązującej ustawy z o służbie cywilnej).

Jednocześnie w obowiązującej ustawie o służbie cywilnej ustawodawca pozostawił instrumenty prawne mające charakter ściśle administracyjnoprawny, jak np. akt mianowania jako podstawę nawiązania stosunku pracy z urzędnikiem służby cywilnej. Proces uzyskiwania tego statusu odbywa się co do zasady³⁰ w ramach postępowania kwalifikacyjnego, którego charakter prawny ulegał poważnym zmianom. Choć w istocie ma ono charakter postępowania administracyjnego nie jest już dziś prowadzone przez centralny organ administracji rządowej właściwy w sprawach służby cywilnej lecz został powierzony podmiotowi spoza sfery administracji publicznej (tj. Krajowej Szkole Administracji Publicznej o statusie osoby prawnej). Ta kwalifikacja implikuje praktyczne konsekwencje w zakresie sposobu ochrony interesu prawnego osób biorących udział w postępowaniu kwalifikacyjnym. Pojawiają się bowiem wątpliwości co do administracyjnego trybu kontroli czynności i rozstrzygnięć w ramach tego postępowania, co powoduje dalsze problemy z kognicją

²⁸ Mam tu na myśli stosunki służbowe służb zmilitaryzowanych i pracownicze stosunki służbowe.

²⁹ T. Górzyńska, [W. Drobny (red.)], *Polskie prawo urzędnicze.*, s. 58.

³⁰ Alternatywną formą uzyskania statusu urzędnika mianowanego jest ukończenie kształcenia stacjonarnego w KSAP (zob. art. 42 ust. 2 u.s.c.).

właściwych sądów. Sięgając do orzecznictwa sądów administracyjnych oraz sądów powszechnych, warto hasłowo zrekonstruować dorobek i ocenę judykatury tego fragmentu służby publicznej. Postępowanie kwalifikacyjne, czyli realny mechanizm przemiany pracownika służby cywilnej w urzędnika mianowanego, jest istotą koncepcji służby cywilnej. Z tego powodu wymaga ono ochrony prawnej zgodnej z doktrynalną przynależnością tego instrumentu do odpowiedniej gałęzi prawa. Przegląd orzecznictwa pokazuje jednak poważne, praktyczne problemy w procesie jej kwalifikacji.

Pierwotny charakter i sens badanej instytucji zarysował Zbigniew Cieślak, wskazując:

postępowanie kwalifikacyjne kandydatów do służby cywilnej obejmuje także wszczęte na wniosek zainteresowanej osoby postępowanie administracyjne. Ponieważ kandydat nie jest jeszcze urzędnikiem służby cywilnej, a także biorąc pod uwagę, iż postępowanie dotyczy ewidentnego interesu prawnego osoby fizycznej, trudno byłoby przyjąć pogląd odmawiający – przedstawionej na piśmie przez Szefa Służby Cywilnej – decyzji o niedopuszczeniu do postępowania administracyjnego waloru decyzji administracyjnej. Wszystkie wymagania dotyczące wniosku, treści decyzji zachowania zasad postępowania administracyjnego, podstaw zwyczajnych i nadzwyczajnych trybów wzruszenia decyzji mają tu zastosowanie. Decyzja ta powinna być – zgodnie z art. 107 § 3 k.p.a. – uzasadniona, a strotnie (kandydatowi) przysługuje prawo złożenia wniosku o ponowne rozpatrzenie sprawy przez Szefa Służby Cywilnej (art. 127 k.p.a.) i później, przy zachowaniu ustawowych wymagań, skarga do NSA³¹.

Obecnie art. 43 ust. 1 ustawy o służbie cywilnej z 2008 r., który przyznaje Krajowej Szkole Administracji Publicznej zadanie przeprowadzenia postępowanie kwalifikacyjnego. W tym celu Szkoła powołuje zespół sprawdzający, który przeprowadza sprawdzian wiedzy i umiejętności niezbędnych do wypełniania zadań służby cywilnej. Zsumowane wyniki tego sprawdzianu podlegają uszeregowaniu w porządku malejącym i są publikowane w Biuletynie Kancelarii Prezesa Rady Ministrów³². Rola Szefa Służby Cywilnej została ograniczona do publikacji wzoru zgłoszenia do postępowania kwalifikacyjnego

³¹ Z. Cieślak [w:] Z. Cieślak, J. Jagielski, K. Rączka, *Komentarz do ustawy o służbie cywilnej*, Warszawa 1998, s. 98.

³² Art. 43 ustawy z dnia 21 listopada 2008 r. o służbie cywilnej, tj. Dz.U. 2018, poz. 1559.

(art. 41 u.s.c.), upublicznienia wiadomości o określonej w ustawie budżetowej maksymalnej liczby nowych mianowań w danym roku, a także do odbioru formalnego zgłoszenia kandydata do postępowania kwalifikacyjnego (art. 42). Najważniejszą jego kompetencją jest oczywiście dokonanie w imieniu Rzeczypospolitej Polskiej mianowania pracownika służby cywilnej, który ukończył postępowanie kwalifikacyjne z wynikiem pozytywnym i z miejscem uprawniającym do mianowania. Zgodnie jednak z art. 48 ust. 3 obowiązującej ustawy:

osiągnięcie miejsca uprawniającego do mianowania oznacza uzyskanie w postępowaniu kwalifikacyjnym wyniku pozytywnego z sumą punktów pozwalającą na mianowanie wszystkich osób, które uzyskały tę sumę punktów bez konieczności przekroczenia limitu.

Czynność ta ma zatem charakter wtórny do wyniku postępowania kwalifikacyjnego, a Szef Służby Cywilnej nie ma w tym zakresie luzu decyzyjnego, gdyż jeżeli pracownik służby cywilnej ukończył postępowanie kwalifikacyjne z wynikiem pozytywnym, mieszcząc się w limicie mianowań na dany rok, to organ ma obowiązek przekształcić podstawę jego stosunku pracy z umowy o pracę na mianowanie. Z dniem mianowania dotychczasowy stosunek pracy kandydata przekształca się bowiem w stosunek pracy na podstawie mianowania (art. 48 u.s.c.).

Taka konstrukcja prawna instytucji postępowania kwalifikacyjnego i charakter prawny wciąż istniejącego aktu mianowania jako formy prawnej nawiązania stosunku pracy z urzędnikiem mianowanym w służbie cywilnej implikuje praktyczne problemy w odniesieniu do zasad ochrony prawnej osób ubiegających się o uzyskanie statusu urzędnika służby cywilnej. Orzecznictwo w tym zakresie wypracowało utrwalone rozwiązania.

Stosunek prawny zatem, którego ustalenia żąda kandydat do mianowania, w ocenie Sądu Najwyższego, ma charakter stosunku publicznoprawnego wynikającego z ustawy o służbie cywilnej i łączącego osobę, która osiągnęła uprawnienie do mianowania z Szefem Służby Cywilnej³³. Jednocześnie „stosunek ten nie ma w żadnym zakresie cech stosunku zobowiązaniowego, a tym bardziej zobowiązaniowego stosunku pracy”³⁴. W pełni popieram ten pogląd. Szef Służby Cywilnej jest centralnym organem administracji rządowej właściwym w sprawach służby cywilnej. Nie dokonuje on czynności z zakresu prawa pracy za pracodawcę lecz wykonuje swoje ustawowe kompetencje o charakterze publicznoprawnym. Dlatego, jak zauważył Sąd Najwyższy, „mianowanie

³³ Wyrok SN z 10 kwietnia 2014 r., II PK 259/13, LEX 1464692.

³⁴ Tamże.

na urzędnika służby cywilnej jest aktem stosowania prawa przez organ administracji publicznej³⁵. Ten akt administracyjny zawiera oświadczenie woli organu, jednostronnie i władczo decydujące o prawie do objęcia stanowiska urzędnika służby cywilnej. „Organ administracji publicznej kształtuje w ten sposób indywidualną sytuację prawną osób ubiegających się o mianowanie w drodze decyzji administracyjnej³⁶, a zatem w przywołanej sprawie roszczenie pracownika służby cywilnej należy zdaniem Sądu zakwalifikować jako odwołanie od decyzji Szefa Służby Cywilnej odmawiającej mianowania na urzędnika służby cywilnej³⁷.

Natomiast Wojewódzki Sąd Administracyjny, oceniając swoją właściwość w sprawie skargi na bezczynność Szefa Służby Cywilnej „polegającą na braku mianowania na urzędnika służby cywilnej, pomimo spełnienia przesłanek do mianowania, wskutek błędnej oceny przeprowadzonego postępowania kwalifikacyjnego”, zauważył, że zakres kontroli sprawowany przez sądy administracyjne został określony w ustawie z 25 lipca 2002 r. – Prawo o ustroju sądów administracyjnych³⁸, zgodnie z którą sądy te w zakresie swej właściwości sprawują kontrolę pod względem legalności działań lub zaniechań organów administracji publicznej. Kontrola ta ma jednak charakter ograniczony, tzn. są nią objęte jedynie działania administracyjne enumeratywnie wskazane w ustawie. Zdaniem sądu, z bezczynnością mamy do czynienia wówczas, gdy organ zobowiązany do podjęcia czynności nie podejmuje jej w terminie określonym w przepisach. Skarga na bezczynność ma na celu spowodowanie wydania przez organ oczekiwanego aktu czy dokonania czynności. Jednak taka skarga „dopuszczalna jest tylko w takich granicach, w jakich służy skarga do sądu administracyjnego, wobec czego nie każda sprawa dotycząca bezczynności organu podlega rozpoznaniu przez sąd³⁹.

Powyższą linię orzeczniczą potwierdził także Naczelny Sąd Administracyjny, rozpatrując skargę kasacyjną na sprawę, której przedmiotem było podważenie przez stronę wyników punktowych oceny pracy pisemnej. Sąd trafnie zauważył, że ocena ta nie jest decyzją administracyjną i nie może być poddana kontroli sądu administracyjnego. Do czynności takich jak ocena wiedzy kandydata nie będzie mieć także zastosowania podstawa kognicji sądu, określona w art. 3 § 2 pkt 4 ustawy z dnia 30 sierpnia 2002 r. – Prawo

³⁵ Tamże.

³⁶ Tamże.

³⁷ Tamże.

³⁸ Ustawa z dnia 25 lipca 2002 r. – Prawo o ustroju sądów administracyjnych, tj. Dz.U. 2018, poz. 2107.

³⁹ Wyrok WSA w Warszawie z 22 sierpnia 2012 r., VII SAB/Wa 44/12, LEX 1276027.

o postępowaniu przed sądami administracyjnymi. Ocena pracy pisemnej, w postępowaniu, które nie kończy się decyzją ani innego rodzaju rozstrzygnięciem, do którego miałyby zastosowanie przepisy kodeksu postępowania administracyjnego, nie stanowi aktu ani czynności z zakresu administracji publicznej. Jest ona wynikiem sprawdzenia wiedzy i umiejętności kandydata przez zespół sprawdzający. Tego rodzaju czynności w ugruntowanym orzecznictwie sądowym wyłączone są z kognicji sądu administracyjnego⁴⁰.

Zarysowana kwestia rozgraniczenia właściwości sądów powszechnych i administracyjnych zaistniała w momencie odejścia przez ustawodawcę od rozwiązań ustawy z 5 lipca 1996 r. o służbie cywilnej i likwidacji Komisji Kwalifikacyjnej, czyli organu służby cywilnej powołanego w celu przeprowadzania postępowania kwalifikacyjnego. Likwidacji Komisji towarzyszyła rezygnacja z decyzji o niedopuszczeniu do postępowania kwalifikacyjnego i decyzji o niespełnianiu przez kandydata tych wymagań, czyli rozstrzygnięć podlegających kontroli instancyjnej zgodnie z kodeksem postępowania administracyjnego.

Dokonany wtedy zwrot w zakresie statusu instytucji służby cywilnej objął także m.in. likwidację Komisji Odwoławczej oraz eliminację zaskarżalność do sądu administracyjnego większość spraw dotyczących statusu urzędnika służby cywilnej. W kognicji Naczelnego Sądu Administracyjnego pozostały jedynie decyzje dotyczące przeniesień urzędnika służby cywilnej, natomiast kwestie odmowy ponownego zatrudnienia w służbie cywilnej zostały oddane we właściwość sądów pracy, podobnie jak spory wynikające z rozwiązania stosunku pracy. Poprzednio kontrola sądownoadministracyjna umożliwiała urzędnikowi służby cywilnej prawo odwołania się do Prezesa Rady Ministrów od indywidualnych decyzji w swojej sprawie⁴¹ oraz prawo złożenia skargi do Naczelnego Sądu Administracyjnego na decyzję Prezesa Rady Ministrów⁴². Kolejne, szerokie nowelizacje tych przepisów, a wręcz nowe pragmatyki w jeszcze większym stopniu ograniczył te publicznoprawne elementy statusu urzędnika służby cywilnej⁴³.

⁴⁰ Wyrok NSA z 2 grudnia 1994 r., I SA 1636/94, LEX 10666; wyrok NSA z 24 kwietnia 2002 r., I SA 2619/01, LEX 156846.

⁴¹ Mowa tutaj o możliwości przeniesienia przez Szefa Służby Cywilnej urzędnika do innego urzędu, jeśli przemawia za tym interes służby cywilnej (art. 51 ustawy z dnia 18 grudnia 1998 r. o służbie cywilnej, tj. Dz.U. 1999 Nr 49, poz. 483); przeniesienia do innego urzędu w przypadku likwidacji lub reorganizacji urzędu (art. 54) oraz udzielenia urlopu bezpłatnego w przypadku uzasadnionym interesem publicznym (art. 55).

⁴² Art. 56 ustawy z dnia 18 grudnia 1998 r. o służbie cywilnej.

⁴³ Mowa o następujących pragmatykach: ustawie z dnia 24 sierpnia 2006 r. o służbie cywilnej, Dz.U. 2006 Nr 170, poz. 1218; ustawie z dnia 21 listopada 2008 r. o służbie cywilnej

W wyniku tego zwrotu w orzecznictwie pojawił się w kontekście służby cywilnej szereg innych problematycznych zagadnień, jak na przykład budząca liczne wątpliwości kwestia naborów w korpusie służby cywilnej⁴⁴. I właśnie w tym kontekście Małgorzata Jaśkowska sformułowała opinię, że

na tle delimitacji właściwości sądów administracyjnych i sądów powszechnych występuje pewna niepokojąca [...] tendencja. Wydaje się że sądy administracyjne, rozstrzygając o swojej właściwości, zbyt rzadko odwołują się do konstytucyjnie wyznaczonego przedmiotu sprawy sądowoadministracyjnej. Pojawia się niekiedy odmienna koncepcja szukania wyraźnych i niebudzących dyskusji podstaw normatywnych działań tych sądów. Podejście takie prowadzi zaś [...] do ograniczania konstytucyjnie wyznaczonego przedmiotu właściwości tych sądów⁴⁵.

4. Uwagi końcowe

Faktyczne przenikanie się gałęzi prawa, tworzenie się szerokiego pogranicza poszczególnych gałęzi czy utrata ich wewnętrznej integralności jest zjawiskiem powszechnym, wynikającym w dużej mierze z reaktywnego w praktyce działania ustawodawcy. Właśnie w obszarze tak bardzo newralgicznym (bo regulującym przecież zakres praw i wolności pracowniczych, politycznych czy związkowych) jak prawo urzędnicze i inne przepisy regulujące stosunki służbowe w służbie publicznej, reaktywność ta jest szczególnie widoczna. Głos i żądania tak dużej grupy społecznej jak szeroko rozumiana służba publiczna muszą być brane pod uwagę przez projektodawców przepisów, jednak z zachowaniem proporcji i ochrony celu i funkcji dla których ta instytucja państwa i prawa została powołana do życia. Nie mam wątpliwości, że cel ten ściśle powiązany jest z zasadami prawa publicznego – administracyjnego i konstytucyjnego, a nie prawa pracy.

Przywołane orzecznictwo obrazujące wątpliwości interpretacyjne co do zakresu elementarnego katalogu urzędów objętych korpusem służby cywilnej, zakresu znaczeniowego „administracja rządowa” czy też problemy tożsamo-

oraz ustawie z dnia 30 grudnia 2015 r. o zmianie ustawy o służbie cywilnej oraz niektórych innych ustaw, Dz.U. 2016, poz. 34.

⁴⁴ Zob. m.in. wyrok WSA w Warszawie z dnia 8 maja 2012 r., VII SA/Wa 639/12, LEX 1217880.

⁴⁵ M. Jaśkowska, *Właściwość sądów administracyjnych (zagadnienia wybrane)*, [w:] J. Zimmermann (red.), *Koncepcja systemu prawa administracyjnego*, Warszawa 2007, s. 572.

ściowe kluczowego w prawie urzędniczym postępowania kwalifikacyjnego skłania do postawienia retorycznego pytania o motywy działania ustawodawcy w tym zakresie. Skoro według teorii prawa dopuszczenie do przenikania międzygałęziowego instytucji prawa jest bezsprzecznie formą dewastowania systemu prawa, która prowadzi do inflacji prawa to czy ich uzasadnieniem zwykle nie jest krótkowzroczna, nieodpowiedzialna i pozbawiona dogłębnego zrozumienia istoty, atrybutów i funkcji regulowanych kwestii, reakcja ustawodawcy na wyłącznie pozaprawne czynniki.

Bibliografia

Akty prawne

- Ustawa z dnia 17 lutego 1922 r. o państwowej służbie cywilnej, tj. Dz.U. 1949 Nr 11, poz. 72.
- Ustawa z dnia 16 września 1982 r. o pracownikach urzędów państwowych, tj. Dz.U. 2018, poz. 1915.
- Ustawa z dnia 5 lipca 1996 r. o służbie cywilnej, tj. Dz.U. 2018, poz. 1559.
- Konstytucja Rzeczypospolitej Polskiej z 2 kwietnia 1997 r., Dz.U. 1997 Nr 78, poz. 483 ze zm.
- Ustawa z dnia 18 grudnia 1998 r. o służbie cywilnej, tj. Dz.U. 1999 Nr 49, poz. 483.
- Ustawa z dnia 25 lipca 2002 r. – Prawo o ustroju sądów administracyjnych, tj. Dz.U. 2018, poz. 2107.
- Ustawa z dnia 21 lipca 2006 r. o nadzorze nad rynkiem finansowym, tj. Dz.U. 2018, poz. 621.
- Ustawa z dnia 24 sierpnia 2006 r. o służbie cywilnej, Dz.U. 2006 Nr 170, poz. 1218.
- Ustawa z dnia 21 listopada 2008 r. o służbie cywilnej, tj. Dz.U. 2018, poz. 1559.
- Ustawa z dnia 21 listopada 2008 r. o pracownikach samorządowych, tj. Dz.U. 2016, poz. 902 ze zm.
- Ustawa z dnia 30 grudnia 2015 r. o zmianie ustawy o służbie cywilnej oraz niektórych innych ustaw, Dz.U. 2016, poz. 34.

Orzecznictwo

- Wyrok NSA z 2 grudnia 1994 r., I SA 1636/94, LEX 10666.
- Uchwała TK z 6 lutego 1996 r., W 11/95, OTK 1996, nr 1, poz. 5.
- Wyrok TK z 28 kwietnia 1999 r., K 3/99, OTK 1999, nr 4, poz. 73.
- Wyrok TK z 14 grudnia 1999 r., SK 14/98, OTK 1999, nr 7, poz. 163.
- Wyrok TK z 10 maja 2000 r., K 21/99, OTK 2000, nr 5, poz. 144.
- Wyrok TK z 10 kwietnia 2002 r., K 26/00, OTK-A 2002, nr 2, poz. 18.
- Wyrok NSA z 24 kwietnia 2002 r., I SA 2619/01, LEX 156846.
- Wyrok TK z 12 grudnia 2002 r., K 9/02, OTK-A 2002, nr 7, poz. 94.
- Wyrok TK z 20 kwietnia 2004 r., K 45/02, OTK-A 2004, nr 4, poz. 30.
- Wyrok TK z 21 grudnia 2004 r., SK 19/03, OTK-A 2004, nr 11, poz. 118.
- Wyrok SN z 9 czerwca 2010 r., III KRS 4/10, LEX 611831.
- Wyrok TK z 15 czerwca 2011 r., K 2/09, OTK-A 2011, nr 5, poz. 42.

Wyrok WSA w Warszawie z 8 maja 2012 r., VII SA/Wa 639/12, LEX 1217880.
Wyrok WSA w Warszawie z 22 sierpnia 2012 r., VII SAB/Wa 44/12, LEX 1276027.

Wyrok SN z 10 kwietnia 2014 r., II PK 259/13, LEX 1464692.

Dokumenty urzędowe

Informacja o istotnych problemach wynikających z działalności i orzecznictwa Trybunału Konstytucyjnego w 2002 r., Warszawa 2003, https://trybunal.gov.pl/fileadmin/content/dokumenty/publikacje/informacje_o_problemach/2003_Informacja_o_istotnych_problemach.pdf [dostęp: 1.12.2018].

Publikacje naukowe

Cieślak Z., Jagielski J., Rączka K., *Komentarz do ustawy o służbie cywilnej*, Warszawa 1998.

Górzyńska T., *Konstytucyjne podstawy służby cywilnej*, [w:] R. Hauser, Z. Niewiadomski, A. Wróbel (red.), *Konstytucyjne podstawy funkcjonowania administracji publicznej*, System Prawa Administracyjnego, t. 2, Warszawa 2012, s. 415-453.

Górzyńska T., *Od koncepcji do stworzenia podstaw prawnych funkcjonowania służby cywilnej*, „Kontrola Państwowa” 2005, nr 1 spec., s. 73-88.

Górzyńska T., *Służba cywilna w Konstytucji RP*, [w:] J. Wawrzyniak, M. Laskowska (red.), *Instytucje prawa konstytucyjnego w dobie integracji europejskiej*, Warszawa 2009.

Górzyńska T., [Drobny W. (red.)], *Polskie prawo urzędnicze – kryzys tożsamości?*, Warszawa 2016.

Jaśkowska M., *Właściwość sądów administracyjnych (zagadnienia wybrane)*, [w:] J. Zimmermann (red.), *Koncepcja systemu prawa administracyjnego*, Warszawa 2007, s. 565-602.

Lang W., Wróblewski J., Zawadzki S., *Teoria państwa i prawa*, Warszawa 1979.



Dr Szymon Zaręba
ORCID: 0000-0003-3226-4441
Instytut Nauk Prawnych PAN
e-mail: s.zareba@inp.pan.pl

Bolesław Wiewióra – pionier powojennej polskiej nauki o uznaniu nabytków terytorialnych

**Bolesław Wiewióra – pioneer of Polish post-war thought about the
recognition of territorial acquisitions**

Abstrakt

Celem artykułu jest odpowiedź na pytanie, dlaczego książce Bolesława Wiewióry *Uznanie nabytków terytorialnych w prawie międzynarodowym* nie udało się zdobyć szerszego rozgłosu poza granicami Polski mimo wysokiego poziomu naukowego, nie ustępującego analogicznym monografiom zagranicznym publikowanym w tamtym czasie. Autor analizuje życiorys Bolesława Wiewióry, jego dorobek naukowy oraz osiągnięcia w zakresie nauki o uznaniu nabytków terytorialnych, w tym ich wartość dla polskiej doktryny prawa międzynarodowego.

Słowa kluczowe: Bolesław Wiewióra, uznanie, nieuznawanie, nabytki terytorialne, zmiany terytorialne, protest, zasiedzenie

Abstract

The article seeks to provide an answer to a question why the book *Uznanie nabytków terytorialnych w prawie międzynarodowym* (which translates to *Recognition of territorial acquisitions in international law*) by a Polish scholar, B. Wiewióra, did not receive wide acclaim abroad despite its scientific level

being at least equal in quality to foreign monographs on the subject published at the time. It examines the life of B. Wiewióra, his scholarly achievements and accomplishments in the field of recognition of territorial acquisitions, including their importance for Polish literature on international law.

Keywords: Bolesław Wiewióra, recognition, non-recognition, territorial acquisitions, territorial changes, protest, prescription

Wydana kilkanaście lat po zakończeniu II wojny światowej monografia Bolesława Wiewióry pt. *Uznanie nabytków terytorialnych w prawie międzynarodowym* wciąż pozostaje stosunkowo popularna i regularnie cytowana we współczesnej polskiej literaturze dotyczącej uznania międzynarodowego¹. Chociaż nie ustępuje poziomem monografiom zagranicznym opublikowanym w tamtym czasie w tym temacie, pozostała praktycznie niezauważona za granicą – inaczej niż chociażby wcześniejsza praca tego autora pt. *Granica polsko-niemiecka w świetle prawa międzynarodowego*. Celem niniejszego artykułu będzie więc odpowiedź na pytanie, dlaczego *Uznaniu nabytków terytorialnych...* nie udało się zdobyć szerszego rozgłosu poza granicami Polski. Zostaną w nim przeanalizowane kolejno krótki życiorys Bolesława Wiewióry, jego dorobek naukowy oraz osiągnięcia w zakresie nauki o uznaniu nabytków terytorialnych i ich wartość dla polskiej doktryny prawa międzynarodowego. W podsumowaniu zostanie podjęta próba wyjaśnienia przyczyny niewielkiej popularności omawianej monografii za granicą.

Życiorys Bolesława Wiewióry

Bolesław Wiewióra urodził się 25 stycznia 1926 r. w Toruniu² w rodzinie urzędniczej³. W wieku dziewięciu lat wraz z rodzicami przeniósł się do Poznania i tam uczęszczał do szkoły podstawowej⁴, w której naukę ukończył w 1939 r., w przededniu wybuchu II wojny światowej⁵. Podczas okupacji pracował jako goniec w niemieckim biurze adwokackim⁶. Po zajęciu Poznania przez wojska

¹ Inaczej niż na przykład poruszająca częściowo problem uznania nabytków terytorialnych przedwojenna praca H. Dembińskiego, *Odmowa uznania faktów dokonanych w najnowszym rozwoju prawa narodów*, Lublin 1939.

² Bolesław Wiewióra (1926–1963), „Przegląd Zachodni” 1963, nr 1, s. 2.

³ T. Orlik, *Dr Bolesław Wiewióra*, „Kronika Miasta Poznania” 1961, t. 29, nr 2, s. 107.

⁴ Tamże, s. 107.

⁵ Bolesław Wiewióra (1926–1963)..., s. 2.

⁶ W obszernym nekrologu opublikowanym w „Przeglądzie Zachodnim” stwierdzono,

radzieckie podjął ponownie naukę⁷ w gimnazjum i liceum im. Karola Marcinkowskiego. W tym samym 1945 r. zmarł jego ojciec, co sprawiło, że już wówczas, w wieku 19 lat, spadł na niego ciężar utrzymania siebie i swojej matki⁸. Mimo to udało mu się zdać maturę już w 1947 r.⁹ Po egzaminie dojrzałości podjął studia na Uniwersytecie im. Adama Mickiewicza w Poznaniu, gdzie studiował w latach 1947/1948 – 1950/1951¹⁰, jednocześnie pracując jako statystyk w jednym z przedsiębiorstw państwowych¹¹. Na seminarium z zakresu prawa międzynarodowego prowadzonym przez prof. Alfonsa Klafkowskiego dał się poznać jako zdolny i zaangażowany student, co sprawiło, że już na ostatnim roku studiów został zatrudniony w Katedrze Prawa Międzynarodowego Publicznego macierzystej uczelni jako zastępca asystenta¹². W 1951 r. obronił z oceną bardzo dobrą pracę magisterską dotyczącą interpretacji umów międzynarodowych¹³. Po uzyskaniu tytułu magistra został awansowany na asystenta, a rok później, w 1952 r. na starszego asystenta¹⁴.

że B. Wiewióra „musiał pracować jako goniec w niemieckim biurze adwokackim”. Nie jest jednak jasne, czy był do tego zmuszony tylko z przyczyn ekonomicznych, czy np. świadczył pracę przymusową. Por. tamże, s. 2. Z kolei J. Wąsicki, *Wiewióra Bolesław*, [w:] A. Gąsiorowski, J. Topolski (red.), *Wielkopolski słownik biograficzny*, Warszawa-Poznań 1981, s. 818 wskazuje, że podczas okupacji B. Wiewióra był zatrudniony jako „pracownik fizyczny”.

⁷ Tamże, s. 2.

⁸ M. Szaniecki, *Bolesław Wiewióra (1926–1963)*, „Kronika Miasta Poznania” 1964, t. 32, nr 1, s. 64.

⁹ Tamże, s. 64.

¹⁰ W. Piotrowski, *Rozprawa kandydacka mgra Bolesława Wiewióry (dnia 19.IV.1958, na UAM) pt. „Granica polsko- niemiecka w świetle prawa międzynarodowego”*, „Ruch Prawniczy i Ekonomiczny” 1958, t. 20, nr 4, s. 343.

¹¹ T. Orlik, *Dr Bolesław Wiewióra...*, s. 107.

¹² A. Klafkowski, *Bolesław Wiewióra (1927–1963)*, „Państwo i Prawo” 1963, nr 4, s. 690, błędnie wskazuje, że B. Wiewióra pracował wówczas w charakterze asystenta, podczas gdy była to funkcja zastępcy asystenta. Por. *Bolesław Wiewióra (1926–1963)...*, s. 2.

¹³ M. Szaniecki, *Bolesław Wiewióra (1926–1963)...*, s. 64.

¹⁴ Tamże, s. 65; S. Sołtyński, *Przewód habilitacyjny doktora Bolesława Wiewióry*, „Ruch Prawniczy, Ekonomiczny i Socjologiczny” 1962, t. 24, nr 2, s. 388. Należy odnotować, że poznańska szkoła prawa międzynarodowego była w owym czasie otwarcie krytykowana przez bliskich ówczesnym władzom naukowców, takich jak m.in. L. Gelberg, za „brak elementów bojowości, która winna cechować naukę postępową”. Zarzucano jej „obiektywizm naukowy”, który „wycisnął piętno na wszystkich opracowaniach i doprowadzony został wprost do absurdu” oraz wykorzystanie „w minimalnym stopniu” literatury radzieckiej, por. J. Sanderski, *Profesor Krzysztof Skubiszewski (1926–2010)*, „Ruch Prawniczy, Ekonomiczny i Socjologiczny” 2010, t. 72, nr 1, s. 228. Te cechy wykazuje w dużym stopniu późniejsza praca B. Wiewióry poświęcona uznaniu nabytków terytorialnych, która stanowi główny przedmiot zainteresowania niniejszego tekstu.

W 1954 r. wyjechał do Korei, gdzie od kwietnia do listopada pełnił funkcję członka Polskiej Misji Wojskowej przy Komisji Nadzorczej Państw Neutralnych¹⁵. W tym samym roku otrzymał na Uniwersytecie im. Adama Mickiewicza awans na stanowisko adiunkta¹⁶. Wkrótce został także zatrudniony w Instytucie Zachodnim w Poznaniu¹⁷, jednostce naukowo-badawczej funkcjonującej w praktyce na zasadzie podobnej do instytutów resortowych¹⁸, w Sekcji Prawa Międzynarodowego. Odtąd rozwijał równolegle swoją karierę w obu miejscach¹⁹. Zanim jednak poświęcił się na dobre pracy naukowej w Polsce, odwiedził dwa renomowane zagraniczne ośrodki naukowe: w 1957 r. wziął udział w dwumiesięcznym letnim kursie w Akademii Prawa Międzynarodowego w Hadze w Holandii, a w roku akademickim 1958–1959 przez dziesięć miesięcy przebywał na Uniwersytecie w Cambridge jako stypendysta British Council²⁰. W międzyczasie, w 1958 r., otrzymał tytuł kandydata nauk prawnych (doktora)²¹, przyznany jednomyślnie przez Radę Wydziału Prawa Uniwersytetu im. Adama Mickiewicza²². Był wówczas jednym z trzech pra-

¹⁵ T. Orlik, *Dr Bolesław Wiewióra...*, s. 107.

¹⁶ *Bolesław Wiewióra (1926–1963)...*, s. 2; W. Piotrowski, *Rozprawa kandydacka...*, s. 343.

¹⁷ Dokładna data nieznana. W sprawozdaniu relacjonującym przebieg przewodu habilitacyjnego B. Wiewióry stwierdzono, że jego „współpraca” z Instytutem Zachodnim datowała się od 1955 r. Por. S. Sołtyśński, *Przewód habilitacyjny...*, s. 388. Z kolei T. Orlik, *Dr Bolesław Wiewióra...*, s. 107–108, twierdził, że B. Wiewióra „podjął pracę naukową” w Instytucie Zachodnim „dwa lata po powrocie z Korei”, a więc w 1956 r. W protokole z obrony pracy kandydackiej (doktorskiej) Wiewióry wskazano natomiast, że był on członkiem Instytutu Zachodniego od 1957 r. Por. W. Piotrowski, *Rozprawa kandydacka...*, s. 343.

¹⁸ Tak sam B. Wiewióra podczas wystąpienia w Instytucie Zachodnim: B. Wiewióra, *XI Plenum KC PZPR a zadania IZ*, „Przegląd Zachodni” 1963, nr 1, s. 162 i 164. Formalnie IZ posiadał jednak wówczas dość skomplikowaną strukturę prawną z całkiem szeroką autonomią organizacyjną i szeregiem atrybutów przysługujących instytutom naukowym PAN (tamże, s. 164). Współpracował z Ministerstwem Szkolnictwa Wyższego i Ministerstwem Spraw Zagranicznych, przygotowując analizy m.in. dla KC PZPR (tamże, s. 162–163).

¹⁹ I choć jego zaangażowanie w prace Instytutu Zachodniego stopniowo przeważało nad aktywnością na uniwersytecie, trudno się nie zgodzić, że „cała jego droga naukowa była związana z katedrą prawa międzynarodowego na wydziale prawa Uniwersytetu Poznańskiego”, por. A. Klafkowski, *Bolesław Wiewióra (1927–1963)*, „Państwo i Prawo”..., s. 690.

²⁰ M. Sczaniecki, *Bolesław Wiewióra (1926–1963)...*, s. 64, A. Klafkowski, *Bolesław Wiewióra (1927–1963)*, „Ruch Prawniczy, Ekonomiczny i Socjologiczny” 1963, t. 25, nr 2, s. 387–388; W. Piotrowski, *Rozprawa kandydacka...*, s. 343.

²¹ *Bolesław Wiewióra (1926–1963)...*, s. 2. Jego promotorem był prof. A. Klafkowski, por. W. Piotrowski, *Rozprawa kandydacka...*, s. 343 i T. Gadkowski, J. Tyranowski, *Alfons Klafkowski – prawnik internacjonalista*, Poznań 2004, s. 98.

²² W. Piotrowski, *Rozprawa kandydacka...*, s. 345.

cowników Katedry Prawa Międzynarodowego Publicznego tej uczelni, obok prof. Alfonsa Klafkowskiego i prof. Krzysztofa Skubiszewskiego²³.

W kolejnych latach ciężar działalności naukowej i organizacyjnej Bolesława Wiewióry zdaje się przechylać na korzyść Instytutu Zachodniego, w którego prace coraz intensywniej się angażował. W 1961 r. objął po prof. Klafkowskim funkcję kierownika Sekcji Prawa Międzynarodowego w tej jednostce²⁴, a pod koniec tego roku został sekretarzem naukowym całego Instytutu²⁵. Jego kierownictwo nad sekcją było oceniane pozytywnie – uważano, że przyczynił się do utrzymania jej wysokiego poziomu naukowego, a za jedno z jego osiągnięć uważano rozszerzenie działalności badawczej Instytutu o analizę problematyki integracji europejskiej oraz roli Niemiec w tym procesie²⁶. Wiewióra pełnił tam także funkcję członka komitetu redakcyjnego „Przeglądu Zachodniego” oraz współzałożył i współredagował czasopismo „Polish Western Affairs”²⁷, którego był sekretarzem²⁸. Sprawował również opiekę naukową nad doktorantami²⁹.

Niezależnie od powyższego, Bolesław Wiewióra współpracował również blisko z Polskim Instytutem Spraw Międzynarodowych m.in. jako członek Prezydium Komitetu Koordynacyjnego Badań Niemcoznawczych³⁰, a także z Zachodnią Agencją Prasową³¹. Pod koniec 1961 r., po zakończonym sukcesem przewodzie habilitacyjnym, uzyskał stopień docenta – podobnie jak doktorat – również przyznany jednomyślną uchwałą Rady Wydziału Prawa UAM³².

²³ Skład Uniwersytetu w roku akademickim 1960/61 według stanu na dzień 30.IX.1960, Poznań 1961.

²⁴ Por. A. Klafkowski, *Bolesław Wiewióra (1927–1963)*, „Ruch Prawniczy, Ekonomiczny i Socjologiczny”..., s. 388 i *Bolesław Wiewióra (1926–1963)*..., s. 4. Potwierdzeniem może być sprawozdanie autorstwa samego B. Wiewióry z konferencji odbytej w listopadzie 1961 r., w którym określa siebie jako kierownika sekcji, por. B. Wiewióra, *Międzynarodowa konferencja prawników w sprawie problemu niemieckiego*, „Przegląd Zachodni” 1961, nr 6, s. 281.

²⁵ S. Sołtysiński, *Przewód habilitacyjny*..., s. 388; M. Szczaniecki, *Bolesław Wiewióra (1926–1963)*..., s. 65.

²⁶ *Bolesław Wiewióra (1926–1963)*..., s. 4.

²⁷ Tamże, s. 4.

²⁸ S. Sołtysiński, *Przewód habilitacyjny*..., s. 388.

²⁹ Z całą pewnością rozprawę doktorską pod kierunkiem B. Wiewióry przygotowywał J. Muszyński. Opiekę nad nim po śmierci B. Wiewióry przejął K. Skubiszewski. Por. K. Skubiszewski, *Wspomnienie o Śp. Józefie Muszyńskim (1934–2003)*, „Przegląd Zachodni” 2003, nr 4, s. 255.

³⁰ A. Klafkowski, *Bolesław Wiewióra (1927–1963)*, „Państwo i Prawo”..., s. 690.

³¹ T. Orlik, *Dr Bolesław Wiewióra*..., s. 108.

³² S. Sołtysiński, *Przewód habilitacyjny*..., s. 390. W *Bolesław Wiewióra (1926–1963)*..., s. 4 błędnie podano że stopień docenta uzyskał w 1962 r.

W 1962 r. został powołany na stanowisko docenta Uniwersytetu im. Adama Mickiewicza³³. Jego szybką karierę przerwała niespodziewana, krótka choroba na początku 1963 r. Poddany został w jej trakcie operacji, po której niespodziewanie zmarł 17 lutego 1963 r.³⁴ Miał wtedy zaledwie 37 lat³⁵.

Dokonania naukowe

Chociaż pierwszą pracę naukową Bolesław Wiewióra opublikował jeszcze będąc studentem w 1951 r. na łamach „Przeglądu Zachodniego”, to jednak z powodu jego przedwczesnej śmierci jego działalność naukowa trwała stosunkowo krótko – jedynie 12 lat³⁶. Mimo to jego dorobek publikacyjny w momencie śmierci liczył ponad sto pozycji, w tym cztery książki (z czego jedna w trzech wersjach językowych), ponad dwadzieścia dłuższych artykułów naukowych i ponad czterdzieści recenzji, oraz kilka prac oczekujących w chwili jego śmierci na druk³⁷. Znaczna część spośród artykułów i recenzji została opublikowana we wspomnianym już „Przeglądzie Zachodnim”, czasopiśmie wydawanym przez jego macierzysty Instytut Zachodni³⁸. W przeważającej części jego twórczość naukowa wiązała się z analizą problemów prawnych w stosunkach polsko-niemieckich³⁹.

³³ J. Wąsicki, *Wiewióra Bolesław...*, s. 818.

³⁴ Por. K. Skubiszewski, *Wspomnienie...*, s. 255. Nic więc dziwnego, że w nekrologach określano B. Wiewiórę m.in. jako „przedwcześnie zgasły wielki talent naukowy”. Por. *Bolesław Wiewióra (1926–1963)...*, s. 5.

³⁵ *Bolesław Wiewióra (1926–1963)*, „Przegląd Zachodni” 1963, nr 1, s. 1. Pozostawił po sobie żonę Wandę i kilkuletniego syna Michała, por. J. Wąsicki, *Wiewióra Bolesław...*, s. 818.

³⁶ Tamże, s. 2.

³⁷ Tamże, s. 3 i M. Sczaniecki, *Bolesław Wiewióra (1926–1963)...*, s. 65. A. Kłafkowski, *Twórczość naukowa Bolesława Wiewióry w zakresie tematyki stosunków polsko-niemieckich*, „Przegląd Zachodni” 1963, nr 2, s. 171 wspomina z kolei o 27 poważnych studiach i artykułach naukowych, 59 recenzjach i omówieniach prac naukowych publikowanych w kilku językach obcych, 22 głosach i notach, wkładzie w podręcznik *Zarys prawa międzynarodowego publicznego* pod red. M. Muszkata (ówczesny dr B. Wiewióra wraz z prof. A. Kłafkowskim i dr. K. Skubiszewskim należał do współautorów najważniejszych części tego podręcznika, por. J. Sandorski, *Profesor Krzysztof Skubiszewski...*, s. 228), autorstwie skryptu z wykładów, prac materiałowych i dokumentacyjnych oraz ponad 19 artykułów popularyzujących wyniki jego badań.

³⁸ *Bolesław Wiewióra (1926–1963)...*, s. 4.

³⁹ Tak np. w nekrologu autorstwa współpracowników z Polskiego Instytutu Spraw Międzynarodowych, *Bolesław Wiewióra*, „Sprawy Międzynarodowe” 1963, t. 16, nr 3, s. 147 oraz A. Kłafkowski, *Twórczość naukowa...*, s. 172–173.

W trakcie kariery naukowej Bolesław Wiewióra stosunkowo dużo podróżował także za granicę⁴⁰. Poza wspomnianym uczestnictwem w pracach Komisji Nadzorczej Państw Neutralnych w Korei oraz stypendiach badawczych w Holandii i Wielkiej Brytanii, odbywał również krótsze wyjazdy na konferencje międzynarodowe i wykłady zagraniczne⁴¹. Wśród kierunków jego naukowych podróży należy wymienić NRD (1958 r.), Szwecję i Czechosłowację (1961 r.) oraz Austrię i Włochy (1962 r.)⁴².

Nie ulega wątpliwości, że do najważniejszych pozycji autorstwa B. Wiewióry należały publikacje książkowe. Szczególną popularność uzyskała jego pierwsza monografia, *Granica polsko-niemiecka w świetle prawa międzynarodowego*, opublikowana w 1957 r. nakładem Instytutu Zachodniego i stanowiąca efekt jego prac nad rozprawą kandydacką (doktorską)⁴³. Została ona przetłumaczona na języki obce i wydana po angielsku i rosyjsku w 1959 r.⁴⁴ Chwalono zwłaszcza dokonaną przez autora gruntowną analizę aktów prawnych i staranną analizę obszernej literatury⁴⁵. Publikacja została ona wyróżniona nagrodą młodych miasta Poznania za rok 1960, przy czym w uzasadnieniu przyznania tej nagrody wskazywano, że autor wzorowo połączył „teoretyczną pracę uniwersytecką z pierwszorzędnymi potrzebami społeczno-państwowymi”⁴⁶. Już w 1958 r., a więc rok po ukazaniu się drukiem doktoratu, Bolesław Wiewióra wydał kolejną książkę pt. *Granica na Odrze i Nysie Łużyckiej w polityce Zachodu*, tym razem w Wydawnictwie Poznańskim⁴⁷.

⁴⁰ Niewykluczone, że prowadzenie kariery naukowej, a zwłaszcza wyjazdy zagraniczne, ułatwiło mu wieloletnie członkostwo i działalność w PZPR, w tym kierowanie podstawową organizacją partyjną w Instytucie Zachodnim. Por. wzmianki nt. tej działalności w: *Bolesław Wiewióra (1926–1963)...*, s. 4; M. Szczaniecki, *Bolesław Wiewióra (1926–1963)...*, s. 64–65.

⁴¹ *Bolesław Wiewióra (1926–1963)...*, s. 2.

⁴² Tamże, s. 2–3. A. Klafkowski, *Bolesław Wiewióra (1927–1963)*, „Ruch Prawniczy, Ekonomiczny i Socjologiczny”..., s. 388 wspomina też o wyjeździe (wyjazdach) B. Wiewióry do ZSRR, brak jednak dat i konkretnych informacji na ten temat.

⁴³ *Bolesław Wiewióra (1926–1963)...*, s. 3; A. Klafkowski, *Bolesław Wiewióra (1927–1963)*, „Ruch Prawniczy, Ekonomiczny i Socjologiczny”..., s. 388.

⁴⁴ Nekrolog *Bolesław Wiewióra (1926–1963)...*, s. 3 wskazuje, że oceniano ją wysoko zarówno w krajach bloku wschodniego, jak i zachodniego, a ona sama przyniosła autorowi międzynarodowy rozgłos.

⁴⁵ A. Klafkowski, *Bolesław Wiewióra (1927–1963)*, „Ruch Prawniczy, Ekonomiczny i Socjologiczny”..., s. 388.

⁴⁶ Tamże, s. 388. Prawdopodobnie to właśnie ten czynnik, w tym zapotrzebowanie władz na publikację tego rodzaju, wydatnie ułatwił opublikowanie doktoratu B. Wiewióry za granicą.

⁴⁷ A. Klafkowski, *Twórczość naukowa...*, s. 171.

Tematycznie ściśle wiązała się ona z jego pierwszą monografią i stanowiła odprysk badań prowadzonych nad doktoratem.

W 1961 r. Bolesław Wiewióra opublikował równocześnie dwie książki – jak się później okazało, ostatnie. Pierwszą była wydana w Wydawnictwie Poznańskim *Niemiecka Republika Demokratyczna jako podmiot prawa międzynarodowego*, zaś drugą opublikowana przez Instytut Zachodni pod koniec 1961 r. habilitacja pt. *Uznanie nabytków terytorialnych w prawie międzynarodowym*⁴⁸. Ta ostatnia została pośmiertnie – w marcu 1963 r. – wyróżniona prestiżową I nagrodą „Państwa i Prawa” w ogólnopolskim konkursie na najlepszą prawniczą rozprawę habilitacyjną⁴⁹. Z perspektywy czasu to właśnie ją można uznać za najciekawszy element twórczości naukowej B. Wiewiory – a przynajmniej dowód na to, że w swojej pracy naukowej nie skupiał się jedynie na badaniach niemcoznawczych, ale poruszał również zagadnienia nowatorskie, wcześniej analizowane w polskiej literaturze tylko w niewielkim zakresie⁵⁰.

Rozprawa habilitacyjna

Chociaż twórczość Bolesława Wiewiory w zakresie uznania nabytków terytorialnych nie ogranicza się tylko do jego rozprawy habilitacyjnej⁵¹, ta ostatnia z pewnością może być traktowana jako dzieło najbardziej spójnie

⁴⁸ Tamże, s. 171 i M. Sczaniecki, *Bolesław Wiewióra (1926–1963)*..., s. 65. Nieco zaskakuje podana w nekrologu z „Przeglądu Zachodniego” (wydawanego przecież przez Instytut Zachodni, a więc wydawcę książki B. Wiewiory poświęconej uznaniu nabytków terytorialnych) błędna data 1962 r. Por. *Bolesław Wiewióra (1926–1963)*..., s. 4. Recenzentami pracy byli prof. R. Bierzanek i prof. K. Libera, por. S. Sołtysiński, *Przewód habilitacyjny*..., s. 388–389.

⁴⁹ M. Sczaniecki, *Bolesław Wiewióra (1926–1963)*..., s. 65, A. Kłafkowski, *Bolesław Wiewióra (1927–1963)*, „Ruch Prawniczy, Ekonomiczny i Socjologiczny”..., s. 388–389.

⁵⁰ W swojej recenzji książki B. Wiewiory o uznaniu nabytków terytorialnych A. Kłafkowski stwierdza, że omawia ona „temat dotąd monograficznie w takiej skali nie opracowany” (oczywiście w literaturze polskiej), por. A. Kłafkowski, [B. Wiewióra, *Uznanie nabytków terytorialnych w prawie międzynarodowym*, Poznań 1961, Instytut Zachodni, s. 243 – recenzja], „Ruch Prawniczy, Ekonomiczny i Socjologiczny” 1962, t. 24, nr 1, s. 301.

⁵¹ W końcowym okresie twórczości naukowej B. Wiewióra częściej publikował na tematy niezwiązane z zagadnieniami niemcoznawczymi, por. np. interesujący przegląd orzecznictwa MTS jego autorstwa: B. Wiewióra, *Zagadnienia zwierzchnictwa terytorialnego w orzeczeniach Międzynarodowego Trybunału Sprawiedliwości z lat 1960–1962*, „Ruch Prawniczy, Ekonomiczny i Socjologiczny” 1963, t. 25, nr 2 (jak się wydaje na podstawie numeracji czasopisma – artykuł opublikowany już pośmiertnie).

i odzwierciedlające w sposób wyczerpujący jego poglądy naukowe dotyczące tej tematyki. Dlatego to właśnie ona będzie przedmiotem dalszej uwagi. Do najważniejszych zalet tego opracowania należy zaliczyć szerokie wykorzystanie obcojęzycznej literatury przedmiotu. Uwzględnia ono najważniejsze publikacje zagraniczne, które w momencie jego wydania były w Polsce często niedostępne lub nieznane⁵², głównie autorów angielskich i amerykańskich, francuskich, niemieckich, radzieckich⁵³, włoskich i hiszpańskich – m.in. Jeana Charpentiera, Ti-Chiang Chena, Hansa Kelsena, Herscha Lauterpachta, Quincy'ego Wrighta i Dionizio Anzilottiego. Dzięki temu sprawia wrażenie pełnowartościowego elementu ówczesnego międzynarodowego dyskursu naukowego dotyczącego uznania i nieuznawania. Wyróżnia się tym na tle wielu polskich prac z zakresu prawa międzynarodowego opublikowanych w latach 60. XX w. Autor nie podchodzi przy tym bezkrytycznie do dzieł przywoływanych autorów, ale poddaje je krytycznej analizie, a niejednokrotnie także wchodzi z nimi w polemikę. W umiarkowanym zakresie odwołuje się zarazem do literatury radzieckiej, co w czasach wydania jego książki nie było regułą. Można próbować to złożyć na karb tego, że doktryna ZSRR w zasadzie nie zajmowała się do tamtej pory zagadnieniem uznania nabytków terytorialnych, co zresztą stwierdza sam Wiewióra w jednym z fragmentów⁵⁴. Tego braku autor nie próbuje jednak nadrobić kreatywną egzegezą klasyków marksizmu-leninizmu, co zdarzało się w owym czasie stosunkowo często. To wszystko sprawia, że książka jest pozbawiona ideologicznego zadęcia i nie odrzuca współczesnego czytelnika, jak niektóre wydawane wówczas publikacje z zakresu prawa międzynarodowego. Jednocześnie uwzględnia także bogaty materiał źródłowy, analizując różnego rodzaju akty prawa międzynarodowego, orzeczenia sądowy międzynarodowych i krajowych oraz praktykę państw⁵⁵.

Ze ściśle merytorycznego punktu widzenia na plus można zaliczyć Bolesławowi Wiewiórze przede wszystkim jasne zdefiniowanie w monografii, czym są nabytki terytorialne w prawie międzynarodowym oraz ich

⁵² Dostrzegano to już krótko po wydaniu, por. np. A. Klafkowski, [B. Wiewióra, *Uznanie nabytków terytorialnych w prawie międzynarodowym*, Poznań 1961, Instytut Zachodni, s. 243 – recenzja]..., s. 304.

⁵³ Oczywiście literatura w języku rosyjskim w analizowanym okresie była relatywnie najszerzej dostępna.

⁵⁴ B. Wiewióra, *Uznanie nabytków terytorialnych w prawie międzynarodowym*, Poznań 1961, s. 45.

⁵⁵ A. Klafkowski, [B. Wiewióra, *Uznanie nabytków terytorialnych w prawie międzynarodowym*, Poznań 1961, Instytut Zachodni, s. 243 – recenzja]..., s. 302.

jednoznaczne odróżnienie od zmian terytorialnych⁵⁶. Jako wartościowe należy także wskazać dokonane przez niego omówienie swoistych cech uznania nabytków terytorialnych w kontekście szerszej analizy całej instytucji uznania w prawie międzynarodowym. Wyraźnie rozgranicza on uznanie nabytków terytorialnych od uznania odnoszącego się do innych przedmiotów uznania (np. państw) ze względu na jego specyfikę, tj. fakt, że wiąże się ono z oceną legalności i że nie dotyczy podmiotowości międzynarodowoprawnej, ale problematyki zmian terytorialnych⁵⁷. B. Wiewióra słusznie konkluduje jednak, że uznanie nabytków terytorialnych nie stanowi samodzielnej, odrębnej instytucji współczesnego prawa międzynarodowego⁵⁸. Nie ukrywa przy tym, że instytucja uznania pełni w zdecydowanej mierze funkcję polityczną, ale wywołuje także skutki prawne⁵⁹.

Wśród zalet omawianej monografii należy także zwrócić uwagę na stosunkowo szerokie uwzględnienie w niej problematyki braku (odmowy) uznania międzynarodowego, w tym jego skutków prawnych⁶⁰. W polskiej literaturze do momentu wydania *Uznania nabytków terytorialnych w prawie międzynarodowym* ta kwestia została poruszona szerzej jedynie przez L. Dembińskiego jeszcze przed II wojną światową⁶¹, a następnie, już po wojnie, incydentalnie przez K. Skubiszewskiego i C. Berezowskiego⁶². Publikacja szeroko omawia m.in. genezę zasady nieuznawania nabytków terytorialnych, jego rolę jako narzędzia oceny legalności oraz krytykę jego skuteczności przez część doktryny⁶³. Te aspekty również nie doczekały się wcześniej tak starannej analizy.

Cenne jest dostrzeżenie przez B. Wiewiórę podobieństwa nieuznawania nabytków terytorialnych do instytucji protestu w prawie międzynarodowym,

⁵⁶ Por. zwł. B. Wiewióra, *Uznanie nabytków...*, s. 32-36. Ten element doceniał już A. Kłafkowski w trakcie postępowania habilitacyjnego B. Wiewiory. Por. S. Sołtysiński, *Przewód habilitacyjny...*, s. 388-389.

⁵⁷ Por. odpowiednio B. Wiewióra, *Uznanie nabytków...*, s. 49-57 i 35-38.

⁵⁸ Tamże, s. 224 i 229.

⁵⁹ Por. zwł. tamże, s. 222-223. Dostrzega ten rys pracy także A. Kłafkowski, *Twórczość naukowa...*, s. 176-177.

⁶⁰ Mowa zwłaszcza o rozdziałach IV i V, liczących ponad 80 stron z nieco ponad 200-stronicowej pracy (por. B. Wiewióra, *Uznanie nabytków...*, s. 49-131), w tym o skutkach braku uznania – tamże, s. 118-131.

⁶¹ Por. wspominaną już na początku pozycję H. Dembiński, *Odmowa uznania faktów...*, dz.cyt.

⁶² Przez K. Skubiszewskiego w rozdziale zawartym w podręczniku M. Muszkat (red.), *Zarys prawa międzynarodowego publicznego*, Warszawa 1956; C. Berezowski, *Zagadnienia zwierzchnictwa terytorialnego*, Warszawa 1957.

⁶³ Por. kolejno B. Wiewióra, *Uznanie nabytków...*, s. 86-95, 95-104, 104-125.

a jednocześnie odnotowanie, że obie instytucje różni kwestia konieczności wykazania bezpośredniego zainteresowania przez państwo występujące z protestem i ujęcie odmowy uznania nabytków terytorialnych jako pewnego rodzaju środka służącego ochronie interesu wspólnego⁶⁴. Za interesujące można uznać także przemyslenia dotyczące nieuznawania jako narzędzia przerywającego bieg zasiedzenia⁶⁵ – wskazał, że w tym wypadku o skuteczności nieuznawania nabytku terytorialnego decyduje to, czy do odmowy uznania przez określone państwo dołączą inne i jaki będzie stosunek do takiego aktu państwa bezpośrednio zainteresowanego, tj. tego, które utraciło daną część terytorium na rzecz innego. Dostrzega, że odpowiednio szerokie nieuznanie ze strony państw trzecich może przerwać bieg zasiedzenia, ale jego praktyczna skuteczność jest uzależniona od jego powszechności, tj. od ilości i znaczenia państw odmawiających uznania⁶⁶. To podejście, kładące silny nacisk na rolę praktyki państw w odróżnieniu od abstrakcyjnych rozważań doktrynalnych, nie było wystarczająco doceniane w przeszłości⁶⁷.

Trudno natomiast do końca zgodzić się z wyrażanymi przez doktrynę w latach 60. XX w. pochwałami w odniesieniu do dwóch rozdziałów książki dotyczących uznania przy zmianie granic państwa oraz uznania granic w Europie⁶⁸. Wydaje się, że zostały one – a zwłaszcza ostatni, który sprowadza się do omówienia problematyki prawnej związanej z przebiegiem powojennych granic między Czechosłowacją a Niemcami, Polską a Niemcami i między NRD a RFN – zawarte w rozprawie B. Wiewióry głównie po to, by nie została ona uznana przez recenzentów za zbyt „teoretyczną” i nieporuszającą „ważnych zagadnień” bieżących. Warto tu zauważyć, że bardziej zasadne byłoby przyjrzenie się problematyce nabytków terytorialnych nie w skali regionalnej,

⁶⁴ Tamże, s. 69-76.

⁶⁵ Por. tamże, s. 162-171.

⁶⁶ Tamże, s. 170-171. B. Wiewióra pisze o „ilości” i „wielkości” państw, ale można domniemywać, że przez wielkość ma na myśli znaczenie poszczególnych państw dla systemu międzynarodowego, rolę jaką odgrywają w stosunkach międzynarodowych.

⁶⁷ Por. opinię A. Kłafkowskiego, który sprzeciwiając się zdaniu B. Wiewióry twierdzi, że praktyka państw nie może być uważana za najbardziej obiektywne kryterium stwierdzenia mocy obowiązującej norm prawa międzynarodowego: A. Kłafkowski, [B. Wiewióra, *Uznanie nabytków terytorialnych w prawie międzynarodowym*, Poznań 1961, Instytut Zachodni, s. 243 – recenzja]..., s. 302-303. Por. też zdanie samego B. Wiewióry nt. roli ww. praktyki: B. Wiewióra, *Uznanie nabytków...*, s. 14-15.

⁶⁸ Są to rozdziały VI i VII książki. Por. aprobowaną w stosunku do nich opinię: A. Kłafkowski, [B. Wiewióra, *Uznanie nabytków terytorialnych w prawie międzynarodowym*, Poznań 1961, Instytut Zachodni, s. 243 – recenzja]..., s. 304.

a globalnej, w tym np. analiza aneksji Palestyny przez Jordanię w 1950 r. czy zajęcia i aneksji portugalskich enklaw przez Indie w latach 50. i na początku lat 60. XX w.

Próba wyjaśnienia braku popularności rozprawy habilitacyjnej

Dorobek naukowy Bolesława Wiewióry w zakresie analizy problematyki uznania i nieuznawania nabytków terytorialnych z całą pewnością zasługuje na uwagę. Jego główny owoc – rozprawa habilitacyjna *Uznanie nabytków terytorialnych w prawie międzynarodowym* stanowiła w momencie wydania dzieło oryginalne, przemyślane i wnoszące istotny twórczy wkład w rozwój nauki prawa międzynarodowego⁶⁹. Jednak mimo niewątpliwej wartości nie udało się jej powtórzyć sukcesu jego doktoratu poświęconego granicy polsko-niemieckiej, który był szeroko komentowany i cytowany za granicą. Należy uznać to za straconą okazję, gdyż popularyzacja tego elementu dorobku polskiej doktryny prawa międzynarodowego zdecydowanie nie przyniosłaby ujemy polskiemu środowisku naukowemu. Chociaż w niektórych bibliotekach w Niemczech można znaleźć przekład omawianej pracy na język niemiecki, istnieją poważne przesłanki, by sądzić, że został on dokonany i wydany drukiem nieoficjalnie i bez wyraźnej zgody autora. Został bowiem opublikowany przez wydawnictwo tzw. grupy roboczej z Getyngi – grupy naukowców dążącej do uzasadnienia niemieckich praw do terytoriów utraconych w wyniku II wojny światowej, założonej po II wojnie światowej w RFN – a na jego okładce znalazło się zastrzeżenie „tłumaczenie tylko do użytku służbowego”⁷⁰. Można przypuszczać, że takiego tłumaczenia podjęto się z zamiarem zorientowania się co do ewentualnego istnienia w samej publikacji tez, których zakwestionowanie mogło być pożądane z punktu widzenia polityki zagranicznej RFN. Byłoby to o tyle zrozumiałe, że wcześniejsza twórczość B. Wiewióry jako znanego polskiego eksperta zajmującego się analizą prawną stosunków polsko-niemieckich była dobrze znana przedstawicielom zachodnioniemieckiej doktryny prawa międzynarodowego.

Wydaje się prawdopodobna teza, że o niewielkiej popularności omawianej pracy poza granicami Polski przesądziły dwa główne czynniki. Z jednej strony, w odróżnieniu od jego poprzednich książek rozprawa habilitacyjna

⁶⁹ Tamże, s. 304-305.

⁷⁰ Por. B. Wiewióra, *Die Anerkennung territorialer Erwerbungen im Völkerrecht*, Göttingen 1962.

B. Wiewióry była dużo mniej związana z zagadnieniami bieżącymi i problematyką niemcoznawczą. Jak określił to w jednej z jej nielicznych polskich recenzji A. Klafkowski, nastąpiło w niej „zachwianie równowagi” między teorią i praktyką „na korzyść teorii”⁷¹. Z perspektywy czasu tę jej cechę należy uznać zdecydowanie za zaletę, która sprawia, że mimo upływu blisko 60 lat od wydania monografia ta nadal zawiera wiele ocen i wniosków, które pozostają aktualne albo pobudzają do dyskusji. Można jednak przypuszczać, że to właśnie ta cecha sprawiła, że książka Bolesława Wiewióry nie spotkała się z dużym zainteresowaniem ze strony ówczesnych władz PRL, które mogłyby wesprzeć jej tłumaczenie i wydanie w jęz. obcych, inaczej niż to miało miejsce w przypadku jego doktoratu, który został wydany po rosyjsku i angielsku już półtora roku po publikacji polskiej wersji.

Z drugiej strony na szanse popularyzacji dorobku B. Wiewióry dotyczącego uznania i nieuznawania nabytków terytorialnych wpłynęła na pewno niekorzystnie wczesna i niespodziewana śmierć autora, krótko po publikacji jego rozprawy w 1961 r. To przez nią nie był w stanie zadbać o dalszą promocję książki i zawartych w niej tez – czy to poprzez podjęcie się próby jej samodzielnego przetłumaczenia albo uzyskania w tym celu zewnętrznego wsparcia, czy to w drodze promocji wyników jego badań na konferencjach w Polsce i za granicą. Można przypuszczać, że w staraniach o przekład jego monografii na języki obce pomogłoby wspomniane już wyróżnienie jej przez polskie środowisko naukowe nagrodą „Państwa i Prawa”. Otrzymał ją już jednak pośmiertnie.

⁷¹ A także „dysproporcja między tworzywem normatywnym a tworzywem doktrynalnym”. Por. A. Klafkowski, [B. Wiewióra, *Uznanie nabytków terytorialnych w prawie międzynarodowym*, Poznań 1961, Instytut Zachodni, s. 243 – recenzja]..., s. 305. Warto zauważyć, że ten sam recenzent określał w innym miejscu zdecydowanie bardziej praktyczną i poświęconą bardzo aktualnym i newralgicznym z punktu widzenia PRL zagadnieniom pracę kandydacką (doktorską) B. Wiewióry jako „wzór łączenia teoretycznej pracy uniwersyteckiej z pierwszorzędnymi potrzebami społeczno-państwowymi”. Por. A. Klafkowski, *Bolesław Wiewióra (1927–1963)*, „Ruch Prawniczy, Ekonomiczny i Socjologiczny”..., s. 388.

Bibliografia

- Bolesław Wiewióra (1926–1963), „Przegląd Zachodni” 1963, nr 1.
- Bolesław Wiewióra, „Sprawy Międzynarodowe” 1963, t. 16, nr 3.
- Dembiński H., *Odmowa uznania faktów dokonanych w najnowszym rozwoju prawa narodów*, Lublin 1939.
- Gadkowski T., Tyranowski J., *Alfons Kłafkowski – prawnik internacjonalista*, Poznań 2004.
- Kłafkowski A., [B. Wiewióra, Uznanie nabytków terytorialnych w prawie międzynarodowym, Poznań 1961, Instytut Zachodni, s. 243 – recenzja], „Ruch Prawniczy, Ekonomiczny i Socjologiczny” 1962, t. 24, nr 1.
- Kłafkowski A., *Bolesław Wiewióra (1927–1963)*, „Państwo i Prawo” 1963, nr 4.
- Kłafkowski A., *Bolesław Wiewióra (1927–1963)*, „Ruch Prawniczy, Ekonomiczny i Socjologiczny” 1963, t. 25, nr 2.
- Kłafkowski A., *Twórczość naukowa Bolesława Wiewióry w zakresie tematyki stosunków polsko-niemieckich*, „Przegląd Zachodni” 1963, nr 2, s. 171–178.
- Orlik T., *Dr Bolesław Wiewióra*, „Kronika Miasta Poznania” 1961, t. 29, nr 2.
- Piotrowski W., *Rozprawa kandydacka mgra Bolesława Wiewióry (dnia 19. IV. 1958, na UAM) pt. „Granica polsko-niemiecka w świetle prawa międzynarodowego”*, „Ruch Prawniczy i Ekonomiczny” 1958, t. 20, nr 4, s. 343–345.
- Sandorski J., *Profesor Krzysztof Skubiszewski (1926–2010)*, „Ruch Prawniczy, Ekonomiczny i Socjologiczny” 2010, t. 72, nr 1.
- Sczaniecki M., *Bolesław Wiewióra (1926–1963)*, „Kronika Miasta Poznania” 1964, t. 32, nr 1.
- Skład Uniwersytetu w roku akademickim 1960/61 według stanu na dzień 30.IX.1960*, Poznań 1961.
- Skubiszewski K., *Wspomnienie o Śp. Józefie Muszyńskim (1934–2003)*, „Przegląd Zachodni” 2003, nr 4.
- Sołtysiński S., *Przewód habilitacyjny doktora Bolesława Wiewióry*, „Ruch Prawniczy, Ekonomiczny i Socjologiczny” 1962, t. 24, nr 2.
- Wąsicki J., *Wiewióra Bolesław*, [w:] A. Gąsiorowski, J. Topolski (red.), *Wielkopolski słownik biograficzny*, Warszawa-Poznań 1981.
- Wiewióra B., *Die Anerkennung territorialer Erwerbungen im Völkerrecht*, Göttingen 1962.
- Wiewióra B., *Międzynarodowa konferencja prawników w sprawie problemu niemieckiego*, „Przegląd Zachodni” 1961, nr 6.
- Wiewióra B., *Uznanie nabytków terytorialnych w prawie międzynarodowym*, Poznań 1961.

Wiewióra B., *XI Plenum KC PZPR a zadania IZ*, „Przegląd Zachodni” 1963, nr 1.

Wiewióra B., *Zagadnienia zwierzchnictwa terytorialnego w orzeczeniach Międzynarodowego Trybunału Sprawiedliwości z lat 1960–1962*, „Ruch Prawniczy, Ekonomiczny i Socjologiczny” 1963, t. 25, nr 2, s. 13-20.

ZASADY ZGŁASZANIA MATERIAŁÓW DO PUBLIKACJI

- 1) Propozycje artykułów naukowych można zgłaszać mailowo na adres studiaprawnicze@inp.pan.pl lub za pośrednictwem platformy ICI Publisher Panel <http://www.studia-prawnicze.publisherspanel.com>.
- 2) Przyjmowane będą jedynie materiały oryginalne, które nie były wcześniej nigdzie publikowane.
- 3) Teksty, które nie spełniają podstawowych wymogów poprawności językowej, nie będą przyjmowane.
- 4) Wszelkie wykryte naruszenia prawa autorskiego lub zasad etyki i rzetelności naukowej będą demaskowane i dokumentowane.
- 5) Objętość tekstów nadsyłanych do kwartalnika „Studia Prawnicze” powinna wynosić od 20 000 do 42 000 znaków łącznie ze spacjami (w tym przypisy);
- 6) Nadsyłane materiały powinny uwzględniać szczegółowe zalecenia edytorskie, stosowane przez „Studia Prawnicze”. Ułatwi i przyspieszy to prace redakcyjne.
- 7) Do artykułu należy dołączyć streszczenie w języku polskim i angielskim (o objętości od 800 do 1200 znaków łącznie ze spacjami), abstrakt w języku polskim i angielskim (do 800 znaków ze spacjami), słowa kluczowe w języku polskim i angielskim (od 5 do 10 słów) oraz bibliografię załącznikową, uwzględniającą wszystkie pozycje wskazane w przypisach.
- 8) Do przesłanych materiałów należy osobno dołączyć dane o Autorze (w szczególności: stopień lub tytuł naukowy, numer telefonu kontaktowego, adres poczty elektronicznej i adres domowy), a także oświadczenie, że przedłożony tekst został nadesłany wyłącznie do redakcji „Studiów Prawniczych”. Pracownicy naukowci proszeni są o wskazanie afiliacji oraz informacji o źródle finansowania badań.
- 9) Tytuł opracowania należy ująć w formie najbardziej zwartej. Dopuszczalne są podtytuły.
- 10) W tekście należy stosować przypisy dolne.
- 11) Redakcja nie zwraca Autorom nadesłanych materiałów.
- 12) Prosimy Autorów o niekierowanie do Redakcji propozycji nawiązania stałej współpracy. Nie jest to możliwe.
- 13) Wszystkie materiały podlegają opracowaniu redakcyjnemu. Autor otrzymuje tekst do korekty. W przypadku nieodesłania korekty autorskiej w terminie materiał jest kierowany do publikacji bez poprawek Autora.

- 14) Autorzy, których teksty zostaną zaakceptowane do druku, będą zobowiązane podpisać umowę licencyjną (licencja nieodpłatna niewyłączna wraz z prawem do sublicencjonowania) ze zgodą na wydanie ich utworu w wersji papierowej oraz elektronicznej przez Redakcję „Studiów Prawniczych”.

SZCZEGÓŁOWE ZALECENIA EDYTORSKIE DLA AUTORÓW

- 1) Tekst (łącznie z tabelami – jeśli są) należy przygotować wyłącznie w formie elektronicznej w programie Word, a tabele i wykresy w programie Excel.
- 2) Tekst nadesłany do „Studiów Prawniczych” powinien mieć następujące parametry: czcionka 12 pkt (Times New Roman); interlinia 1,5; wcięcie akapitowe 1,25 cm; justacja. Należy wprowadzić numerację stron.
- 3) W tekście należy stosować przypisy dolne o następujących parametrach: czcionka 10 pkt (Times New Roman); interlinia 1,0; brak wcięcia akapitowego; wyrównanie do lewego i prawego marginesu. Przypisy powinny być ponumerowane liczbami arabskimi. Stosuje się numerację ciągłą zaczynającą się od 1.
- 4) W tekście nie należy stosować podkreśleń ani pogrubień. Wyróżnienie fragmentu tekstu jest wyjątkowo możliwe przez zwiększenie odstępu między znakami (tekst rozstrzelony). Zwroty obcojęzyczne (np. *prima facie*, *de lege lata*) należy wyróżnić kursywą, natomiast cytaty - zapisać w cudzysłowach.
- 5) Cytat w cytacie zaznacza się cudzysłowem ostrokrątnym tzw. francuskim (« ... »).
- 6) W tekście ani w przypisach nie należy przytaczać pełnej treści przepisów prawnych, w tym przepisów z konwencji międzynarodowych (w języku polskim lub angielskim), chyba że jest to absolutnie niezbędne i będzie stosowane na zasadzie wyjątku. W przypadku odwoływania się w tekście do nazwisk innych autorów należy przytoczyć ich pełne imię oraz nazwisko.
- 7) W przypisach bibliograficznych i bibliografii załącznikowej należy podawać pełne tytuły czasopism, bez dokonywania ich skrótów
- 8) Redakcja prosi o przygotowanie przypisów bibliograficznych zgodnie z wskazówkami poniżej:

Monografie:

- A. Siemaszko, *Granice tolerancji. O teoriach zachowań dewiacyjnych*, Warszawa 1993.
- J. Błachut, A. Gaberle, K. Krajewski, *Kryminologia*, Gdańsk 2000.
- H.S. Becker, *Outsiderzy. Studia z socjologii dewiacji*, tłum. O. Siara, Warszawa 2009.

Artykuły w pracach zbiorowych:

- A. Marek, *Powrót chuligańskiego charakteru czynu w prawie karnym*, [w:] K. Krajewski (red.), *Nauki penalne wobec problemów współczesnej przestępczości. Księga jubileuszowa z okazji 70-tej rocznicy urodzin profesora Andrzeja Gaberle*, Warszawa 2007.

Czasopisma:

- D. Wójcik, *Praca kuratora dla nieletnich w opinii sędziów sądów rodzinnych i kuratorów społecznych*, „Archiwum Kryminologii” 1988, t. XV.
S. Opatow, *Moral Exclusion and Injustice: An Introduction*, „Journal of Social Issues” 1990, t. 46, nr 1.

Źródła internetowe:

- K. Iglicka, K. Gmaj, *Undocumented Migration. Counting the Uncountable. Data and Trends cross Europe. Country report: Poland*, listopad 2008, http://clandestino.eliamep.gr/wp-content/uploads/2009/10/clandestino_report_poland_final_2.pdf [dostęp: 15.03.2011]

Dzienniki Ustaw:

do 2012 roku: Dz.U. 2009 Nr 20, poz. 107

po 2012 r. (bez podziału na numery): Dz.U. 2016, poz. 2290

w przypadku odwoływania się do tekstu jednolitego, powyższe należy poprzedzić skrótem t.j.

Kolejne powołania:

- A. Siemaszko, *Granice tolerancji...*, s. XX

- 1) Należy rozróżniać numerację tomów (volumes) oraz zeszytów (issues) przy czasopismach obcojęzycznych.
- 2) Jeśli tekst artykułu jest napisany w języku polskim, wszystkie elementy opisów bibliograficznych, nawet publikacji obcojęzycznych, powinny być w języku polskim.

Tulich T., *Critical reflections on preventive justice* [w:] T. Tulich, R. Anian-Welsch, S. Bronitt, S. Murray (red.), *Regulating Preventive Justice. Principle, Policy and Paradox*, London 2017, s. 3-22. Rosenthal R., Jacobson L., *Pygmalion in the classroom*, „The Urban Review” 1968, t. 3, nr 1, s. 16-20.

- 1) Przywoływane w przypisach i wykazywane w bibliografii teksty anglojęzyczne należy zapisywać następująco: małymi literami (poza nazwami własnymi) tytuły artykułów z czasopism oraz artykułów z prac zbiorowych, wielkimi literami (poza przyimkami i spójnikami) – tytuły monografii i prac zbiorowych, np.

Sykes G., Matza D., *Techniques of neutralization. A theory of delinquency*, „American Sociological Review”, 1957, t. 22, nr 6, s. 664-670. Tulich T., *Critical reflections on preventive justice* [w:] T. Tulich, R. Anian-Welsch, S. Bronitt, S. Murray (red.), *Regulating Preventive Justice. Principle, Policy and Paradox*, London 2017, s. 3-22. Pascoe P., *What Comes Naturally. Miscegenation and the Making of Race in America*, Oxford 2010.

- 2) Dodatki do tytułów należy zapisywać po kropce, nie po dwukropku i nie po myślniku
- 3) W przypadku powoływania się na źródła internetowe po podaniu linku do źródła należy w nawiasie kwadratowym zamieścić datę dostępu w następujący sposób: [dostęp: 28.02.2018].
- 4) Nazwy polskich aktów prawnych należy pisać od małej litery (z wyjątkiem Konstytucji RP). Nazwy konwencji międzynarodowych rozpoczynamy wielką literą, jednak nie zaznaczamy ich kursywą

PROCEDURA RECENZYJNA

- 1) Wszystkie materiały wpływające do „Studiów Prawniczych” są poddawane ocenie wydawniczej dokonywanej przez członków Komitetu Redakcyjnego. W wyjątkowych przypadkach Redakcja może zwrócić się z prośbą o ocenę do osób spoza Komitetu.
- 2) Artykuły są recenzowane przez co najmniej dwóch członków Komitetu Redakcyjnego. Ocenie podlegają wszystkie aspekty warsztatu naukowego.
- 3) Okres oczekiwania na ocenę wynosi ok. 6 tygodni. Po tym terminie Autor jest proszony o kontakt telefoniczny lub mailowy z Redakcją.
- 4) Ocena może mieć postać: a) recenzji pozytywnej; b) recenzji pozytywnej pod warunkiem dokonania określonych zmian; c) recenzji odmownej.
- 5) Tożsamość Recenzentów poszczególnych materiałów nie jest ujawniana Autorom.

Cena 42,00 zł (VAT 8%)