



STUDIA PRAWNICZE

PÓŁROCZNIK

ISSN 0039-3312

eISSN 2719-4302

1 (225)

2022

W numerze:

- Krótkotrwały zakaz prowadzenia pojazdów mechanicznych w prawie niemieckim (*Fahrverbot*) jako inspiracja dla polskiego ustawodawcy
- Pozycja prawna osób prawnych w obrocie nieruchomościami rolnymi w Polsce w kontekście definicji rolnika zawodowego (indywidualnego) na tle regulacji w wybranych krajach zachodnioeuropejskich
- Transposition of EU Climate Law and Policy into Ukrainian Legislation in View of Ukraine's Candidacy for EU Membership
- Dyrektywa 2005/29/WE o nieuczciwych praktykach handlowych w świetle najnowszego orzecznictwa Trybunału Sprawiedliwości Unii Europejskiej – część II
- Usunięcie policjanta ze szkolenia zawodowego podstawowego z uwagi na popełnienie przez niego czynu o znamionach wykroczenia albo przewinienia dyscyplinarnego, jeżeli popełnienie czynu jest oczywiste i uniemożliwia jego udział w szkoleniu

INSTYTUT NAUK PRAWNYCH
POLSKA AKADEMIA NAUK



STUDIA PRAWNICZE

PÓŁROCZNIK

ISSN 0039-3312

eISSN 2719-4302

1 (225)
2022

Wydawnictwo INP PAN
Warszawa 2022



KOLEGIUM REDAKCYJNE:

redaktor naczelny – **prof. dr hab. Monika Szwarc** (Instytut Nauk Prawnych PAN, Polska)
z-ca redaktora naczelnego – **dr hab. Monika Domańska, prof. INP PAN** (Instytut Nauk Prawnych PAN, Polska)
sekretarz redakcji – **Joanna Florecka** (Instytut Nauk Prawnych PAN, Polska)

KOMITET REDAKCYJNY:

Władysław Czapliński (Instytut Nauk Prawnych PAN, Polska), **Jean-Philippe Derosier** (University of Lille, Francja), **Marc Engelhart** (Max Planck Institute for the Study of Crime, Security and Law, Freiburg, Niemcy),
Beryl ter Haar (Leiden University, Holandia), **Bettina Heiderhoff** (University of Münster, Niemcy),
Andre Janssen (Radboud University Nijmegen, Holandia), **Daniele Negri** (University of Ferrara, Włochy),
Celina Nowak (Instytut Nauk Prawnych PAN, Polska), **Angelika Nußberger** (University of Köln, Niemcy),
Paweł Podrecki (Instytut Nauk Prawnych PAN, Polska), **Maciej Szpunar** (Uniwersytet Śląski, Polska),
Andreas Thier (University of Zurich, Szwajcaria), **Luc Wintgens** (Catholic University of Leuven, Belgia),
Ariane Vidal-Naquet (Aix-Marseille University, Francja)

„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 Central European Journal of Social And Humanities (**CEJSH**) oraz artykuły wraz z zestawem metadanych w bazach Central and Eastern European Online Library (**CEEOL**) oraz **Ebsco – Legal Source, Biblioteka Nauki**. Czasopismo jest indeksowane w bazie referencyjnej **ERIH PLUS**. Pełne wersje artykułów, publikowanych w modelu Open Access, są dostępne również na platformie czasopisma i w bazie **ICI World of Journals** (wskaźnik **ICV 100**).

Wersją podstawową (referencyjną) czasopisma jest wersja papierowa.

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

Redakcja i korekta: Wydawnictwo INP PAN

Skład: Włodzimierz Zakrzewski

Druk na zlecenie INP PAN: Sowa Sp. z o.o.

nakład 100 egz.



SPIS TREŚCI

OD REDAKCJI	5
-------------------	---

Michał Głuchowski

Uniwersytet Europejski Viadrina we Frankfurcie nad Odrą, Niemcy

KRÓTKOTRWAŁY ZAKAZ PROWADZENIA POJAZDÓW MECHANICZNYCH W PRAWIE NIEMIECKIM (<i>FAHRVERBOT</i>) JAKO INSPIRACJA DLA POLSKIEGO USTAWODAWCY.....	7
--	---

Przemysław Szalkowski

SWPS Uniwersytet Humanistycznospołeczny, Polska

POZYCJA PRAWNA OSÓB PRAWNYCH W OBRODZIE NIERUCHOMOŚCIAMI ROLNYMI W POLSCE W KONTEKŚCIE DEFINICJI ROLNIKA ZAWODOWEGO (INDYWIDUALNEGO) NA TLE REGULACJI W WYBRANYCH KRAJACH ZACHODNIOEUROPEJSKICH	49
---	----

Dr Olha Sushyk

Taras Shevchenko National University of Kyiv, Ukraina

TRANSPPOSITION OF EU CLIMATE LAW AND POLICY INTO UKRAINIAN LEGISLATION IN VIEW OF UKRAINE'S CANDIDACY FOR EU MEMBERSHIP	87
---	----

Magdalena El-Hagin

Sąd Okręgowy w Gdańsku, XV Wydział Cywilny, Polska

DYREKTYWA 2005/29/WE O NIEUCZCIWYCH PRAKTYKACH HANDLOWYCH W ŚWIELE NAJNOWSZEGO ORZECZNICTWA TRYBUNAŁU SPRAWIEDLIWOŚCI UNII EUROPEJSKIEJ – CZĘŚĆ II.....	117
--	-----

Dr Paweł Gacek

Komenda Główna Policji, Polska

USUNIĘCIE POLICJANTA ZE SZKOLENIA ZAWODOWEGO PODSTAWOWEGO Z UWAGI NA POPEŁNIENIE PRZEZ NIEGO CZYNU O ZNAMIONACH WYKROCZENIA ALBO PRZEWINIENIA DYSCYPLINARNEGO, JEŻELI POPEŁNIENIE CZYNU JEST OCZYWISTE I UNIEMOŻLIWIA JEGO UDZIAŁ W SZKOLENIU.....	171
---	-----

TABLE OF CONTENT

EDITORIAL	5
-----------------	---

Michał Głuchowski

Uniwersytet Europejski Viadrina we Frankfurcie nad Odrą, Niemcy

SHORT-TERM DRIVING BANS IN GERMAN LAW (FAHRVERBOT) AS AN INSPIRATION FOR THE POLISH LAWMAKERS	7
---	---

Przemysław Szalkowski

SWPS Uniwersytet Humanistycznospołeczny, Polska

THE LEGAL POSITION OF LEGAL PERSONS IN THE AGRICULTURAL PROPERTIES TRADING IN POLAND IN THE CONTEXT OF THE ADOPTED LEGAL DEFINITION OF “PROFESSIONAL FARMER”, AGAINST THE BACKGROUND OF REGULATIONS IN SELECTED WESTERN-EUROPEAN COUNTRIES.....	49
--	----

Dr Olha Sushyk

Taras Shevchenko National University of Kyiv, Ukraina

TRANSPOSITION OF EU CLIMATE LAW AND POLICY INTO UKRAINIAN LEGISLATION IN VIEW OF UKRAINE’S CANDIDACY FOR EU MEMBERSHIP	87
--	----

Magdalena El-Hagin

Sąd Okręgowy w Gdańsku, XV Wydział Cywilny, Polska

THE DIRECTIVE 2005/29/EC ON UNFAIR COMMERCIAL PRACTICES IN THE LIGHT OF THE LATEST CASE-LAW OF THE COURT OF JUSTICE OF THE EUROPEAN UNION – PART II	117
--	-----

Dr Paweł Gacek

Komenda Główna Policji, Polska

REMOVAL OF THE POLICE OFFICER FROM VOCATIONAL BASIC TRAINING COURSE DUE TO COMMITTING BY HIM DEED DISPLAYING THE CHARACTERISTICS SPECIFIED UNDER OFFENCE OR DISCIPLINARY OFFENCE IF COMMITMENT THIS DEED IS OBVIOUS AND MAKES IT IMPOSSIBLE FOR THE POLICE OFFICER TO REMAIN IN VOCATIONAL BASIC TRAINING COURSE.....	171
---	-----

W najnowszym numerze „Studiów Prawniczych” publikujemy artykuły prezentujące pogłębione analizy aktualnych problemów prawnych związanych z przemianami społecznymi i gospodarczymi. Mamy przy tym nadzieję, że opracowania zgromadzone w numerze 1/2022 „Studiów Prawniczych” będą miały istotne znaczenie dla stanowienia (w praktyce legislacyjnej) i stosowania (w praktyce administracyjnej i sądowej) prawa. Przybliżono w nich (w ujęciu prawnoporównawczym) rozwiązania prawne przyjęte w innych państwach w zakresie karania poprzez krótkotrwały zakaz prowadzenia pojazdów (M. Głuchowski) oraz w zakresie pozycji prawnej osób prawnych w obrocie nieruchomościami rolnymi (P. Szalkowski). Wątek związany z wpływem prawa Unii Europejskiej na prawo krajowe jest obecny w opracowaniu dotyczącym dostosowania ukraińskiego prawa i polityki ochrony klimatu (O. Sushyk) oraz orzecznictwa Trybunału Sprawiedliwości Unii Europejskiej w zakresie wykładni dyrektywy 2005/29/WE o nieuczciwych praktykach handlowych (M. El-Hagin). Z praktycznego punktu stosowania prawa na uwagę zasługuje również opracowanie poświęcone szczegółowym przesłankom usunięcia policjanta ze szkolenia podstawowego (P. Gacek).

Tradycyjnie, dziękujemy Recenzentkom i Recenzentom za ich wkład w przygotowanie kolejnego numeru czasopisma.

Monika Szwarc, Monika Domańska

In the latest issue of the „Studia Prawnicze” we publish thorough analyses of recent legal problems closely linked with social and economic changes. We hope that the articles in issue 1/2022 of the „Studia Prawnicze” will have considerable impact on the legislative processess and for the administrative and judicial application of law. The publications are devoted (in the legal-comparative perspective) legal institutions adopted in other states concerning: short-term driving bans (M. Głuchowski) and the legal position of legal persons in the agricultural properties trading (P. Szalkowski). The issues of the impact of EU law on the national law is represented by the article concerning transposition of the EU climate law and policy into Ukrainian law (O. Sushyk) and recent jurisprudence of the Court of Justice of European Union on Directive 2005/29/WE on Unfair Commercial Practices (M. El-Hagin). From the practical perspective of application of law the article on specific grounds for Removal of the police officer from vocational basic training course (P. Gacek).

Traditionally, the Editorial Board would like to thank the Reviewers for their contribution.

Monika Szwarc, Monika Domańska



Michał Głuchowski

Uniwersytet Europejski Viadrina we Frankfurcie nad Odrą, Niemcy

ORCID: 0000-0001-5287-1930

gluchowskim@outlook.com

Krótkotrwały zakaz prowadzenia pojazdów mechanicznych w prawie niemieckim (*Fahrverbot*) jako inspiracja dla polskiego ustawodawcy

Short-Term Driving Bans in German Law (*Fahrverbot*) as an Inspiration for the Polish Lawmakers

Abstract: The criminal punishment of a short-term driving ban was introduced in Germany in 1965 to combat road traffic offences. Since 2017, the ban may be imposed in response to every criminal offence. This penalty has numerous advantages and only minor disadvantages. In Poland, however, its target group would overlap with the restriction of liberty. In Germany, driving bans imposed after regulatory offences are much more prevalent. Based on the German experiences, this article criticizes the Polish regulation on automatic and immediate seizure of the driving licence and its subsequent suspension after speeding. Furthermore, a short-term driving ban should be introduced to the Polish Criminal Code and the Petty Offences Code as a new penal measure supplementing the driving disqualification.

Keywords: criminal law, traffic law, petty offences law, German law, comparative law, driving ban, driving disqualification, road safety, driving licence, regulatory offences, speeding

Abstrakt: W Niemczech karę krótkotrwałego zakazu prowadzenia pojazdów mechanicznych stosuje się już od 1965 r. w walce z przestępczością drogową. Od 2017 r. możliwe jest jej orzekanie w reakcji na wszelkie przestępstwa, jednak w praktyce większe znaczenie ma zakaz orzekany w postępowaniu wykroczeniowym. W oparciu o niemieckie doświadczenia, krytyce poddano automatyzm i natychmiastowość polskiego środka zatrzymania prawa jazdy przy rażącym przekroczeniu prędkości. Autor formułuje wniosek *de lege ferenda*, iż należy zrezygnować z obecnej regulacji i wprowadzić środek karny zawieszenia uprawnień do prowadzenia pojazdów mechanicznych do kodeksu karnego i kodeksu wykroczeń jako uzupełnienie zakazu prowadzenia pojazdów.

Słowa kluczowe: prawo karne, prawo drogowe, prawo wykroczeń, prawo niemieckie, komparatystyka prawnicza, zakaz prowadzenia pojazdów mechanicznych, ruch drogowy, prawo jazdy, wykroczenia porządkowe, przekroczenie prędkości

1. Wprowadzenie

Liczba wypadków drogowych w Polsce wykazuje tendencję spadkową¹, ale na tle innych państw Unii Europejskiej sytuacja jest nadal krytyczna². W Niemczech już od lat 60. XX w. z powodzeniem³ stosuje się na szeroką skalę karę kryminalną krótkotrwałego zakazu prowadzenia pojazdów mechanicznych oraz zbliżony środek w prawie wykroczeń porządkowych – oba noszące nazwę *Fahrverbot*. Początkowo kara była ograniczona do czynów zabronionych związanych z ruchem drogowym. W 2017 r. rozszerzono możliwość jej orzekania na wszelkie przestępstwa – między innymi po to, aby ograniczyć stosowanie kary pozbawienia wolności. Wiodąca rola kar izolacyjnych jest natomiast bolączką polskiego prawa

1 Wypadki drogowe w Polsce w 2020 roku, Komenda Główna Policji. Biuro Ruchu Drogowego, Warszawa 2021, s. 7, <https://statystyka.policja.pl/download/20/361900/Wypadkidrogowe2020.pdf> [dostęp: 8.11.2021].

2 Według danych za 2018 r. śmierć w wyniku wypadku drogowego poniosło w Polsce 76 osób na milion mieszkańców, w Niemczech 39 osób, a średnia unijna wyniosła 49. Za: 2018 Road Safety Statistics: What Is Behind the Figures?, https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/en/MEMO_19_1990 [dostęp: 8.11.2021].

3 Entwurf eines Gesetzes zur Änderung des Strafgesetzbuchs, des Jugendgerichtsgesetzes, der Strafprozessordnung und weiterer Gesetze, 22.02.2017, BT-Drs. 18/11272, s. 14, <https://dserver.bundestag.de/btd/18/112/1811272.pdf> [dostęp: 21.05.2022]; V. Lempp, *Die Angst des Straftäters vor dem Fahrverbot*, „Straßenverkehrsrecht” 2017, nr 1, s. 21.

karnego⁴. Dlatego zarówno pierwsza, jak i druga forma kary krótkotrwałego zakazu prowadzenia pojazdów są warte analizy jako potencjalne źródło inspiracji dla polskiego ustawodawcy. Zakaz zawarty w prawie wykroczeń porządkowych jest szczególnie interesujący, gdyż niemiecki ustawodawca uregulował kwestie gwarancji proceduralnych i związania organu całkowicie odmiennie, niż uczynił to polski ustawodawca w unormowaniu zatrzymania prawa jazdy.

Niemieckie prawo przewiduje dwie pozornie podobne instytucje – *Entziehung der Fahrerlaubnis* oraz będący głównym przedmiotem niniejszego artykułu *Fahrverbot*. Obie wiążą się z zabronieniem sprawcy prowadzenia pojazdów mechanicznych. Mogą zostać orzeczone w dwóch trybach – przez sąd na podstawie StGB⁵ oraz przez właściwy urząd na podstawie ustawy o ruchu drogowym (StVG)⁶. Mimo to mają one fundamentalnie odmienną naturę⁷. *Entziehung der Fahrerlaubnis* można przetłumaczyć jako odebranie uprawnień do prowadzenia pojazdów mechanicznych. Natomiast *Fahrverbot* (dosłownie: „zakaz jazdy”) to w dość wiernym tłumaczeniu „zakaz prowadzenia pojazdów mechanicznych”. Już w nazwie tych instytucji zawarta jest wskazówka co do jednej z różnic między nimi. „Odebranie uprawnień” prowadzi do wygaśnięcia administracyjnych uprawnień do prowadzenia pojazdu. Z kolei w przypadku „zakazu prowadzenia” uprawnienia pozostają nienaruszone⁸ i kierujący może po upływie danego okresu bez dodatkowych kroków z jego strony wrócić do prowadzenia pojazdów. Różnice między odebraniem uprawnień a „zakazem prowadzenia” są jednak znacznie dalej idące, począwszy od natury prawnej tych instrumentów orzekanych przez sąd na podstawie kodeksu karnego. Odebranie uprawnień ma w tej sytuacji charakter tzw. „środka poprawy i zabezpieczenia” (*Maßregel der Besserung und Sicherung*). Jego natura jest więc zbliżona⁹ do środka zabezpieczającego w rozumieniu polskiego prawa karnego. Z kolei „zakaz prowadzenia” jest jedyną przewidzianą przez kodeks

4 Szczegółowe dane prezentuje J. Warylewski, *Prawo karne. Część ogólna*, Wolters Kluwer, Warszawa 2020, s. 523-528.

5 Straßengesetzbuch, t.j. BGBl. 1998 I, s. 3322 z późn. zm.

6 Straßenverkehrsgesetz, t.j. BGBl. 2003 I, s. 310 z późn. zm.

7 H.-G. Kerkmann, H. Blum [w:] K.-L. Haus, C. Krumm, M. Quarch (red.), *Gesamtes Verkehrsrecht*, Nomos, Baden-Baden 2017, § 69, nb. 1.

8 P. König [w:] G. Cirener i in. (red.), *Straßengesetzbuch. Leipziger Kommentar*, t. 4, De Gruyter, Berlin 2020, § 44, nb. 2.

9 Najważniejsze różnice między niemieckimi środkami poprawy i zabezpieczenia a środkami zabezpieczającymi w polskim prawie karnym omawia P. Góralski, *Ogólna charakterystyka porównawcza środków zabezpieczających w niemieckim i w polskim prawie karnym*, [w:] P. Góralski, A. Muszyńska (red.), *Racjonalna sankcja karna w systemie prawa*, EuroPrawo, Warszawa 2019, s. 286-288.

karny karą dodatkową (*Nebenstrafe*). Jest to kara kryminalna ze wszystkimi jej typowymi cechami, ale jej specyfika polega na tym, że nie można jej nigdy orzec samoistnie – musi ona towarzyszyć którejś z dwóch kar zasadniczych (albo obu tym karom)¹⁰, czyli karze grzywny lub karze pozbawienia wolności¹¹. Jedną z najważniejszych funkcji kary dodatkowej *Fahrverbot* jest wypełnienie luki w sytuacji, gdy nie można zastosować środka poprawy i zabezpieczenia w postaci *Entziehung der Fahrerlaubnis*¹². Przed omówieniem zakazu prowadzenia pojazdów mechanicznych konieczne jest więc zwięźle nakreślenie instytucji odebrania uprawnień.

2. Odebranie uprawnień do prowadzenia pojazdów mechanicznych

Niemieckie prawo karne przewiduje możliwość sądowego orzeczenia *Entziehung der Fahrerlaubnis* na podstawie § 69–69b StGB. Obok tego § 3 StVG umożliwia odebranie uprawnień do prowadzenia pojazdów mechanicznych w drodze decyzji administracyjnej.

2.1. Odebranie uprawnień na podstawie § 69 StGB

Jak już wskazano, odebranie uprawnień uregulowane w kodeksie karnym ma charakter środka poprawy i zabezpieczenia. Środki te¹³ są wyrazem dwutorowości prawa karnego¹⁴ oraz nie opierają się na zasadzie winy¹⁵. Należy wyraźnie odróżniać

10 B.-D. Meier, *Strafrechtliche Sanktionen*, Springer, Berlin 2019, s. 150.

11 W tym karze pozbawienia wolności z warunkowym zawieszeniem jej wykonania. J. Kinzig [w:] A. Eser (red.), *Schönke/Schröder. Strafgesetzbuch. Kommentar*, C.H. Beck, München 2019, § 44, nb. 10.

12 D.-M. Halecker, *Der „Denkzettel“ Fahrverbot. Eine kritische Bestandsaufnahme seines straf-, jugendstraf- und ordnungswidrigkeitrechtlichen Anwendungsbereiches*, Nomos, Baden-Baden 2009, s. 51.

13 Zgodnie z wyliczeniem w § 61 StGB środkami poprawy i zabezpieczenia uregulowanymi w niemieckim kodeksie karnym są: umieszczenie w szpitalu psychiatrycznym, umieszczenie w zakładzie leczenia odwykowego, izolacja postpenalna, nadzór kierowniczy, omawiane tu odebranie uprawnień do prowadzenia pojazdów mechanicznych oraz zakaz wykonywania zawodu. Szerzej na temat poszczególnych środków P. Góralski, *Ogólna...*, s. 273–285.

14 Tamże, s. 263–264; T. Bode, *Zasadniczy problem rozróżnienia między karami i środkami zabezpieczającymi w orzecznictwie Federalnego Sądu Konstytucyjnego i Europejskiego Trybunału Praw Człowieka*, [w:] M. Małolepszy (red.), *Reforma systemu sankcji w Niemczech, Austrii i w Polsce*, C.H. Beck, Warszawa 2015, s. 23; B.-D. Meier, *Strafrechtliche...*, s. 275.

15 T. Bode, *Zasadniczy...*, s. 23; B.-D. Meier, *Strafrechtliche...*, s. 275.

je od kary (w tym od *Fahrverbot*), która polega na zamierzonym wyrządzeniu sprawcy dolegliwości oraz wyraża potępienie czynu¹⁶. Celem analizowanego środka jest prewencja szczególna¹⁷ – ochrona społeczeństwa przed przyszłymi czynami zabronionymi ze strony sprawcy¹⁸. Orzeczenie jakiegokolwiek środka poprawy i zabezpieczenia wymaga wprowadzie uprzedniego popełnienia przez sprawcę czynu wypełniającego znamiona przestępstwa i bezprawnego (choć niekoniecznie zawinionego). Środek ten nie stanowi jednak odpłaty za popełniony czyn¹⁹ ani nawet formy jego potępienia²⁰. Wyłącznym uzasadnieniem orzeczenia środka poprawy i zabezpieczenia jest aktualne i przyszłe zagrożenie stwarzane przez sprawcę²¹. Oprócz popełnienia opisanego czynu, kluczowym warunkiem orzeczenia środka jest bowiem negatywna prognoza kryminologiczna²². Niezbędne jest stwierdzenie, że sprawca będzie stanowić niebezpieczeństwo dla ogółu²³ i popełnienie przez niego kolejnych czynów zabronionych jest prawdopodobne²⁴. Trzecią wspólną przesłanką orzeczenia środków poprawy i zabezpieczenia jest proporcjonalność²⁵. Zgodnie z § 62 StGB, orzeczenie takiego środka jest niemożliwe, jeśli byłoby ono nieproporcjonalne do ciężaru popełnionych już czynów, ciężaru przewidywanych przyszłych czynów oraz prawdopodobieństwa popełnienia tych czynów. Ważnym elementem składowym zasady proporcjonalności jest zasada subsydiarności – orzeczenie danego środka poprawy i zabezpieczenia nie jest dopuszczalne, jeśli można osiągnąć wystarczającą ochronę przed stwarzanym przez sprawcę zagrożeniem poprzez mniej dotkliwe instrumenty reakcji²⁶.

16 Wyrok Federalnego Sądu Konstytucyjnego z 5 lutego 2004 r., 2 BvR 2029/01, BVerfGE 2004, t. 109, s. 168; B.-D. Meier, *Strafrechtliche...*, s. 15-16.

17 Wyrok Federalnego Sądu Konstytucyjnego z 5 lutego 2004 r., 2 BvR 2029/01, s. 173-174; B.-D. Meier, *Strafrechtliche...*, s. 276.

18 G. van Gemmeren [w:] W. Joecks, K. Miebach (red.), *Münchener Kommentar zum Strafgesetzbuch*, t. 2, C.H. Beck, München 2020, § 61, nb. 1; J. Kaspar [w:] H. Satzger, W. Schluckebier (red.), *Strafgesetzbuch. Kommentar*, Carl Heymanns Verlag, Köln 2021 – uwagi wstępne do § 61 i nast., nb. 10.

19 G. van Gemmeren [w:] W. Joecks, K. Miebach (red.), *Münchener...*, § 61, nb. 1.

20 A. Sinn [w:] J. Wolter (red.), *SK-StGB. Systematischer Kommentar zum Strafgesetzbuch*, t. 2, Carl Heymanns Verlag, Köln 2016, § 61, nb. 2; J. Eschelbach [w:] H. Matt, J. Renzikowski (red.), *Strafgesetzbuch. Kommentar*, C.H. Beck, München 2020, § 61, nb. 7.

21 A. Sinn [w:] J. Wolter (red.), *SK-StGB...*, § 61, nb. 2.

22 G. van Gemmeren [w:] W. Joecks, K. Miebach (red.), *Münchener...*, § 61, nb. 3.

23 J. Kinzig [w:] A. Eser (red.), *Schönke/Schröder...*, op.cit. – uwagi wstępne do § 61 i nast., nb. 8.

24 Tamże, op.cit. – uwagi wstępne do § 61 i nast., nb. 9.

25 G. van Gemmeren [w:] W. Joecks, K. Miebach (red.), *Münchener...*, § 61, nb. 3.

26 J. Kaspar [w:] H. Satzger, W. Schluckebier (red.), *Strafgesetzbuch...*, op.cit. – uwagi wstępne do § 61 i nast., nb. 22; J. Eschelbach [w:] H. Matt, J. Renzikowski (red.), *Strafgesetzbuch...*, § 61, nb. 23.

Szczegółowe przesłanki karnoprawnego odebrania uprawnień do prowadzenia pojazdów mechanicznych określa § 69 ust. 1 zd. 1 StGB. Zgodnie z nim przy skazaniu za przestępstwo popełnione w trakcie lub w związku z prowadzeniem pojazdu mechanicznego, lub przy naruszeniu obowiązków kierującego pojazdem mechanicznym sąd obligatoryjnie²⁷ odbiera sprawcy uprawnienia do prowadzenia pojazdów, jeśli z czynu wynika, że osoba ta jest niezdolna do dalszego prowadzenia pojazdów mechanicznych (dosłownie: „nie nadaje się do prowadzenia pojazdów mechanicznych” – *zum Führen von Kraftfahrzeugen ungeeignet ist*). Orzeczenie jest też obligatoryjne, jeśli dana osoba jedynie dlatego nie została skazana, że udowodniono jej niezdolność do ponoszenia winy albo nie można było wykluczyć niezdolności. Nie przewidziano natomiast w ogóle fakultatywnego odebrania uprawnień. Odebranie uprawnień ma charakter czysto prewencyjny i służy wyłącznie zapewnieniu bezpieczeństwa w ruchu drogowym (a nie zwalczaniu przestępczości innej niż drogowa)²⁸ poprzez wykluczenie z ruchu drogowego osób, które stwarzają dla niego nieakceptowalne zagrożenie²⁹. Dlatego kluczowym powodem jego orzeczenia nie jest sam popełniony czyn jako taki, lecz oparta na nim prognoza, że sprawca „nie nadaje się [jest niezdolny] do dalszego prowadzenia pojazdów mechanicznych” (§ 69 ust. 1 zd. 1 StGB). Ta przesłanka jest spełniona, gdy ocena cech fizycznych, umysłowych i charakterologicznych sprawcy, a także istotnych okoliczności obiektywnych i subiektywnych kształtujących te cechy prowadzi do wniosku, że uczestnictwo sprawcy w ruchu drogowym będzie prowadziło do nieakceptowalnego zagrożenia bezpieczeństwa ruchu drogowego³⁰.

27 Wyrok Trybunału Federalnego z 14 grudnia 1954 r., 3 StR 330/54, BGHSt 1954, t. 7, s. 176-177; T. Fischer, *Strafgesetzbuch mit Nebengesetzen*, C.H. Beck, München 2021, § 69, nb. 51.

28 Uchwała Wielkiego Senatu do Spraw Karnych Trybunału Federalnego z 27 kwietnia 2005 r., GSSt 2/04, BGHSt 2005, t. 50, s. 100; T. Fischer, *Strafgesetzbuch...*, § 69, nb. 2; B. v. Heintschel-Heinegg, L. Huber [w:] W. Joecks, K. Miebach (red.), *Münchener...*, § 69, nb. 2.

29 Por. wyrok Trybunału Federalnego z 26 września 2003 r., 2 StR 161/03, „Neue Zeitschrift für Strafrecht” 2004, nr 3, s. 145; J. Kinzig [w:] A. Eser (red.), *Schönke/Schröder...*, § 69, nb. 29; T. Fischer, *Strafgesetzbuch...*, § 69, nb. 14.

30 Wyrok Trybunału Federalnego z 26 września 2003 r., 2 StR 161/03, „Neue Zeitschrift für Strafrecht” 2004, nr 3, s. 145; D.-M. Halecker, *Pozbawienie prawa prowadzenia pojazdów (§ 69 StGB) – środek poprawczy i zabezpieczający?*, [w:] M. Małolepszy (red.), *Reforma systemu sankcji w Niemczech, Austrii i w Polsce*, C.H. Beck, Warszawa 2015, s. 139; J. Kinzig [w:] A. Eser (red.), *Schönke/Schröder...*, § 69, nb. 29; T. Fischer, *Strafgesetzbuch...*, § 69, nb. 14.

Jednocześnie z orzeczeniem tego środka sąd wskazuje okres, po upływie którego kierowca może starać się o ponowne uzyskanie uprawnień (*Sperre*, dosłownie: „blokada”). Sąd wyznacza ten okres na termin od 6 miesięcy do 5 lat (§ 69a ust. 1 zd. 1 StGB), ale możliwe jest też orzeczenie dożywotniego odebrania uprawnień do prowadzenia pojazdów mechanicznych (§ 69a ust. 1 zd. 2).

StGB w § 69 ust. 2 wylicza pięć typów przestępstw, przy popełnieniu których sprawca „z reguły” jest uznawany za niezdolnego do dalszego prowadzenia pojazdów mechanicznych, pod warunkiem że pojazd, który prowadził sprawca, był mechaniczny. Ustawodawca ułatwia więc sądowi późniejsze sporządzenie uzasadnienia³¹, a jednocześnie pozostawia furtkę, by można było zaniechać orzeczenia tego środka, jeśli występuje wyjątkowy, atypowy przypadek³². Tymi przestępstwami są:

- 1) sprowadzenie bezpośredniego zagrożenia w ruchu drogowym dla życia, zdrowia lub mienia znacznej wartości (§ 315c);
- 1a) zakazane wyścigi pojazdów mechanicznych (§ 315d);
- 2) prowadzenie pojazdu w stanie nietrzeźwości (§ 316);
- 3) ucieczka z miejsca wypadku (§ 142), choć sprawca wiedział lub mógł wiedzieć, że inny człowiek doznał śmierci, obrażeń (nie licząc drobnych urazów) lub znacznej szkody materialnej;
- 4) doprowadzenie się do stanu niepoczytalności przez upicie się lub zażycie środków odurzających i popełnienie w tym stanie któregoś z czynów z pkt 1–3 (§ 323a).

Jako że prognoza dotyczy zdolności do prowadzenia (wszelkich) pojazdów mechanicznych, ograniczenie odebrania uprawnień do wybranych kategorii pojazdów nie jest możliwe. Konieczne jest odebranie wszystkich uprawnień do prowadzenia pojazdów mechanicznych³³. Sąd w wyjątkowych przypadkach może jednak wyłączyć określone kategorie pojazdów z „blokady” ubiegania się o wydanie nowych uprawnień, jeśli szczególne okoliczności uzasadniają przekonanie, że cel środka nie zostanie zagrożony (§ 69a ust. 2 StGB). Sprawca może wtedy ubiegać się o szybsze odzyskanie uprawnień określonej kategorii, jednak wymaga to pozytywnej decyzji ze strony urzędu do spraw uprawnień do prowadzenia pojazdów (*Fahrerlaubnisbehörde*)³⁴.

31 J. Kinzig [w:] A. Eser (red.), *Schönke/Schröder...*, § 69, nb. 34.

32 Przykłady podaje np. K. Hühnermann [w:] M. Burmann, R. Heß, K. Hühnermann, J. Jahnke, *Straßenverkehrsrecht. Kommentar*, C.H. Beck, München 2020, § 69, nb. 22-23.

33 Wyrok Trybunału Federalnego z 29 czerwca 1954 r., 5 StR 233/54, BGHSt 1954, t. 6, s. 185; J. Kinzig [w:] A. Eser (red.), *Schönke/Schröder...*, § 69, nb. 29.

34 S. Harrendorf [w:] H. Satzger, W. Schluckebier (red.), *Strafgesetzbuch...*, § 69a, nb. 31.

2.2. Odebranie uprawnień na podstawie § 3 StVG

Odebranie uprawnień może nastąpić nie tylko na drodze karnoprawnej, ale i na ścieżce administracyjnej, zgodnie z ustawą o ruchu drogowym. Podstawę prawną decyzji urzędu do spraw uprawnień do prowadzenia pojazdów stanowi § 3 ust. 1 zd. 1 StVG. Urząd odbiera uprawnienia, jeśli dana osoba jest niezdolna do dalszego prowadzenia pojazdów mechanicznych lub nie posiada umiejętności ich prowadzenia. Ta ustawowa kompetencja urzędu została doprecyzowana w § 46 rozporządzenia o dopuszczaniu osób do ruchu drogowego (FeV)³⁵. Uznanie sprawcy za niezdolnego do dalszego prowadzenia pojazdów mechanicznych następuje w drodze całościowej oceny jego osobowości³⁶. Typowymi faktami uzasadniającymi negatywną ocenę (por. § 46 ust. 1 zd. 2 FeV) są między innymi poważne lub powtarzające się naruszenia przepisów ruchu drogowego (§ 2 ust. 4 zd. 1 StVG), nadużywanie alkoholu (pkt 8.1 załącznika 4 do FeV) lub uzależnienie od alkoholu (pkt 8.3 załącznika 4 do FeV).

3. Zakaz prowadzenia pojazdów mechanicznych

Podobnie jak w przypadku odebrania uprawnień do prowadzenia pojazdów, zakaz prowadzenia pojazdów mechanicznych (*Fahrverbot*) został uregulowany zarówno w kodeksie karnym (§ 44 StGB), jak i w ustawie o ruchu drogowym (§ 25 StVG). Pominięte zostaną rozważania o orzekaniu zakazu na podstawie § 8 ust. 3 ustawy o sądach dla nieletnich (JGG)³⁷.

3.1. Zakaz na podstawie § 44 StGB do 2017 r.

Niemiecki ustawodawca uznał, że zakres zastosowania instytucji odebrania uprawnień nie obejmuje wszystkich przypadków, w których wskazane byłoby orzeczenie wyłączenie sprawcy z ruchu drogowego. Istnieją bowiem sytuacje, gdy nie można kategorycznie stwierdzić, że sprawca nie jest niezdolny do dalszego prowadzenia pojazdów mechanicznych, ale wskazane byłoby wpłynięcie na sprawcę w postaci znacznie krótszego, co najwyżej

35 Verordnung über die Zulassung von Personen zum Straßenverkehr (Fahrerlaubnis-Verordnung), BGBl. 2010 I, s. 1980 z późn. zm.

36 K. Hühnermann [w:] M. Burmann, R. Heß, K. Hühnermann, J. Jahnke, *Straßenverkehrsrecht...*, § 3, nb. 6.

37 Jugendgerichtsgesetz, t.j. BGBl. 1974 I, s. 3427 z późn. zm. Szerzej: P. König [w:] G. Cirener i in. (red.), *Strafgesetzbuch...*, § 44, nb. 12.

kilkumiesięcznego, zakazu prowadzenia pojazdów. Na gruncie prawa karnego najprostszym rozwiązaniem legislacyjnym byłoby skrócenie dolnej granicy „blokady” w ramach odebrania uprawnień np. do trzech miesięcy albo i mniej, ale takie rozwiązanie byłoby niezgodne z naturą tej instytucji jako środka poprawczego poprawy i zabezpieczenia³⁸. Trudno byłoby przyjąć, że zakaz pełni funkcję ochronno-eliminacyjną i jednocześnie twierdzić, że rzekomo niebezpieczny i wymagający wykluczenia kierowca po krótkiej przerwie będzie mógł włączyć się do ruchu drogowego i już nie będzie stanowił zagrożenia³⁹. Dlatego na gruncie kodeksu karnego krótkotrwały zakaz prowadzenia pojazdów musiał zostać ukształtowany jako kara⁴⁰. Tak też się stało.

W wersji obowiązującej od jej wprowadzenia w 1965 r.⁴¹ aż do 2017 r. była to jednak kara o nietypowym charakterze. Jej istota polegała na krótkotrwałej, ale wyraźnej dolegliwości⁴², która miała skłonić sprawcę do refleksji i być przez niego pamiętana (*Denkzettelstrafe*)⁴³. Kara stanowiła formę ostrzeżenia przed kolejnym naruszeniem przepisów ruchu drogowego⁴⁴. Sprawca miał dostać krótką próbkę, jak wygląda życie bez możliwości prowadzenia pojazdu⁴⁵, a także uświadomić sobie, że przy kolejnym naruszeniu konsekwencje mogą być poważniejsze – ryzykuje utratę uprawnień (na podstawie § 69 StGB lub § 3 StVG)⁴⁶. Sankcja ta nie była skierowana do sprawców zatwardziałych i nie dających rokowań poprawy, dla których zarezerwowano odebranie uprawnień. Grupą docelową byli lekkomyślni kierujący, traktujący zasady ruchu drogowego-

38 Dlatego też już przy wprowadzaniu środka pozbawienia uprawnień odrzucono propozycję dolnej granicy blokady na poziomie trzech miesięcy. D.-M. Halecker, *Der „Denkzettel“...*, s. 49; D.-M. Halecker, *Pozbawienie...*, s. 141.

39 K. Lackner, *Das Zweite Gesetz zur Sicherung des Straßenverkehrs*, „JuristenZeitung” 1965, nr 3, s. 94. W późniejszych pracach nad krótkotrwałym zakazem prowadzenia pojazdów z tego samego powodu zrezygnowano z ukształtowania go jako nowego środka poprawy i zabezpieczenia. D.-M. Halecker, *Der „Denkzettel“...*, s. 49-50.

40 Tamże, s. 50-51; K. Lackner, *Das Zweite...*, s. 94.

41 Instytucja krótkotrwałej kary zakazu prowadzenia pojazdów mechanicznych została wprowadzona do kodeksu karnego jako ówczesny § 37 przez drugą ustawę o bezpieczeństwie ruchu drogowego. *Zweites Gesetz zur Sicherung des Straßenverkehrs*, BGBl. 1964 I, s. 921. Nowelizacja weszła w życie 2 stycznia 1965 r.

42 Por. D.-M. Halecker, *Der „Denkzettel“...*, s. 64.

43 P. König [w:] G. Cirener i in. (red.), *Strafgesetzbuch...*, § 44, nb. 2.

44 Entwurf eines Zweiten Gesetzes zur Sicherung des Straßenverkehrs, 27.09.1962, BT-Drs. IV/651, s. 12, <https://dserver.bundestag.de/btd/04/006/0400651.pdf> [dostęp: 21.05.2022].

45 Tamże.

46 D.-M. Halecker, *Der „Denkzettel“...*, s. 66; P. König [w:] G. Cirener i in. (red.), *Strafgesetzbuch...*, § 44, nb. 2.

go z niedbałością i wymagający zdecydowanego wpłynięcia na ich postawę⁴⁷, jednak nie na tyle nieodpowiedzialni, by konieczne było odebranie im uprawnień⁴⁸. Na pierwszy plan wybijała się więc funkcja prewencji szczególnej⁴⁹.

Przesłanki orzeczenia przez sąd zakazu zostały uregulowane w § 44 ust. 1 zd. 1 StGB. Zgodnie z ostatnim brzmieniem tego przepisu przed reformą z 2017 r., w razie skazania na karę pozbawienia wolności lub karę grzywny za przestępstwo popełnione w trakcie lub w związku z prowadzeniem pojazdu mechanicznego lub z naruszeniem obowiązków kierującego pojazdem mechanicznym, sąd mógł zakazać prowadzenia w ruchu drogowym pojazdów mechanicznych wszelkiego albo konkretnego rodzaju na czas od jednego miesiąca do trzech miesięcy.

Jak już wspomniano we wprowadzeniu, *Fahrverbot* jest karą dodatkową, czyli klasyczną karą kryminalną, z zastrzeżeniem, że musi ona zostać orzeczona obok kary zasadniczej. Jako że jest to kara, czyn musi nie tylko wypełniać znamiona przestępstwa i być bezprawny, ale i musi być zawiniony. Społeczna szkodliwość czynu nie jest natomiast w Niemczech elementem struktury przestępstwa. Zakaz prowadzenia pojazdów mechanicznych jest jedyną przewidzianą przez kodeks karny karą dodatkową (*Nebenstrafe*). Oznacza to, że nie może ona być nigdy orzeczona samoistnie, lecz musi być orzeczona obok którejś z dwóch kar zasadniczych (albo obu tych kar) przewidzianych przez niemieckie prawo karne⁵⁰, czyli kary grzywny lub kary pozbawienia wolności⁵¹.

Inaczej niż w przypadku środka z § 69 StGB, sąd nie jest zobligowany do wymierzenia tej kary przy spełnieniu jej przesłanek. Jednak i tu ustawodawca wymienia przestępstwa, w przypadku których z reguły należy orzec zakaz prowadzenia pojazdów mechanicznych, jeśli nie orzeczono w związku z nimi pozbawienia uprawnień (§ 44 ust. 2 w dawnym brzmieniu, w 2017 r. przesunięty do § 44 ust. 1 zd. 3). Te przestępstwa to prowadzenie pojazdu w stanie

47 Postanowienie Federalnego Sądu Konstytucyjnego z 16 lipca 1969 r., 2 BvL 11/69, BVerfGE 1969, t. 27, s. 42; P. König [w:] G. Cirener i in. (red.), *Strafgesetzbuch...*, § 44, nb. 2.

48 C. Schmidt, *Zakaz prowadzenia pojazdów orzekany niezależnie od rodzaju popełnionego przestępstwa – przewidywane podniesienie kary dodatkowej do rangi sankcji samoistnej*, [w:] M. Małolepszy (red.), *Reforma systemu sankcji w Niemczech, Austrii i w Polsce*, C.H. Beck, Warszawa 2015, s. 129.

49 Postanowienie Wyższego Sądu Krajowego w Kolonii z 16 stycznia 1996 r., Ss 686/95–252, „Neue Zeitschrift für Verkehrsrecht” 1996, nr 7, s. 286; J. Kinzig [w:] A. Eser (red.), *Schönke/Schröder...*, § 44, nb. 1.

50 B.-D. Meier, *Strafrechtliche...*, s. 150.

51 W tym kary pozbawienia wolności z warunkowym zawieszeniem jej wykonania. J. Kinzig [w:] A. Eser (red.), *Schönke/Schröder...*, § 44, nb. 10.

nietrzeźwości (§ 316) oraz sprowadzenie w stanie nietrzeźwości bezpośredniego zagrożenia w ruchu drogowym dla życia i zdrowia lub mienia znacznej wartości (§ 315c ust. 1 pkt 1 lit. a, § 315c ust. 3)⁵².

Unormowanie zakazu w razie, gdy nie orzeczono środka z § 69 StGB, unaocznia jedną z praktycznych funkcji zakazu prowadzenia pojazdów mechanicznych, czyli uzupełnianie reakcji karnoprawnej w miejscach, gdzie nie sięga środek karny. Funkcja ta zachowała się do dzisiaj. Konsekwencją odmiennych grup docelowych jest to, że orzeczenie odebrania uprawnień z § 69 oraz zakazu z § 44 StGB co do zasady wzajemnie się wykluczają – w końcu tylko pierwsza grupa kierowców w ogóle nie jest zdolna do uczestnictwa w ruchu drogowym bez stwarzania zagrożenia, a w ich przypadku orzeczenie środka z § 69 jest obligatoryjne⁵³. Orzeczenie zakazu z § 44 obok środka z § 69 StGB jest jednak możliwe, by uzupełnić luki w miejscach nieobjętych przez orzeczony środek poprawczy i zabezpieczający. Odebranie uprawnień nie ma wpływu na legalność prowadzenia pojazdów mechanicznych, które nie wymagają żadnych uprawnień (np. rowerów elektrycznych). Jeśli sprawca nie powinien korzystać nawet z takich pojazdów, to konieczne jest uzupełnienie środka z § 69 o zakaz z § 44⁵⁴. Podobnie będzie w przypadku wyjęcia określonych kategorii pojazdów z blokady w rozumieniu § 69a ust. 2⁵⁵.

Funkcja wypełniania luk jest istotna, gdyż § 44 StGB jest bardziej elastyczny w stosowaniu niż środek z § 69. Odebranie uprawnień jest bowiem bezwzględne. Jeśli sprawca jest niezdolny do dalszego prowadzenia pojazdów mechanicznych, to traci obligatoryjnie wszelkie uprawnienia do prowadzenia pojazdów mechanicznych, ale jeśli nie można stwierdzić całkowitej niezdolności, to w ogóle nie można orzec tego środka. Z kolei zakaz z § 44 może być odpowiednio modyfikowany w razie potrzeby. Sąd może wyłączyć określone kategorie pojazdów z zakazu, jeśli obszerny zakaz nie jest niezbędny, a także dopuścić jazdy w kon-

52 § 315c ust. 1 pkt 1 lit. a StGB to wariant umyślno-umyślny, a ust. 3 przewiduje winę nieumyślną w odniesieniu do samego spowodowania konkretnego zagrożenia albo do spowodowania konkretnego zagrożenia i jednocześnie nieumyślnego prowadzenia pojazdu w stanie nietrzeźwości.

53 Wyrok Wyższego Sądu Krajowego w Celle z 19 października 1967 r., 1 Ss 350/67, „Neue Juristische Wochenschrift” 1968, nr 23, s. 1102; J. Kinzig [w:] A. Eser (red.), *Schönke/Schröder...*, § 44, nb. 2.

54 Tamże; P. König [w:] G. Cirener i in. (red.), *Strafgesetzbuch...*, § 44, nb. 18.

55 Por. BT-Drs. IV/651, s. 12; H.-G. Kerkmann, H. Blum [w:] K.-L. Haus, C. Krumm, M. Quarch (red.), *Gesamtes...*, § 44, nb. 4; P. König [w:] G. Cirener i in. (red.), *Strafgesetzbuch...*, § 44, nb. 18.

kretnym celu⁵⁶ (np. do pracy). Choć wyłączenia są wyjątkiem, to jest ważne, by sąd przy decyzji o zakresie zakazu uwzględniał zasadę proporcjonalności⁵⁷.

3.2. Zakaz na podstawie § 44 StGB od 2017 r.

Idea rozszerzenia roli *Fahrverbot* jest w Niemczech praktycznie tak stara jak ta instytucja prawna. Dyskusja o tej kwestii była częścią większego dyskursu o poszukiwaniu trzeciej kary wypełniającej lukę między grzywną a pozbawieniem wolności⁵⁸. Już w eksperckim tzw. „alternatywnym projekcie kodeksu karnego – części ogólnej” z 1966 r.⁵⁹ proponowano dwie zmiany. Po pierwsze, zakaz miał być orzekany w reakcji na wszelkiego rodzaju przestępstwa. Po drugie, miałby charakter kary zasadniczej, a nie dodatkowej (§ 55 ust. 1 projektu). Tym samym byłby on jednym z trzech „pełnoprawnych” rodzajów kary, plasującym się w swojej dolegliwości pomiędzy karą grzywny a karą pozbawienia wolności. Ponowne rozpoczęcie dyskusji można przypisać H. Schöchowi i jego opinii z 1992 r. powtarzającej oba postulaty⁶⁰. Choć rozszerzenie roli zakazu było przedmiotem całkiem licznych inicjatyw ustawodawczych⁶¹, to reforma tej instytucji miała miejsce dopiero w 2017 r.⁶² Zrealizowano jedynie pierwszy z obu postulatów. Rozszerzono zakres zastosowania tej kary na wszelkie rodzaje przestępstw, ale zakaz prowadzenia pojazdów mechanicznych zachował charakter kary dodatkowej i nie może być orzekany samoistnie.

3.2.1. Obowiązująca regulacja

Zgodnie z nowym brzmieniem § 44 ust. 1 zd.1 StGB w razie skazania za przestępstwo na karę pozbawienia wolności lub karę grzywny sąd może zakazać

56 S. Claus [w:] H. Satzger, W. Schluckebier (red.), *Strafgesetzbuch...*, § 44, nb. 19.

57 J. Kinzig [w:] A. Eser (red.), *Schönke/Schröder...*, § 44, nb. 17.

58 K. Geppert [w:] H.W. Laufhütte, R. Rissing-van Saan, K. Tiedemann (red.), *Strafgesetzbuch. Leipziger Kommentar*, t. 2, De Gruyter, Berlin 2006, § 44, nb. 119.

59 J. Baumann i in., *Alternativ-Entwurf eines Strafgesetzbuches. Allgemeiner Teil*, J.C.B. Mohr, Tübingen 1966.

60 H. Schöch, *Empfehlen sich Änderungen und Ergänzungen bei den strafrechtlichen Sanktionen ohne Freiheitsentzug? Gutachten C für den 59. Deutschen Juristentag*, C.H. Beck, München 1992, s. 116-120.

61 Przegląd przedstawia K. Geppert [w:] H.W. Laufhütte, R. Rissing-van Saan, K. Tiedemann (red.), *Strafgesetzbuch...*, § 44, nb. 119.

62 Nowelizacja wprowadzona przez ustawę o bardziej efektywnym i praktycznym ukształtowaniu postępowania karnego. Gesetz zur effektiveren und praxistauglicheren Ausgestaltung des Strafverfahrens vom 17. August 2017, BGBl. 2017 I, s. 3202.

prowadzenia pojazdów mechanicznych wszelkiego albo wybranego rodzaju na okres od jednego miesiąca do sześciu miesięcy.

Górna granica trwania zakazu została podniesiona z trzech miesięcy do sześciu. Jest to praktyczne rozwiązanie, skoro blokada przy pozbawieniu uprawnień na podstawie § 69 StGB trwa przynajmniej sześć miesięcy. Poprzez domknięcie tej luki sąd dysponuje pełnym zakresem czasowym przy decyzji o usunięciu sprawcy z ruchu drogowego⁶³. Zmiana wpasowuje się również w rozszerzenie funkcji przypisywanej karze z § 44 StGB przy przestępczości ogólnej (innej niż drogowa). Wprowadzie kara ta zachowała funkcję prewencji indywidualnej⁶⁴, ale wzmocniono też jej klasyczny charakter karny – przede wszystkim funkcję sprawiedliwościową⁶⁵. W ten sposób kara dodatkowa zakazu prowadzenia pojazdów może w większym stopniu przejąć część ciężaru przypisywanego tradycyjnie karze zasadniczej. Ta myśl jest szczególnie istotna z perspektywy unikania orzekania lub wykonywania kar pozbawienia wolności. Kara dodatkowa może w większym stopniu kompensować zmniejszenie dolegliwości dla sprawcy, które nastąpi przy pożądanej rezygnacji z kary izolacyjnej⁶⁶.

Ustawodawca wprowadził przy nowej sankcji szczegółowe dyrektywy jej wymiaru w § 44 ust. 1 zd. 2 StGB. Zawarto tam otwarty katalog sytuacji, kiedy sąd powinien rozważyć orzeczenie zakazu prowadzenia pojazdów mechanicznych, nawet jeśli przestępstwo nie zostało popełnione w trakcie lub w związku z prowadzeniem pojazdu mechanicznego, lub z naruszeniem obowiązków kierującego pojazdem mechanicznym. Ma to miejsce w szczególności wtedy, gdy zakaz wydaje się niezbędny w celu wpłynięcia na sprawcę lub ochronę porządku prawnego, lub gdy dzięki temu możliwe będzie uniknięcie orzeczenia lub wykonania kary pozbawienia wolności.

Pierwszym i w praktyce bardziej istotnym obszarem⁶⁷ jest wpłynięcie na sprawcę i ochrona porządku prawnego. W literaturze wskazuje się kilka typowych grup docelowych tej kary. Pierwszą z nich stanowią osoby, na które sama kara grzywny nie wpłynie, a jednocześnie własny pojazd jest dla nich obiektem dumy i prestiżu⁶⁸. Ponadto nierzadko zdarza się, że osoby takie

63 BT-Drs. 18/11272, s. 17.

64 Tamże.

65 B. v. Heintschel-Heinegg, L. Huber [w:] W. Joecks, K. Miebach (red.), *Münchener...*, § 44, nb. 1.

66 B.-D. Meier, *Strafrechtliche...*, s. 150.

67 H. Schöch, *Zur Auslegung und Anwendung des neuen § 44 StGB*, „Neue Zeitschrift für Strafrecht” 2018, nr 1, s. 16.

68 Tamże.

używają pojazdu w celu dojazdu do odległych od siebie miejsc przestępstw (choć nie jest to konieczne, by zastosować § 44 StGB)⁶⁹. Jako osoby często należące do tej grupy wskazuje się chuliganów stadionowych jeżdżących na mecze wyjazdowe, osoby zaangażowane w ekstremistyczne ruchy polityczne i jeżdżące na demonstracje, wandalami (w tym twórców graffiti) i stalkerów⁷⁰.

Do drugiej typowej grupy docelowej należą osoby, które posiadają wprowadzie pojazd, ale są niezamożne i miałyby trudności z zapłaceniem kary grzywny w pełnej wysokości. Mowa więc o sprawcach, którzy są szczególnie narażeni na orzeczenie zastępczej kary pozbawienia wolności. Orzeczenie kary dodatkowej zakazu prowadzenia pojazdów mechanicznych pozwoli na zmniejszenie liczby stawek dziennych przy orzeczeniu kary grzywny. Dzięki zmniejszeniu wysokości grzywny zwiększa się natomiast szansę na uniknięcie konieczności orzeczenia zastępczej kary pozbawienia wolności⁷¹. Zmniejszenie wysokości kary grzywny może być też wskazane w przypadku sprawców, na których ciąży obowiązek alimentacyjny, jeśli wyższa kara grzywny mogłaby odbić się na realizacji tego obowiązku⁷².

Ostatnia typowa grupa docelowa kary dodatkowej znajduje się natomiast na przeciwległym biegunie zamożności. Mowa tu o osobach bardzo majątnych, na których kara grzywny z ograniczeniami wysokości stawek dziennych nie zrobi większego wrażenia⁷³, a dodatkowo uzyskanie wiarygodnej informacji o ich rzeczywistych dochodach może przysparzać trudności⁷⁴. Można założyć, że takie osoby nie będą miały problemu, by regularnie korzystać z taksówek albo nawet szofera⁷⁵, więc ewentualna uciążliwość spowodowana się do odebrania przyjemności z samodzielnego prowadzenia pojazdu⁷⁶. W tej grupie znajdują się także sprawcy,

69 Tamże.

70 Tamże; J. Kinzig [w:] A. Eser (red.), *Schönke/Schröder...*, § 44, nb. 7a; podobnie H. Stöckel, *Strafen mit Fantasie. Zur Frage neuer Sanktionen im Strafrecht*, [w:] D. Dölling, V. Erb (red.), *Festschrift für Karl Heinz Gössel zum 70. Geburtstag am 16. Oktober 2002*, C.F. Müller, Heidelberg 2002, s. 340.

71 H. Schöch, *Zur Auslegung...*, s. 16.

72 Tamże; por. T. Bode, *Das Fahrverbot als allgemeine Nebenstrafe*, „Neue Zeitschrift für Verkehrsrecht” 2017, nr 1, s. 6.

73 H. Schöch, *Zur Auslegung...*, s. 16.

74 Tamże.

75 F. Streng, *Modernes Sanktionenrecht?*, „Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft” 1999, t. 111, nr 4, s. 854; D. Dölling, *Die Nebenstrafe des Fahrverbots bei allgemeiner Kriminalität*, [w:] S. Barton i in. (red.), *Festschrift für Thomas Fischer*, C.H. Beck, München 2018, s. 860.

76 Tej przyjemności nie bagatelizuje jednak P. König, *Fahrverbot bei allgemeiner Kriminalität?*, „Neue Zeitschrift für Verkehrsrecht” 2001, nr 1, s. 10; por. BT-Drs. 18/11272, s. 16; sceptycznie D. Dölling, *Die Nebenstrafe...*, s. 860.

którzy potencjalnie często będą mieli możliwość korzystać z życzliwości podwożących go członków rodziny, co zmniejszy osobisty charakter kary i sprawi, że obciążenie nią rozleje się na osoby trzecie⁷⁷. Zarzut ten dotyczy jednak w jeszcze większym stopniu kary grzywny, która uszczupla wspólny budżet domowy⁷⁸, zaś w przypadku młodych skazanych – często to rodzice zapłacą grzywnę⁷⁹.

Drugi zasadniczy obszar stosowania zakazu z § 44 StGB też jest dość wąski. Mowa o orzeczeniu zakazu w celu uniknięcia orzeczenia lub wykonania kary pozbawienia wolności. Jako że przy ocenie dolegliwości skutków skazania ocenia się całościowo dolegliwość kary zasadniczej i kary dodatkowej⁸⁰, to przy orzeczeniu zakazu z § 44 StGB możliwe jest odpowiednie złagodzenie kary zasadniczej.

Jak wskazano, w tym wypadku celem może być albo uniknięcie orzeczenia, albo uniknięcie wykonania kary pozbawienia wolności. Odnośnie do uniknięcia orzeczenia kary pozbawienia wolności należy zauważyć, że orzekanie krótkotrwałych kar pozbawienia wolności jest dopuszczalne tylko wyjątkowo (§ 47 StGB). Jednak nawet w ramach drobnej i średniej przestępczości bywa ono konieczne w celu wpłynięcia na sprawcę lub obronę porządku prawnego, zwłaszcza gdy sprawca był już wielokrotnie karany lub naruszał obowiązki probacyjne⁸¹. Po rozszerzeniu zakresu zastosowania § 44 StGB sąd będzie mógł orzec karę grzywny w połączeniu z zakazem prowadzenia pojazdów mechanicznych, jeśli żywi przekonanie, że już ta sankcja będzie wystarczająca⁸².

Redukcja kary zasadniczej pozwoli też w niektórych wypadkach na uniknięcie wykonania kary pozbawienia wolności. Kara pozbawienia wolności, która bez orzeczenia zakazu z § 44 StGB musiałaby wynieść trochę ponad dwa lata⁸³, będzie mogła zostać obniżona do poziomu co najwyżej dwóch lat, co umożliwi warunkowe zawieszenie jej wykonania (por. § 56 ust. 2).

77 F. Streng, *Modernes...*, s. 854; por. J. Zopfs, *Steter Tropfen höhlt den Stein? – Zur Reform der Fahrverbotsstrafe*, [w:] M.A. Zöller, H. Hilger, W. Küper, C. Roxin (red.), *Gesamte Strafrechtswissenschaft in internationaler Dimension. Festschrift für Jürgen Wolter zum 70. Geburtstag am 7. September 2013*, Duncker & Humblot, Berlin 2013, s. 819.

78 T. Bode, *Das Fahrverbot...*, s. 4.

79 H. Stöckel, *Strafen...*, s. 337.

80 Postanowienie Trybunału Federalnego z 12 lipca 1979 r., 4 StR 210/79, BGHSt 1979, t. 29, s. 61.

81 T. Bode, *Das Fahrverbot...*, s. 1.

82 BT-Drs. 18/11272, s. 18.

83 H. Schöch, *Zur Auslegung...*, s. 17 podaje jako górną granicę dwóch lat i sześciu miesięcy, pod warunkiem, że zakaz byłby w konkretnej sytuacji bardzo dotkliwy dla sprawcy, a zawieszenie wykonania kary wiązałoby się ze świadczeniem pieniężnym (§ 56b ust. 2 pkt 2 lub pkt 4 StGB).

Analiza wszystkich omówionych wyżej typowych przypadków orzekania kary dodatkowej (zarówno w celu wpłynięcia na sprawcę i ochrony porządku prawnego, jak i w celu uniknięcia kary pozbawienia wolności) wskazuje na to, że ustawodawca po reformie dążył do stosowania tej sankcji wobec drobnej i średniej przestępczości⁸⁴, lecz nie na szeroką skalę, tylko w stosunku do dość konkretnie zarysowanych typów sprawców⁸⁵.

Ponadto, pozostawiono bez zmian katalog przestępstw, przy których z reguły orzeka się zakaz prowadzenia pojazdów mechanicznych (obecnie § 44 ust. 1 zd. 3 StGB), jeśli nie odebrano sprawcy uprawnień do prowadzenia pojazdów na podstawie § 69. Choć sama kara zakazu prowadzenia pojazdów zyskała więc status sankcji przeciwko przestępczości ogólnej, to ustawodawca nadal uznaje, że jej orzeczenie jest szczególnie wskazane przy konkretnych przestępstwach drogowych.

Przy okazji reformy w 2017 r. wprowadzono praktyczną modyfikację początku obowiązywania zakazu prowadzenia pojazdów mechanicznych. Zgodnie z nowym § 44 StGB ust. 2 zd. 1 StGB zakaz nie staje się skuteczny z chwilą uprawomocnienia wyroku, lecz dopiero z chwilą zdeponowania prawa jazdy w urzędzie, najpóźniej miesiąc po uprawomocnieniu się wyroku. Dzięki temu sprawca będzie miał czas, by podjąć kroki zmierzające do pogodzenia obowiązków zawodowych i rodzinnych z niemożnością prowadzenia pojazdu⁸⁶. Drugim celem tego uregulowania jest ograniczenie przypadków składania przez oskarżonych środków zaskarżenia wyroków jedynie w celu opóźnienia wejścia w życie zakazu⁸⁷.

3.2.2. Dyskusja o karze wobec przestępczości ogólnej

Długi okres potrzebny w Niemczech na wprowadzenie reformy nie powinien dziwić, gdyż mimo wieloletniej dyskusji rozszerzenie stosowania zakazu na każdy rodzaj przestępczości było zagadnieniem polaryzującym środowiska prawnicze⁸⁸. Powszechnie przyjmuje się, że dawny zakaz z § 44 StGB sprawdził się w praktyce i stanowi skuteczny instrument w walce z przestępczością na

84 BT-Drs. 18/11272, s. 19.

85 T. Verrel, *Das Fahrverbot als Hauptstrafe – eine sinnvolle Erweiterung des strafrechtlichen Sanktionensystems!*, „Bonner Rechtsjournal” 2014, nr 2, s. 137; H. Schöch, *Zur Auslegung...*, s. 18.

86 BT-Drs. 18/11272, s. 18.

87 Tamże.

88 Por. D.-M. Halecker, *Der „Denkzettel“...*, s. 153.

drodze⁸⁹, co zmotywowało ustawodawcę do rozszerzenia jego roli⁹⁰. Ponadto jest to sankcja o bardzo niskich kosztach wykonywania⁹¹.

Przeciwko proponowanej reformie podnoszono jednak zarzuty innego rodzaju. Zgłaszano wątpliwości związane z tym, że sankcja zakazu prowadzenia pojazdów może wydawać się już ze swojej natury nierozzerwalnie związana z przestępstwami drogowymi⁹². Argument ten sam w sobie nie jest przekonujący, gdyż pobrzmiewa w nim symbolika pasująca bardziej do czasów sprzed setek lat, gdy normą były kary odzwierciedlające⁹³. Współcześnie nie wymaga się, by rodzaj kary miał być podobny do popełnionego przestępstwa – i nie jest to zresztą realizowane⁹⁴. Kara grzywny nie jest skierowana wyłącznie do sprawców przestępstw przeciwko mieniu⁹⁵. Argument o braku związku miał jednak unaocznić, że społeczeństwo będzie miało problem z zaakceptowaniem kary *Fahrverbot* orzekanej w oderwaniu od przestępstw drogowych, gdyż w oczach obywateli byłoby to sprzeczne z podstawowym poczuciem sprawiedliwości⁹⁶. F. Streng podnosi, że talion symboliczny zawiera w sobie ziarno powszechnego poczucia sprawiedliwości, którego nie można zignorować⁹⁷. W przypadku kary grzywny i kary pozbawienia wolności brak symbolicznego związku z rodzajem czynu miałyby nie być rażący dla społeczeństwa, gdyż obie kary ingerują w swobody obywatela i tym samym mają wpływ na każdy aspekt życia⁹⁸. Jeśli jednak sankcja ingeruje w bardzo wąską, konkretną sferę życia⁹⁹,

89 V. Lempp, *Die Angst...*, s. 21.

90 BT-Drs. 18/11272, s. 14.

91 H. Stöckel, *Strafen...*, s. 337 podkreśla, że na tle wszelkich kar zakaz prowadzenia pojazdów jest niezrównanie tani.

92 F. Streng, *Allgemeines Fahrverbot und Gerechtigkeit – Spezielle und generelle Anmerkungen zur Kriminalpolitik*, „Zeitschrift für Rechtspolitik” 2004, nr 7, s. 238; por. też odwołującą się do korzeni historycznych argumentację J. Zopfsa, *Steter...*, s. 827.

93 H. Schöch, *Fahrverbot für alle Straftaten – ein kriminalpolitischer Paradigmenwechsel*, [w:] B. Hecker, B. Weißer, C. Brand (red.), *Festschrift für Rudolf Rengier zum 70. Geburtstag*, C.H. Beck, München 2018, s. 661; P. König, *Fahrverbot...*, s. 8; H. Janker, *Das Fahrverbot als Nebenstrafe bei allgemeiner Kriminalität? – oder: Die Suche nach einer (weiteren) schuldangemessenen und präventiv wirkenden Sanktion*, „Deutsches Autorecht” 2017, nr 1, s. 12; T. Bode, *Das Fahrverbot...*, s. 5.

94 Tamże, s. 6.

95 T. Verrel, *Das Fahrverbot...*, s. 136.

96 F. Streng, *Modernes...*, s. 852-853 oraz F. Streng, *Allgemeines...*, s. 239 z potwierdzającą te przypuszczenia ankietą przeprowadzoną wśród studentów pierwszego roku prawa.

97 F. Streng, *Modernes...*, s. 852.

98 Tamże, s. 852-853; obszerną krytykę prezentuje P. König, *Fahrverbot...*, s. 8-9.

99 D.-M. Halecker, *Der „Denkzettel“...*, s. 154; J. Zopfs, *Steter...*, s. 821.

jaką jest prowadzenie pojazdów, to nie dałoby się już uniknąć podrażnienia poczucia sprawiedliwości¹⁰⁰.

Kontrargumenty wobec takiej krytyki przedstawiali zwolennicy rozszerzenia funkcji *Fahrverbot*, którzy uważali, że opinia publiczna szybko przywyknie do nowej sankcji¹⁰¹. Te przewidywania się sprawdziły. Możliwe, że jej dobre przyjęcie było ułatwione przez to, że kara z § 44 StGB nie była nigdy orzekana samoistnie, lecz zawsze towarzyszyła ona klasycznej karze zasadniczej. Dzięki temu sprawca nie uchodził za potraktowanego nadzwyczaj łagodnie i nie uniknął „prawdziwej” kary. Jeśli natomiast sankcja ta miałaby być oceniana za zbyt surową w porównaniu do samej grzywny, to trudno było się spodziewać, by potencjalni skazani mogli liczyć na szczególne współczucie ze strony większości społeczeństwa¹⁰².

Zwracano również uwagę na potencjalną niezgodność tego rozwiązania z zasadą równości wyrażoną w art. 3 Ustawy zasadniczej dla Republiki Federalnej Niemiec (GG¹⁰³). Podnoszono, że orzeczenie tej kary jest formalnie możliwe, ale bezcelowe w przypadku osób niemających uprawnień do prowadzeń pojazdów mechanicznych albo przynajmniej niekorzystających regularnie z tych uprawnień, co rodzi ryzyko tworzenia osobnego prawa karnego dla kierujących pojazdami i reszty społeczeństwa¹⁰⁴. Jako że jednym z celów nowego zakazu jest unikanie orzekania krótkotrwałych kar pozbawienia wolności, praktyczna niemożność stosowania zakazu prowadzenia pojazdów do osób bez pojazdu pociąga także ryzyko ich gorszego traktowania – kara pozbawienia wolności może zostać orzeczona, choć sprawca z samochodem uniknąłby kary izolacyjnej¹⁰⁵. Wobec takiego argumentu można jednak zwrócić uwagę, że nie jest to wcale problem specyficzny dla zakazu prowadzenia pojazdów mechanicznych. Przykładowo osoby najuboższe skazane na grzywnę często będą zagrożone zastępczą karą pozbawienia wolności¹⁰⁶. Poza tym w razie chęci uniknięcia orzeczenia krótkotrwałej kary pozbawienia wolności niemieckie prawo karne oferuje całą paletę sposobów, by to osiągnąć, np. poprzez naprawienie szkody, pracę społecznie użyteczną lub poddanie się terapii¹⁰⁷.

100 F. Streng, *Allgemeines...*, s. 239; F. Streng, *Modernes...*, s. 853.

101 P. König, *Fahrverbot...*, s. 9; T. Bode, *Das Fahrverbot...*, s. 5; por. H. Janker, *Das Fahrverbot...*, s. 12.

102 Por. T. Bode, *Das Fahrverbot...*, s. 5.

103 Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland, BGBl. 1949, s. 1 z późn. zm.

104 E. Weßlau, *In welche Richtung geht die Reform des Sanktionensystems?*, „Strafverteidiger” 1999, nr 5, s. 285; F. Streng, *Allgemeines...*, s. 238.

105 Tamże.

106 H. Schöch, *Zur Auslegung...*, s. 17.

107 Tamże.

Wątpliwości w świetle zasady równości zgłaszano nawet w odniesieniu do grupy osób prowadzących pojazdy. W zależności od osobistej sytuacji skazanego, odczuwalność kary zakazu prowadzenia pojazdów mechanicznych może się skrajnie różnić. Obciążenie dla osób z wielkich miast z rozwiniętą komunikacją publiczną jest mniejsze niż dla mieszkańców miasteczek, którzy muszą dojeżdżać do pracy kilkanaście lub kilkadziesiąt kilometrów¹⁰⁸. Dla osób nieuzależnionych od samochodu taka kara nie jest zbyt odczuwalna, a z kolei dla zawodowych kierowców może być rujnująca¹⁰⁹. Co prawda również inne rodzaje kar nie są odczuwane identycznie przez każdego skazanego. Osoba z dużymi oszczędnościami nie musi sobie tak wiele odmawiać przy skazaniu na 90 stawek dziennych grzywny co osoba niezamożna¹¹⁰. Recydywista, który spędził już długi czas w zakładach karnych i zajmuje wysoką pozycję w hierarchii więziennej, będzie znosił karę pozbawienia wolności lepiej niż inni osadzeni¹¹¹. Mimo to rozrzut w dotkliwości jest zazwyczaj większy przy zakazie prowadzenia pojazdów niż w przypadku pozostałych kar. To stwierdzenie nie jest jednak druzgocącym argumentem. Sąd może (i musi) dostosować wysokość kary do stopnia winy według jej indywidualnej dolegliwości. Dlatego też w przypadku osoby korzystającej okazjonalnie z samochodu może on przykładowo orzec zakaz sześciomiesięczny, a w przypadku osoby bardziej zależnej od samochodu, np. dojeżdżającej codziennie do pracy zmianowej, podobny efekt osiągnie się przez krótszy zakaz¹¹². Z kolei przypadki, gdy zakaz stanowiłby nieproporcjonalne obciążenie, mogą być regulowane przez odpowiednie wyjątki w orzeczonym zakazie – przykładowo kierowca zawodowy może otrzymać zakaz prowadzenia pojazdów z wyłączeniem pracy zawodowej, a ojciec jako jedyny kierowca w rodzinie dowożący dzieci do odległej szkoły może otrzymać wyjątek pozwalający jedynie na takie jazdy¹¹³. Sprawia to, że porównanie dolegliwości kary na pierwszy rzut oka jest trudniejsze¹¹⁴, ale nie jest to bardzo ważki zarzut.

108 P.-A. Albrecht, *Reformbemühungen und Versäumnisse aktueller Strafrechtspolitik*, „Neue Justiz” 2000, nr 9, s. 452; H. Kilger, *Fahrverbot als Hauptstrafe? Nein!*, „Zeitschrift für Rechtspolitik” 2009, nr 1, s. 14; U. Franke, *Das Fahrverbot als Hauptstrafe bei allgemeiner Kriminalität?*, „Zeitschrift für Rechtspolitik” 2002, nr 1, s. 22.

109 F. Streng, *Modernes...*, s. 854.

110 Por. T. Bode, *Das Fahrverbot...*, s. 4.

111 Tamże.

112 H. Schöch, *Zur Auslegung...*, s. 17.

113 Tamże; T. Verrel, *Das Fahrverbot...*, s. 137.

114 Por. F. Streng, *Modernes...*, s. 854.

Ustawodawca, świadom zarzutów o tworzeniu osobnej kategorii prawa karnego, złagodził ten wpływ poprzez pozostawienie regulacji zakazu jako kary dodatkowej¹¹⁵. Dzięki temu na pierwszym planie pozostaje (odpowiednio obniżona) kara zasadnicza, a *Fahrverbot* tylko uzupełnia reakcję karną. Stanowi on więc jedynie modyfikację pozwalającą na obniżanie kary.

Zwracano również uwagę, że rozpiętość dolegliwości w przypadku tych dwóch kar może prowadzić do większych trudności w praktycznym stosowaniu tej kary przez sędziów. Nie bez powodu ustawodawca nie był w stanie podać prostego przelicznika dolegliwości kary w porównaniu do kary grzywny lub kary pozbawienia wolności¹¹⁶. Stąd też obawy o duży dodatkowy wysiłek po stronie sędziów przy sporządzaniu uzasadnienia¹¹⁷, którzy musieliby często obszernie wywierać dotkliwość zakazu prowadzenia pojazdów u konkretnego sprawcy oraz dotkliwość kary grzywny lub kary pozbawienia wolności. Ze względu na trudności przy wymiarze kary i uzasadnieniu jej indywidualnego wpływu wieszczono przed reformą, że sędziowie będą niechętni orzekaniu nowej sankcji¹¹⁸. Uniknięcie zwiększenia sędziowskiego nakładu pracy przy sporządzaniu uzasadnienia było drugim powodem, dla czego ustawodawca zdecydował się nie wprowadzić zakazu prowadzenia pojazdów mechanicznych jako trzeciej kary zasadniczej. Dzięki pozostawieniu go jako kary dodatkowej jest on według ustawodawcy tylko sposobem uzupełnienia reakcji karnej. Jeśli sędzia nie zdecyduje się na jego wymierzenie, to wystarczające będzie lakoniczne stwierdzenie w uzasadnieniu, że sama kara zasadnicza wystarcza do osiągnięcia celów kary¹¹⁹.

Obecnie można już zestawić przewidywania niskiego poziomu stosowania nowej kary wśród sędziów z danymi statystycznymi po wprowadzeniu reformy. W 2019 r. orzeczono na podstawie § 44 StGB w sumie 30 163 zakazy. Z tego 24 881 zakazów orzeczono w związku z przestępstwem drogowym, a 5282 zakazy nie miały związku z ruchem drogowym¹²⁰. Dla porównania – w tym samym roku orzeczono w sumie 567 243 kary grzywny¹²¹ i 102 539 kar pozbawienia wolności (w tym 70 521 kar pozbawienia wolności z warunkowym

115 BT-Drs. 18/11272, s. 17.

116 Por. H. Schöch, *Zur Auslegung...*, s. 17.

117 J. Zopfs, *Steter...*, s. 818-819; P. Meyer, *Fahrverbot als Sanktion?*, „Zeitschrift für Rechtspolitik” 2010, nr 7, s. 239.

118 D.-M. Halecker, *Der „Denkzettel“...*, s. 154-155.

119 BT-Drs. 18/11272, s. 17.

120 *Fachserie 10 Reihe 3. Rechtspflege. Strafverfolgung 2019*, Statistisches Bundesamt, Wiesbaden 2020, s. 336.

121 Tamże, s. 190.

zawieszeniem ich wykonania)¹²². W odniesieniu do krótkich kar pozbawienia wolności liczby wyglądają następująco: orzeczono 24 624 kary krótsze niż sześć miesięcy, w tym 17 862 kary z warunkowym zawieszeniem ich wykonania¹²³.

Liczba zakazów orzeczonych za przestępstwa niezwiązane z ruchem drogowym wypada więc skromnie na tle statystyki, co mogłoby wskazywać na słuszność przewidywań o sędziowskim sceptycyzmie. Są to jednak dane dopiero z drugiego pełnego roku funkcjonowania zreformowanej sankcji. Zarzut początkowych problemów w praktycznym stosowaniu można zresztą uczynić wobec jakiegokolwiek reformy sędziowskiego instrumentarium. Również zwolennicy nowej sankcji nie liczyli na to, że będzie ona powszechnie stosowana przez sędziów od razu po jej wprowadzeniu do StGB. P. König zakłada, że po przetarciu szlaku przez odważniejszych sędziów pozostali sędziowie będą stopniowo przekonywać się do szerszego stosowania tej sankcji¹²⁴. Ponadto podkreśla się, że ta sankcja nigdy nie miała być stosowana w prawie karnym na szeroką skalę. Jej celem nie jest zastąpienie stosowania tradycyjnych kar zasadniczych, lecz w dużej mierze jedynie uzupełnienie ubogiego wachlarza kar o sankcję wymierzoną w konkretną grupę sprawców¹²⁵.

Krytyka orzekania zakazu wynika także z niewielkich możliwości jego kontroli¹²⁶, ograniczonej w praktyce do przypadkowych kontroli drogowych¹²⁷. Zgodnie z § 21 ust. 1 pkt 1 StVG osobie prowadzącej pojazd mechaniczny mimo zakazu z § 44 StGB grozi kara pozbawienia wolności do roku lub kara grzywny, a także przepadek pojazdu (§ 21 ust. 3 nr 1 StVG) oraz utrata uprawnień do prowadzenia pojazdów mechanicznych (§ 69 StGB).

Problemem pochodnym ryzyka naruszania tego zakazu jest zagrożenie wpędzania sprawców w powtórna kryminalizację¹²⁸. W przypadku środka o znikomej kontroli jego przestrzegania i obarczonego sankcją kryminalną za jego złamanie istnieje ryzyko, że sprawcy zachęeni domniemaną bezkarnością będą podejmować ryzyko naruszenia zakazu. Jednak dostępne od lat statystyki wskazują na to, że postępowania z tego tytułu są rzadkością, a zdecydowana

122 Tamże, s. 154.

123 Tamże.

124 P. König, *Das strafgerichtliche Fahrverbot neuer Prägung*, „Deutsches Autorecht” 2018, nr 11, s. 609.

125 T. Verrel, *Das Fahrverbot...*, s. 137; H. Schöch, *Zur Auslegung...*, s. 18.

126 T. Verrel, *Das Fahrverbot...*, s. 138; H. Kilger, *Fahrverbot...*, s. 14.

127 V. Lempp, *Die Angst...*, s. 22.

128 F. Streng, *Modernes...*, s. 855; E. Weßlau, *In welche Richtung...*, s. 285; por. też T. Verrel, *Das Fahrverbot...*, s. 138, który jednak uważa, że nie należy przeceniać tego ryzyka.

większość kierowców zdaje się przestrzegać zakazu¹²⁹. Podnosi się, że poza terenami wielkomiejskimi kontrole nie są wcale aż tak rzadkie¹³⁰, sprawcy są często znani miejscowym policjantom¹³¹, a dla wielu osób kara przy złapaniu nie jest warta ryzyka¹³², zwłaszcza że zakaz prowadzenia pojazdów nie trwa zbyt długo¹³³. Wypada jednak zastrzec, że dawne statystyki dotyczą osób skazanych z tytułu przestępstw drogowych, a osoby dopuszczające się przestępstw innego rodzaju mogą być mniej skłonne stosować się do zakazu¹³⁴.

Podsumowując, krytyka dotycząca akceptacji zreformowanej kary w społeczeństwie okazała się nietrafiona, a problemy związane z zasadą równości i obciążeniem wymiaru sprawiedliwości zostały złagodzone przez ustawodawcę, choć nie całkowicie wyeliminowane. P. König słusznie zauważa, że znaczna część zarzutów (tj. ryzyko omijania dolegliwości przez pomoc osób trzecich oraz ograniczona kontrola i wtórna kryminalizacja) dotyczy nie tyle zakazu prowadzenia po reformie, co instytucji *Fahrverbot* jako takiej, również w kształcie sprzed reformy¹³⁵. Jednocześnie trzeba podkreślić, że choć środek nigdy nie był sankcją całkowicie pozbawioną wad, to nikt w Niemczech nie postulował odejścia od tej sprawdzonej kary ani też nie negował jej skuteczności¹³⁶. Rozszerzenie zakresu zastosowania zakazu sprawia, że te wady wystąpią w większym natężeniu, jednak także kara grzywny i kara pozbawienia wolności mają swoje negatywne strony¹³⁷.

Podsumowując, zakaz prowadzenia pojazdów nie jest karą doskonałą, ale ma on całkiem liczne zalety, a jego wady nie są poważne¹³⁸. Najbliższe lata pokażą, jak przyjmie się kara z § 44 StGB w nowym kształcie, ale nie należy jej oceniać po sumarycznych danych statystycznych o liczbie orzekanych kar. Bardziej właściwe będzie ocenianie jej użycia w dość wąskiej grupie sprawców, do których jest skierowana. Reforma z 2017 r. na tle całego systemu sankcji to zmiana punktowa, a nie rewolucja. W ujęciu całościowym nie można się spodziewać, że kara ta będzie poważną alternatywą dla dwóch kar zasadniczych.

129 H. Schöch, *Fahrverbot...*, s. 664; T. Verrel, *Das Fahrverbot...*, s. 138.

130 H. Schöch, *Fahrverbot...*, s. 664; T. Bode, *Das Fahrverbot...*, s. 2.

131 Często to lokalni policjanci łapią sprawcę, a i tak informacja o prawomocnym zakazie zostaje przekazana jednostce policji właściwej ze względu na miejsce zamieszkania kierującego – H. Janker, *Das Fahrverbot...*, s. 13; podobnie H. Stöckel, *Strafen...*, s. 339.

132 BT-Drs. 18/11272, s. 16-17; H. Schöch, *Fahrverbot...*, s. 664.

133 BT-Drs. 18/11272, s. 16.

134 D. Dölling, *Die Nebenstrafe...*, s. 865.

135 P. König, *Fahrverbot...*, s. 10-11.

136 Tamże, s. 11.

137 Tamże.

138 H. Stöckel, *Strafen...*, s. 336; podobnie P. König, *Fahrverbot...*, s. 10-11.

T. Bode zauważa jednak, że jej wprowadzenie to niewielki, ale ważny krok w kierunku wzmocnienia funkcji prewencji szczególnej i osłabienia funkcji sprawiedliwościowej w rozwoju niemieckiego prawa karnego¹³⁹. Dlatego też nie wydaje się prawdopodobne, by ewentualne dobre przyjęcie rozszerzonej kary zakazu prowadzenia pojazdów zakończyło dyskusję o poszukiwaniu trzeciej kary zasadniczej w niemieckim systemie prawa.

3.3. Zakaz na podstawie § 25 StVG

Regulacja zakazu prowadzenia pojazdów mechanicznych w reakcji na wykroczenia drogowe znajduje się w § 25 StVG. Ten środek (nie jest on bowiem karą)¹⁴⁰ jest nieco młodszy niż omówiony już karnoprawny zakaz, gdyż został wprowadzony w 1968 r.¹⁴¹ Podobnie jak w przypadku swojego odpowiednika z kodeksu karnego, funkcja prewencyjno-wychowawcza znajduje się na pierwszym planie¹⁴². Praktyczne znaczenie tego środka jest jednak nieporównywalnie większe niż zakazu na podstawie § 44 StGB. W 2019 r. na kierujących pojazdami nałożono w sumie około 457 300 zakazów prowadzenia pojazdu¹⁴³. Jako że niewiele ponad 30 tysięcy z nich stanowiły kary na podstawie § 44 StGB, to około 93% zakazów stanowiły te wydane na podstawie § 25 ust. 1 zd. 1 StVG, który stanowi, że urząd lub sąd wydający decyzję o grzywnie (*Geldbuße*; nie należy jej mylić z karnoprawną karą grzywny – *Geldstrafe*) może zakazać prowadzenia w ruchu drogowym pojazdów mechanicznych każdego albo określonego rodzaju na okres od jednego do trzech miesięcy, jeśli sprawca popełnił wykroczenie drogowe w rozumieniu § 24 StVG, poważnie lub uporczywie naruszając przy tym obowiązki kierującego pojazdem mechanicznym.

Właściwym „urzędem” jest co do zasady wskazana przez prawo danego kraju związkowego¹⁴⁴ jednostka lub komórka organizacyjna policji (§ 26 ust. 1 StVG). Sądem jest natomiast Amtsgericht według § 68 ust. 1 zd. 1

139 T. Bode, *Das Fahrverbot...*, s. 2.

140 Szerzej B. Krenberger, *Das Fahrverbot in Bußgeldsachen als Verkehrserziehungsmaßnahme*, „Neue Zeitschrift für Verkehrsrecht” 2021, nr 1, s. 26-27.

141 Ustawa wprowadzająca do ustawy o wykroczeniach porządkowych: Einführungsgesetz zum Gesetz über Ordnungswidrigkeiten (EGOWiG), BGBl. 1968 I, s. 503 z późn. zm.

142 Obszernie B. Krenberger, *Das Fahrverbot...*, s. 26-30.

143 *Erteilte Fahrverbote in Deutschland bis 2020*, <https://de.statista.com/statistik/daten/studie/5339/umfrage/fahrverbote-deutschland/> [dostęp: 8.11.2021].

144 Wyliczenie poszczególnych właściwości prezentuje K. Hühnermann [w:] M. Burmann, R. Heß, K. Hühnermann, J. Jahnke, *Straßenverkehrsrecht...*, § 26, nb. 1.

ustawy o wykroczeniach porządkowych (OWiG)¹⁴⁵, czyli sąd powszechny najniższego szczebla – funkcjonalny odpowiednik polskiego sądu rejonowego.

Poważne naruszenia to takie przypadki szczególnie ciężkiej wagi, które z obiektywnego punktu widzenia często stwarzają szczególnie duże zagrożenie, a ponadto sprawca subiektywnie działa w sposób nieodpowiedzialny¹⁴⁶. Nie wystarcza więc zwykła nieostrożność (np. przeoczenie znaku drogowego przez chwilową nieuwagę), lecz konieczna jest rażąca lekkomyślność, rażące niedbalstwo lub obojętność¹⁴⁷. Z kolei uporczywe naruszenia to takie, które nie mają jeszcze takiej wagi jak poważne naruszenia, ale przez powtarzające się popełnianie czynu w zbliżonym czasie lub czynów o zbliżonym charakterze, mimo wcześniejszego ostrzeżenia, sprawca pokazuje, że nie jest on skłonny przestrzegać prawa oraz nie jest skłonny do refleksji nad swoim postępowaniem¹⁴⁸.

Zgodnie z § 25 ust. 1 zd. 2 StVG z reguły orzeka się zakaz prowadzenia pojazdów mechanicznych, jeśli sprawca zostanie ukarany grzywną za wykroczenie prowadzenia pojazdu mechanicznego po użyciu alkoholu lub środków odurzających (§ 24a StVG). W przypadku alkoholu stężenie musi wynosić co najmniej 0,5‰ alkoholu we krwi lub 0,25 mg/l w wydychanym powietrzu albo ilość alkoholu w organizmie musi prowadzić do któregoś z tych stężeń, ale sprawca nie odpowiada za przestępstwo prowadzenia w stanie nietrzeźwości według § 316 StGB¹⁴⁹. Ten przepis nie posługuje się natomiast sztywnym progiem ilościowym, lecz jakościowym kryterium „zdolności do bezpiecznego prowadzenia pojazdu”¹⁵⁰.

Choć § 25 StVG wskazuje bezpośrednio w swojej treści zasadę dotyczącą tylko jednego wykroczenia, nie oznacza to, że prawodawca pozostawia

145 Gesetz über Ordnungswidrigkeiten, t.j. BGBl. 1987 I, s. 602 z późn. zm.

146 Postanowienie Trybunału Federalnego z 11 września 1997 r., 4 StR 638/96, BGHSt 1997, t. 43, s. 245-246; przykłady prezentuje M. Burmann [w:] M. Burmann, R. Heß, K. Hühnermann, J. Jahnke, *Straßenverkehrsrecht...*, § 25, nb. 9.

147 Postanowienie Trybunału Federalnego z 11 września 1997 r., 4 StR 638/96, s. 246; M. Burmann [w:] M. Burmann, R. Heß, K. Hühnermann, J. Jahnke, *Straßenverkehrsrecht...*, § 25, nb. 9a.

148 Postanowienie Trybunału Federalnego z 17 marca 1992 r., 4 StR 367/91, BGHSt 1992, t. 38, s. 234; M. Burmann [w:] M. Burmann, R. Heß, K. Hühnermann, J. Jahnke, *Straßenverkehrsrecht...*, § 25, nb. 10.

149 Przy czynie jednocześnie wypełniającym znamiona wykroczenia porządkowego i przestępstwa stosuje się ustawę karną, chyba że nie orzeczono kary kryminalnej (§ 21 ust. 1 zd. 1, ust. 2 OWiG).

150 Szerzej: M. Małolepszy, *Odpowiedzialność karna za prowadzenie pojazdu mechanicznego w stanie nietrzeźwości lub po użyciu alkoholu w prawie polskim i niemieckim*, „Prokuratura i Prawo” 2017, nr 10, s. 151-153.

przy innych wykroczeniach tę kwestię swobodnemu uznaniu urzędu lub sądu. Na podstawie upoważnienia ustawowego w § 26a federalny minister transportu wydał rozporządzenie zawierające katalog grzywien w ruchu drogowym (BKatV¹⁵¹), zawierający oprócz standardowych stawek grzywny rekomendowaną długość zakazu prowadzenia pojazdów. Katalog zawiera wytyczne wymiaru tych środków wiążące urzędy oraz sądy¹⁵². Nie należy jednak rozumieć tego związania zbyt ściśle. Katalog ujednolica praktykę, podając wytyczne, które wykroczenia zazwyczaj uchodzą za poważne i jak powinny wyglądać sankcje w standardowym wypadku. Jeśli dane wykroczenie zostało ujęte w katalogu jako poważne, to jest to dla urzędu i sądu wyraźna wskazówka, że i w konkretnym rozpatrywanym przez nie przypadku naruszenie będzie „poważne” w rozumieniu § 25 ust. 1 StVG¹⁵³. Wskazanie to nie zwalnia przy tym z konieczności badania specyfiki konkretnego przypadku, lecz jedynie ogranicza nakład pracy przy uzasadnieniu¹⁵⁴. Szczególnie istotne jest badanie, czy w danym przypadku sankcja odpowiada zasadzie winy i proporcjonalności¹⁵⁵. Mimo ciążącego na sędzie obowiązk ustalenia prawdy materialnej, w praktyce będzie on miał podstawy do przyjęcia, że jest to przypadek wyjątkowy, dopiero wtedy, gdy kierujący poinformuje go o nietypowych okolicznościach sprawy¹⁵⁶.

151 Katalog jest załącznikiem 1 do rozporządzenia o udzielaniu pouczeń, standardowych stawkach grzywien i nakładaniu zakazu prowadzenia pojazdów z powodu wykroczeń porządkowych w ruchu drogowym z 14 marca 2013 r. Verordnung über die Erteilung einer Verwarnung, Regelsätze für Geldbußen und die Anordnung eines Fahrverbotes wegen Ordnungswidrigkeiten im Straßenverkehr (Bußgeldkatalog-Verordnung), BGBl. 2013 I, s. 498 z późn. zm.

152 Postanowienie Trybunału Federalnego z 28 listopada 1991 r., 4 StR 366/91, BGHSt 1992, t. 38, s. 132; C. Krumm [w:] K.-L. Haus, C. Krumm, M. Quarch (red.), *Gesamtes...*, § 26a, nb. 9.

153 Postanowienie Trybunału Federalnego z 28 listopada 1991 r., 4 StR 366/91, s. 134.

154 Postanowienie Trybunału Federalnego z 11 września 1997 r., 4 StR 638/96, s. 247; C. Krumm, *Fahrverbot in Bußgeldsachen*, Nomos, Baden-Baden 2017, § 6, nb. 1.

155 Por. postanowienie Federalnego Sądu Konstytucyjnego z 24 marca 1996 r., 2 BvR 616/91, „Neue Juristische Wochenschrift” 1996, nr 28, s. 1810-1811; H. Niehaus [w:] U. Berz, H. Burmann (red.), *Handbuch des Straßenverkehrsrechts*, t. 2, C.H. Beck, München 2021, rozdz. 16.B, nb. 92.

156 P. Hentschel, C. Krumm, *Fahrerlaubnis, Alkohol, Drogen im Straf- und Ordnungswidrigkeitenrecht*, Nomos, Baden-Baden 2018, cz. 2, nb. 568; H. Niehaus [w:] U. Berz, H. Burmann (red.), *Handbuch...*, rozdz. 16.B, nb. 97; por. też postanowienie Bawarskiego Najwyższego Sądu Krajowego z 21 lipca 2000 r., 1 ObOWi 351/00, „Neue Zeitschrift für Verkehrsrecht” 2001, nr 1, s. 46-47.

Znaczenie zasady proporcjonalności jest w największym stopniu widoczne w przypadku kierowców zawodowych. Jednak i oni zazwyczaj muszą pogodzić się z nałożeniem zakazu, skoro sami sprowadzili na siebie ten środek¹⁵⁷, a skutek jest dzięki katalogowi łatwy do przewidzenia i dość krótki¹⁵⁸. W dodatku można od sprawcy oczekiwać podjęcia wszelkich kroków łagodzących skutki zakazu¹⁵⁹, np. wzięcia urlopu na ten czas¹⁶⁰. Nieproporcjonalność będzie więc przyjęta tylko w sytuacji, gdy mimo wszelkich prób jego złagodzenia¹⁶¹ zakaz byłby nadal rujnujący (w szczególności przy konkretnej groźbie utraty pracy lub przedsiębiorstwa)¹⁶², a także w rzadkim przypadku, gdy poszczególne skutki rozpatrywane pojedynczo nie byłyby nieproporcjonalne, ale ich suma staje się nieakceptowalna¹⁶³. Przykładem takiego przypadku jest sytuacja, w której ojciec rodziny nie dość, że utraci pracę i będzie miał szczególne trudności ze znalezieniem nowego zatrudnienia, to jeszcze mieszka na prowincji z dwojgiem przewlekłe chorych dzieci, które w razie ataku choroby muszą zostać jak najszybciej przetransportowane do szpitala¹⁶⁴. Rezygnacja z wydania zakazu jest kompensowana przez odpowiednie podwyższenie grzywny (§ 4 ust. 4 BKatV).

Możliwe jest też odwrotne odstępstwo od wskazówek w katalogu – uznanie konkretnego naruszenia za poważne i nałożenie zakazu prowadzenia pojazdów, nawet jeśli dane wykroczenie nie zostało uznane w katalogu za „z reguły” uzasadniające zakaz prowadzenia pojazdów. Jednak takie przypadki są bardzo rzadkie i wymagają dogłębnego uzasadnienia¹⁶⁵.

Katalog różni się od reguł wymiaru kary z § 69 ust. 2 StGB i § 44 ust. 1 zd. 3 StGB o tyle, że dodatkowo wskazuje konkretny rozmiar konsekwencji (wysokość stawki grzywny i długość zakazu). Również tutaj możliwa jest modyfikacja wysokości sankcji w zależności od potrzeb konkretnego przypadku, oczywiście pod wa-

157 Postanowienie Wyższego Sądu Krajowego w Hamm z 15 listopada 2000 r., 2 Ss OWi 1057/2000, „Neue Zeitschrift für Verkehrsrecht” 2001, nr 2, s. 91.

158 P. Hentschel, C. Krumm, *Fahrerlaubnis...*, cz. 2, nb. 616.

159 Lista metod tamże, cz. 2, nb. 618.

160 Postanowienie Wyższego Sądu Krajowego w Hamm z 8 stycznia 1996 r., 2 Ss OWi 1422/95, „Neue Zeitschrift für Verkehrsrecht” 1996, nr 6, s. 248; H. Niehaus [w:] U. Berz, H. Burmann (red.), *Handbuch...* – zob. rozdz. 16.B, nb. 123.

161 Tamże, nb. 124.

162 Postanowienie Wyższego Sądu Krajowego w Hamm z 8 stycznia 1996 r., 2 Ss OWi 1422/95, „Neue Zeitschrift für Verkehrsrecht” 1996, nr 6, s. 248; P. Hentschel, C. Krumm, *Fahrerlaubnis...*, cz. 2, nb. 617.

163 Tamże.

164 Postanowienie Wyższego Sądu Krajowego w Hamm z 30 września 1996 r., 3 Ss OWi 972/96, „Neue Zeitschrift für Verkehrsrecht” 1997, nr 6, s. 282.

165 C. Krumm [w:] K.-L. Haus, C. Krumm, M. Quarch (red.), *Gesamtes...*, § 25, nb. 13,

runkiem odpowiedniego uzasadnienia¹⁶⁶. Poważne wykroczenia drogowe, przy których popełnieniu nałożenie zakazu o określonej długości jest wskazaną reakcją, chyba że występuje atypowy przypadek, zostały wymienione w § 4 ust. 1 BKatV. Na podstawie kilku reprezentatywnych przykładów przedstawiono niżej poziom punitwności katalogu według stawek obowiązujących od 9 listopada 2021 r. I tak, według pkt 241 katalogu prowadzenie pojazdu mechanicznego po użyciu alkoholu (wykroczenie, co do zasady przynajmniej 0,5‰ alkoholu we krwi) oznacza 500 euro grzywny i jeden miesiąc zakazu prowadzenia pojazdów. Przy pojedynczej recydywie rekomendacja rośnie do 1000 euro i trzech miesięcy zakazu (pkt 241.1), a przy recydywie wielokrotnej wynosi 1500 euro i trzy miesiące zakazu (pkt 241.2). Z kolei zgodnie z pkt 132.1 katalogu przejazd na czerwonym świetle i stworzenie przez to zagrożenia bezpieczeństwa w ruchu drogowym oznacza 200 euro i miesiąc zakazu prowadzenia pojazdów. Natomiast w pkt 246.2 przewidziano, że nieprawidłowe używanie przyrządu elektronicznego (czyli w praktyce telefonu komórkowego) i stworzenie przez to zagrożenia bezpieczeństwa w ruchu drogowym wiąże się z karą 150 euro grzywny i miesięcznym zakazem.

W praktyce szczególnie istotne są skutki przekroczenia dozwolonej prędkości. Według pkt 11 w zw. z tabelą 1 pkt c kierujący samochodem osobowym bez przyczepy musi liczyć się z następującymi skutkami, w zależności od tego, czy przekroczenie nastąpiło w obszarze zabudowanym czy poza nim.

Tab. 1. Przekroczenie prędkości w obszarze zabudowanym.

przekroczenie prędkości	stawka grzywny	zakaz prowadzenia pojazdów
do 10 km/h	30 euro	bez zakazu
11–15 km/h	50 euro	
16–20 km/h	70 euro	
21–25 km/h	115 euro	
26–30 km/h	180 euro	1 miesiąc przy recydywie*
31–40 km/h	260 euro	1 miesiąc
41–50 km/h	400 euro	
51–60 km/h	560 euro	2 miesiące
61–70 km/h	700 euro	3 miesiące
ponad 70 km/h	800 euro	

Źródło: Bußgeldkatalog-Verordnung, pkt 11 w zw. z tabelą 1 pkt c.

166 Tamże, § 26a, nb. 11.

* W przypadku gdy kierujący został już prawomocnie ukarany grzywną za przekroczenie prędkości o przynajmniej 26 km/h i ponownie przekracza prędkość o przynajmniej 26 km/h w ciągu roku od uprawomocnienia pierwszej decyzji o grzywnie (§ 4 ust. 2 zd. 2 katalogu).

Tab. 2. Przekroczenie prędkości poza obszarem zabudowanym.

przekroczenie prędkości	stawka grzywny	zakaz prowadzenia pojazdów
do 10 km/h	20 euro	bez zakazu
11–15 km/h	40 euro	
16–20 km/h	60 euro	
21–25 km/h	100 euro	
26–30 km/h	150 euro	1 miesiąc przy recydywie*
31–40 km/h	200 euro	
41–50 km/h	320 euro	1 miesiąc
51–60 km/h	480 euro	
61–70 km/h	600 euro	2 miesiące
ponad 70 km/h	700 euro	3 miesiące

Źródło: Bußgeldkatalog-Verordnung, pkt 11 w zw. z tabelą 1 pkt c.

* Jak w tabeli 1.

Nietrudno zauważyć, że wysokość stawek grzywny nie jest zbyt wysoka w porównaniu z dotkliwością zakazu. Zakaz prowadzenia pojazdów będzie dla sprawcy zazwyczaj zdecydowanie bardziej dolegliwy niż grzywna¹⁶⁷. W przypadku poważniejszych lub regularnych wykroczeń to zakaz stanowi więc główną metodę walki z nieodpowiedzialnymi kierowcami. Położenie nacisku na stosowanie zakazu mogłoby na pierwszy rzut oka zaskakiwać, gdyż w administracyjnym postępowaniu wykroczeniowym, nastawionym na szybkie załatwianie setek spraw, analiza specyfiki konkretnego przypadku jest nierealna i dopiero na etapie sprzeciwu lub w postępowaniu sądowym można liczyć się z rozpatrzeniem sprawy indywidualnie¹⁶⁸. Mimo to jest to środek ceniony w praktyce i na stałe wpisał się w niemiecki system walki z zagrożeniami na drodze.

167 P. Hentschel, C. Krumm, *Fahrerlaubnis...*, cz. 2, nb. 1.

168 Obszernie D.-M. Halecker, *Der „Denkzettel“...*, s. 224-231.

W przypadku naruszeń niebędących jeszcze „poważnymi”, ale popełnianych uporczywie, przy pierwszym nałożeniu zakazu prowadzenia pojazdów powinien on z reguły wynosić jeden miesiąc (§ 4 ust. 2 zd. 1 BKatV).

Zgodnie z § 25 ust. 2 zd. 1 StVG zakaz prowadzenia pojazdów staje się skuteczny z chwilą uprawomocnienia się decyzji o grzywnie (wraz z którą nakłada się zakaz). Jednak prawo niemieckie przewiduje udogodnienie dla osób, wobec których nie orzeczono wcześniej zakazu prowadzenia pojazdów mechanicznych w okresie dwóch lat od popełnienia obecnego wykroczenia oraz w okresie między jego popełnieniem a rozstrzygnięciem nakładającym zakaz. W tym wypadku zgodnie z § 25 ust. 2a StVG urząd lub sąd obligatoryjnie¹⁶⁹ przesuwają moment skuteczności na chwilę, w której prawo jazdy po uprawomocnieniu decyzji dotrze do depozytu urzędowego, ale nie dalej niż cztery miesiące po uprawomocnieniu się decyzji lub orzeczenia. To unormowanie ma na celu zmniejszenie liczby sprzeciwów składanych tylko po to, by odsunąć w czasie wejście w życie zakazu¹⁷⁰. Jego efektem jest też dłuższy czas, jakim dysponuje sprawca, by przygotować się do zakazu przez wzięcie urlopu lub odpowiednią organizację obowiązkowych zawodowych i rodzinnych. Sprawca zostanie bowiem wykluczony z ruchu drogowego dopiero w momencie, gdy zakaz stanie się skuteczny. Zakaz nie zostaje wydany przez policjanta, który złapie sprawcę na gorącym uczynku, lecz jest nakładany na późniejszym etapie przez właściwy urząd, zazwyczaj zintegrowany w struktury policji. Nie następuje też tymczasowe odebranie uprawnień do prowadzenia pojazdów ani zatrzymanie prawa jazdy – § 111a ust. 1 zd. 1 i ust. 3 zd. 1 StPO¹⁷¹ przewiduje ten skutek tylko przy uzasadnionym podejrzeniu, że zostanie wydany środek pozbawienia uprawnień do prowadzenia pojazdów mechanicznych na podstawie § 69 StGB. Jest to rozwiązanie zgodne z ideą środka karnego. Jeśli sprawcy nie grozi orzeczenie środka poprawczego i zabezpieczającego, to oznacza to, że nie stanowi on takiego zagrożenia, by trzeba było go natychmiast wyeliminować z ruchu drogowego.

4. Inspiracja dla polskiego ustawodawcy

W dużej mierze pozytywne doświadczenia niemieckie skłaniają do zastanowienia, czy warto byłoby przejąć część rozwiązań do polskiego systemu prawnego.

169 Postanowienie Wyższego Sądu Krajowego w Düsseldorfie z 21 lipca 1998 r., 5 Ss (OWi) 238/98 – (OWi) 104/98 I, „Neue Zeitschrift für Verkehrsrecht” 1998, nr 11, s. 472; M. Burmann [w:] M. Burmann, R. Heß, K. Hühnermann, J. Jahnke, *Straßenverkehrsrecht...*, § 25, nb. 36a.

170 Tamże, nb. 36.

171 Strafprozessordnung, t.j. BGBl. 1987 I, s. 1074 z późn. zm.

4.1. Kara wobec przestępczości ogólnej

Wprowadzenie karnoprawnego zakazu o szerokim zakresie zastosowania na wzór zreformowanego § 44 StGB nie wydaje się bezwzględnie konieczne. Niemieckie rozwiązanie stanowi odpowiedź na wąski niemiecki katalog kar i lukę w dolegliwości między karą grzywny i karą pozbawienia wolności¹⁷². W Polsce ta przestrzeń jest jednak wypełniona przez karę ograniczenia wolności. Kontrolowana praca na cele społeczne również jest dobrym instrumentem umożliwiającym unikanie orzekania kary pozbawienia wolności. Dzięki osobistemu i stosunkowo egalitarnemu charakterowi praca na cele społeczne wydaje się dobrze odpowiadać na problemy orzekania kary grzywny wobec osób ubogich i bardzo majątnych, a także wobec chuliganów czy wandalów. Nie jest to natomiast sankcja tak łatwa i tania w wykonywaniu, a stosowanie jej na szerszą skalę rodzi problemy organizacyjne. Szczegółowe porównanie wad i zalet kary ograniczenia wolności oraz zakazu prowadzenia pojazdów wykracza jednak poza ramy niniejszego opracowania. Na marginesie można wspomnieć, że niemieckie prawo karne również przewiduje darmową, kontrolowaną pracę na cele społeczne, ale nie w formie kary, tylko jako obowiązek w ramach warunkowego zawieszenia wykonania kary (§ 56b ust. 2 pkt 3 StGB), obowiązek w ramach warunkowego umorzenia postępowania (§ 153a ust. 1 pkt 3 StPO) oraz jako metodę uniknięcia wykonywania zastępczej kary pozbawienia wolności według art. 293 ustawy wprowadzającej do kodeksu karnego (EGStGB)¹⁷³.

4.2. Zatrzymanie prawa jazdy

Interesujące byłoby natomiast wykorzystanie doświadczeń niemieckich w obszarze poważnych i uporczywych wykroczeń drogowych. W polskim systemie prawnym funkcjonuje dość zbliżony do niemieckiego zakazu instrument, jakim jest zatrzymanie prawa jazdy przez starostę na podstawie art. 102 ust. 1 pkt 4 ustawy o kierujących pojazdami (u.k.p.)¹⁷⁴ w razie przekroczenia dopuszczalnej prędkości o ponad 50 km/h na obszarze zabudowanym. Drugim, pominiętym w dalszych rozważaniach przypadkiem jest przewóz pasażerów w liczbie znacznie większej niż dopuszczalna (art. 102 ust. 1 pkt 5, ust. 1a u.k.p.). Zatrzymanie prawa jazdy po przekroczeniu prędkości następuje na okres trzech

172 BT-Drs. 18/11272, s. 14; H. Schöch, *Zur Auslegung...*, s. 15.

173 Einführungsgesetz zum Strafgesetzbuch vom 2. März 1974, BGBl. 1974 I, s. 469 z późn. zm.

174 Ustawa z dnia 5 stycznia 2011 r. o kierujących pojazdami, t.j. Dz.U. 2021, poz. 1212 z późn. zm.

miesiący i nadaje mu się rygor natychmiastowej wykonalności (art. 102 ust. 1c). Decyzja starosty jest poprzedzona natychmiastowym zatrzymaniem prawa jazdy przez policjanta za pokwitowaniem przy ujawnieniu tego przekroczenia prędkości (art. 135 ust. 1 pkt 2 lit. a u.p.r.d.¹⁷⁵). Sprawca może prowadzić pojazd mechaniczny jedynie do 24 godzin po zatrzymaniu prawa jazdy przez policjanta (art. 135 ust. 5).

Przy złapaniu na gorącym uczynku zatrzymanie prawa jazdy następuje więc w praktyce natychmiast po wykryciu czynu. Obligatoryjność i natychmiastowość zakazu mają działać odstraszająco na kierowców, zniechęcając ich do nadmiernego przekraczania dozwolonej prędkości¹⁷⁶. Były one jednak przedmiotem krytyki doktryny. Zauważano, że w ramy prawa administracyjnego wtłoczono środek o charakterze mocno represyjnym, pasującym w istocie bardziej do prawa wykroczeń, aby posługiwać się bardziej odformalizowanym, szybszym i tańszym trybem¹⁷⁷. Automatyzm decyzji starosty¹⁷⁸ oraz faktyczny brak możliwości weryfikacji zatrzymania, któremu nadano rygor natychmiastowej wykonalności (w praktyce do czasu rozstrzygnięcia samorządowego kolegium odwoławczego i wojewódzkiego sądu administracyjnego mija trzymiesięczny okres zatrzymania)¹⁷⁹ skłoniły Rzecznika Praw Obywatelskich do zaskarżenia tego unormowania do TK. Trybunał w bardzo wąskim zakresie podzielił te wątpliwości¹⁸⁰, uznając jedynie za konieczne wyłączenie z zakresu zastosowania tych norm przypadków stanu wyższej konieczności¹⁸¹. Ponadto, w orzecznictwie sądów administracyjnych dominuje pogląd, zgodnie z któ-

175 Ustawa z dnia 20 czerwca 1997 r. – Prawo o ruchu drogowym, t.j. Dz.U. 2021, poz. 450 z późn. zm.

176 Wyrok TK z 11 października 2016 r., K 24/15, OTK-A 2016, poz. 77, teza 6.4; uchwała 7 sędziów NSA z 1 lipca 2019 r., I OPS 3/18, ONSAiWSA 2019, nr 5, poz. 72.

177 V. Vachev, *Odpowiedzialność za przekroczenie dozwolonej prędkości w terenie zabudowanym o więcej niż 50 km/h*, „Studia Iuridica” 2017, t. 69, s. 95; A. Sakowicz, *Opinia na temat oceny zgodności z Konstytucją RP administracyjnego zatrzymania prawa jazdy*, Druk sejmowy nr 2586, s. 9, <https://www.sejm.gov.pl/Sejm7.nsf/opinieBAS.xsp?nr=2586> [dostęp: 8.11.2021]; wniosek RPO do TK, II.503.1.2015.MWa/MK, 17.09.2015, s. 18, https://bip.brpo.gov.pl/sites/default/files/Wniosek_do_TK_ws_zatrzymywania_praw_jazdy.pdf [dostęp: 8.11.2021].

178 Tamże, s. 23-27.

179 Tamże, s. 27-28.

180 Wyrok TK z 11 października 2016 r., K 24/15 z głosami krytycznymi: M. Kolendowskiej-Matejczuk, *Glosa do wyroku TK z 11 października 2016 r.*, K 24/15, „Palestra” 2017, nr 4, s. 79-86 oraz J. Kuleszy, *Glosa do wyroku TK z 11 października 2016 r.* „Państwo i Prawo” 2017, nr 10, s. 140-145.

181 Implementacją tego wyroku są wyłączenia w art. 102 ust. 1aa u.k.p. oraz art. 135 ust. 3 u.p.r.d.

rym starosta jest związany przekazaną mu przez policję urzędową informacją o przekroczeniu prędkości i nie ma prawa weryfikować, czy rzeczywiście doszło do tego wykroczenia, nawet jeśli obywatel to kwestionuje¹⁸².

Mimo akceptacji tego unormowania w judykaturze, warto się zastanowić nad jego celowością. Nietrudno zauważyć, że prawo niemieckie całkowicie odmiennie reguluje kwestie krytykowane w polskim uregulowaniu, ostro odcinając się od automatyzmu i natychmiastowości. Po pierwsze, urząd i ewentualnie sąd mają możliwość i obowiązek uwzględnienia specyfiki konkretnego przypadku i ewentualnej modyfikacji długości lub odstąpienia od nałożenia zakazu prowadzenia pojazdów w szczególnych przypadkach. Możliwość indywidualizacji środka jest ważna, skoro zakaz jest dotkliwym, w rzadkich sytuacjach nawet nieproporcjonalnym obciążeniem. Aby tych skutków można było realnie uniknąć oraz aby kierujący pojazdem mógł bronić się przed według niego niesłusznym zatrzymaniem (np. przy twierdzeniu, że pomiar prędkości dotyczył sąsiedniego samochodu), zatrzymanie nie może być wykonywane natychmiastowo. Powody odstąpienia od zakazu zostaną bowiem zazwyczaj przedstawione i uprawdopodobnione w toku postępowania. Niemieckie uregulowanie uwzględnia ochronę praw obwinionych, ponieważ wymaga odczekania z wykonaniem zakazu do uprawomocnienia decyzji lub wyroku; ponadto przy pierwszym zastosowaniu zakazu możliwe jest przesunięcie jego skuteczności nawet o cztery kolejne miesiące.

Jako uzasadnienie nieuchronności i natychmiastowości zatrzymania prawa jazdy w Polsce podaje się realizację funkcji ochronno-eliminacyjnej i odstraszenie kierowców¹⁸³. Trybunał Konstytucyjny, opierając się na danych Policji¹⁸⁴, zauważył, że „stosowanie tej sankcji od momentu jej wprowadzenia do porządku prawnego, tj. od 18 maja 2015 r., znacząco zwiększyło bezpieczeństwo na drogach”¹⁸⁵. Należy jednak zapytać, co działa odstrasząco na kierowców – czy już samo zagrożenie zatrzymaniem prawa jazdy na trzy miesiące (które zostanie prędzej czy później wykonane), czy też sankcja ta sama

182 Uchwała składu siedmiu sędziów NSA z 1 lipca 2019 r., I OPS 3/18; kategorycznie wyrok NSA z 29 maja 2018 r., I OSK 2190/16, LEX 2502250. Tę wykładnię krytykuje T. Hankus, *Glosa krytyczna do uchwały Naczelnego Sądu Administracyjnego z dnia 1 lipca 2019 r. (I OPS 3/18)*, „Studia Prawnoustrojowe” 2019, t. 46, s. 488-495.

183 Wyrok TK z 11 października 2016 r., K 24/15, teza 6.4; uchwała 7 sędziów NSA z 1 lipca 2019 r., I OPS 3/18.

184 *Poprawa bezpieczeństwa na polskich drogach w I kwartale 2016 r.*, <https://www.policja.pl/pol/aktualnosci/124815,Poprawa-bezpieczenstwa-na-polskich-drogach-w-I-kwartale-2016-r.html> [dostęp: 8.11.2021].

185 Wyrok TK z 11 października 2016 r., K 24/15, teza 6.4.

w sobie nie jest zbyt odstrasżająca, a dopiero jej natychmiastowość wywiera efekt na kierujących. Niemiecki przykład pokazuje, że już sam zakaz działa odstrasżająco. W ostatecznym rozrachunku kierujący ma świadomość, że będzie musiał zrezygnować z prowadzenia pojazdów, tyle że będzie miał mniej problemów z przeorganizowaniem swoich obowiązków na ten czas.

Można też próbować argumentować, że kierujący dopuszczający się tak rażącego przekroczenia prędkości w obszarze zabudowanym musi zostać jak najszybciej wyeliminowany z ruchu drogowego, ponieważ będzie stanowił nieakceptowalne zagrożenie i nie można tolerować jego obecności na drogach. Jeśli jednak traktować takiego sprawcę jako nienadającego się do bezpiecznego uczestnictwa w ruchu drogowym, to dlaczego miałby zostać wyeliminowany tylko na trzy miesiące, a po tym czasie mógłby wrócić do prowadzenia pojazdów? Trzeba podkreślić, że za samo przekroczenie prędkości, nawet tak rażące, nie jest możliwe orzeczenie zakazu prowadzenia pojazdów (por. art. 28 § 1 pkt 1, art. 28 § 2 i art. 92a k.w.). Niemiecki ustawodawca już przy wprowadzaniu środka karnego z § 69 StGB zauważył, że trudno powoływać się na funkcję ochronno-eliminacyjną, jeśli kierujący po krótkiej przerwie powróci do ruchu drogowego¹⁸⁶. Jeśli polski ustawodawca traktowałby osoby przekraczające rażąco prędkość jako tak niebezpieczne i wymagające szybkiego usunięcia z dróg, to powinien konsekwentnie przewidywać za ten czyn możliwość orzeczenia zakazu prowadzenia pojazdów, a nie tylko zatrzymanie prawa jazdy na trzy miesiące. W porównaniu do naruszenia sądowego zakazu prowadzenia pojazdów na podstawie art. 244 k.k.¹⁸⁷, ustawodawca przewiduje też znacznie łagodniejszą sankcję za prowadzenie pojazdu mimo zatrzymania prawa jazdy. Jest to jedynie przedłużenie zatrzymania z trzech miesięcy do sześciu (art. 102 ust. 1d zd. 1 u.k.p.), co też nie świadczy o znacznej potrzebie eliminacji tych kierowców z dróg.

Obecna regulacja jest niekonsekwentna. Zatrzymanie prawa jazdy przez policjanta jest obligatoryjne przy rażącym przekroczeniu prędkości, choć nie można za nie orzec zakazu prowadzenia pojazdów, czyli poważniejszego środka. Jednocześnie w przypadku uzasadnionego podejrzenia, że kierowca popełnił przestępstwo lub wykroczenie, za które może być orzeczony zakaz prowadzenia pojazdów (a więc, mogłoby się wydawać, poważniejszy czyn), zatrzymanie prawa jazdy przez policjanta jest tylko fakultatywne (art. 135 ust. 3 u.p.r.d.)¹⁸⁸.

186 D.-M. Halecker, *Der „Denkzettel“...*, s. 49; por. K. Lackner, *Das Zweite...*, s. 94.

187 Ustawa z dnia 6 czerwca 1997 r. – Kodeks karny, t.j. Dz.U. 2020, poz. 1444 z późn. zm.

188 Wyjątkiem jest uzasadnione podejrzenie, że kierujący pojazdem znajduje się w stanie nietrzeźwości lub w stanie po użyciu alkoholu albo środka działającego podobnie do alkoholu (art. 135 ust. 1 pkt 1 lit. a u.p.r.d.).

Ustawodawca zdaje się więc traktować przekroczenie prędkości za mniej doniosłe z punktu widzenia niebezpieczeństwa na drogach niż wykroczenia, za które można orzec zakaz z art. 29 k.w., ale jednocześnie jest surowszy w kwestii natychmiastowości eliminacji tych kierowców z ruchu drogowego.

Podsumowując, pozytywne doświadczenia niemieckie powinny skłonić polskiego ustawodawcę do wprowadzenia zmian w regulacji zatrzymania prawa jazdy. Po pierwsze, należałoby odrzucić związanie organu wydającego zakaz informacją policyjną i umożliwić modyfikację zakazu (np. wyłączenie jazd niezbędnych zawodowo) lub, w wyjątkowych przypadkach, rezygnację z jego wymierzenia za cenę odpowiednio zwiększonej grzywny. Po drugie, należałoby odejść od trybu uniemożliwiającego realną obronę, czyli kombinacji natychmiastowego zatrzymania prawa jazdy przez policjanta z obowiązkowym rygorem natychmiastowej wykonalności decyzji o zatrzymaniu prawa jazdy. Trudno się jednocześnie oprzeć wrażeniu, że uregulowanie zatrzymania prawa jazdy zostało umieszczone w ustawie o kierujących pojazdami, z dala od prawa wykroczeń, tylko po to, by uzasadnić odformalizowaną procedurę¹⁸⁹. Właściwym rozwiązaniem byłoby więc wprowadzenie odpowiedniego środka do kodeksu wykroczeń¹⁹⁰ i poddanie go procedurze typowej dla zakazu prowadzenia pojazdów.

Przy nowej regulacji odpowiednika „zatrzymania prawa jazdy” należałoby skorygować jego niefortunną nazwę. Prawo jazdy to jedynie dokument potwierdzający uprawnienia do prowadzenia pojazdów mechanicznych, którego nie trzeba mieć przy sobie podczas kierowania, więc „zatrzymanie prawa jazdy” nie powinno mieć wpływu na uprawnienia. W istocie ta instytucja prawna polega na zawieszeniu uprawnień do prowadzenia pojazdów mechanicznych i taka nazwa byłaby adekwatna.

4.3. Uzupełnienie zakazu prowadzenia pojazdów mechanicznych

Nowy środek nie powinien być ograniczony do rażącego przekroczenia prędkości i przewozu nadmiaru pasażerów. Należałoby rozważyć wprowadzenie zawieszenia uprawnień do prowadzenia pojazdów mechanicznych zarówno do kodeksu wykroczeń, jak i do kodeksu karnego jako ogólnego uzupełnienia środka karnego zakazu prowadzenia pojazdów mechanicznych. Obecnie minimalna długość zakazu prowadzenia pojazdów wynosi sześć mie-

189 Por. V. Vachev, *Odpowiedzialność...*, s. 95; A. Sakowicz, *Opinia...*, s. 9.

190 Ustawa z dnia 20 maja 1971 r. – Kodeks wykroczeń, t.j. Dz.U. 2021, poz. 281 z późn. zm.

sięcy w kodeksie wykroczeń (art. 29 § 1 k.w.) i jeden rok w kodeksie karnym (art. 43 § 1 w zw. z art. 39 pkt 3 k.k.), co jest wysoko zawieszonym progiem. Gdy orzeczenie zakazu prowadzenia pojazdów jest fakultatywne, sąd może stanąć przed dylematem, gdy uważa, że wskazane byłoby wywarcie wpływu na sprawcę przez tymczasowe uniemożliwienie mu prowadzenia pojazdów, ale dostrzega, że już krótsze pozbawienie tego uprawnienia prawdopodobnie wywrze pożądaný wpływ. Obecnie sąd musi jednak zdecydować między zakazem trwającym sześć miesięcy (albo rok) a niewymierzaniem tego środka w ogóle. Żadne z tych rozwiązań może nie być w danej sytuacji optymalne. Jak uczy doświadczenie niemieckie, już zdecydowanie krótsze zakazy, w najłagodniejszych przypadkach nawet miesięczne, mogą wystarczająco wpływać na kierowców. Uwagi te dotyczą w najwyższym stopniu prawa wykroczeń, ale i przy przestępstwie zejście poniżej roku może być w danej sytuacji wskazane.

Warto byłoby więc rozważyć domknięcie tej luki, pozwalając na orzekanie krótkotrwałego środka. Dlatego rozsądne wydaje się wprowadzenie możliwości orzeczenia zawieszenia uprawnień w reakcji na wszelkie przestępstwa przeciwko bezpieczeństwu w komunikacji oraz te wykroczenia, w przypadku których przepis szczególny będzie ten skutek przewidywał – powinny to być przynajmniej te wykroczenia, za które można orzec zakaz prowadzenia pojazdów, a ponadto wybrane poważniejsze wykroczenia, za które nie grozi zakaz (jak np. rażące przekroczenie prędkości). Środek ten powinien być orzekany na tle prawa wykroczeń na okres od jednego miesiąca do sześciu miesięcy, a w przypadku przestępstwa na okres od jednego miesiąca do roku.

Bibliografia

Akty normatywne

Strafgesetzbuch (StGB) vom 15. Mai 1871, t.j. BGBl. 1998 I, s. 3322 z późn. zm.
Strafprozessordnung (StPO) vom 1. Februar 1877, t.j. BGBl. 1987 I, s. 1074 z późn. zm.

Straßenverkehrsgesetz (StVG) vom 3. Mai 1909, t.j. BGBl. 2003 I, s. 310 z późn. zm.
Jugendgerichtsgesetz (JGG) vom 16. Februar 1923, t.j. BGBl. 1974 I, s. 3427 z późn. zm.

Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland (GG) vom 23. Mai 1949, BGBl. 1949, s. 1 z późn. zm.

Zweites Gesetz zur Sicherung des Straßenverkehrs vom 26. November 1964, BGBl. 1964 I, s. 921.

- Einführungsgesetz zum Gesetz über Ordnungswidrigkeiten (EGOWiG) vom 24. Mai 1968, BGBl. 1968 I, s. 503 z późn. zm.
- Gesetz über Ordnungswidrigkeiten (OWiG) vom 24. Mai 1968, t.j. BGBl. 1987 I, s. 602 z późn. zm.
- Ustawa z dnia 20 maja 1971 r. – Kodeks wykroczeń, t.j. Dz.U. 2021, poz. 281 z późn. zm.
- Einführungsgesetz zum Strafgesetzbuch (EGStGB) vom 2. März 1974, BGBl. 1974 I, s. 469 z późn. zm.
- Ustawa z dnia 6 czerwca 1997 r. – Kodeks karny, t.j. Dz.U. 2020, poz. 1444 z późn. zm.
- Ustawa z dnia 20 czerwca 1997 r. – Prawo o ruchu drogowym, t.j. Dz.U. 2021, poz. 450 z późn. zm.
- Verordnung über die Zulassung von Personen zum Straßenverkehr (Fahrerlaubnis-Verordnung, FeV) vom 13. Dezember 2010, BGBl. 2010 I, s. 1980 z późn. zm.
- Ustawa z dnia 5 stycznia 2011 r. o kierujących pojazdami, t.j. Dz.U. 2021, poz. 1212 z późn. zm.
- Verordnung über die Erteilung einer Verwarnung, Regelsätze für Geldbußen und die Anordnung eines Fahrverbotes wegen Ordnungswidrigkeiten im Straßenverkehr (Bußgeldkatalog-Verordnung) vom 14. März 2013, BGBl. 2013 I, s. 498 z późn. zm.
- Gesetz zur effektiveren und praxistauglicheren Ausgestaltung des Strafverfahrens vom 17. August 2017, BGBl. 2017 I, s. 3202.

Orzecznictwo

- Wyrok Trybunału Federalnego z 29 czerwca 1954 r., 5 StR 233/54, BGHSt 1954, t. 6, s. 183.
- Wyrok Trybunału Federalnego z 14 grudnia 1954 r., 3 StR 330/54, BGHSt 1955, t. 7, s. 165.
- Wyrok Wyższego Sądu Krajowego w Celle z 19 października 1967 r., 1 Ss 350/67, „Neue Juristische Wochenschrift” 1968, nr 23, s. 1102.
- Postanowienie Federalnego Sądu Konstytucyjnego z 16 lipca 1969 r., 2 BvL 11/69, BVerfGE 1969, t. 27, s. 36.
- Postanowienie Trybunału Federalnego z 12 lipca 1979 r., 4 StR 210/79, BGHSt 1979, t. 29, s. 58.
- Postanowienie Trybunału Federalnego z 28 listopada 1991 r., 4 StR 366/91, BGHSt 1992, t. 38, s. 125.

- Postanowienie Trybunału Federalnego z 17 marca 1992 r., 4 StR 367/91, BGHSt 1992, t. 38, s. 231.
- Postanowienie Wyższego Sądu Krajowego w Hamm z 8 stycznia 1996 r., 2 Ss OWi 1422/95, „Neue Zeitschrift für Verkehrsrecht” 1996, nr 6, s. 247.
- Postanowienie Wyższego Sądu Krajowego w Kolonii z 16 stycznia 1996 r., Ss 686/95–252, „Neue Zeitschrift für Verkehrsrecht” 1996, nr 7, s. 286.
- Postanowienie Federalnego Sądu Konstytucyjnego z 24 marca 1996 r., 2 BvR 616/91 i in., „Neue Juristische Wochenschrift” 1996, nr 28, s. 1809.
- Postanowienie Wyższego Sądu Krajowego w Hamm z 30 września 1996 r., 3 Ss OWi 972/96, „Neue Zeitschrift für Verkehrsrecht” 1997, nr 6, s. 281.
- Postanowienie Trybunału Federalnego z 11 września 1997 r., 4 StR 638/96, BGHSt 1997, t. 43, s. 241.
- Postanowienie Wyższego Sądu Krajowego w Düsseldorfie z 21 lipca 1998 r., 5 Ss (OWi) 238/98 – (OWi) 104/98 I, „Neue Zeitschrift für Verkehrsrecht” 1998, nr 11, s. 472.
- Postanowienie Bawarskiego Najwyższego Sądu Krajowego z 21 lipca 2000 r., 1 ObOWi 351/00, „Neue Zeitschrift für Verkehrsrecht” 2001, nr 1, s. 46.
- Postanowienie Wyższego Sądu Krajowego w Hamm z 15 listopada 2000 r., 2 Ss OWi 1057/2000, „Neue Zeitschrift für Verkehrsrecht” 2001, nr 2, s. 90.
- Wyrok Trybunału Federalnego z 26 września 2003 r., 2 StR 161/03, „Neue Zeitschrift für Strafrecht” 2004, nr 3, s. 144.
- Wyrok Federalnego Sądu Konstytucyjnego z 5 lutego 2004 r., 2 BvR 2029/01, BVerfGE 2004, t. 109, s. 133.
- Uchwała Wielkiego Senatu do Spraw Karnych Trybunału Federalnego z 27 kwietnia 2005 r., GSSt 2/04, BGHSt 2005, t. 50, s. 93.
- Wyrok TK z 11 października 2016 r., K 24/15, OTK-A 2016, poz. 77.
- Wyrok NSA z 29 maja 2018 r., I OSK 2190/16, LEX 2502250.
- Uchwała składu siedmiu sędziów NSA z 1 lipca 2019 r., I OPS 3/18, ONSAiWSA 2019, nr 5, poz. 72.

Dokumenty urzędowe

Entwurf eines Gesetzes zur Änderung des Strafgesetzbuchs, des Jugendgerichtsgesetzes, der Strafprozessordnung und weiterer Gesetze, 22.02.2017, BT-Drs. 18/11272, <https://dserver.bundestag.de/btd/18/112/1811272.pdf> [dostęp: 21.05.2022].

- Entwurf eines Zweiten Gesetzes zur Sicherung des Straßenverkehrs, 27.09.1962, BT-Drs. IV/651, <https://dserver.bundestag.de/btd/04/006/0400651.pdf> [dostęp: 21.05.2022].
- Sakowicz A., Opinia na temat oceny zgodności z Konstytucją RP administracyjnego zatrzymania prawa jazdy, Druk sejmowy nr 2586, 12.12.2014, <https://www.sejm.gov.pl/Sejm7.nsf/opinieBAS.xsp?nr=2586> [dostęp: 8.11.2021].
- Wniosek RPO do TK, II.503.1.2015.MWa/MK, 17.09.2015, https://bip.brpo.gov.pl/sites/default/files/Wniosek_do_TK_ws_zatrzymywania_praw_jazdy.pdf [dostęp: 8.11.2021].

Literatura

- Albrecht P.-A., *Reformbemühungen und Versäumnisse aktueller Strafrechtspolitik*, „Neue Justiz” 2000, nr 9, s. 449-453.
- Baumann J. i in., *Alternativ-Entwurf eines Strafgesetzbuches. Allgemeiner Teil*, J.C.B. Mohr, Tübingen 1966.
- Berz U., Burmann H. (red.), *Handbuch des Straßenverkehrsrechts*, t. 2, C.H. Beck, München 2021.
- Bode T., *Das Fahrverbot als allgemeine Nebenstrafe*, „Neue Zeitschrift für Verkehrsrecht” 2017, nr 1, s. 1-7.
- Bode T., *Zasadniczy problem rozróżnienia między karami i środkami zabezpieczającymi w orzecznictwie Federalnego Sądu Konstytucyjnego i Europejskiego Trybunału Praw Człowieka*, [w:] M. Małolepszy (red.), *Reforma systemu sankcji w Niemczech, Austrii i w Polsce*, C.H. Beck, Warszawa 2015, s. 23-38.
- Burmann M., Heß R., Hühnermann K., Jahnke J., *Straßenverkehrsrecht. Kommentar*, C.H. Beck, München 2020.
- Cirener G. i in. (red.), *Strafgesetzbuch. Leipziger Kommentar*, t. 4, De Gruyter, Berlin 2020.
- Dölling D., *Die Nebenstrafe des Fahrverbots bei allgemeiner Kriminalität*, [w:] S. Barton i in. (red.), *Festschrift für Thomas Fischer*, C.H. Beck, München 2018, s. 857-867.
- Eser A. (red.), *Schönke/Schröder. Strafgesetzbuch. Kommentar*, C.H. Beck, München 2019.
- Fachserie 10 Reihe 3. Rechtspflege. Strafverfolgung 2019*, Statistisches Bundesamt, Wiesbaden 2020.
- Fischer T., *Strafgesetzbuch mit Nebengesetzen*, C.H. Beck, München 2021.

- Franke U., *Das Fahrverbot als Hauptstrafe bei allgemeiner Kriminalität?*, „Zeitschrift für Rechtspolitik” 2002, nr 1, s. 20-23.
- Góralski P., *Ogólna charakterystyka porównawcza środków zabezpieczających w niemieckim i w polskim prawie karnym*, [w:] P. Góralski, A. Muszyńska (red.), *Racjonalna sankcja karna w systemie prawa*, EuroPrawo, Warszawa 2019, s. 261-288.
- Halecker D.-M., *Der „Denkzettel“ Fahrverbot. Eine kritische Bestandsaufnahme seines straf-, jugendstraf- und ordnungswidrigkeitrechtlichen Anwendungsbereiches*, Nomos, Baden-Baden 2009.
- Halecker D.-M., *Pozbawienie prawa prowadzenia pojazdów (§ 69 StGB) – środek poprawczy i zabezpieczający?*, [w:] M. Małolepszy (red.), *Reforma systemu sankcji w Niemczech, Austrii i w Polsce*, C.H. Beck, Warszawa 2015, s. 137-145.
- Hankus T., *Glosa krytyczna do uchwały Naczelnego Sądu Administracyjnego z dnia 1 lipca 2019 r. (I OPS 3/18)*, „Studia Prawnoustrojowe” 2019, t. 46, s. 485-496.
- Haus K.-L., Krumm C., Quarch M. (red.), *Gesamtes Verkehrsrecht*, Nomos, Baden-Baden 2017.
- Hentschel P., Krumm C., *Fahrerlaubnis, Alkohol, Drogen im Straf- und Ordnungswidrigkeitenrecht*, Nomos, Baden-Baden 2018.
- Janker H., *Das Fahrverbot als Nebenstrafe bei allgemeiner Kriminalität? – oder: Die Suche nach einer (weiteren) schuldangemessenen und präventiv wirkenden Sanktion*, „Deutsches Autorecht” 2017, nr 1, s. 8-13.
- Joecks W., Miebach K. (red.), *Münchener Kommentar zum Strafgesetzbuch*, t. 2, C.H. Beck, München 2020.
- Kilger H., *Fahrverbot als Hauptstrafe? Nein!*, „Zeitschrift für Rechtspolitik” 2009, nr 1, s. 13-15.
- König P., *Das strafgerichtliche Fahrverbot neuer Prägung*, „Deutsches Autorecht” 2018, nr 11, s. 604-609.
- König P., *Fahrverbot bei allgemeiner Kriminalität?*, „Neue Zeitschrift für Verkehrsrecht” 2001, nr 1, s. 6-11.
- Krenberger B., *Das Fahrverbot in Bußgeldsachen als Verkehrserziehungsmaßnahme*, „Neue Zeitschrift für Verkehrsrecht” 2021, nr 1, s. 26-31.
- Krumm C., *Fahrverbot in Bußgeldsachen*, Nomos, Baden-Baden 2017.
- Kolendowska-Matejczuk M., *Glosa do wyroku Trybunału Konstytucyjnego z 11 października 2016 r., K 24/15*, „Palestra” 2017, nr 4, s. 79-86.
- Kulesza J., *Stan wyższej konieczności w ruchu drogowym. Glosa do wyroku TK z dnia 11 października 2016 r., K 24/15*, „Państwo i Prawo” 2017, nr 10, s. 140-145.
- Lackner K., *Das Zweite Gesetz zur Sicherung des Straßenverkehrs*, „JuristenZeitung” 1965, nr 3, s. 92-95.

- Laufhütte H.W., Rissing-van Saan R., Tiedemann K. (red.), *Strafgesetzbuch. Leipziger Kommentar*, t. 2, De Gruyter, Berlin 2006.
- Lempp V., *Die Angst des Straftäters vor dem Fahrverbot*, „Straßenverkehrsrecht” 2017, nr 1, s. 20-22.
- Małolepszy M., *Odpowiedzialność karna za prowadzenie pojazdu mechanicznego w stanie nietrzeźwości lub po użyciu alkoholu w prawie polskim i niemieckim*, „Prokuratura i Prawo” 2017, nr 10, s. 148-166.
- Matt H., Renzikowski J. (red.), *Strafgesetzbuch. Kommentar*, C.H. Beck, München 2020.
- Meier B.-D., *Strafrechtliche Sanktionen*, Springer, Berlin 2019.
- Meyer P., *Fahrverbot als Sanktion?*, „Zeitschrift für Rechtspolitik” 2010, nr 7, s. 239.
- Satzger H., Schluckebier W. (red.), *Strafgesetzbuch. Kommentar*, Carl Heymanns Verlag, Köln 2021.
- Schmidt C., *Zakaz prowadzenia pojazdów orzekany niezależnie od rodzaju popełnionego przestępstwa – przewidywane podniesienie kary dodatkowej do rangi sankcji samostnej*, [w:] M. Małolepszy (red.), *Reforma systemu sankcji w Niemczech, Austrii i w Polsce*, C.H. Beck, Warszawa 2015, s. 129-136.
- Schöch H., *Empfehlen sich Änderungen und Ergänzungen bei den strafrechtlichen Sanktionen ohne Freiheitsentzug? Gutachten C für den 59. Deutschen Juristentag*, C.H. Beck, München 1992.
- Schöch H., *Fahrverbot für alle Straftaten – ein kriminalpolitischer Paradigmenwechsel*, [w:] B. Hecker, B. Weißer, Ch. Brand (red.), *Festschrift für Rudolf Rengier zum 70. Geburtstag*, C.H. Beck, München 2018, s. 657-665.
- Schöch H., *Zur Auslegung und Anwendung des neuen § 44 StGB*, „Neue Zeitschrift für Strafrecht” 2018, nr 1, s. 15-18.
- Stöckel H., *Strafen mit Fantasie. Zur Frage neuer Sanktionen im Strafrecht*, [w:] D. Dölling, V. Erb (red.), *Festschrift für Karl Heinz Gössel zum 70. Geburtstag am 16. Oktober 2002*, C.F. Müller, Heidelberg 2002, s. 329-344.
- Streng F., *Allgemeines Fahrverbot und Gerechtigkeit – Spezielle und generelle Anmerkungen zur Kriminalpolitik*, „Zeitschrift für Rechtspolitik” 2004, nr 7, s. 237-240.
- Streng F., *Modernes Sanktionenrecht?*, „Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft” 1999, t. 111, nr 4, s. 827-862.
- Vachev V., *Odpowiedzialność za przekroczenie dozwolonej prędkości w terenie zabudowanym o więcej niż 50 km/h*, „Studia Iuridica” 2017, t. 69, s. 87-98.
- Verrel T., *Das Fahrverbot als Hauptstrafe – eine sinnvolle Erweiterung des strafrechtlichen Sanktionensystems!*, „Bonner Rechtsjournal” 2014, nr 2, s. 135-138.

- Warylewski J., *Prawo karne. Część ogólna*, Wolters Kluwer, Warszawa 2020.
- Weßlau E., *In welche Richtung geht die Reform des Sanktionensystems?*, „Strafverteidiger” 1999, nr 5, s. 278-287.
- Wolter J. (red.), *SK-StGB. Systematischer Kommentar zum Strafgesetzbuch*, t. 3, Carl Heymanns Verlag, Köln 2016.
- Zopfs J., *Steter Tropfen höhlt den Stein? – Zur Reform der Fahrverbotsstrafe*, [w:] M.A. Zöller, H. Hilger, W. Küper, C. Roxin (red.), *Gesamte Strafrechtswissenschaft in internationaler Dimension. Festschrift für Jürgen Wolter zum 70. Geburtstag am 7. September 2013*, Duncker & Humblot, Berlin 2013, s. 815-829.

Netografia

- 2018 Road Safety Statistics: What Is Behind the Figures?*, https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/en/MEMO_19_1990 [dostęp: 8.11.2021].
- Erteilte Fahrverbote in Deutschland bis 2020*, <https://de.statista.com/statistik/daten/studie/5339/umfrage/fahrverbote-deutschland/> [dostęp: 8.11.2021].
- Poprawa bezpieczeństwa na polskich drogach w I kwartale 2016 r.*, 8 kwietnia 2016, <https://www.policja.pl/pol/aktualnosci/124815,Poprawa-bezpieczenstwa-na-polskich-drogach-w-I-kwartale-2016-r.html> [dostęp: 8.11.2021].
- Wypadki drogowe w Polsce w 2020 roku*, Komenda Główna Policji. Biuro Ruchu Drogowego, Warszawa 2021, <https://statystyka.policja.pl/download/20/361900/Wypadkidrogowe2020.pdf> [dostęp: 8.11.2021].



Przemysław Szalkowski

SWPS Uniwersytet Humanistycznospołeczny, Polska

ORCID: 0000-0001-9214-3866

szalkowski.p@interia.pl

Pozycja prawna osób prawnych w obrocie nieruchomościami rolnymi w Polsce w kontekście definicji rolnika zawodowego (indywidualnego) na tle regulacji w wybranych krajach zachodnioeuropejskich

The legal position of legal persons in the agricultural properties trading in Poland in the context of the adopted legal definition of “professional farmer”, against the background of regulations in selected western-European countries

Abstract: As a consequence of introducing the amendment to the Act of the structuring of the agrarian system from 2016, the Polish Legislator has adopted a regulation, stating that the purchasers of agricultural properties should primarily be “individual farmers” (clearly understood as natural persons). The regulation as implemented results in a substantial impairment for legal persons as potential purchasers of agricultural properties.

In the study, the Polish legal definition of an “individual farmer” and “professional farmer”, and those that have been assumed in selected Western European legal systems (German, Austrian and Swiss) are subjected to analysis. The scope of the work is to provide an answer to the question of whether it is possible to recognize legal persons as “individual farmers” in the Polish reality, and if that could be considered righteous from the point of view of agricultural laws, as well as from the point of view of the “professional farmers”

themselves. The study also considers what the possible terms and conditions are under which that could be done.

Keywords: Poland, Germany, Austria, Switzerland, legal persons, property market, purchaser, professional farmer, legal definition, limits, administrative decision

Abstrakt: Polski ustawodawca, w wyniku nowelizacji ustawy o kształtowaniu ustroju rolnego z 2016 r., przyjął jako zasadę, że nabywcą nieruchomości rolnych mogą być przede wszystkim rolnicy indywidualni, rozumiani jako osoby fizyczne. Jednak prowadzenie efektywnego gospodarstwa rolnego nie musi być uzależnione od jego formy organizacyjnej, na co wskazują przykłady płynące z innych krajów.

W artykule poddano analizie prawno-porównawczej polską definicję rolnika indywidualnego oraz definicje rolników zawodowych przyjęte na gruncie wybranych systemów zachodnioeuropejskich, tj. niemieckiego, austriackiego i szwajcarskiego. W jej wyniku Autor udziela odpowiedzi, czy w polskich realiach jest możliwe objęciem definiensem pojęcia rolnik indywidualny również osób prawnych, czy zabieg ten można by uznać za słuszny z punktu widzenia ustroju rolnego państwa i interesów samych rolników zawodowych, a także pod jakimi warunkami mogłoby to nastąpić.

Słowa kluczowe: Polska, Niemcy, Austria, Szwajcaria, osoby prawne, nieruchomości rolne, obrót, nabywca, rolnik zawodowy, elementy konstrukcyjne, ograniczenia, decyzja administracyjna

1. Uwagi wstępne

W ostatnim czasie ugruntował się pogląd, że niczym nieograniczona aktywność osób prawnych lub jednostek organizacyjnych nieposiadających osobowości prawnej, którym ustawy przyznają zdolność prawną w obszarze rolnictwa, może wywierać niekorzystny wpływ na równowagę i stabilność produkcji, a także zrównoważony rozwój obszarów wiejskich¹. Na poparcie tego poglądu przywołuje się szereg argumentów, z których dwa wydają się być szczególnie przekonujące. Nie bez racji wskazuje się bowiem, że oso-

1 Uwagi dotyczące osób prawnych poczynione w dalszej części artykułu będą odnosić się również do jednostek organizacyjnych nieposiadających osobowości prawnej, którym ustawy przyznają zdolność prawną.

by prawne, zwłaszcza zorganizowane w formie spółek prawa handlowego, bywają często wykorzystywane do dokonywania inwestycji kapitałowych². Te zaś w sektorze rolnictwa, szczególnie w obrocie nieruchomościami rolnymi, można uznać za niezmiernie szkodliwe, albowiem w prostej linii, poprzez wywieranie presji rynkowej prowadzą do zawyżania cen gruntów rolnych przez co stają się one niedostępne dla rolników zawodowych, utrzymujących się przede wszystkim z pracy w rolnictwie, która – jak wiadomo – nie należy do najbardziej zyskownych form zarobkowania. Zwraca się także uwagę, że tego typu działania prowadzą również do wyłączania gruntów z produkcji rolniczej, gdyż inwestorzy szukający wyłącznie wysokich stóp zwrotu z reguły nie są nią zainteresowani, ani też nie są kompetentni do jej kontynuowania.

Jako drugi istotny argument przywołuje się zagrożenia wynikające z ekspansji wielkotowarowych gospodarstw rolnych, które tworzone są przez osoby prawne o rozbudowanych strukturach organizacyjnych³. Stają się one właścicielami gospodarstw rolnych o powierzchniach sięgających setek, a nawet tysięcy hektarów. Wprawdzie ich działalność gospodarcza koncentruje się na produkcji rolnej, jednakże często przybiera ona charakter wąskiej specjalizacji wynikającej nie tyle z potrzeb konsumentów, ile z rentowności produkcji. Przy wysokiej koncentracji gruntów rolnych, do której bez wątpienia przyczynia się aktywność osób prawnych w obszarze rolnictwa, może dochodzić do deficy-

2 Zob. rezolucja z dnia 27 kwietnia 2017 r. C 298/112 w sprawie aktualnego stanu koncentracji gruntów rolnych w UE: jak ułatwić rolnikom dostęp do gruntów? (2016/214 (INI)), pkt. Q, AJ i AP, <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PL/TXT/PDF/?uri=CELEX:52017IP0197&from=PL>, [dostęp: 20.11.2021]; zob. również P. Popardowski [w:] P. Popardowski (red.), *Prawo rolne. Obrót nieruchomościami rolnymi. Komentarz*, Komentarze Prawa Prywatnego, t. 9, C.H. Beck, Warszawa 2021, s. 24-25. Autor określa to pojęcie jako zawłaszczanie ziemi, polegające na przejmowaniu kontroli nad gruntami rolnymi w sposób masowy (w szczególności w wymiarze transgranicznym). Zjawisko to jest zwykle inicjowane przez duże, międzynarodowe korporacje, przejmujące wielkie areale uprawne przede wszystkim w ubogich państwach, gdzie ceny nieruchomości rolnych są zazwyczaj stosunkowo niskie. Autor podkreśla globalny wymiar procesu zawłaszczania ziemi, zob. również R. Pastuszko, *Land grabbing. Podstawowe zagadnienia prawne*, „Studia Iuridica Lublinensia” 2017, t. XXVI, nr 1, s. 148-150, <https://www.doi.org/10.17951/sil.2017.26.1.147>; A. Zawojcka, *Zjawisko zagrabiania ziemi w kontekście własności*, „Prace Naukowe Uniwersytetu Ekonomicznego we Wrocławiu” 2014, nr 361, s. 270, <https://www.doi.org/10.15611/pn.2014.361.27>; A. Zawojcka, *Globalna grabież ziemi rolniczej*, „Roczniki Naukowe Stowarzyszenia Ekonomistów Rolnictwa i Agrobiznesu” 2014, t. 16, nr 4, s. 369-370, <https://rnseria.com/api/files/download/540508.pdf> [dostęp: 17.05.2022].

3 Tamże.

tów produktów rolnych, które są wprawdzie pożądane przez konsumentów, ale nierentowne z punktu widzenia procesów produkcyjnych. W kontekście zjawiska koncentracji nie bez znaczenia jest również fakt, że tworzenie dużych jednostek produkcyjnych prowadzi do wypierania małych i średnich gospodarstw rolnych, a tym samym wyludniania obszarów wiejskich⁴.

Mając na uwadze powyższe aspekty, w wielu krajach europejskich, w tym również w Polsce, przyjęta została słuszna zasada, że podstawę ustroju rolnego stanowią gospodarstwa rodzinne. Model taki jako właściwy i priorytetowy został zaakceptowany również na szczelbu polityki unijnej w ramach wspólnej polityki rolnej⁵. Przemawia za nim niezaprzeczalna korzyść, jaką jest możliwość stworzenia w obszarze rolnictwa warunków do funkcjonowania wielu mniejszych jednostek gospodarczych, których niezagrożony byt zapewnia prowadzenie zrównoważonej gospodarki rolnej, różnorodność produkcji, zachowanie miejsc pracy, a tym samym społeczności wiejskiej.

W celu ukształtowania wyżej opisanego modelu ustroju rolnego ustawodawcy krajowi przyjmują w aktach prawnych regulujących zasady obrotu nieruchomościami rolnymi różnego rodzaju instrumenty prawne, mające nierzadko charakter ograniczający możliwość zakupu nieruchomości podmiotom, które uznaje się za niewskazane z punktu widzenia polityki rolnej. Jednym z takich ograniczeń jest wprowadzanie utrudnień w nabywaniu nieruchomości rolnych przez podmioty nieprofesjonalne w obszarze rolnictwa i ukształtowanie obrotu na korzyść rolników zawodowych, gdyż dają oni rękojmię właściwego wykorzystania gruntów rolnych. Przyjmując jako słuszną wspomnianą zasadę preferencji rolników zawodowych jako podmiotów, dla których w pierwszym rzędzie powinny być zarezerwowane grunty rolne, należy zauważyć, że są oni odmiennie definiowani w różnych europejskich systemach prawnych.

Pomimo istniejących rozbieżności na poziomie definicyjnym warto odnotować, że zakresem pojęciowym rolnika zawodowego nie są obejmowane wyłącznie osoby fizyczne, albowiem przy spełnieniu określonych przesłanek mogą stać się nim również osoby prawne. Stanowi to istotną różnicę w stosunku do obecnie obowiązujących rozwiązań w Polsce, gdyż na gruncie polskiego prawa rolnego za rolnika zawodowego, określanego jako indywidualnego,

4 Zob. Rezolucja z dnia 27 kwietnia 2017 r. C 298/112 (2016/214 (INI)), pkt. V, W, X, Y, AH; zob. również R. Pastuszko, *Land grabbing...*, s. 153-154.

5 Zob. A. Jurcewicz, *Charakterystyka Wspólnej Polityki Rolnej*, [w:] A. Jurcewicz, B. Kozłowska, E. Tomkiewicz, *Wspólna polityka rolna. Zagadnienia prawne*, LexisNexis, Warszawa 2007, s. 46.

może zostać uznana wyłącznie osoba fizyczna prowadząca produkcję rolną w ramach gospodarstwa rodzinnego i świadcząca w nim osobiście własnoręczną pracę. Tym samym za rolnika zawodowego (indywidualnego) nie mogą zostać uznane osoby prawne. Skutkuje to pozbawieniem ich możliwości uzyskania uprzywilejowanej pozycji w obrocie nieruchomościami rolnymi przyznanej przez polskiego ustawodawcę wyłącznie rolnikom zawodowym (indywidualnym), co odnosi się również do osób prawnych o długich tradycjach, prowadzących specjalistyczną, profesjonalną i efektywną działalność produkcyjną w obszarze rolnictwa.

W tym kontekście warto jednak zastanowić się bliżej, czy zawężenie przez polskiego ustawodawcę rozumienia pojęcia rolnika zawodowego (indywidualnego) wyłącznie do osób fizycznych jest zabiegiem słusznym, czy też możliwe i celowe byłoby przyznanie pod określonymi warunkami tego statusu również osobom prawnym, jak ma to miejsce w innych krajach europejskich.

Niniejszy artykuł ma na celu przedstawienie aktualnej pozycji osób prawnych w obrocie nieruchomościami rolnymi w Polsce w kontekście przyjęcia zasady ustawowej nabywania nieruchomości rolnych przez rolnika indywidualnego będącego osobą fizyczną i prowadzącego osobiście gospodarstwo rodzinne, a także udzielenie odpowiedzi na pytanie, czy definicją legalną rolnika zawodowego, wzorem rozwiązań stosowanych w innych systemach prawnych, mogłyby zostać objęte również osoby prawne. Zagadnienie to wydaje się być niezwykle istotne, gdyż możliwość objęcia definiensem pojęcia rolnika zawodowego (indywidualnego) osób prawnych powodowałoby, że również i one stałyby się beneficjentami korzyści płynących z uprzywilejowanego ukształtowania obrotu nieruchomościami rolnymi na rzecz rolników zawodowych. Mając na uwadze wspomniane wyżej zagrożenia związane z aktywnością osób prawnych w obszarze rolnictwa, w szczególności w zakresie nadmiernej koncentracji gruntów rolnych i ich potencjalnego wyłączania z aktywnej produkcji, celem artykułu jest również ustalenie, czy przyznanie osobom prawnym statusu rolnika zawodowego (indywidualnego) może odbyć się bez uszczerbku dla struktury agrarnej kraju, a zarazem z korzyścią dla osób fizycznych działających zawodowo w obszarze rolnictwa. Aby zrealizować tak sformułowane cele, w pierwszej kolejności przedstawiona zostanie aktualna interpretacja pojęcia rolnika zawodowego (indywidualnego), wynikająca z mających zastosowanie przepisów polskiej ustawy o kształtowaniu ustroju rolnego⁶, a także korzyści w obrocie nieruchomościami rolnymi przyznanymi mu przez polskiego ustawodawcę.

6 Ustawa z dnia 11 kwietnia 2003 r. o kształtowaniu ustroju rolnego, Dz.U. 2021, poz. 234.

Powyższe stanowić będzie punkt wyjścia do omówienia w następnej części rozważań ukształtowanej obecnie pozycji prawnej krajowych osób prawnych jako nabywcy gruntów rolnych. Następnie na tle przyjętych przez polskiego ustawodawcę rozwiązań zostaną zaprezentowane odpowiednie regulacje stosowane w krajach zachodnioeuropejskich. Analizie poddane zostanie w szczególności różne rozumienie definicji rolnika zawodowego oraz przyjęte elementy konstrukcyjne tego pojęcia, od posiadania których uzależnione jest nabycie szczególnego statusu. Dzięki temu, przy wykorzystaniu metody prawno-porównawczej, będzie możliwe wskazanie zasadności całkowitego wyłączenia osób prawnych z zakresu obecnie przyjętej w prawie polskim definicji rolnika indywidualnego oraz proponowanie ewentualnych zmian *de lege ferenda*.

2. Zasada nabywania nieruchomości w Polsce przez rolników zawodowych (indywidualnych)

W myśl zasady wyrażonej w art. 2a ust. 1 i 2 u.k.u.r., nabywcą nieruchomości rolnych może być wyłącznie rolnik indywidualny. Jest to niezwykle istotne uprawnienie, albowiem, z zastrzeżeniem ustawowo określonych wyjątków, w obecnym stanie prawnym żaden inny podmiot prawa nie może być po stronie kupującej uczestnikiem rynku obrotu nieruchomościami o przeznaczeniu rolnym. Spełnienie niezbędnych kryteriów, określonych w art. 6 ust. 1 u.k.u.r., skutkuje uzyskaniem szczególnie uprzywilejowanego statusu podmiotowego. Przywołany przepis stanowi, że rolnikiem indywidualnym może zostać osoba fizyczna, która jest właścicielem, użytkownikiem wieczystym, samoistnym posiadaczem lub dzierżawcą nieruchomości rolnych o łącznej powierzchni nieprzekraczającej 300 hektarów użytków rolnych, posiadająca kwalifikacje rolnicze, zamieszkująca od minimum pięciu lat w gminie miejsca położenia jednej z nieruchomości wchodzących w skład gospodarstwa rolnego, a nadto prowadząca to gospodarstwo przez wskazany, pięcioletni okres czasu.

To rozwiązanie przyjęte przez ustawodawcę odpowiada generalnej zasadzie wyrażonej w art. 23 Konstytucji RP, w myśl której podstawą ustroju rolnego państwa jest gospodarstwo rodzinne. W doktrynie zwraca się jednak uwagę, że poza regulacjami zawartymi w u.k.u.r., przyjmującymi zasadniczo środki restrykcyjne lub ograniczające, brak jest na gruncie polskiego prawa rolnego regulacji kształtujących w sposób kompleksowy zasady funkcjonowania tego ustroju, w szczególności w oparciu o rodzinny charakter gospodarstw⁷. Wska-

7 E. Klat-Górska, *Ustawa o kształtowaniu ustroju rolnego. Komentarz*, LexisNexis, Warszawa 2014, s. 22-23.

zanego deficytu nie niweluje w żaden sposób brzmienie preambuły u.k.u.r., odwołującej się do takich klauzul generalnych jak wzmocnienie ochrony i rozwoju gospodarstw rodzinnych, zapewnienie zagospodarowania ziemi rolnej i bezpieczeństwa żywnościowego społeczeństwa, czy też wspieranie zrównoważonego rozwoju rolnictwa i ochronę środowiska naturalnego.

Niewątpliwie efektem zastosowania wspomnianych ustawowych środków o skutku ograniczającym, a w szczególności przyjęcia ogólnej zasady nabywania nieruchomości rolnych przez rolników indywidualnych, jest znaczące zawężenie obrotu *inter vivos*, gdyż wyłączone z niego pozostają podmioty prawa niespełniające przesłanek określonych w art. 6 u.k.u.r.⁸ Należy zauważyć, że wspomniane ograniczenie obrotu zostało wprowadzone do polskiego prawa w wyniku nowelizacji z 26 kwietnia 2016 roku ustawy o kształtowaniu ustroju rolnego z 26 kwietnia 2016 r. Jej przyjęcie należy wiązać z upływem uzgodnionego w Traktacie Akcesyjnym dwunastoletniego okresu, liczonego od dnia przystąpienia Polski do struktur unijnych, kiedy to obywatele państw członkowskich Unii Europejskiej wciąż zobowiązani byli do uzyskiwania zgody na nabywanie nieruchomości rolnych i leśnych wydawanej przez ministra właściwego do spraw administracji⁹. Upływ wskazanego okresu miał otworzyć dla nich również ten rynek.

Wprowadzona w 2016 r. zmiana legislacyjna była o tyle istotna, że dotychczas stosowany model obrotu nieruchomościami rolnymi określony w ustawie o kształtowaniu ustroju rolnego był oparty na zasadzie swobody kontraktowania. Oznaczało to, że niemal każdy podmiot prawa, bez względu na przygotowanie zawodowe lub formę organizacyjną, mógł w sposób nieograniczony stać się właścicielem, użytkownikiem wieczystym lub posiadaczem nieruchomości rolnych¹⁰. Wprawdzie przyjęta już w 2003 r. u.k.u.r. w swym

8 Zob. Rządowe uzasadnienie do projektu ustawy o wstrzymaniu sprzedaży nieruchomości Zasobu Własności Rolnej Skarbu Państwa oraz o zmianie niektórych ustaw z projektami aktów wykonawczych, Druk sejmowy nr 293, s. 2, <https://www.sejm.gov.pl/sejm8.nsf/druk.xsp?nr=293> [dostęp: 20.11.2021].

9 Na podstawie art. 8 ust. 2 ustawy z dnia 24 marca 1920 r. o nabywaniu nieruchomości przez cudzoziemców, Dz.U. 2017, poz. 2278.

10 Stało się to możliwe na skutek nowelizacji k.c. z 28 lipca 1990 r. (Ustawa z dnia 28 lipca 1990 r. o zmianie ustawy – Kodeks cywilny, Dz.U. 1990 Nr 55, poz. 321), mocą której za wyjątkiem prawa pierwokupu uregulowanego w art. 166 § 1 k.c., zniesiono dotychczasowe ograniczenia dotyczące obrotu nieruchomościami rolnymi, ograniczenia przy zniesieniu współwłasności oraz przy dziale spadku, zob. A. Oleszko, *Obrót nieruchomościami rolnymi na podstawie kodeksu cywilnego (obróć powszechny)*, [w:] A. Oleszko (red.), *Prawo rolne*, Wolters Kluwer, Warszawa 2009, s. 290.

pierwotnym brzmieniu posługiwała się również definicją rolnika indywidualnego rozumianego jako osoba fizyczna, niemniej jednak z posiadaniem tego statusu nie był związany przywilej wyłącznego nabywania nieruchomości rolnych. Wskutek czynności *inter vivos* ich właścicielami mogły stać się również inne podmioty prawa, w tym osoby prawne, na które nie został nałożony obowiązek autoryzacji administracyjnej dokonywanego rozporządzenia nieruchomością. Dla działającej wówczas Agencji Nieruchomości Rolnych, której obecnym następcą prawnym jest Krajowy Ośrodek Wsparcia Rolnictwa, jako instrument interwencyjny, zostało zastrzeżone jedynie prawo pierwokupu oraz prawo wykupu.

Dokonując głębokiej nowelizacji, polski ustawodawca kierował się bez wątpienia względami politycznymi, zwłaszcza obawą przejmowania przez podmioty zagraniczne atrakcyjnych cenowo i stosunkowo łatwo dostępnych, krajowych gruntów rolnych. Niemniej jednak zmiany dokonane nowelizacją spowodowały, że wiele podmiotów, także prowadzących działalność profesjonalną w obszarze rolnictwa, zostało zasadniczo wykluczonych z dalszego udziału w rynku jako podmiot nabywający. Efekty tych zmian odczuły osoby prawne, a także jednostki organizacyjne nieposiadające osobowości prawnej, którym ustawy jednak przyznają zdolność prawną. Dodać należy, że jakkolwiek przyjęcie opisanych regulacji podyktowane było obawami przed zaburzeniem konkurencji na rzecz silniej dotowanych od polskich podmiotów zagranicznych¹¹, w tym osób prawnych, to ich skutki dotknęły także polskich rolników. Należy bowiem zauważyć, że również krajowe podmioty aktywne w obszarze rolnictwa nierzadko działają w formie grupowych form organizacyjnych¹², zaś wskutek przyjęcia ostatnich zmian legislacyjnych w znaczący sposób ograniczona została możliwość nabywania przez nie nieruchomości rolnych¹³. Tym

11 Rządowe uzasadnienie do projektu ustawy o wstrzymaniu sprzedaży nieruchomości Zasobu Własności Rolnej Skarbu Państwa oraz o zmianie niektórych ustaw z projektami aktów wykonawczych, Druk sejmowy nr 293, s. 2.

12 Zgodnie z danymi statystycznymi publikowanymi przez Eurostat już w 2010 r., łączna powierzchnię użytków rolnych pozostających we własności osób prawnych przekroczyła 10%. Zob. A. Majchrzak, *Ziemia rolnicza w krajach Unii Europejskiej w warunkach ewolucji wspólnej polityki rolnej*, PWN, Warszawa 2015, s. 267.

13 W doktrynie wyrażany jest pogląd, że prowadzenie gospodarstwa rodzinnego w formie spółki kapitałowej jest rozwiązaniem wątpliwym. Gospodarstwo rodzinne oparte jest bowiem z zasady na osobistej pracy rolnika i jego rodziny, a zatem osób powiązanych szczególnymi więzami pokrewieństwa, nie zaś więzami korporacyjnymi. Dlatego daleko bardziej przekonujące jest zorganizowanie gospodarstwa rodzinnego w formie spółki osobowej, czy też spółki cywilnej, w tych bowiem przypadkach relacje mogą zostać

samym dalszy rozwój ich gospodarstw został co do zasady uzależniony od uzyskania decyzji administracyjnej Dyrektora Generalnego KOWR lub ograniczony do pozyskiwania gruntów rolnych wyłącznie na podstawie stosunków o charakterze obligacyjnym, np. umowy dzierżawy.

3. Aktualna sytuacja prawna osób prawnych w obrocie nieruchomościami w Polsce

Przyjęcie generalnej zasady, że nabywcą nieruchomości oraz gospodarstw rolnych może być wyłącznie rolnik indywidualny, każe zastanowić się, czy doszło do eliminacji osób prawnych z obrotu, a jeśli tak, to czy ma ona charakter trwały i nieusuwalny. Z tego względu konieczne jest rozważenie najpierw ograniczeń możliwości rozwoju działalności osób prawnych w sektorze rolniczym, a następnie – możliwości udziału tych podmiotów w obrocie nieruchomościami.

3.1. Ograniczenia udziału w obrocie nieruchomościami osób prawnych

Obowiązujące obecnie regulacje z pewnością nie prowadzą do wyłączenia z dalszej działalności w sektorze rolniczym istniejących osób prawnych, jednak zostają one w istotny sposób ograniczone w możliwości dalszego rozwoju. Zwiększanie powierzchni posiadanych przez nie gospodarstw stało się problematyczne, gdyż każdorazowe nabycie gruntów rolnych o powierzchni przekraczających 1 ha na własność lub w użytkowanie wieczyste uzależnione zostało od uprzedniego uzyskania decyzji administracyjnej Dyrektora Generalnego KOWR. Rygoryzm obowiązujących regulacji łagodzi fakt, że ustawa w nowym brzmieniu co do zasady nie ingeruje w stosunki o charakterze obligacyjnym, a zatem osobom prawnym nie została zamknięta droga do rozwoju powierzchniowego gospodarstw przykładowo na podstawie umowy dzierżawy. Za tym rozwiązaniem przemawiają również liczne głosy doktryny wskazujące na konieczność upo-

oparte na wzajemnym zaufaniu współników. Postuluje się nawet stworzenie specjalnej spółki dedykowanej wyłącznie gospodarstwom rolnym. Zob. B. Rakoczy, A. Bień-Kacała, *Gospodarstwo rodzinne jako podstawa ustroju rolnego w świetle Konstytucji RP z 1997 roku*, „Przegląd Prawa Ochrony Środowiska” 2015, nr 3, s. 21-22. Tego typu poglądy trudno jednak zaakceptować bez zastrzeżeń, mając w szczególności na uwadze stałe powiększanie gospodarstw prowadzących produkcję rolną na coraz większą skalę. Spółki kapitałowe ułatwiają pozyskanie kapitału niezbędnego na rozwój, a ponadto służą ograniczaniu odpowiedzialności współników-rolników w przypadku niepowodzenia gospodarczego.

wszechniania w realiach polskiej wsi takiej formy władania gruntem¹⁴, a także doświadczenia płynące z innych krajów zachodnioeuropejskich, w których nierzadko właśnie dzierżawa rolna stanowi podstawę gospodarowania w rolnictwie¹⁵. Niewątpliwie jednak umowy dzierżawy stanowią słabszą formę władania aniżeli prawa rzeczowe, zwłaszcza prawo własności, które umożliwia planowanie długookresowej i trwałej działalności produkcyjnej.

W ocenie Autora wprowadzone u.k.u.r. ograniczenia o charakterze podmiotowym w zakresie nabywania praw rzeczowych do nieruchomości rolnych przez osoby prawne należy również rozważyć przez pryzmat ingerencji w swobodę działalności gospodarczej, gdyż osoby prawne zostały niemal całkowicie wyłączone z obrotu po stronie nabywcy. Wyłączenie to ujawnia się we wszystkich sposobach nabycia praw do nieruchomości rolnych, gdyż nie ogranicza się wyłącznie do czynności prawnych *inter vivos*, tj. zawarcia umowy sprzedaży, zamiany, darowizny, *datio in solutum* itp. Podkreślenia wymaga, że ustawodawca dość konsekwentnie posługuje się w u.k.u.r. terminem „nabycie”, pod którym to w myśl art. 2 pkt 7 u.k.u.r. należy rozumieć przeniesienie własności nieruchomości rolnej lub nabycie własności nieruchomości o takim przeznaczeniu nie tylko wskutek dokonania czynności prawnej, ale także w wyniku orzeczenia sądu, organu administracji publicznej lub innego zdarzenia prawnego. Dodać należy, że na podstawie art. 2c u.k.u.r. te same zasady odnoszą się do prawa użytkowania wieczystego albo udziału w użytkowaniu wieczystym, jak również udziału we współwłasności nieruchomości rolnej. Można zatem stwierdzić, że niezwykle silne ograniczenie możliwości nabywania nieruchomości rolnych przez osoby prawne ma charakter kompleksowy, gdyż dotyczy wszelkich sposobów przewidzianych prawem skutkujących przeniesieniem praw do tego typu nieruchomości.

3.2. Dopuszczalne przypadki nabywania przez osoby prawne

Mając na uwadze powyżej przedstawione ograniczenia, szczególną uwagę należy zwrócić na przypadki, gdy ustawa dopuszcza nabywanie nieruchomości rolnych

14 Zob. m.in. A. Lichorowicz, *O potrzebie prawnego uregulowania dzierżawy rolnej w Polsce (na podstawie doświadczeń krajów Unii Europejskiej)*, „Przegląd Prawa Rolnego” 2010, nr 2(7), s. 63-78; R. Markus-Bielska, R. Kisiel, J. Danilczuk, *Dzierżawa jako podstawowa forma zagospodarowania popegeerowskiego mienia*, Ośrodek Badań Naukowych im. Wojciecha Kętrzyńskiego, Olsztyn 2006; B. Tańska-Hus, *Dzierżawa rolnicza jako instrument przekształceń strukturalnych w rolnictwie*, „Zeszyty Naukowe Akademii Rolniczej we Wrocławiu” 2000, t. 170, nr 383.

15 Zob. dane statystyczne Eurostat opublikowane w: A. Majchrzak, *Ziemia rolnicza...*, s. 125 i 272-272.

lub gospodarstw rolnych przez osoby prawne. Można je grupować pod względem podmiotowym, przedmiotowym, jak i trybu nabycia¹⁶. Zważywszy wyjątkowo rozbudowane i kazuistyczne regulacje zamieszczone w art. 2a ust. 3 u.k.u.r. nie sposób w tym miejscu przedstawić je wszystkie z odpowiednią szczegółowością.

Na potrzeby dalszych rozważań wystarczające jest wskazanie, że wśród osób prawnych, wyodrębnionych od strony podmiotowej, jako uprawnionych do nabywania w sposób uprzywilejowany, ustawodawca wyróżnił m.in. jednostki samorządu terytorialnego, Skarb Państwa, podmioty działające w sektorze energetycznym mające istotne znaczenie dla gospodarki i bezpieczeństwa energetycznego państwa, przedsiębiorców posiadających koncesję na wydobywanie kopalin, osoby prawne działające na podstawie przepisów o stosunku Państwa Polskiego do Kościoła Katolickiego, a także do innych kościołów i związków wyznaniowych, parki narodowe, spółdzielnie produkcyjne, czy też spółkę celową, o której mowa w ustawie o Centralnym Porcie Komunikacyjnym z dnia 10 maja 2018 r.¹⁷ Wskazane podmioty mają co do zasady charakter publiczny lub wykonują funkcję o takim charakterze. Zatem krąg uprzywilejowanych osób prawnych wyróżnionych od strony podmiotowej jest raczej wąski i nie wpływa w sposób znaczący na poprawę sytuacji osób prawnych w obrocie nieruchomościami rolnymi.

Wyjątek stanowią tu spółdzielnie produkcyjne, które w katalogu uprzywilejowanych osób prawnych zostały uwzględnione dopiero na podstawie ostatniej nowelizacji ustawy z 26 kwietnia 2019 r. Mogą one nabywać wkłady gruntowe w przypadku ich zbycia przez członków spółdzielni lub korzystać z przysługującego im prawa pierwokupu na podstawie art. 147 § 2 prawa spółdzielczego¹⁸. Nowelizacja, korygująca w pewnym sensie trudny do wytłumaczenia rygoryzm zastosowany we wcześniejszej zmianie legislacyjnej, była jak najbardziej zasadna, gdyż do momentu jej przyjęcia w praktyce nie było możliwe wykonanie wspomnianego prawa pierwokupu, a także zbycie wkładu przez jej członka na rzecz spółdzielni, co pozbawione było racjonalnych podstaw w sytuacji, gdy członek rezygnował z członkostwa i występował ze spółdzielni.

16 Szczegółowe omówienie każdego z przypadków omawianego tu nabycia zob. P. Blajer, W. Gonet, *Ustawa o kształtowaniu ustroju rolnego. Komentarz*, Wolters Kluwer, Warszawa 2020, s. 89-110.

17 Ustawa z dnia 10 maja 2018 r. o Centralnym Porcie Komunikacyjnym, t.j. Dz.U. 2020, poz. 234 ze zm.

18 Ustawa z dnia 16 września 1982 r. – Prawo spółdzielcze, t.j. Dz.U. 2021, poz. 648.

Obok wyjątków o charakterze podmiotowym, ustawa przewiduje również wyłączenia wyróżnione od strony przedmiotowej, przy zaistnieniu których osoby prawne mogą nabywać nieruchomości rolne w sposób co do zasady nieograniczony. Można wskazać na nieruchomości rolne, co do których ustawa nie znajduje zastosowania na podstawie art. 1a, a zatem nieruchomości o powierzchni poniżej trzech tysięcy metrów kwadratowych, nieruchomości stanowiące drogi wewnętrzne, a także grunty oznaczone w ewidencji gruntów i budynków jako grunty pod stawami i stanowiące przynajmniej 70% powierzchni nieruchomości. Wyjątkiem o charakterze przedmiotowym na podstawie art. 11 ust. 2 u.w.s.n.r. są również grunty rolne zabudowane stanowiące tzw. działki siedliskowe, o maksymalnej powierzchni nieprzekraczającej 5 000 m², zajęte w dniu 30 kwietnia 2016 r., tj. w dniu wejścia w życie ustawy o wstrzymaniu sprzedaży nieruchomości Zasobu Własności Rolnej Skarbu Państwa oraz o zmianie niektórych ustaw¹⁹ pod budynki, budowle i urządzenia niewykorzystywane do produkcji rolniczej wraz z gruntami do nich przyległymi, a nadto nieruchomości rolne objęte w całości w dniu wejścia w życie przywołanej wyżej ustawy ostatecznymi decyzjami o warunkach zabudowy i zagospodarowania terenu na inne cele, aniżeli rolne.

Wypada wspomnieć również o nieruchomościach rolnych, których nabycie jest wprawdzie dopuszczalne przez wszystkie podmioty prawa, w tym również osoby prawne, z tym jednak ograniczeniem, że ustawodawca co do zasady swobodny obrót nimi powiązał z prawem pierwokupu przyznanym dzierżawcy oraz KOWR. Chodzi tu w pierwszym rzędzie o nieruchomości o powierzchni od 0,3 do 0,9999 ha, nieruchomości rolne położone w obszarach górniczych, jak również nieruchomości położone na obszarach ograniczonego użytkowania, o których mowa w art. 17 u.o.g.r.l.²⁰

Ostatnią grupą nieruchomości, których nabycie jest możliwe przez inne podmioty prawa, niż tylko uprzywilejowane, a więc również przez osoby prawne, można wyróżnić ze względu na tryb nabycia. Wskazać tu można na nieruchomości nabywane w drodze dziedziczenia lub zapisu windykacyjnego; podziału, przekształcenia, bądź łączenia się spółek prawa handlowego; w toku postępowania restrukturyzacyjnego w ramach postępowania sanacyjnego; w toku postępowania egzekucyjnego oraz upadłościowego; nabycie

19 Ustawa z dnia 14 kwietnia 2016 r. o wstrzymaniu sprzedaży nieruchomości Zasobu Własności Rolnej Skarbu Państwa oraz o zmianie niektórych ustaw, Dz.U. 2016, poz. 585.

20 Ustawa z dnia 3 lutego 1995 r. o ochronie gruntów rolnych i leśnych, t.j. Dz.U. 2017, poz. 1161 ze zm.

nieruchomości rolnych na podstawie zgody wydawanej w formie decyzji administracyjnej przez Dyrektora Generalnego KOWR.

Wydaje się, że w szczególności nabywanie nieruchomości w postępowaniach egzekucyjnych, restrukturyzacyjnych oraz upadłościowych może mieć istotne znaczenie praktyczne dla obrotu z udziałem osób prawnych. Rozluźnienie rygoryzmu u.k.u.r. w tym obszarze nastąpiło również w ramach ostatniej nowelizacji ustawy z 26 kwietnia 2019 r. Przemawiały za tym istotne przesłanki pragmatyczne. Z reguły celem wskazanych postępowań jest bowiem zbycie majątku dłużnika lub jego części i osiągnięcie jak najwyższej ceny, aby w ten sposób w możliwie największym stopniu zaspokoić wierzycieli. Uzależnienie możliwości nabycia w wymienionych postępowaniach od posiadania co do zasady statusu rolnika indywidualnego skutkowało daleko idącym ograniczeniem kręgu zainteresowanych kupujących, co z kolei prowadziło do dodatkowego uprzywilejowania rolników kosztem interesów wierzycieli.

Niemniej istotnymi dla praktycznego obrotu z udziałem osób prawnych są czynności prawne dokonywane za zgodą Dyrektora Generalnego KOWR. W tym przypadku należy zauważyć, że u.k.u.r. przewiduje pięć sytuacji prawnych, gdy taka zgoda może zostać wydana, przy czym cztery z nich dotyczą zgód wydawanych na wniosek nabywcy, zaś piąta odnosi się do przypadków, gdy może być ona wydana na wniosek zbywcy. W kontekście omawianego tu zagadnienia przypadki wydania zgody na wniosek nabywcy można pominąć, gdyż dotyczą nabycia przez osoby fizyczne planujące utworzenie lub powiększenie gospodarstw rolnych, a nadto przez uczelnie lub podmioty realizujące inwestycje celu publicznego.

Uwagi wymaga natomiast nabycie nieruchomości rolnych na wniosek zbywcy. Stosownie do art. 2a ust. 4 pkt 1 u.k.u.r. Dyrektor Generalny KOWR może wydać zgodę na nabycie nieruchomości przez dowolny podmiot prawa, o ile zbywca wykaze, że nie miał możliwości sprzedaży należącej do niego nieruchomości na rzecz rolnika indywidualnego, nabywca tej nieruchomości zobowiąże się do utrzymania na niej działalności rolniczej, a nadto w wyniku dokonanego rozporządzenia nieruchomością nie dojdzie do nadmiernej koncentracji gruntów rolnych. Kluczowe znaczenie będzie mieć tu wykazanie przez zbywcę, że nie miał możliwości sprzedaży należących do niego gruntów rolnych na rzecz uprzywilejowanych rolników indywidualnych. Do tego celu ma służyć ustawowo ukształtowany mechanizm obligatoryjnego ogłoszenia o zamiarze zbycia nieruchomości rolnej, które zbywca musi zamieścić w prowadzonym przez KOWR systemie teleinformatycznym. Ogłoszenie to powinno spełniać ustawowo zdefiniowane przesłanki, odnoszące się przykładowo do

minimalnego czasu jego ekspozycji, czy też maksymalnej ceny oferowanej nieruchomości. O ile w zastrzeżonym czasie nie zostanie zgłoszona przez rolnika indywidualnego odpowiedź na ogłoszenie stanowiąca ofertę nabycia tej nieruchomości, zbywca może wnioskować o wyrażenie zgody na jej sprzedaż na rzecz innych podmiotów, aniżeli rolnik indywidualny, w tym również na rzecz osób prawnych.

3.3. Porównanie sytuacji rolnika zawodowego (indywidualnego) i osoby prawnej uczestniczącej w obrocie nieruchomościami rolnymi

Podsumowując dotychczasowe rozważania, należy stwierdzić, że rolnicy indywidualni zostali uprzywilejowani przez ustawodawcę w dwojaki sposób. Z jednej bowiem strony, obrót nieruchomościami rolnymi został po stronie nabywcy w sposób bezpośredni ograniczony mocą wyrażnej dyspozycji art. 2a ust. 1 u.k.u.r. do rolników indywidualnych. Aby jednak nie uniemożliwiać całkowicie rozporządzenia nieruchomością przez właściciela, w przypadku braku zainteresowania zakupem po ich stronie, ustawodawca przewidział model obrotu z udziałem innych podmiotów za zgodą KOWR, pod jego ścisłą kontrolą oraz po przyznaniu rolnikom indywidualnym swego, dodatkowego prawa pierwszeństwa zakupu tej nieruchomości za ustawowo regulowaną cenę. Należy również dostrzec, że określając przesłanki warunkujące wydanie zgody przez KOWR ustawodawca posłużył się zwrotem niedookreślonym, odnoszącym się do nadmiernej koncentracji gruntów rolnych. Brak w ustawie jakichkolwiek wskazówek interpretacyjnych definiujących bliżej obszar, przy którym można mówić o spełnieniu tej przesłanki negatywnej. Z całą pewnością nie jest to norma obszarowa 300 ha użytków rolnych. W związku z tym KOWR przyznany został szeroki luz decyzyjny, umożliwiający określoną interwencję w zależności od wielkości niezdefiniowanego ustawowo obszaru nieruchomości należących do podmiotu, na rzecz którego ma nastąpić rozporządzenie.

Należy również wspomnieć o przyjętej mocą ustawy zasadzie, w myśl której na nabywcę nieruchomości rolnej nałożony jest obowiązek utrzymania produkcji rolnej przez okres przynajmniej pięciu lat licząc od dnia nabycia. W przypadku nieuczynienia zadość temu zobowiązaniu po stronie KOWR powstaje roszczenie o nabycie nieruchomości. Reguła ta znajduje również zastosowanie do osób prawnych.

Przedstawiona powyżej analiza skłania do wniosku, że jakkolwiek przyjęcie zasady nabywania nieruchomości rolnych przez rolników indywidualnych i inne kazuistycznie wymienione w ustawie podmioty uprzywilejowane nie

doprowadziło do usunięcia z obszaru działalności rolniczej osób prawnych, to jednak w bardzo wyraźny sposób ograniczyło możliwość rozwoju czy nawet utrzymania produkcji rolniczej przez te podmioty. W ustawie dostrzec można inne mechanizmy służące ich wypieraniu z obszaru produkcji rolnej. Wskazać można przykładowo na prawo pierwokupu udziałów lub akcji w spółkach kapitałowych przysługujące KOWR z mocy art. 3a u.k.u.r. KOWR może skorzystać z tego uprawnienia, jeśli spółka jest właścicielem lub użytkownikiem wieczystym nieruchomości rolnej o powierzchni co najmniej 5 ha lub nieruchomości rolnych o łącznej powierzchni wynoszącej co najmniej 5 ha. Realizując powyższe uprawnienie, KOWR wstępuje do spółki na prawach wspólnika lub akcjonariusza.

Przewidziana w ustawie ingerencja KOWR na poziomie spółek nie ogranicza się tylko do spółek kapitałowych. Ujawnia się ona także w odniesieniu do spółek osobowych. Przy czym ustawodawca, mając zapewne na uwadze względy pragmatyczne wynikające z odpowiedzialności wspólnika przystępującego do spółki za jej dotychczasowe zobowiązania czy też określone ograniczenia podmiotowe – jak ma to miejsce w odniesieniu do spółek partnerskich – nie zdecydował się na przyznanie KOWR prawa pierwokupu udziałów w takich spółkach. Wprowadził natomiast uprawnienie do nabycia nieruchomości rolnych za zapłatą ich równowartości rynkowej. Uprawnienie to przysługuje KOWR w przypadku zmiany wspólnika lub przystąpienia do spółki nowego wspólnika, o ile spółka ta jest właścicielem lub użytkownikiem wieczystym nieruchomości rolnej o powierzchni 5 ha lub powierzchni nieruchomości rolnych o łącznej powierzchni co najmniej 5 ha, a także w przypadku podjęcia przez wspólników spółki akcyjnej uchwały o wejściu na giełdę.

Należy zauważyć, że ustawa w żaden sposób nie uzależnia aktualizacji wspomnianych powyżej praw pierwszeństwa od prowadzonej przez spółkę aktualnej działalności rolniczej czy też stosunku wartości nieruchomości rolnych należących do spółki do wartości jej pozostałych aktywów. Ponadto w przypadku prawa nabycia nie zobowiązuje KOWR do wykonania tego prawa w stosunku do wszystkich nieruchomości rolnych, a zatem *a contrario* możliwe jest nabycie tylko wybranych, szczególnie cennych nieruchomości. Wobec powyższego należy spodziewać się, że w obawie przed przystąpieniem przez podmiot państwowy do spółki, w przypadku spółek kapitałowych, lub utraty szczególnie cennych aktywów, w przypadku spółek osobowych lub wchodzących na giełdę, będą one skłonne raczej do wyzbywania się takich aktywów, o ile nie będą one niezbędne do dalszego prowadzenia działalności gospodarczej. Mechanizmy te, mające w zamierzeniu ustawodawcy objęcie kontrolą również pozaksięgowych form przenoszenia własności nieruchomości rolnych, będą w dłuższej perspektywie

prowadzić pośrednio do dalszej marginalizacji roli osób prawnych w obrocie. Rozwiązania te każą zastanowić się, czy nie niosą ryzyka naruszenia ładu korporacyjnego spółek oraz czy są proporcjonalne.

4. Osoba prawna jako rolnik zawodowy w obrocie nieruchomościami rolnymi w wybranych krajach zachodnioeuropejskich

Zagadnienie obrotu nieruchomościami rolnymi z udziałem osób prawnych w innych krajach europejskich należy, podobnie jak w Polsce, rozpatrywać z punktu widzenia roli, jaką podmioty zawodowo zajmujące się rolnictwem odgrywają w kształtowaniu pożądanego ustroju rolnego. Produkcja żywności ma niezwykle istotne znaczenie dla właściwego funkcjonowania społeczeństwa, dlatego obowiązujące akty prawne regulujące zasady rozporządzania prawami do nieruchomości rolnych zawierają przepisy uzależniające możliwość ich nabycia od odpowiedniego przygotowania zawodowego kupującego, które powinno stanowić podstawę rękojmi dalszego prowadzenia właściwej i efektywnej produkcji rolnej. W tym celu ustawodawcy z reguły posługują się, podobnie jak ma to miejsce w polskiej ustawie, różnymi instrumentami prawnymi regulującymi obrót nieruchomościami rolnymi i poddającymi go kontroli administracyjnej.

Taką rolę odgrywa stosowanie definicji legalnych rolnika zawodowego, gdyż z zasady regulacje zachodnioeuropejskich systemów prawnych uzależniają możliwość nabycia nieruchomości rolnych od posiadania przez nabywcę tego statusu. Przy tym rolnik zawodowy określany jest w różny sposób, jako gospodarz rolny lub samodzielny gospodarz. Pomijając kwestię nazewnictwa, w kontekście omawianego tu zagadnienia o wiele istotniejsze są przesłanki definicji rolnika zawodowego, od spełnienia których uzależnione jest preferencyjne traktowanie uczestników obrotu. Są one również istotne w takich systemach prawnych, gdzie właściwe ustawy nie zawierają odpowiedniej definicji rolnika zawodowego, albowiem w tych przypadkach zaistniała luka wypełnia orzecznictwo sądowe. Warto zatem ustalić, czy polska definicja rolnika zawodowego (indywidualnego) przyjęta na gruncie u.k.u.r. jest zbieżna z modelami przyjętymi w innych wybranych krajach. Poniżej przedstawiono regulacje przyjęte w Niemczech, Szwajcarii i Austrii.

4.1. Regulacje w Niemczech

Jako przykład systemu prawa, w którym pojęcie rolnika zawodowego w dużym stopniu sprecyzowało orzecznictwo, należy wskazać na Niemcy. Ustawa

o nabywaniu nieruchomości rolnych (Grundstücksverkehrsgesetz, GrdstVG) nie zawiera definicji rolnika zawodowego. Jedynie pomocniczo stosowana jest definicja zamieszczona w ustawie o ubezpieczeniu emerytalnym rolników (Gesetz über die Altershilfe für Landwirte, ALG)²¹, w której stosownie do § 1 ust. 2, 4, 5 i 7 ALG, za rolnika uznaje się osobę kierującą w chwili określonego zdarzenia prawnego gospodarstwem rolnym ukierunkowanym na uprawę gruntów rolnych, ponoszącą ryzyko gospodarcze prowadzonej działalności oraz wykonującą aktywnie czynności zawodowe jako samodzielny przedsiębiorca. Bez znaczenia jest przy tym, czy w gospodarstwie pracuje on osobiście, świadcząc własnoręczną pracę fizyczną oraz wykorzystując należące do niego maszyny i urządzenia, czy też posługuje się pracą najemną pracowników rolnych i wypożyczonym sprzętem. Nieistotna jest również wysokość dochodów uzyskiwanych przez niego z pozarolniczej działalności zawodowej. Natomiast warunkiem koniecznym dla uznania za rolnika jest zachowanie kompetencji kierowniczych, wyrażających się m.in. w podejmowaniu decyzji i zawieraniu przez niego umów związanych z bieżącą działalnością gospodarstwa²².

Powyższa definicja rolnika została uzupełniona w wyniku wspomnianej już działalności orzeczniczej sądów. Na gruncie niemieckiego prawa rolnego wykształcone zostały w ten sposób takie pojęcia, jak zawodowy rolnik zajmujący się rolnictwem jako zawodem głównym (*Haupterwerbslandwirt*), rolnik traktujący rolnictwo jako zawód dodatkowy (*Nebenerwerbslandwirt*), rolnik hobbysta (*Hobbylandwirt*), a także osoba niebędąca rolnikiem (tzw. nierolnik, *Nichtlandwirt*). Co istotne, orzecznictwo tylko dwóm pierwszym kategoriom przyznało uprzywilejowany status efektywnego rolnika²³, z którym związane są szczególne uprawnienia. Po pierwsze status ten niewątpliwie ułatwia uzyskanie niezbędnej decyzji kompetentnego organu zezwalającego na przeniesienie prawa do nieruchomości rolnej na nabywcę, co jest możliwe przy braku m.in. przesłanki o charakterze negatywnym, jakim jest niezdrowy podział gruntów (*ungesunde Verteilung des Grund und Bodens*), o którym mowa w § 9 ust. 1 pkt. 1 GrdstVG. Po drugie przemawia on za określonym rozstrzygnięciem organu

21 Gesetz über die Altershilfe für Landwirte vom 29. Juni 1994, BGBl. 1994 I, s. 1890-1891, znowelizowana ostatnio przez Siebtes Gesetz zur Änderung des Vierten Buches Sozialgesetzbuch und anderer Gesetze vom 12. Juni 2020, BGBl. 2020 I, s. 1248-1276.

22 J. Netz, *Grundstückverkehrsgesetz. Praxiskommentar, Gesetz über Maßnahmen zur Verbesserung der Agrarstruktur und zur Sicherung land- und forstwirtschaftlichen Betriebe*, Agricola-Verlag GmbH, Butjadingen-Stollhamm 2018, s. 856.

23 M. Düsig, J. Martinez (red.), *Agarrecht*, C.H. Beck, München 2016, s. 499.

w przypadku konkurencji z osobą niebędącą rolnikiem. W niemieckim prawie rolnym przyjmuje się bowiem jako regułę, że niezdrowy podział gruntów nastąpi w szczególności, jeśli kupującym nieruchomości rolną miałaby zostać osoba niebędąca rolnikiem lub rolnik hobbysta, mimo iż zbywaną nieruchomością byłby zainteresowany rolnik zawodowy, wykazujący pilną potrzebę powiększenia swojego gospodarstwa. W tym miejscu zauważyć wypada, że nabywcą nieruchomości rolnych może być również podmiot spoza rolnictwa, także osoba prawna. Niemniej rolnikom zawodowym przyznane zostało swoje pierwszeństwo.

Z punktu widzenia pojęcia efektywnego rolnika lub rolnika zajmującego się rolnictwem jako zawód główny lub zawód dodatkowy niezmiennie istotne jest to, że zarówno ustawodawstwo, jak i orzecznictwo traktują na równi osoby fizyczne i osoby prawne, jeśli tylko spełniają wyżej określone wymagania. Jest to jak najbardziej uzasadnione, skoro od rolnika nie jest wymagane własnoręczne, osobiste wykonywanie prac rolnych, lecz jedynie sprawowanie nadzoru nad nimi oraz zarządzanie i kierowanie gospodarstwem rolnym. Na poziomie osoby prawnej wszystkie te czynności, od których uzależnione jest uzyskanie pozycji rolnika, realizować będzie osoba lub osoby uprawnione do prowadzenia jej spraw i składania oświadczeń woli w jej imieniu.

Podkreślenia wymaga fakt, że obecnie żaden z niemieckich przepisów nie narzuca, w jakiej formie prawnej powinno być prowadzone gospodarstwo rolne, co jednocześnie nie oznacza, że system prawa niemieckiego nie reglamentuje obrotu nieruchomościami rolnymi. Z uwagi na fakt, że kwestia ta wykracza poza zakres przedmiotowy niniejszego opracowania, nie będzie przedmiotem szerszych rozważań. Warto jednak odnotować, że w myśl art. 2 ust. 1 GrdstVG, z zastrzeżeniem ustawowych wyjątków, niemal każde przeniesienie własności nieruchomości rolnej, bez względu na to, czy nabywcą jest rolnik zawodowy, czy też osoba niezajmująca się profesjonalnie rolnictwem, wymaga uprzedniego uzyskania zezwolenia (*Genehmigung*) w formie decyzji administracyjnej wyrażającej zgodę na rozporządzenie nieruchomością. Zezwolenie to może zostać wydane, jeśli zbycie nie prowadzi do wspomnianego już wyżej niezdrowego podziału gruntów, w szczególności poprzez sprzedaż na rzecz osoby niebędącej rolnikiem w sytuacji, gdy rolnik zawodowy wykazuje pilną potrzebę powiększenia swojego gospodarstwa rolnego oraz wyraża gotowość zapłaty ceny uzgodnionej przez strony. Ponadto ustawa GrdstVG uzależnia uzyskanie decyzji administracyjnej od zachowania właściwej wysokości świadczenia wzajemnego, w czym przejawia się instrument administracyjnej regulacji cen.

Istotnym elementem kontroli obrotu na gruncie prawa niemieckiego jest również przyznanie na mocy § 4 ustawy o osadnictwie (*Reichsiedlungsgesetz*) przedsiębiorstwom osadniczym (*Landgesellschaften*) ustawowego prawa pierwokupu, z którego mogą skorzystać w przypadku, gdy sprzedaż nieruchomości nie jest objęta zwolnieniem z obowiązku uzyskania zezwolenia, a zarazem spełnione są przesłanki do odmowy jego udzielenia.

Jak wspomniano powyżej, przyjęte w prawie niemieckim ograniczenia nie odnoszą się jednak w sposób bezpośredni do formy prawnej nabywcy. Ponadto ustawa o obrocie nieruchomościami w żaden sposób nie uzależnia od niej możliwości wydania zezwolenia na nabycie nieruchomości rolnych. Kupującym może być zatem również spółka kapitałowa, jeśli prowadzi typowo rolniczą działalność, a nabycie jest zgodne z głównym celem ustawy GrdstVG – tj. zachowaniem i poprawą struktury agrarnej kraju. O równowadze stron świadczy fakt, że w sytuacji zaistniałej konkurencji między osobą fizyczną zajmującą się rolnictwem jako zawód główny, a spółką, tak osobową, jak i kapitałową, lecz prowadzącą gospodarstwo rolne, przepisy niemieckie traktują na równi oba podmioty prawa. Potwierdzają to liczne orzeczenia Federalnego Trybunału Konstytucyjnego²⁴ jak i wyższych sądów okręgowych²⁵. Koniecznym warunkiem jest jednak to, aby głównym celem działalności spółki było prowadzenie gospodarstwa rolnego. Warto dodać, że uznanie spółki za rolnika nie oznacza, że jest nim również jej wspólnik. To właśnie spółka jako odrębny podmiot prawa uznana jest w tym przypadku za rolnika. Jej wspólnicy mogą natomiast uzyskać ów status tylko wtedy, jeśli zajmują się prowadzeniem spraw tej spółki. Z tego też względu nabycie nieruchomości rolnej przez wspólnika spółki o rolniczym profilu działalności, ale niezajmującego się rolnictwem ani sprawami spółki, może zostać uznane w postępowaniu administracyjnym za prowadzące do niezdrowego podziału gruntów²⁶. Niemniej w orzecznictwie dostrzeżono, że nabycie nieruchomości rolnej przez wspólnika, w celu jej

24 Zob. w szczególności orzeczenie Federalnego Trybunału Konstytucyjnego Niemiec z 26 listopada 2010 r., V BLw 14/09, openJur 134082 i orzeczenie Federalnego Trybunału Konstytucyjnego Niemiec z 25 listopada 2016 r., V BLw 4/15, openJur 1698.

25 Zob. orzeczenie Wyższego Sądu Okręgowego w Brandenburgii z 26 kwietnia 2012 r., 5 W (Lw) 5/11, openJur 68102.

26 Z drugiej strony nabycie dla własnych potrzeb przez wspólnika spółki traktowanej jako rolnik, będzie uznane za nabycie przez nierolnika, co może skutkować odmową wydania zezwolenia, zob. J. Martinez, *Gesetz über Maßnahmen zur Verbesserung der Agrarstruktur und Sicherung land- und forstwirtschaftlicher Betriebe (Grundstückverkehrsgesetz – GrdstVG) vom 28.07.1961*, [w:] M. Düsing, J. Martinez (red.), *Agrarrecht*, C.H. Beck, München 2016, s. 497.

następczego wniesienia do spółki może być uzasadnione z punktu widzenia podatkowego. Uwzględniając interes podatników, jak również mając na uwadze kształtowanie ustroju rolnego, sądy wypracowały zasadę, zgodnie z którą wspólnik spółki niebędący rolnikiem posiada w drodze wyjątku pozycję taką, jak rolnik, jeśli nabywa nieruchomość w celu jej następczego wniesienia do spółki dla potrzeb prowadzenia działalności rolniczej²⁷. Jest to jednak możliwe tylko wówczas, jeśli ów wspólnik nie będzie wyłączony od prowadzenia spraw spółki, a zatem musi posiadać prawo współdecydowania w zakresie bieżącej działalności bądź wykonywać pracę w spółce jako zawód główny lub dodatkowy.

Swoista liberalizacja zasad obrotu w prawie niemieckim sięga głębiej. Możliwości nabywania nieruchomości rolnych przez osoby prawne nie ograniczono wyłącznie do podmiotów, które same w sobie mogą zostać objęte pojęciem rolnika zawodowego. Warto w tym miejscu wspomnieć o tzw. funduszach gruntowych, których funkcjonowanie w drodze wyjątku po raz pierwszy dopuszczono w 2007 r. na terenie Meklemburgii–Pomorza Przedniego. Pod względem prawnym są to zwykle spółki komandytowe, zajmujące się nabywaniem i zarządzaniem nieruchomościami rolnymi, a także ich wydzierżawianiem dla celów związanych z produkcją rolną. Fundusze te, podobnie jak każdy inny podmiot prawa, zobowiązane są do uzyskania zezwolenia na nabycie nieruchomości rolnych, jednakże w ich przypadku brak statusu rolnika co do zasady nie stanowi przeszkody w uzyskaniu pozytywnej decyzji administracyjnej. Zawierają one bowiem z rolnikami zawodowymi długoletnie umowy dzierżawy mające za przedmiot nabyte nieruchomości. W efekcie nie dochodzi do niezdrowego podziału gruntów, gdyż zachowana zostaje długotrwała produkcja rolnicza, co stanowi główny cel GrdstVG. Istotną okolicznością jest również to, że komandytariuszami tych funduszy są często sami rolnicy dzierżawcy.

Warto również krótko wspomnieć o tzw. przedsiębiorstwach właścicielskich (*Besitzunternehmen*)²⁸. Pod tym pojęciem należy rozumieć podmioty, które nie zajmują się rolnictwem w sensie faktycznym, lecz jedynie uczestniczą w zarządzaniu przedsiębiorstwem zależnym, będącym rolnikiem zawodowym, poprzez przejęcie funkcji menadżerskich, administracyjnych, czy też przez świadczenie innych usług tj. dostarczanie materiału siewnego, pasz i środków ochrony roślin, czy też zbyt wytworzonych produktów. *Prima facie* wydawać by się mogło, że nabycie nieruchomości rolnych przez tego typu przedsiębiorstwa

27 J. Netz, *Grundstückverkehrsgesetz...*, s. 897.

28 J. Martinez, *Gesetz über Maßnahmen...*, s. 497.

może prowadzić do niezdrowego podziału gruntów. Niemniej w postanowieniu z 26 listopada 2010 r.²⁹ Federalny Trybunał Konstytucyjny orzekł, że nabywanie nieruchomości rolnej przez przedsiębiorstwo właścicielskie nie jest sprzeczne z celami GrdstVG, jeśli przedsiębiorstwo to należy do rodziny prowadzącej działalność rolniczą i spełniającej kryteria rolników zawodowych.

Zgodnie z przywołanym orzeczeniem przedsiębiorstwo właścicielskie może nabywać nieruchomości rolne, jeśli jest częścią większego podmiotu należącego do członków jednej rodziny, w skład którego wchodzi również jednostka produkcyjna, zajmującej się *stricte* rolnictwem. W takim wypadku zadaniem przedsiębiorstwa właścicielskiego jest poza sprawowaniem wyżej wspomnianych funkcji pomocniczych lub usługowych, również nabywanie lub wydzierżawienie nieruchomości rolnych na potrzeby członków rodziny³⁰. Konieczny jest więc podział przedsiębiorstwa tj. na część tzw. właścicielską i jednostkę produkcyjną. Z reguły podział ten ukształtowany jest w taki sposób, że jednostka produkcyjna przyjmuje formę spółki z ograniczoną odpowiedzialnością i dzierżawi lub bierze w najem niezbędne do produkcji nieruchomości rolne lub maszyny rolnicze od przedsiębiorstwa właścicielskiego, które zazwyczaj ma formę prawną spółki osobowej. Wskazany podział przedsiębiorstwa na dwie jednostki jest jak najbardziej racjonalny, gdyż w przypadku upadłości spółki z ograniczoną odpowiedzialności jej wierzyciele co do zasady nie mogą zaspokoić się z majątku przedsiębiorstwa właścicielskiego³¹. Przyjmuje się jednak jako zasadę, że nabycie nieruchomości rolnych przez przedsiębiorstwa właścicielskie tylko wtedy nie będzie prowadzić do niezdrowego podziału gruntów, jeśli właściciele obu jednostek są tożsami, a nadto na poziomie wewnętrznej struktury przedsiębiorstwa zagwarantowane jest za pomocą odpowiednich instrumentów prawnych przekazanie jednostce produkcyjnej do wykorzystania rolniczego nabytych przez przedsiębiorstwo właścicielskie nieruchomości rolnych.

Przyjęty w Niemczech model obrotu z udziałem osób prawnych co do zasady uniemożliwia uzyskanie zezwolenia na nabycie nieruchomości przez podmioty prowadzące działalność gospodarczą w innych działach gospodarki niż rolnictwo, jeśli zbywanymi nieruchomościami zainteresowany jest rolnik zawodowy. Co więcej, stosownie do obecnie przyjętej linii orzeczniczej, przesłanka niezdrowego podziału gruntów może wystąpić także wtedy, gdy nieruchomości rolne są wprowadzane nabywane przez osoby prawne z obszaru rolnictwa, jednak w celach innych niż rolnicze, zaś gotowość ich nabycia

29 Zob. orzeczenie Federalnego Trybunału Konstytucyjnego Niemiec z 26 listopada 2010 r., V BLw 14/09.

30 J. Martinez, *Gesetz über Maßnahmen...*, s. 497.

31 J. Netz, *Grundstückverkehrsgesetz...*, s. 904-906.

zgłosi rolnik zawodowy wykazujący pilną potrzebę powiększenia swojego gospodarstwa, który jest skłonny zapłacić żadaną przez zbywającego cenę. Taka sytuacja wystąpi przykładowo, gdy osoba prawna zamierza nabyć nieruchomości rolną na potrzeby turystyczne lub rekreacyjne w związku z planowaną zmianą w miejscowym planie zagospodarowania przestrzennego przeznaczenia z rolniczej na inwestycyjną, czy też w celu tworzenia rezerw gruntowych.

Na zakończenie uwag poświęconych uwarunkowaniom niemieckim wypada wspomnieć, że zwiększone zainteresowanie nieruchomościami rolnymi przez inwestorów prywatnych, w tym również przez osoby prawne, powodowane poszukiwaniem korzystnych form lokaty kapitału, wywołało również w Niemczech ożywioną dyskusję nad potrzebą zmian w ustawie o obrocie nieruchomościami. Na poziomie komisji stanowiącej wspólną grupę roboczą, powołanej w 2014 r. przez rząd federalny przy udziale poszczególnych krajów związkowych w celu rozważenia możliwych rozwiązań, za warte głębszej analizy uznano m.in. objęcie obowiązkiem uzyskania zezwolenia również nabycie udziałów w spółkach, jeśli są one właścicielami nieruchomości rolnych. Dotychczas jednak proponowane rozwiązania nie zmierzały tak daleko, aby wprowadzić generalny zakaz sprzedaży nieruchomości rolnych osobom prawnym, w tym również niezajmującym się zawodowo rolnictwem³².

4.2. Regulacje w Szwajcarii

Określenie przesłanek uznania podmiotu za rolnika zawodowego, od których zależy szczególna pozycja prawna w obrocie nieruchomościami rolnymi, następuje często przy wykorzystaniu definicji legalnej zamieszczonej w akcie prawnym regulującym zasady tego obrotu. Definicja taka zawarta jest dla przykładu w szwajcarskiej ustawie o rolniczym prawie gruntowym (Bäuerliche Bodengesetz, BGBB), która wprowadza zasadę samodzielnego gospodarowania przez rolnika, określonego w ustawie jako samodzielny gospodarz (*Selbstbewirtschafter*), na należących do niego gruntach rolnych. Ma to prowadzić do osiągnięcia nadrzędnego celu ustawy, jakim jest umacnianie własności gruntów rolnych, w szczególności poprzez tworzenie gospodarstw rodzinnych, stanowiących podstawę szwajcarskiego rolnictwa (art. 1 BGBB). Należy przy tym zauważyć, że ustawowe zdefiniowanie samodzielnego gospodarza, który z zastrzeżeniem nielicznych wyjątków, jest wyłącznie uprawniony do nabywania nieruchomości i gospodarstw rolnych,

32 R. Giesen, *Przeniesienie własności nieruchomości rolnych*, [w:] P. Książek, J. Mikołajczyk (red.), *Nieruchomości rolne w praktyce notarialnej*, Wolters Kluwer, Warszawa 2017, s. 51-52.

stanowi jeden z licznych instrumentów regulujących obrót. Jako przykłady innych mechanizmów można w szczególności wskazać na ścisłą kontrolę administracyjną na szczeblach władz kantonów wszelkiego typu rozporządzeń prowadzących do przeniesienia własności, kontrolę sądową w postępowaniu wieczystoksięgowym o konstytutywny wpis do księgi wieczystej nabywcy czy zakaz podziałów gospodarstw rolnych. Do mechanizmów tych należy również niezwykle rozbudowana instytucja ustawowego prawa pierwokupu, poczynając od oryginalnego rozwiązania szwajcarskiego, jakim jest pierwokup rodzinny, poprzez prawo pierwokupu dzierżawcy i współwłaścicieli, skończywszy na pierwokupie przysługującym poszczególnym kantonom.

Wydaje się jednak, że realizacji wskazanego wyżej postulatu ustawowego umacniania własności gruntów rolnych i tworzenia gospodarstw rodzinnych ma służyć przede wszystkim ukształtowanie uprzywilejowanej pozycji samodzielnego gospodarza w zakresie nabywania nieruchomości rolnych. Zgodnie z art. 63 BGG, jako jedną z trzech zasadniczych podstaw odmowy wydania obligatoryjnego zezwolenia administracyjnego na nabycie nieruchomości rolnej jest brak po stronie nabywcy statusu samodzielnego gospodarza³³. Tym samym ustawodawca wyłączył z obrotu wszystkie podmioty, które nie mogą być objęte definicją legalną samodzielnego gospodarza. Dopuścił natomiast wszelkie inne, które spełniają przesłanki przedmiotowej definicji. Warto zatem przeanalizować te niezbędne przesłanki definicyjne w celu ustalenia, czy osoby prawne mogą zostać uznane za samodzielnego gospodarza.

Zgodnie z art. 9 BGG, samodzielnym gospodarzem jest ten, kto pracuje osobiście na gruncie rolnym, a w przypadku gospodarstwa rolnego – sam nim kieruje. Pojęcie kierowania gospodarstwem rolnym nie zostało zdefiniowane ustawowo, a orzecznictwo rozumie je w sposób szeroki. Po pierwsze, dla uznania, że samodzielny gospodarz kieruje gospodarstwem konieczne jest, aby podejmował on wszelkie kluczowe decyzje z nim związane, jak na przykład odnoszące się do rodzaju zasiewów, formy upraw, programów hodowlanych, czy nakładów inwestycyjnych. Po drugie, o kierowaniu gospodarstwem może być mowa tylko, jeśli to na gospodarzu spoczywa całe ryzyko ekonomiczne prowadzonej działalności rolniczej. Trzecią a zarazem ostatnią przesłanką

33 Jedynie uzupełniając należy wspomnieć, że pozostałymi dwiema autonomicznymi przesłankami uzasadniającymi bezwzględną odmowę wydania zezwolenia jest uzgodnienie przez strony umowy zawyżonej ceny, a także ustalenie przez właściwy organ w postępowaniu administracyjnym, że nabywana nieruchomość rolna jest położona w zbyt dużej odległości od głównej siedziby gospodarstwa kupującego, co uniemożliwia jej racjonalne rolnicze wykorzystanie.

jest występowanie przez samodzielnego gospodarza na zewnątrz w stosunkach cywilnoprawnych i administracyjnych w sprawach związanych z bieżącą działalnością gospodarstwa³⁴. Tylko kumulatywne spełnienie przez właściciela gospodarstwa rolnego wszystkich trzech wymienionych wyżej warunków powoduje, że można uznać, że kieruje on gospodarstwem. Wydaje się jednak, że najistotniejszą przesłanką, od której zależy uzyskanie statusu samodzielnego gospodarza, jest świadczenie osobistej pracy. Ustawa wymaga bowiem, aby to samodzielny gospodarz wykonywał własnoręcznie prace rolne.

Przywołane wyżej elementy konstrukcyjne definicji samodzielnego gospodarza sugerują, że co do zasady może nim zostać osoba fizyczna, skoro od gospodarza wymaga się osobistego świadczenia pracy. Taki również model gospodarowania dominuje obecnie w Szwajcarii. Fakt ten potwierdza struktura własnościowa w rolnictwie, z której wynika, że do osób prawnych należyzaledwie 3% powierzchni gruntów rolnych, kolejnych 7% jest natomiast własnością kantonów albo szwajcarskich gmin samorządowych, pozostałe 90% powierzchni nieruchomości rolnych stanowi własność osób fizycznych³⁵.

Należy jednakże zaznaczyć, że żaden z przepisów BGBB ani też jakiegokolwiek innej ustawy szwajcarskiej nie wyłącza w sposób bezpośredni możliwości nabycia nieruchomości rolnych lub gospodarstw rolnych przez osoby prawne. Wręcz przeciwnie, można przykładowo przywołać brzmienie art. 4 ust. 2 BGBB, który stanowi, że przepisy ustawy dotyczące gospodarstw rolnych należy stosować odpowiednio do udziałów większościowych w osobach prawnych posiadających w swych aktywach głównych gospodarstwa rolne, co jednoznacznie wskazuje, że mogą one również nabywać nieruchomości rolne, a więc zostać uznane za samodzielnych gospodarzy. W orzecznictwie przyjmuje się jednak jako warunek, aby główny udziałowca, bądź akcjonariusz w określonej osobie prawnej spełniał wymagania wymienione w art. 9 BGBB. Ponadto w szwajcarskiej doktrynie za bezsporne uznaje się, że kryteria te mogą spełnić spółki akcyjne, komandytowo-akcyjne, spółki z ograniczoną odpowiedzialnością, spółdzielnie, a nadto stowarzyszenia i fundacje³⁶.

Należy zauważyć, że na gruncie obowiązujących przepisów obrót ziemią rolną z udziałem osób prawnych należy analizować w dwóch zasadniczych

34 E. Hofer [w:] E. Hofer (red.), *Das bäuerliche Bodengesetz. Kommentar zum Bundesgesetz über das bäuerliche Bodenrecht vom 4 Oktober 1991*, Sekretariat des Schweizerischen Bauernverbandes, Brugg 1995, s. 206.

35 Tamże.

36 F. Wolf, *Der Erwerb von landwirtschaftlichen Grundstücken oder Gewerben durch das Gemeinwesen oder dessen Anstalten*, „Jusletter“ z 11.10.2010 r., s. 4.

aspektach. Można rozpatrywać nabycie przez osobę prawną nieruchomości rolnej lub gospodarstwa rolnego. W ustawie BGBB jest ono traktowane na równi z rozporządzeniem na rzecz osoby fizycznej, o ile właściciel większościowy udziałów w osobie prawnej spełnia kryteria istotne dla samodzielnego gospodarowania. Taka osoba prawna jest wówczas traktowana jak samodzielný gospodarz, a zatem możliwe jest spełnienie niezbędnych przesłanek do uzyskania zezwolenia (*Bewilligung*) na nabycie nieruchomości rolnej³⁷. Warunkiem jest, by struktura kapitału osoby prawnej była ukształtowana w taki sposób, by istniał właściciel większościowy, do którego będą mogły zostać odniesione wymagania istotne dla samodzielnego gospodarza³⁸.

W drugim aspekcie przedmiot obrotu może stanowić pakiet większościowy udziałów lub akcji w spółce będącej właścicielem nieruchomości rolnych lub gospodarstwa rolnego. Chodzi tu zatem o obrót pozaksięgowy, gdyż nie dochodzi do zmiany właściciela nieruchomości, lecz większościowego udziałowcy. Na mocy wspomnianego wyżej art. 4 ust. 2 BGBB konieczne jest uzyskanie zezwolenia, o ile tylko spełniona zostanie wspomniana przesłanka aktywów głównych³⁹. Będzie to jednak możliwe tylko wtedy, gdy nabywca wypełni ustawowe kryteria, w szczególności odnoszące się do samodzielnego gospodarowania. Warto odnotowania jest fakt, że przepisy BGBB znajdują zastosowanie nie tylko przy jednorazowym przeniesieniu pakietu większościowego, lecz także przy czynności prawnej, mocą której obecny udziałowiec nabywa kolejne udziały dające mu status udziałowca większościowego. Oznacza to zatem, że nie każde nabycie udziałów wymaga uzyskania zezwolenia administracyjnego. Obowiązek taki nie powstaje w szczególności przy nabyciu udziałów mniejszościowych.

Z powyższych rozważań wynika, że podstawowym warunkiem nabycia przez osobę prawną nieruchomości rolnych lub gospodarstwa rolnego, bądź też pakietu większościowego udziałów lub akcji w innej osobie prawnej posiadającej tego typu aktywa główne jest spełnienie przez jej udziałowca większościowego wymagań określonych w art. 9 BGBB. Musi on zatem spełniać wymagane przesłanki w postaci kierowania gospodarstwem i świadczenia w nim w niezbędnym zakresie własnoręcznej pracy. Dał temu wyraz Federalny Sąd Najwyższy (Schweizerisches Bundesgericht) w orzeczeniu BGE 115 II 181

37 C. Bandli [w:] Hofer E. (red.), *Das b uerliche Bodengesetz*..., s. 208-209.

38 E. Hofer, B. Studer, *Erwerb landwirtschaftlicher Gewerbe durch juristische Personen*, „Bl tter für Agrarrecht“ 2012, nr 1, s. 58-59.

39 C. Rampini, *Die Bewilligungspflicht nach b uerlichem Bodenrecht bei Unternehmensk ufen*, „Schweizerische Zeitschrift für Gesellschafts- und Kapitalmarktrecht sowie Umstrukturierungen“ 2015, nr 2, s. 1.

(E. 2 c.)⁴⁰, wskazując że nie można twierdzić, jakoby osoba prawna nie mogła być uznana za samodzielnego gospodarza, jeśli tylko jej udziałowcy bądź wspólnicy wypełniają kryteria ustawowe. Pogląd ten Trybunał potwierdził w wyroku z 7 lutego 2003 r.⁴¹, stwierdzając, że właściciel pakietu większościowego jest samodzielnym gospodarzem, jeśli dysponuje gospodarstwem jak właściciel i używa go osobiście jako środek produkcji rolnej.

4.3. Regulacje w Austrii

Definicję legalną rolnika zawodowego stosuje również system prawa austriackiego. Jednakże należy zauważyć, że definicji tych jest kilka, albowiem z racji federacyjnego ustroju Austrii, na mocy porozumienia zawartego między władzami centralnymi i krajami związkowymi, w zakresie obrotu nieruchomościami nastąpiło rozdzielenie kompetencji ustawodawczych pomiędzy parlament krajowy i parlamenty lokalne⁴². W związku z tym na terenie tego państwa stosowanych jest obecnie dziewięć odrębnych ustaw o obrocie nieruchomościami, niemniej regulacje w nich zawarte są z natury rzeczy zbliżone, gdyż zakres kompetencji do autonomicznego stanowienia prawa przyznany lokalnym ustawodawcom został znacząco ograniczony.

Co do zasady pod pojęciem gospodarza rolnego (*Landwirt*) należy rozumieć osobę, która gospodaruje osobiście, przy udziale członków swojej rodziny lub przy pomocy pracowników najemnych w gospodarstwie rolnym stanowiącym samodzielną jednostkę gospodarczą. Wprawdzie wszystkie ustawy austriackie z posiadaniem statusu gospodarza rolnego nie wiążą bezpośredniego uprawnienia do nabywania nieruchomości rolnych, niemniej jednak możliwość wykazania przywołanych cech podmiotowych w znaczący sposób ułatwia uzyskanie niezbędnego zezwolenia władz administracyjnych. Podobnie jak ma to miejsce w przypadku prawa niemieckiego i szwajcarskiego, zezwolenie to wydawane jest po ustaleniu, że zostały spełnione określone przesłanki ustawowe. Ustawy austriackie wyróżniają je od strony pozytywnej za pomocą klauzul generalnych odwołujących się m.in. do utrzymania

40 Orzeczenie szwajcarskiego Federalnego Sądu Najwyższego z 8 maja 1989 r., BGE 115 II, s. 181-186.

41 Zob. orzeczenie szwajcarskiego Federalnego Sądu Najwyższego z 7 lutego 2003 r., 5A.22/2002 (E.2.2), https://www.bger.ch/ext/eurospider/live/de/php/aza/http/index.php?highlight_docid=aza%3A%2F%2F07-02-2003-5A-22-2002&lang=de&type=show_document&zoom=YES& [dostęp: 14.11.2021].

42 Grundstücksverkehr-Vereinbarung (Bund-Länder), BGBl. 1993 Nr 260, s. 2453.

i wzmacniania gospodarstw rolnych, a nadto od strony negatywnej, gdyż jako przesłankę decydującą o odmowie wydania zezwolenia wskazują rozporządzenia na rzecz podmiotu niebędącego rolnikiem, o ile nieruchomością rolną zainteresowany jest rolnik zawodowy⁴³. Jest to zatem rozwiązanie zbliżone do przyjętego na gruncie niemieckim i odwołującego się do niezdrowego podziału gruntów. Posiadanie statusu gospodarza rolnego jest niezmiernie istotne, gdyż od niego może zależeć uzyskanie zezwolenia administracyjnego.

Należy zauważyć, że żadna z definicji legalnych zawartych w ustawach austriackich krajów związkowych nie ogranicza pojęcia gospodarza rolnego wyłącznie do osób fizycznych. Oznacza to, że mogą nim być również osoby prawne. Podobnie żaden z przepisów prawa nie zobowiązuje rolników zawodowych do prowadzenia gospodarstwa rolnego w formie jednoosobowej działalności gospodarczej. Zasadne będzie więc założenie, że za dopuszczalną należy uznać każdą formę gospodarowania w rolnictwie, w tym również w formie osoby prawnej lub jako jednostka organizacyjna nieposiadająca osobowości prawnej, wyposażona w zdolność prawną.

Część ustaw austriackich wprost definiuje niezbędne przesłanki, od spełnienia których uzależnione jest uznanie osoby prawnej za gospodarza rolnego. Dla przykładu można przywołać ustawę z dnia 28 września 1993 r. o obrocie nieruchomościami Styrii (GVG-St), która w § 8a⁴⁴ stanowi, że za gospodarza rolnego należy uznać osobę prawną prowadzącą jako spółka produkcyjną działalność rolną lub leśną. Przepis ten zawiera ponadto drugą niezbędną przesłankę, którą jest posiadanie przez osobę zarządzającą tą spółką wykształcenia rolniczego lub przynajmniej dwuletniego doświadczenia w pracy w rolnictwie.

Wobec przyjętej szerokiej wykładni pojęcia gospodarza rolnego, akceptowanej także przez austriacką doktrynę⁴⁵, dopuszczalność nabycia nieruchomości rolnych lub leśnych przez osoby prawne należy ocenić przez pryzmat spełnienia przesłanek przewidzianych w ustawach, a odwołujących się do wspomnianych klauzul generalnych. O ile zatem dokonywana przez osobę prawną czynność prawna służy utrzymaniu, wzmacnianiu, czy też tworzeniu silnej społeczności rolniczej, a nadto kształtowaniu korzystnej i wydajnej struktury własnościowej gruntów rolnych i leśnych, to organ administracyjny nie będzie miał podstaw do odmowy wydania zezwolenia na nabycie nieruchomości rolnej przez gospodarza

43 G. Holzer, *Grundverkehrsrecht*, [w:] R. Norer (red.), *Handbuch des Agrarrechts*, Verlag Österreich, Wien 2012, s. 686-687.

44 Gesetz vom 28 September 1993 mit dem der Grundverkehr in der Steiermark geregelt wird (Steiermarkisches Grundverkehrsgesetz), LGBl. 1993, poz. 134.

45 G. Holzer, *Grundverkehrsrecht...*, s. 689.

rolnego będącego osobą prawną. W praktyce zgody takie będą wydawane, jeśli wnioskujące osoby prawne faktycznie prowadzą działalność rolniczą ukierunkowaną na uzyskanie dochodu służącego utrzymaniu bytu współnika tej osoby prawnej lub jego rodziny. Ponadto niezbędnym warunkiem zezwolenia będzie samodzielne, własnoręczne i osobiste lub przy współudziale rodziny świadczenie przez współnika pracy o charakterze rolniczym, lub osobiste kierowanie gospodarstwem z równoczesnym powierzeniem faktycznego wykonywania prac rolnych zatrudnionym pracownikom.

Co do zasady w myśl obowiązujących przepisów należy wykluczyć możliwość nabycia praw do nieruchomości lub gospodarstwa rolnego przez osoby prawne nieposiadające statusu gospodarza rolnego i niezamierzające prowadzić samodzielnie działalności w sektorze rolnictwa. W tym przypadku znajdzie przede wszystkim zastosowanie instrument określany jako klauzula podmiotu zainteresowanego (*Interessentenregelung*), sprowadzający się do przyznania rolnikom zawodowym swoistego pierwszeństwa do zakupu gruntu. Powstaje zarazem wątpliwość, czy nabycie nie sprzeciwia się klauzulom generalnym odwołującym się do interesu publicznego, co dawałoby podstawę do odmowy wydania zezwolenia przez właściwy organ administracyjny. Z pewnością uzyskanie zezwolenia administracyjnego przez osobę prawną w opisanych wyżej warunkach będzie bardzo utrudnione, jakkolwiek w dalszym ciągu teoretycznie możliwe.

Podobnie jak ma to miejsce na gruncie prawa szwajcarskiego, odrębne zagadnienie stanowi nabywanie praw udziałowych w istniejących osobach prawnych, które posiadają w swych aktywach również nieruchomości o przeznaczeniu rolnym. Kwestia ta została szczegółowo uregulowana na gruncie niemal każdej ustawy austriackiej, w których jako regułę przyjęto obowiązek uzyskania zezwolenia na nabycie udziałów w spółkach kapitałowych oraz praw udziałowych w spółkach osobowych lub spółdzielniach⁴⁶. W wyniku interwencji Komisji Europejskiej, która zakwestionowała proporcjonalność przyjętych środków o skutku ograniczającym, obecnie stosowane regulacje austriackie zawężają obowiązek uzyskania zezwolenia na nabycie praw udziałowych tylko do takich osób prawnych, dla których produkcja rolna jest dominującym obszarem działalności gospodarczej. Często ustawy te posługują się dodatkową przesłanką powierzchniową. Dla przykładu można wskazać ustawę obowiązującą na terenie Tyrolu, gdzie do aktualizacji obowiązku uzyskania zezwolenia

46 Zob. § 4 ust. 1 lit. h Gesetz vom 3. Juli 1996 über den Verkehr mit Grundstücken in Tirol (Tiroler Grundverkehrsgesetz 1996), LGBL. 1996, poz. 222.

konieczne jest również, aby osoby prawne były właścicielami nieruchomości rolnych o powierzchni nie mniejszej niż 5 000 m², stanowiących zarazem istotną część ich majątku. Wskazany próg powierzchniowy jest różny w zależności od kraju związkowego i niekiedy może być dość pokaźny⁴⁷.

Na zakończenie warto nadmienić, że zarówno orzecznictwo⁴⁸ jak i doktryna⁴⁹ stoją na stanowisku, że obowiązkiem uzyskania zezwolenia nie są objęte procesy przekształcania spółek posiadających w swym majątku nieruchomości rolne, a także ich łączenia i podziały.

5. Podsumowanie

We wstępie niniejszego artykułu wspomniano, że działalność osób prawnych jako podmiotów uczestniczących w obrocie nieruchomościami rolnymi zaczęła wzbudzać istotne wątpliwości. Ich aktywność stała się przedmiotem powszechnej debaty prowadzonej również w krajach europejskich o rozwinętych strukturach agrarnych, przeradzającej się niekiedy nawet w konkretne prace o charakterze legislacyjnym. Jednak pomimo zgłaszanych wątpliwości, z zaprezentowanych powyżej uwag wynika, że żaden z przedstawionych zachodnioeuropejskich systemów prawnych nie zawiera przepisów wykluczających osoby prawne z obrotu *inter vivos*. Tego typu regulacji nie przewidują nawet ustawy w takich krajach jak Szwajcaria czy Austria, gdzie przyjęte rozwiązania służące ochronie rodzinnych gospodarstw rolnych w żaden sposób nie można uznać za nadmiernie liberalne.

Zresztą przykłady innych krajów, których systemy prawne dopuszczają do obrotu nieruchomościami rolnymi również osoby prawne, można mnożyć. Warto wskazać na Francję, gdzie również stosowane są określone mechanizmy regulujące obrót nieruchomościami rolnymi, jak na przykład instrument ustawowego prawa pierwokupu przyznany Spółkom Urzędów i Osadnictwa Rolnego (SAFER, fr. Sociétés d'Aménagement Foncier et d'Établissement

47 Dla przykładu ustawa Górnej Austrii ustanawia ten próg powierzchniowy na minimum 2 ha.

48 Zob. przykładowo w przedmiocie łączenia się spółek: orzeczenie austriackiego Sądu Najwyższego z 10 maja 2005 r., 5 Ob 97/05h, „Urteile und Beschlüsse des OGH” 2005, poz. 3963.

49 J. Müller, *Burgenland*, [w:] G. Lienbacher, J. Müller, G. Putz, K. Schöffmann, T. Schön von Wiesentreu, H. Wiesinger, E. Wischenbart (red.), *Die Grundverkehrsgesetze der österreichischen Bundesländer. Grundverkehrsgesetze, Verordnungen, Durchführungsbestimmungen, Formulare, Gebühren und Abgaben*, t. 2, Juridica, MANZ Verlag Wien, Wien 2019, s. 50, pkt 17.

Rural), czy też obowiązek uzyskania decyzji administracyjnej na założenie, powiększenie lub połączenie gospodarstw rolnych, o ile w wyniku dokonanego rozporządzenia miałoby powstać gospodarstwo o powierzchni przekraczającej próg obszarowy określony w tzw. regionalnym planie ogólnym dla gospodarstw rolnych (fr. *le schéma directeur régional des exploitations agricoles*, S.D.R.E.A.). Pomimo stosowanych już od dłuższego czasu instrumentów regulujących obrót nieruchomościami rolnymi, francuski ustawodawca nie tylko umożliwił nabywanie praw do nieruchomości rolnych spełniającym ustawowe przesłanki osobom prawnym, w tym także spółkom kapitałowym, ale wręcz stworzył w kodeksie rolnym⁵⁰ specjalne formy wspólnego gospodarowania, jakimi są rolnicze zespoły gruntowe (fr. *groupement foncier agricole*, GFA), wspólne zespoły rolnicze (fr. *groupement agricole d'exploitation en commun*, GAEC), czy też gospodarstwa rolne z ograniczoną odpowiedzialnością (fr. *entreprise agricole a responsabilite limitee*, EARL)⁵¹.

Można również przywołać przykład angielski, gdzie brak jest jakichkolwiek przepisów ograniczających obrót prawami do nieruchomości, w tym o przeznaczeniu rolnym, a ich nabywcą może być każdy podmiot prawa bez względu na formę prawną lub kraj pochodzenia.

Co szczególnie interesujące, dopuszczenie w tych krajach osób prawnych jako aktywnych uczestników rynku nieruchomości rolnych nie kłóci się z obowiązującą również i tam zasadą, że podstawą ustroju rolnego są gospodarstwa rodzinne. Należy także zauważyć, że podobnie jak ma to miejsce w Polsce, kształtujące ustrój rolny akty prawne porównywanym państw odwołują się do pojęcia rolnika zawodowego, wyodrębniając przy pomocy definicji legalnych konieczne przesłanki, od spełnienia których uzależnione jest szczególne uprzywilejowanie w obrocie. Tylko w drodze wyjątku ugruntowanie tego pojęcia następuje wskutek działalności orzeczniczej sądów, niemniej niezbędne przesłanki uznania za rolnika określane są tu również w sposób dość precyzyjny.

Przeprowadzona analiza wskazuje, że przesłanki definicji rolnika zawodowego mogą spełniać również osoby prawne, uzyskując pozycję w obrocie porównywalną z tą, którą posiadają osoby fizyczne. Wynika to z faktu, że dla przyznania tego uprzywilejowanego statusu nie ma znaczenia forma prawna jednostki produkcyjnej, ale raczej rzeczywiste prowadzenie efektywnej go-

50 Art. R322-1 Code rural et de la pêche maritime, JORF z 17.03.21996 r. ze zm. [dostęp: 14.11.2021].

51 Bliżej na temat wspólnych form gospodarowania zob. A. Lichorowicz, *Status prawny gospodarstw rodzinnych w ustawodawstwie krajów Europy Zachodniej*, Temida2, Białystok 2000, s. 64-69.

spodarki rolnej. Przy tym nierzadko przyjmuje się za warunek konieczny, aby przesłanki konstrukcyjne definicji rolnika zawodowego, mogące być z natury rzeczy przypisane wyłącznie osobie fizycznej, jak chociażby odnoszące się do określonego poziomu wykształcenia rolniczego, spełniała osoba faktycznie zarządzająca osobą prawną, podejmująca w niej kluczowe decyzje, czy też organizująca i kierująca pracą pracowników najemnych. Nierzadko od takich osób wymaga się również świadczenia osobistej, własnoręcznej pracy. Przy spełnieniu tak określonych przesłanek, osoba prawna może uzyskać niezbędne zezwolenia administracyjne na nabycie nieruchomości rolnych na takich samych zasadach, jak rolnik będący osobą fizyczną. Podsumowując można zatem stwierdzić, że przyjęta forma organizacyjna nie stanowi przeszkody do uznania osoby prawnej za rolnika zawodowego, jeśli prowadzi ona działalność rolniczą, zaś osoba kierująca nią posiada wymagane cechy podmiotowe.

Tylko na marginesie należy zauważyć, że niektóre systemy prawne przyjmują daleko bardziej liberalne regulacje. Można wskazać przykładowo na wspomniane niemieckie fundusze gruntowe, czy też przedsiębiorstwa właścicielskie, które zostały dopuszczone do obrotu jako nabywcy pomimo niespełniania przesłanek definiujących rolnika zawodowego. Organy administracyjne uznały jednak w ich przypadku, że zabezpieczenie trwałego wykorzystania gruntów na cele rolne jest wystarczające, aby dokonać autoryzacji takiego nabycia, bowiem w wyniku przeniesienia praw do nieruchomości struktura agrarna kraju nie doznaje uszczerbku.

Takie podejście jest niewątpliwie spowodowane przyjętą i utrwaloną linią orzecniczą TSUE, na której ukształtowanie szczególnie istotny wpływ wywarł wyrok w sprawie *Margarethe Ospelt i Schlössle Weissenberg Familienstiftung*⁵². Trybunał uznał w nim obowiązek osobistego świadczenia pracy przez nabywcę nieruchomości rolnej za środek nieproporcjonalny. Za wystarczający środek uznał natomiast zagwarantowanie przez nowego właściciela zachowania rolniczego wykorzystania gruntów, np. poprzez zawarcie z rolnikami zawodowymi długoletniej umowy dzierżawy. Wyrok, wychodzący naprzeciw unijnej zasadzie swobody przepływu kapitału, otworzył drogę do nabywania nieruchomości rolnych przez osoby prawne niezajmujące się w sposób zawodowy rolnictwem, ale zobowiązującym się za pomocą odpowiednich środków prawnych do zachowania na nich dalszej produkcji rolnej.

52 Wyrok TSUE z 23 września 2003 r., C-452/01, *Margarethe Ospelt i Schlössle Weissenberg Familienstiftung*, ECLI:EU:C:2003:493.

Na tym tle przyjęte rozwiązania na gruncie u.k.u.r. należy uznać za szczególnie restrykcyjne. Z przedstawionej analizy wynika, że mają one na celu daleko idące wykluczenie jako nabywców osób prawnych w obrocie nieruchomościami. Nie mogąc spełnić przesłanek uznania za rolnika zawodowego (indywidualnego), osoby prawne mają w obrocie nieruchomościami rolnymi niewspółmiernie gorszą pozycję niż osoby fizyczne. Utrzymanie przyjętych regulacji będzie w dłuższej perspektywie prowadzić do systematycznego ograniczenia roli osób prawnych w obszarze rolnictwa. Polski model obrotu nie ogranicza się tylko do wprowadzenia zasady pierwszeństwa w nabywaniu nieruchomości rolnych przez rolników indywidualnych. Jak wykazano w niniejszym opracowaniu, możliwość swobodnego nabywania nieruchomości rolnych przez osoby prawne została zastrzeżona w formie wyjątków tylko na rzecz wybranych i co do zasady publicznych podmiotów wyliczonych w ustawie w sposób kazuistyczny. Poza nawiasem pozostawiono natomiast większość prywatnych osób prawnych, których udział w obrocie poddany został nie tylko zasadzie pierwszeństwa nabycia przez rolników indywidualnych, ale także ścisłej kontroli i reglamentacji sprawowanej przez KOWR. Interwencyjna polityka państwa sięga głębiej, ingerując również w ład korporacyjny spółek poprzez przyznanie KOWR prawa pierwokupu udziałów lub akcji w przypadku spółek kapitałowych lub prawa nabycia określonych nieruchomości rolnych w przypadku spółek osobowych lub spółek akcyjnych wchodzących na giełdę. Na potencjalnie niekorzystne konsekwencje takich regulacji wskazano powyżej.

W uzasadnieniu do nowelizacji u.k.u.r. z 2016 r. został wyrażony argument, że ostatnie zmiany legislacyjne miały na celu zapewnienie bezpieczeństwa żywnościowego kraju poprzez wyeliminowanie praktyk spekulacyjnych w obszarze nieruchomości rolnych, jak również urzeczywistnienie konstytucyjnej zasady oparcia polskiego ustroju rolnego na gospodarstwach rodzinnych⁵³. Wydaje się jednak, że były one spowodowane głównie obawą przed wykupywaniem polskich gruntów rolnych przez zagraniczne podmioty z krajów Unii Europejskiej, w szczególności spółki o rozbudowanych strukturach organizacyjnych, na co wprost wskazuje się w przywołanym uzasadnieniu⁵⁴.

W tym kontekście należy zauważyć, że w wyniku przeprowadzenia głębokich zmian w u.k.u.r. obejmujących m.in. regulacje odnoszące się do szczególnej pozycji rolnika indywidualnego i daleko idącej marginalizacji

53 Druk sejmowy nr 293, s. 13.

54 Tamże.

osób prawnych w obrocie po stronie nabywcy, określonym wyżej rygoryzmem dotknięte zostały również krajowe przedsiębiorstwa posiadające długą tradycję i doświadczenie w prowadzeniu efektywnej produkcji rolnej. Pozycji prawnej osób prawnych w obrocie w żaden sposób nie poprawia ich specjalizacja w obszarze rolnictwa, a nadto ukształtowanie struktury udziałowej w taki sposób, że należy ona do rolnika zawodowego utrzymującego siebie i swoją rodzinę z pracy w rolnictwie, czy nawet wykonywanie w ramach należącej do niego osoby prawnej własnoręcznej pracy rolniczej. Jak przedstawiono w niniejszym artykule, te pragmatyczne aspekty są kluczowe, a zarazem wystarczające dla objęcia osób prawnych definicją rolników zawodowych w zachodnioeuropejskich systemach prawnych.

Należy przypomnieć, że na zagrożenia związane z potencjalnym wykupywaniem polskich aktywów przez podmioty pochodzące z innych krajów członkowskich UE wskazywano również w odniesieniu do rynków nieruchomości o innym, aniżeli rolnym przeznaczeniu, które w chwili przystąpienia Polski do struktur unijnych zostały co do zasady otwarte. Efekt ich masowego wykupywania jednak nie nastąpił, zaś zaangażowanie zagranicznych podmiotów np. w obszarze inwestycji przemysłowych stało się pożądane tak na szczeblu samorządowym, jak i krajowym⁵⁵.

Korzyści prowadzenia gospodarstwa rolnego w formie osoby prawnej jest wiele. Wskazać można przykładowo na możliwość tworzenia większych jednostek produkcyjnych przez określoną grupę rolników, a zatem zwiększenie produkcji i jej rentowności, ułatwienie dostępu do kapitału na rozwój gospodarstwa rolnego, ograniczenie odpowiedzialności za ryzyko niepowodzenia gospodarczego, czy też ułatwienie międzypokoleniowego przekazania gospodarstw rolnych. Dlatego też *de lege ferenda* warto zastanowić się nad zmianą obecnie przyjętej na gruncie ustawy o kształtowaniu ustroju rolnego definicji rolnika indywidualnego w taki sposób, aby mogły nią zostać objęte również osoby prawne. Mając na uwadze przykłady płynące z innych krajów wydaje się, że taki zabieg jest możliwy.

O uprzywilejowanym statusie nie powinno rozstrzygać to, czy gospodarstwo rolne jest zorganizowane w formie jednoosobowej działalności gospodarczej, lecz to czy w jego ramach prowadzona jest efektywna produkcja rolna, a także czy jest zarządzane przez osoby posiadające odpowiednie kwalifikacje rolnicze. Przy ustalaniu przesłanek definicji rolnika zawodowego (indywidualnego)

55 Zob. m.in. M. Wypych, *Inwestycje zagraniczne w Polsce w warunkach destabilizacji makroekonomicznej*, „Annales Universitatis Mariae Curie-Skłodowska” 2015, t. XLIX, nr 4, s. 719-724, <http://dx.doi.org/10.17951/h.2015.49.4.719>.

niezbędne wymagania podmiotowe mogłyby zostać odniesione do osób kierujących takim gospodarstwem lub do właścicieli udziałów lub akcji w osobach prawnych. Natomiast inne istotne przesłanki odnoszące się np. do zachowania rolniczego charakteru gruntów mogłyby być zabezpieczone odpowiednimi sankcjami administracyjnymi. Wydaje się, że takie rozwiązanie w sposób skuteczny i wystarczający wyłączałoby możliwość użycia gruntów rolnych dla celów spekulacyjnych, w szczególności jako inwestycje kapitałowe podmiotów niezwiązanych z rolnictwem. Natomiast nadmierny rozwój gospodarstw rolnych, do którego może przyczyniać się aktywność osób prawnych, może być w dalszym ciągu ograniczany obowiązującą obecnie normą obszarową wynoszącą 300 ha użytków rolnych. W tym wypadku konieczne okazałoby się jednak przyjęcie dodatkowych regulacji, które uniemożliwiałyby wykorzystanie rozbudowanych struktur korporacyjnych do obejścia przepisów ustawy o maksymalnej normie powierzchniowej gospodarstwa rolnego. Dopuszczalny próg obszarowy musiałby podlegać sumowaniu na wszystkich poziomach takich struktur, a zatem obejmować wszystkie podmioty zależne i dominujące.

Bibliografia

Akty prawne

- Ustawa z dnia 24 marca 1920 r. o nabywaniu nieruchomości przez cudzoziemców, t.j. Dz.U. 2017, poz. 2278.
- Ustawa z dnia 16 września 1982 r. – Prawo spółdzielcze, Dz.U. 2021, poz. 648.
- Ustawa z dnia 28 lipca 1990 r. o zmianie ustawy – Kodeks cywilny, Dz.U. 1990 Nr 55, poz. 321.
- Grundstücksverkehr-Vereinbarung (Bund-Länder), BGBl. 1993 Nr 260, s. 2453.
- Gesetz vom 28 September 1993 mit dem der Grundverkehr in der Steiermark geregelt wird (Steiermarkisches Grundverkehrsgesetz), LGBL. 1993, poz. 134.
- Gesetz über die Altershilfe für Landwirte, BGBl. 1994 I, s. 1890-1891.
- Ustawa z dnia 3 lutego 1995 r. o ochronie gruntów rolnych i leśnych, t.j. Dz.U. 2017, poz. 1161 ze zm.
- Code rural et de la pêche maritime, JORF z 17.03.21996 r. ze zm. [dostęp: 14.11.2021].
- Gesetz vom 3. Juli 1996 über den Verkehr mit Grundstücken in Tirol (Tiroler Grundverkehrsgesetz 1996), LGBL. 1996, poz. 222.
- Ustawa z dnia 11 kwietnia 2003 r. o kształtowaniu ustroju rolnego, Dz.U. 2021, poz. 234.

Ustawa z dnia 14 kwietnia 2016 r. o wstrzymaniu sprzedaży nieruchomości Zasobu Własności Rolnej Skarbu Państwa oraz o zmianie niektórych ustaw, Dz.U. 2016, poz. 585.

Ustawa z dnia 10 maja 2018 r. o Centralnym Porcie Komunikacyjnym, t.j. Dz.U. 2020, poz. 234 ze zm.

Siebttes Gesetz zur Änderung des Vierten Buches Sozialgesetzbuch und anderer Gesetze vom 12. Juni 2020, BGBl. 2020 I, s. 1248-1276.

Orzecznictwo

Orzeczenie szwajcarskiego Federalnego Sądu Najwyższego z 8 maja 1989 r., BGE 115 II, s. 181-186.

Orzeczenie szwajcarskiego Federalnego Sądu Najwyższego z 7 lutego 2003 r., 5A.22/2002 (E.2.2), https://www.bger.ch/ext/eurospider/live/de/php/aza/http/index.php?highlight_docid=aza%3A%2F%2F07-02-2003-5A-22-2002&lang=de&type=show_document&zoom=YES& [dostęp: 14.11.2021].

Wyrok TSUE z 23 września 2003 r., C-452/01, *Margarethe Ospelt i Schlössle Weissenberg Familienstiftung*, ECLI:EU:C:2003:493.

Orzeczenie austriackiego Sądu Najwyższego z 10 maja 2005 r., 5 Ob 97/05h, „Urteile und Beschlüsse des OGH” 2005, poz. 3963.

Orzeczenie Federalnego Trybunału Konstytucyjnego Niemiec z 26 listopada 2010 r., V BLw 14/09, openJur 134082.

Orzeczenie Wyższego Sądu Okręgowego w Brandenburgii z 26 kwietnia 2012 r., 5 W (Lw) 5/11, openJur 68102.

Orzeczenie Federalnego Trybunału Konstytucyjnego Niemiec z 25 listopada 2016 r., V BLw 4/15, openJur 1698.

Dokumenty urzędowe

Rezolucja z dnia 27 kwietnia 2017 r. C 298/112 w sprawie aktualnego stanu koncentracji gruntów rolnych w UE: jak ułatwić rolnikom dostęp do gruntów? (2016/214 (INI)), <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PL/TXT/PDF/?uri=CELEX:52017IP0197&from=PL> [dostęp: 20.11.2021].

Rządowe uzasadnienie do projektu ustawy o wstrzymaniu sprzedaży nieruchomości Zasobu Własności Rolnej Skarbu Państwa oraz o zmianie niektórych ustaw z projektami aktów wykonawczych, Druk sejmowy nr 293.

Literatura

- Blajer P., Gonet W., *Ustawa o kształtowaniu ustroju rolnego. Komentarz*, Wolters Kluwer, Warszawa 2020.
- Düsig M., Martinez J. (red.), *Agrarrecht*, C.H. Beck, München 2016.
- Giesen R., *Przeniesienie własności nieruchomości rolnych*, [w:] P. Książek, J. Mikołajczyk (red.), *Nieruchomości rolne w praktyce notarialnej*, Wolters Kluwer, Warszawa 2017, s. 39-55.
- Hofer E., Studer B., *Erwerb landwirtschaftlicher Gewerbe durch juristische Personen*, „Blätter für Agrarrecht“ 2012, nr 1 s. 35-59.
- Hofer E. (red.), *Das bäuerliche Bodengesetz. Kommentar zum Bundesgesetz über das bäuerliche Bodenrecht vom 4 Oktober 1991*, Sekretariat des Schweizerischen Bauernverbandes, Brugg 1995.
- Holzer G., *Grundverkehrsrecht*, [w:] R. Norer (red.), *Handbuch des Agrarrechts*, Verlag Österreich, Wien 2012, s. 674-701.
- Jurcewicz A., *Charakterystyka Wspólnej Polityki Rolnej*, [w:] A. Jurcewicz, B. Kozłowska, E. Tomkiewicz, *Wspólna polityka rolna. Zagadnienia prawne*, LexisNexis, Warszawa 2007.
- Klat-Górska E., *Ustawa o kształtowaniu ustroju rolnego. Komentarz*, LexisNexis, Warszawa 2014.
- Lichorowicz A., *O potrzebie prawnego uregulowania dzierżawy rolnej w Polsce (na podstawie doświadczeń krajów Unii Europejskiej)*, „Przegląd Prawa Rolnego” 2010, nr 2(7), s. 63-78.
- Lichorowicz A., *Status prawny gospodarstw rodzinnych w ustawodawstwie krajów Europy Zachodniej*, Temida2, Białystok 2000.
- Majchrzak A., *Ziemia rolnicza w krajach Unii Europejskiej w warunkach ewolucji wspólnej polityki rolnej*, PWN, Warszawa 2015.
- Markus-Bielska R., Kisiel R., Danilczuk J., *Dzierżawa jako podstawowa forma zagospodarowania popegeerowskiego mienia*, Ośrodek Badań Naukowych im. Wojciecha Kętrzyńskiego, Olsztyn 2006.
- Martinez J., *Gesetz über Maßnahmen zur Verbesserung der Agrarstruktur und Sicherung land- und forstwirtschaftlicher Betriebe (Grundstückverkehrsgesetz – GrdstVG) vom 28.07.1961*, [w:] M. Düsing, J. Martinez (red.), *Agrarrecht*, C.H. Beck, München 2016, s. 473-507.
- Müller J., *Burgenland*, [w:] G. Lienbacher, J. Müller, G. Putz, K. Schöffmann, T. Schön von Wiesentreu, H. Wiesinger, E. Wischenbart (red.), *Die Grundverkehrsgesetze der österreichischen Bundesländer. Grundverkehrsgesetze, Verordnungen, Durchführungsbestimmungen*,

- Formulare, Gebühren und Abgaben*, T. 2, Juridica, MANZ Verlag Wien, Wien 2019.
- Netz J., *Grundstückverkehrsgesetz. Praxiskommentar, Gesetz über Maßnahmen zur Verbesserung der Agrarstruktur und zur Sicherung land- und forstwirtschaftlichen Betriebe*, Agricola-Verlag GmbH, Butjadingen-Stollhamm 2018.
- Oleszko A., *Obrót nieruchomości rolnymi na podstawie kodeksu cywilnego (obróć powszechny)*, [w:] A. Oleszko (red.), *Prawo rolne*, Wolters Kluwer, Warszawa 2009, s. 285-305.
- Pastuszko R., *Land grabbing. Podstawowe zagadnienia prawne*, „Studia Iuridica Lublinensia” 2017, t. XXVI, nr 1, s. 148-156, <https://www.doi.org/10.17951/sil.2017.26.1.147>.
- Popardowski P. (red.), *Prawo rolne. Obrót nieruchomości rolnymi. Komentarz*, Komentarze Prawa Prywatnego, t. 9, C.H. Beck, Warszawa 2021.
- Rakoczy B., Bień-Kacała A., *Gospodarstwo rodzinne jako podstawa ustroju rolnego w świetle Konstytucji RP z 1997 roku*, „Przegląd Prawa Ochrony Środowiska” 2015, nr 3, s. 9-33.
- Rampini C., *Die Bewilligungspflicht nach bäuerlichem Bodenrecht bei Unternehmenskäufen*, „Schweizerische Zeitschrift für Gesellschafts- und Kapitalmarktrecht sowie Umstrukturierungen” 2015, nr 2, s. 276-294.
- Tańska-Hus B., *Dzierżawa rolnicza jako instrument przekształceń strukturalnych w rolnictwie*, „Zeszyty Naukowe Akademii Rolniczej we Wrocławiu” 2000, t. 170, nr 383.
- Wolf F., *Der Erwerb von landwirtschaftlichen Grundstücken oder Gewerben durch das Gemeinwesen oder dessen Anstalten*, „Jusletter” z 11.10.2010 r., s. 4.
- Wypych M., *Inwestycje zagraniczne w Polsce w warunkach destabilizacji makroekonomicznej*, „Annales Universitatis Mariae Curie-Skłodowska” 2015, t. XLIX, nr 4, s. 719-724, <http://dx.doi.org/10.17951/h.2015.49.4.719>.
- Zawojska A., *Globalna grabież ziemi rolniczej*, „Roczniki Naukowe Stowarzyszenia Ekonomistów Rolnictwa i Agrobiznesu” 2014, t. 16, nr 4, s. 369-376, <https://rnseria.com/api/files/download/540508.pdf> [dostęp: 17.05.2022].
- Zawojska A., *Zjawisko zagrabiania ziemi w kontekście własności*, „Prace Naukowe Uniwersytetu Ekonomicznego we Wrocławiu” 2014, nr 361, s. 269-280, <https://www.doi.org/10.15611/pn.2014.361.27>.



Dr Olha Sushyk

Taras Shevchenko National University of Kyiv, Ukraine

ORCID: 0000-0001-9138-0907

o.sushyk@gmail.com

Transposition of EU Climate Law and Policy into Ukrainian Legislation in View of Ukraine's Candidacy for EU Membership

Transpozycja prawa i polityki klimatycznej UE do ustawodawstwa ukraińskiego w związku z kandydaturą Ukrainy do członkostwa w UE

Abstract: This article provides a comprehensive overview of European law and Ukrainian national law in the field of combating climate change. In the first part, the EU climate policy and law and some climate cases from EU countries are examined. The focus is on the aims, objectives and backgrounds of EU climate policy as a part of EU environmental policy. In addition, attention is paid to the EU Climate and Energy Package as the basis of EU climate law and policy. The second part of the paper discusses the legal issues of combating climate change in the light of Ukrainian national law. The author argues that the EU–Ukraine Association Agreement has been a major impetus for transposing EU law and policy on combating climate change into Ukrainian legislation. The Ukrainian government has formulated numerous strategies, guiding principles and action plans that integrate the energy and climate sectors in an effort to harmonise EU and Ukrainian climate policies. However, putting these plans into practice will take more time and effort.

Keywords: EU climate law, EU climate policy, EU–Ukraine Association Agreement; Ukrainian national climate law, Ukrainian national climate policy

Abstrakt: W artykule dokonano kompleksowego przeglądu prawa europejskiego wspólnotowego i ukraińskiego prawa krajowego w zakresie przeciwdziałania zmianom klimatycznym. W pierwszej części przeanalizowano europejskie prawo klimatyczne oraz wybrane orzecznictwo sądów państw członkowskich UE w tym zakresie. Skupiono się na celach, założeniach i podstawach polityki klimatycznej UE jako części polityki środowiskowej. Zwrócono uwagę na Pakiet Klimatyczno-Energetyczny UE jako podstawę polityki klimatycznej i prawa w tym obszarze. W drugiej części artykułu omówiono kwestie prawne przeciwdziałania zmianom klimatu w świetle ukraińskiego prawa krajowego. Autorka argumentuje, że umowa stowarzyszeniowa UE–Ukraina stała się głównym impulsem do transpozycji prawa i polityki Uni do ustawodawstwa ukraińskiego w zakresie prawa przeciwdziałania zmianom klimatu. Rząd ukraiński sformułował liczne strategie, zasady, plany działania oraz ustawy, które integrują sektory energetyczny i klimatyczny, starając się zharmonizować politykę klimatyczną Ukrainy z regulacjami UE. Jednak wprowadzenie tych planów w życie będzie wymagało więcej czasu i wysiłku.

Słowa kluczowe: europejskie prawo klimatyczne, europejska polityka klimatyczna, umowa stowarzyszeniowa UE–Ukraina, ukraińskie prawo klimatyczne, ukraińska polityka klimatyczna

1. Introduction

EU leaders granted Ukraine candidate status at a summit on 23 June 2022. Between the formal requirements for membership under the EU's accession procedure and the political support that the EU has granted Ukraine's resistance against the unprovoked Russian military aggression, there might be some tension. The EU–Ukraine Association Agreement is the strongest tool for solving this tension with political, strategic and legal factors. The agreement makes for an ambitious form of political association and economic integration, which can reconcile the different views on EU membership within the EU and between the EU and the associated countries in the short term, while having the potential to act as genuine pre-accession instruments in the longer term on the basis of a staged approach.¹

1 G. van der Loo, P. Van Elsuwege, *The EU–Ukraine Association Agreement after Ukraine's EU Membership Application: Still Fit for Purpose*, Discussion Paper Europe in the World Programme, Brussels 2022, https://www.epc.eu/content/PDF/2022/Ukraine_DP.pdf [accessed: 3.10.2022].

In 2014, Ukraine and the European Union signed the Association Agreement – including the Deep and Comprehensive Free Trade Area; it entered into force fully in September 2017.² On 9 November 2020 the European Parliament's Committee on Foreign Affairs adopted an own-initiative report on the implementation of the EU Association Agreement with Ukraine.³ It addresses several policy areas where political efforts, financial support and technical assistance can be concentrated with a view to securing the long-term success of reforms: cooperation in the common foreign and security policy; justice, freedom and security; human rights and fundamental freedoms; trade and economic cooperation; labour and social affairs; people-to-people contact; and environment and climate change. Overall progress in the implementation of the EU–Ukraine Association Agreement for 2014–2024 increased from 54% in 2020 to 63% in 2021.⁴

This article addresses the main cornerstone of the EU climate change law and policy and explores key issues relating to the transposition of *acquis communautaire* in the field of greenhouse gas (GHG) emissions, renewable energy sources and energy efficiency into the current Ukrainian legal framework.

2. Notes on EU climate law and policy

2.1. EU climate policy as a part of EU environmental policy

Climate change can be assessed from multiple standpoints: as a scientific, historical, ethical, economic or environmental problem. The countries of the European Union perceive it as an environmental challenge. 'Climate change' is associated with shifts in the global atmospheric composition due to human activity.⁵ For a current example of the relationship between climate change

2 Association Agreement between the European Union and its Member States, of the one part, and Ukraine, of the other part, OJ L 161, 29.05.2014, p. 3-2137.

3 Report on the implementation of the EU Association Agreement with Ukraine (2019/2020(INI)), 17.11.2020, https://www.europarl.europa.eu/doceo/document/A-9-2020-0219_EN.html [accessed: 25.06.2022].

4 Report on implementation of the Association Agreement between Ukraine and the European Union in 2021, <https://3dcftas.eu/library/documents/report-on-implementation-of-the-association-agreement-between-ukraine-and-the-european-union-in-2021> [accessed: 25.06.2022].

5 In light of The United Nations Framework Convention on Climate Change, FCCC/INFORMAL/84(1992), <https://unfccc.int/resource/docs/convkp/conveng.pdf> [accessed: 3.09.2022].

and human activity, it is recommended to revisit the case of the UK Supreme Court which unanimously overturned the Court of Appeal's judgment to recognise that building a third runway at Heathrow Airport was illegal (the Supreme Court judgment was from 16 December 2020, while the Court of Appeal ruled on 27 February 2020).⁶ The British Court of Appeal estimated that despite the construction of a new runway (worth approx. GBP 14 billion), the airport capacity could increase by 700 planes daily, bringing about higher emissions of carbon dioxide. After the UK Climate Change Act 2008⁷ was revised in 2021 and the UK Carbon Budget Order 2021⁸ committed the UK to cutting CO₂ emissions (78% by 2035, against a 1990 baseline), there were started new arguments regarding support for a third runway at Heathrow Airport, and the airport planning rules were reviewed over climate concerns.

From the standpoint of the EU primary legislation, climate change matters only gained immediate recognition in 2007, when the Treaty of Lisbon was drawn up (amending the Treaty on the Functioning of the European Union and the Treaty establishing the European Community). In the Treaty on the Functioning of the European Union (TFEU), climate change is treated as a matter of environmental protection law. Art. 191 clearly defines combating climate change as an objective of the EU environmental policy, in the context of promoting measures internationally to deal with regional or global environmental problems. The legal basis for the measures aimed at preventing climate change is provided for in TFEU Art. 43 (agriculture), 91 and 100 (transport), 113 (taxes), 114 (internal market), 207 (trade), 194 (energy) and 192 (environment). Thus, climate change policy is horizontal in nature: It requires changes in many EU policies, specifically in the areas of energy, transport, internal market, trade, development, agriculture and competition policies.

The EU started to develop its climate change policy in 1991, and on 13 May 1992 it developed its first European Community Strategy – the European Climate Change Programme (ECCP) – advocating the aim to reduce carbon emissions and increase energy efficiency.⁹ On 24 October 2005 the

6 Judgment Court of Appeal (civil division) on Appeal From the Queen's Bench Division Divisional Court Lord Justice Hickinbottom and Mr Justice Holgate of 27 February 2020, C1/2019/1053, C1/2019/1056 and C1/2019/1145, 'Court of Appeal of England and Wales Decisions (Civil Division)' 2020, item 214.

7 UK Climate Change Act 2008, UK Public General Acts 2008, c. 27.

8 UK Carbon Budget Order 2021, UK Statutory Instruments 2021, No. 750.

9 *A Community strategy to limit carbon dioxide emissions and improve energy efficiency*, https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/en/P_92_29 [accessed: 25.06.2022].

European Union launched the second European Climate Change Programme¹⁰ (ECCP II). Following ECCP II, climate change implies some substantial adjustments to our societies and economies, especially in terms of restructuring the energy and public transportation systems.

In 2000, the Green Paper on Trading Greenhouse Gas Emissions within the European Union was published.¹¹ It was intended to initiate discussion on the suitability and possible functioning of a system for trading greenhouse gas emissions within the European Union. On 8–9 March 2007, the Brussels European Council released the Presidency Conclusions in order to bring to light the vital importance of achieving the strategic objective of limiting the global average temperature increase to no more than 2°C above pre-industrial levels.¹² The other important objectives included reducing GHG emissions by at least 20% by 2020, increasing the proportion of renewable energy sources (RES) in energy consumption by up to 20% (to include 10% biofuel consumption) as compared to the baseline year of 1990 and improving energy efficiency by 20% by 2020 as compared to the projections in demand for fuels and energy.

Therefore, it was necessary to set up a legal framework that would allow the EU to achieve these targets by 2020. This framework was created by adopting an ambitious set of regulations to cover a wide range of measures to spell out comprehensive and integrated climate change guidelines (the Climate and Energy Package).¹³

2.2. EU Climate and Energy Package as the basis of EU climate law and policy

The EU Climate and Energy Package is a more complex and comprehensive set of regulations aimed at responding to the global and EU-wide climate

10 Communication from the Commission to the Council, the European Parliament, the European Economic and Social committee and the Committee of the Regions – Winning the Battle Against Global Climate Change {SEC(2005) 180}, <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/GA/TXT/?uri=celex:52005DC0035> [accessed: 3.09.2022].

11 Green Paper on greenhouse gas emissions trading within the European Union, Brussels 8.03.2000, COM(2000)87 final, [accessed: 25.06.2022].

12 Presidency Conclusions of the Brussels European Council (8/9 March 2007), https://www.consilium.europa.eu/ueDocs/cms_Data/docs/pressData/en/ec/93135.pdf [accessed: 25.06.2022].

13 S. Bogojevic, *Climate Change Law and Policy in the European Union*, [in:] K. Gray, R. Tarasofsky, C. Carlarne (eds), *The Oxford Handbook of International Climate Change Law*, Oxford University Press, Oxford 2016, p. 675.

energy challenges and integrating climate change considerations into a range of sectors and policies.¹⁴

The package includes regulations on a GHG emissions trading system (ETS),¹⁵ reducing emissions in sectors not covered by the ETS,¹⁶ reducing emissions for new passenger cars,¹⁷ promoting the use of RESs,¹⁸ monitoring and reducing GHG emissions from motor fuels¹⁹ and promoting geological storage of carbon dioxide.²⁰ A review of these EU regulations reveals that they essentially touch upon three fields of action where common mechanisms and legal measures have been implemented: GHG emissions (ETS and non-ETS), RESs and energy efficiency.

Reducing GHG emissions is the first component of the EU Climate and Energy Package. This objective is achieved by establishing the Emissions Trading System (ETS), as indicated by European Parliament and Council Directives 2003/87/EC and 2009/29/EC. In judgments of the Court of Justice

- 14 E. Morgera, K. Kulovesi, M. Munoz, *The EU's Climate and Energy Package: Environmental Integration and International Dimensions*, Europa Working Papers 2010/07, University of Edinburgh, Edinburgh 2010, p. 43, https://www.pure.ed.ac.uk/ws/files/14596055/The_EU_s_Climate_and_Energy_Package.pdf [accessed: 3.09.2022].
- 15 Directive 2009/29/EC of the European Parliament and of the Council of 23 April 2009 amending Directive 2003/87/EC so as to improve and extend the greenhouse gas emission allowance trading scheme of the Community, OJ L 140, 5.06.2009, p. 63-87.
- 16 Decision No. 406/2009/EC of the European Parliament and of the Council of 23 April 2009 on the effort of Member States to reduce their greenhouse gas emissions to meet the Community's greenhouse gas emission reduction commitments up to 2020, OJ L 140, 5.06.2009, p. 136-148.
- 17 Regulation (EC) No. 443/2009 of the European Parliament and of the Council of 23 April 2009 setting emission performance standards for new passenger cars as part of the Community's integrated approach to reduce CO₂ emissions from light-duty vehicles, OJ L 140, 5.06.2009, p. 1-15.
- 18 Directive 2009/28/EC of the European Parliament and of the Council of 23 April 2009 on the promotion of the use of energy from renewable sources and amending and subsequently repealing Directives 2001/77/EC and 2003/30/EC, OJ L 140, 5.06.2009, p. 16-62.
- 19 Directive 2009/30/EC of the European Parliament and of the Council of 23 April 2009 amending Directive 98/70/EC as regards the specification of petrol, diesel and gas-oil and introducing a mechanism to monitor and reduce greenhouse gas emissions and amending Council Directive 1999/32/EC as regards the specification of fuel used by inland waterway vessels and repealing Directive 93/12/EEC, OJ L 140, 5.06.2009, p. 88-113.
- 20 Directive 2009/31/EC of the European Parliament and of the Council of 23 April 2009 on the geological storage of carbon dioxide and amending Council Directive 85/337/EEC, European Parliament and Council Directives 2000/60/EC, 2001/80/EC, 2004/35/EC, 2006/12/EC, 2008/1/EC and Regulation (EC) No. 1013/2006, OJ L 140, 5.06.2009, p. 114-135.

(C-127/07 *Arcelor Atlantique et Lorraine and Others*²¹ and C-366/10 *Air Transport Association of America and Others*²²), it was emphasised that protecting the environment by reducing GHG emissions is an ultimate mandate of the ETS.

Participants of the ETS must represent installations in the defined specific sectors or must meet the defined threshold conditions laid down in Directive 2003/87/EC.²³ The entities operating said installations need to function based on GHG emission permits to reflect the description of their operations and GHG emissions (Art. 6 of Directive 2003/87). Such a permit is a prerequisite for participating in the ETS. Each entity needs to buy or receive 'emission allowances' (GHG emission permits), which are auctioned by the Member States. If unused, such emissions can be traded with other parties in units of one tonne of CO₂. Two legal acts, Directive (EU) 2018/410 of the European Parliament and of the Council of 14 March 2018 (amending Directive 2003/87/EC to enhance cost-effective emission reductions and low-carbon investments) and Decision (EU) 2015/1814,²⁴ set the framework for the fourth trading period: from 2021 to 2030. To reiterate, the climate policy objective was to reduce GHG emissions by at least 20% by 2020 – a quite relative goal, being too high for some Member States and too low for others. On 20 December 2019, the Supreme Court of the Kingdom of the Netherlands committed the country to reducing GHG emissions by at least 25% by the end of 2020.²⁵

On 14 July 2021, the European Commission proposed a revision of the EU ETS Directive under the 'Fit for 55' package of legislative proposals, in order to achieve climate neutrality in the EU by 2050, including the intermediate target of reducing GHG emissions by at least 55% net by 2030.

The second component of the EU Climate and Energy Package foresees RES usage increasing up to 20% of the total energy consumption by 2020, including 10% biofuels.

21 Judgment of the CJEU of 16 December 2008, C-127/07, *Arcelor Atlantique et Lorraine and Others*, ECLI:EU:C:2008:728.

22 Judgment of the CJEU of 21 December 2011, C-366/10, *Air Transport Association of America and Others*, ECLI:EU:C:2011:864.

23 Directive 2003/87/EC of the European Parliament and of the Council of 13 October 2003 establishing a scheme for greenhouse gas emission allowance trading within the Community and amending Council Directive 96/61/EC, OJ L 275, 25.10.2003, p. 32-46.

24 Directive (EU) 2018/410 of the European Parliament and of the Council of 14 March 2018 amending Directive 2003/87/EC to enhance cost-effective emission reductions and low-carbon investments, and Decision (EU) 2015/1814, OJ L 76, 19.03.2018, p. 3-27.

25 Judgment of Supreme Court of the Kingdom of the Netherlands of 20 December 2019, 19/00135, ECLI:NL:HR:2019:2007.

Directive 2009/28/EC on renewable energy sources (RED I) stated that by 2020 such types of RES as biomass, wind power, water and solar were to represent at least 20% of the total energy consumption in the EU for the purposes of electricity generation, transport, heating and cooling. Directive RED I defined energy according to RES (Art. 2 (a) of Directive 2009/28/EC). The Court of Justice, in its judgment of 2 March 2017 (in case C-4/16 *J.D. v. the Chairman of the Energy Regulatory Office of Poland*)²⁶ resolved that the term 'energy' entails the electricity generated on a small-scale hydropower plant, which is not a pumped-storage power station and which does not function on pumping installations located at the point of discharge of industrial wastewater from another plant that previously used the water for its own purposes. This issue was resolved in the affirmative.

In the end of 2018, Directive RED II was published.²⁷ RED II aims to set the new EU target of increasing RES usage in the EU energy mix to at least 32% by 2030. Among the amendments to RED II one should point out the establishment of a 'single contact point' for obtaining the permits to launch an RES business and the time needed to obtain permits being shortened to a maximum of two years. In accordance with the adopted RES regulations, Member States will have to provide citizens with an opportunity to generate RES for their own needs, also enabling the storage and sale of excess electricity generation.

The third component of the 2020 European Union Climate and Energy Package is a 20% increase in energy efficiency by 2020, as compared to the forecast demand for the fuels and energy. Energy efficiency is one of the most valuable means to address these challenges. It helps to reduce GHG emissions in a cost-effective way, and to thus mitigate the current climate change. Energy efficiency can be determined in number of ways in the context of the energy performance of buildings and ecodesign requirements for energy-related products, etc. The best-known method is labelling by energy class. The basis for product labelling was set out by Regulation of the European Parliament and of the Council (EU) 2017/1369 of 4 July 2017, setting a framework for energy labelling and repealing Directive 2010/30/EU. The Directive commits Member States to affix labels on products which indicate how much energy

26 Judgment of the CJEU, C-4/16 of 2 March 2017, *J.D. v. Chairman of the Polish Energy Regulatory Office*, ECLI:EU:C:2017:153.

27 Directive (EU) 2018/2001 of the European Parliament and of the Council of 11 December 2018 on the promotion of the use of energy from renewable sources, OJ L 328, 21.12.2018, p. 82-209.

the device consumes on a scale from A to G. Class A (marked in green) stands for the lowest power consumption, whereas class G (red) indicates the highest level of consumption. The A to G energy classes correspond to significant energy and cost savings, as well as appropriate product differentiation from the customer's perspective.

On 24 December 2018, Directive (EU) 2018/2002 of the European Parliament and of the Council of 11 December 2018, amending Directive 2012/27/EU on energy efficiency,²⁸ set a target of increasing energy efficiency by at least 32,5% by 2030, while assuming that in 2030 primary energy consumption would not exceed 1,273 Mtoe. The revised EED proposal put forward a binding energy efficiency target of 36% improvement over the 1990 baseline by 2030, up 3,5% from the previous target.²⁹

2.3. EU Long-term framework climate policy

The current environmental and climate legislation, which is largely characterised by long-term policy objectives, is a fertile ground to adopt the current objectives.³⁰

The EU Climate and Energy Policy Framework 2030 reaffirmed the following key targets: 40% cuts in greenhouse gas emissions by 2030 as compared to 1990 levels (as the EU's contribution to the Global Climate Agreement); 32% of the energy consumption coming from renewable energy by 2030; and 32,5% improvement in energy efficiency by 2030 from energy consumption projections.

Consequently, on 23 May 2018, the Court of Justice admitted a complaint (*Carvalho and Others v. European Parliament and EU Council*, case T-330/18³¹) seeking to recognise the regulative GHG package as illegitimate. The GHG package allows for GHG emissions in 2021 of 80% of 1990 levels and cuts emissions in 2030 to 60% of 1990 levels. Additionally, it sets the target of cutting GHG emissions to 40% of 1990 levels by 2030. The legal scrutiny brought about some criticism against Art. 9 § 2 of Directive 2003/87/EC, as last amended by

28 Directive (EU) 2018/2002 of the European Parliament and of the Council of 11 December 2018 amending Directive 2012/27/EU on energy efficiency, OJ L 328, 21.12.2018, p. 210-230.

29 Proposal for a Directive of the European Parliament and of the Council on energy efficiency (recast), COM(2021)558, CELEX 52021PC0558.

30 A. Monti, B. Romera, *Fifty Shades of Binding: Appraising the Enforcement Toolkit for the EU's 2030 Renewable Energy Targets*, 'Review of European, Comparative & International Environmental Law' 2020, no 29, p. 224.

31 Order of the CJEU General Court (Second Chamber) of 8 May 2020, T-330/18, *Armando Carvalho and Others v. European Parliament and Council of the European Union*, ECLI:EU:T:2019:324.

Directive 2018/410, Art. 4 § 2 and Annex I to Regulation 2018/842 and Art. 4 of Regulation 2018/841.³² The complaint was eventually dismissed as inadmissible.

On 28 November 2018 the European Commission declared the EU Climate Policy 2050, in which the European Commission's long-term strategic vision for a prosperous, modern, competitive and climate-neutral economy by 2050 was presented. On 11 December 2019 the European Commission unveiled its European Green Deal, an ambitious package of measures to enable European citizens and businesses to reap the benefits of a sustainable, green economy. On 4 March 2020 the European Commission issued an official publication to chart the new course reflected in the current submission to align with the European climate law, namely a Proposal to the Regulation of the European Parliament and the Council establishing the framework for achieving climate neutrality and its amending Regulation (EU) 2018/1999 (European climate law).³³

On 14 July 2021, in the context of the European Green Deal and the European climate law, the European Commission published the 'Green Deal: Fit for 55 Plan', released as the Commission's package of proposals for facilitating the implementation of the EU climate law,³⁴ delivering on the targets agreed in the European climate law and fundamentally transforming our economy and society for a fair, green and prosperous future. These legal tools are meant to deliver the transformational change across the EU's economy, society and industry and to foster global efforts to reduce GHG emissions by at least 55% by 2030, compared to 1990 levels.³⁵

32 Regulation (EU) 2018/841 of the European Parliament and of the Council of 30 May 2018 on the inclusion of greenhouse gas emissions and removals from land use, land use change and forestry in the 2030 climate and energy framework, and amending Regulation (EU) No. 525/2013 and Decision No. 529/2013/EU, OJ L 156, 19.06.2018, p. 1-25.

33 Proposal for a Regulation of the European Parliament and of the council establishing the framework for achieving climate neutrality and amending Regulation (EU) 2018/1999 (European Climate Law), COM/2020/80 final, <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=CELEX:52020PC0080> [accessed: 25.06.2022].

34 Communication from the Commission to the European parliament, the Council, the European Economic and Social Committee and the Committee of the Regions 'Fit for 55': delivering the EU's 2030 Climate Target on the way to climate neutrality, COM(2021)550 final, Brussels, 14.07.2021, https://ec.europa.eu/info/sites/default/files/chapeau_communication.pdf [accessed: 25.06.2022].

35 'Green Deal: Fit for 55 Plan' suggests amendments to over 10 regulations, specifically, i.e.: revision of the EU Emissions Trading System to enable extension of current EU ETS to the maritime and aviation sector and establish GHG emissions trading scheme for road transport and buildings in 2026; elaboration of amendments to the Renewable Energy Directive to bring the overall binding target from the current 32% RES to a new level of 40% RES in the EU energy mix and strengthen the sustainability criteria in bioenergy.

3. Climate change legislation and the policy of Ukraine

3.1. Climate change as an objective of Ukrainian environmental law

At the moment Ukraine lacks justified scientific evidence that would directly address the current climate and energy law and policy. Several scientific papers provide the general legal framework to underpin combating climate change. Getman et al.³⁶ and Yermolenko et al.³⁷ discuss the international legal basis of climate change, while Vlasenko, Shokha and Sharaievska³⁸ and Romanko³⁹ explain the climate policy of Ukraine as part of the environmental policy. Lozo and Onishchenko⁴⁰ showed the development of the legal regulations for climate change and artificial intelligence in Ukraine.

Unfortunately, according to the current Ukrainian legislation, climate is not recognised as a subject of environmental protection under the law. The Law on environmental protection of 25 June 1991⁴¹ (the key act defining the legal basis for environmental protection), does not contain any provisions to combat climate change at all. Regulatory tools for climate change are suggested only in the Law on atmospheric air protection of 16 October 1992.⁴² Specifically, Art. 16 obliges enterprises, institutions, organisations and citizens (subjects of entrepreneurial activity) to work towards reducing atmospheric

36 A. Getman, O. Danilyan, O. Dzeban, Y. Kalynovskyi, J. Crespo, *International Legal Environmental Protection: Historical Aspect*, 'Revista Notas Históricas y Geográficas' 2021, no 27, p. 389.

37 V. Yermolenko, O. Gafurova, M. Krasnova, Y. Krasnova, *Legal Principles of Environmental Accounting as Means of Identifying Sustainable Development Indicators in Ukraine*, 'European Journal of Sustainable Development' 2020, vol. 9, no 2, p. 263, <https://doi.org/10.14207/ejsd.2020.v9n2p263>.

38 Y. Vlasenko, T. Shokha, T. Sharaievska, *Evaluating Criteria of Ecological Politics Effectiveness as a Necessary Determinant of Legal Bases of its Realization: Example of Ukrainian Realities*, 'European Journal of Sustainable Development' 2020, vol. 9, no 1, p. 9, <https://doi.org/10.14207/ejsd.2020.v9n1p9>.

39 S. Romanko, *Ekolooho-pravova polityka Ukrainy u sferi zminy klimatu*, 'Pidpryemnytstvo, Hospodarstvo i Pravo' 2019, no 9, p. 89, http://pgp-journal.kiev.ua/archive/2022/4/4_2022.pdf [accessed: 4.09.2022].

40 O. Lozo, O. Onishchenko, *The Potential Role of the Artificial Intelligence in Combating Climate Change and Natural Resources Management: Political, Legal and Ethical Challenges*, 'Grassroots. Journal of Natural Resources' 2020, no 4(3), p. 111.

41 Zakon Ukrainy pro okhoronu navkolyshnoho pryrodnoho seredovyshcha [Law of Ukraine of June 25, 1991 on environmental protection], VVR 1991, no 41, p. 546 with amendments.

42 Zakon Ukrainy pro okhoronu atmosferneho povitrya [Law of Ukraine of October 16, 1992 on atmospheric air protection], VVR 1992, no 50, p. 678 with amendments.

emissions of GHG which can lead to adverse climate change, in accordance with international treaties.

In some other environmental laws, the term 'climate' is merely mentioned, without any further legal mechanism to regulate how to combat climate change. The Law on environmental impact assessment of 23 May 2017⁴³ specifies that environmental impact means any consequences of planned activities, including in terms of the climate (Art. 1); the Law on strategic environmental assessment⁴⁴ of 12 October 2018 defines consequences for the environment as probable consequences for the climate.

Additionally, challenges associated with combating climate change are also recognised in the Energy Law of Ukraine. Mainly, the Law on energy saving⁴⁵ of 1 July 1994 envisages alternative (unconventional) sources of energy as a part of the general system of energy and the Law on alternative energy sources⁴⁶ of 20 February 2003 defines the specifics of developing such sources in Ukraine. By the Resolution of the Cabinet of Ministers of Ukraine on approving technical regulations on energy labelling⁴⁷ of 7 August 2013, technical regulative norms for energy labelling of household washing machines, electric refrigerators and energy products were introduced and a requisite action plan to implement these norms was established.

Signing the main international agreement in the field of combating climate change was a starting point for Ukraine in developing national legislation in this area. Ukraine has ratified the Paris Agreement⁴⁸ and has submitted its intended first nationally determined contribution (NDC) in 2016, pledging that it will not exceed 60% of the 1990 GHG emissions by 2030.⁴⁹ In 2021

43 Zakon Ukrayiny pro otsinku vplyvu na dovkillya [Law of Ukraine of May 23, 2017 on environmental impact assessment], VVR 2017, no 29, p. 315 with amendments.

44 Zakon Ukrayiny pro stratehichnu ekolohichnu otsinku [Law of Ukraine of October 12, 2018 on strategic environmental assessment], VVR 2018, no 16, p. 138 with amendments.

45 Zakon Ukrayiny pro enerhozberezhennya [Law of Ukraine of July 1, 1994 on energy saving], VVR 1994, no 30, p. 283 with amendments.

46 Zakon Ukrayiny pro al'ternatyvni dzherela enerhiyi [Law of Ukraine of February 20, 2003 on alternative energy sources], VVR 2003, no 24, p. 155 with amendments.

47 Kabinet Ministriv Ukrayiny postanovaid 7 serpnia 2013 r. No. 702 kyivpro zatverdzhennya tekhnichnykh rehlament [Resolution of Cabinet of Ministers of Ukraine of August 7, 2013 on approval of technical regulations on energy labelling], <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/702-2013-%D0%BF#Text> [accessed: 25.06.2022].

48 Zakon Ukrayiny pro ratyfikatsiyu Paryz'koyi uhody [Law of Ukraine of July 14, 2016 for ratification of Paris Agreement 2015], VVR 2016, no 35, p. 595.

49 Updated Nationally Determined Contribution of Ukraine to the Paris Agreement Ukrainian NDC of Paris Agreement 2016, https://unfccc.int/sites/default/files/NDC/2022-06/Ukraine%20NDC_July%2031.pdf [accessed: 25.06.2022].

Ukraine submitted to the Secretariat of the Paris Agreement a second NDC to further reduce GHG emissions to 65% of the 1990 level by 2030.⁵⁰

Since then, climate change has been envisaged in a set of political documents (strategies, plans and concepts), namely the Regulation on the basic principles (strategy) of the state environmental policy of Ukraine for the period up to 2030,⁵¹ the Concept of state policy implementation in climate change for the period up to 2030,⁵² the Environmental safety and adaptation to climate change strategy until 2030,⁵³ the Low-carbon development strategy of Ukraine for the period up to 2050⁵⁴ and the Security, energy efficiency and competitiveness power strategy of Ukraine for the period up to 2035.⁵⁵

The underlying objective for the Low-carbon development strategy (2018) involves a transition to an energy sector that entails the use of low-carbon energy sources, more carbon absorption and storage using best practices in agriculture

50 *Ukrayina podala onovlenyy Natsional'no vyznachenyy vnesok*, <https://ua-energy.org/uk/posts/ukraina-podala-onovlenyi-natsionalno-vyznacheniyi-vnesok> [accessed: 25.06.2022].

51 *Zakon Ukrayiny pro osnovni zasady (strategiyu) derzhavnoyi ekolohichnoyi polityky Ukrayiny na period do 2030* [Resolution of Cabinet of Ministers of Ukraine of February 28, 2019 on the basic principles (strategy) of the state environmental policy of Ukraine for the period up to 2030], VVR 2019, no 16, p. 70.

52 *Kabinet Ministriv Ukrayiny rozporядzhennya vid 6 hrudnya 2017 r. No. 878-r. pro zatverdzhennya planu zakhodiv shchodo vykonannya Kontseptsiiyi realizatsiyyi derzhavnoyi polityky u sferi zminy realizatsiyyi derzhavnoyi polityky u sferi zminy klimatu na period do 2030 r.* [Resolution of Cabinet of Ministers of Ukraine of December 6, 2017 on approval of Concept of state policy implementation in climate change sphere for the period up to 2030 in Ukraine], <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/878-2017-%D1%80#Text> [accessed: 25.06.2022].

53 *Kabinet Ministriv Ukrayiny rozporядzhennya vid 20 zhovtnya 2021 r. No. 1363-RKYIYVPRO skhvalennya Stratehiyi ekolohichnoyi bezpeky ta adaptatsiyyi do zminy klimatu na period do 2030 r.* [Resolution of Cabinet of Ministers of Ukraine of October 20, 2021 on approval of Environmental safety and adaptation to climate change strategy until 2030 dated as of November 20, 2021], <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/1363-2021-%D1%80#Text> [accessed: 25.06.2022].

54 See strategy of Ukraine for low carbon development of Ukraine for up to 2050 dated as of July 18, 2018: *Stratehiya nyz'kovhletsevoho rozvytku Ukrayiny do 2050 roku*, Kyiv 2018, https://mepr.gov.ua/files/docs/Proekt/LEDS_ua_last.pdf [accessed: 25.06.2022].

55 *Kabinet Ministriv Ukrayiny rozporядzhennya vid 18 serpnia 2017 r. No. 605-r. skhvalennya Enerhetychnoyi stratehiyi Ukrayiny na period do 2035 r. "Bezpeka, enerhoefektyvnist', konkurentospromozhnist'"* [Resolution of Cabinet of Ministers of Ukraine of September 18, 2017 on approval of energy strategy of Ukraine for the period up to 2035 Security, energy efficiency, competitiveness], <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/605-2017-%D1%80#Text> [accessed: 25.06.2022].

and forestry adapted to climate change; it also entails reducing emissions of GHG such as methane and nitrogen oxide, mainly related to fossil fuels, agriculture and waste. The Regulation on the basic principles (strategy) of the state environmental policy of Ukraine for the period up to 2030 (2019) envisages several climate-related goals, such as higher use of energy sources by 17% by 2030, ensuring a reduction in GHG emissions in accordance with Ukraine's international commitments; developing implementation measures to lower GHG emissions by 37,8% from 2015 levels and by 60% before 2030. Moreover, the security, energy efficiency and competitiveness power Strategy of Ukraine for the period up to 2035 (2019) envisages the development of a GHG emissions trading scheme. The Environmental safety and adaptation to climate change strategy until 2030 (2021) determines the grounds for developing the draft laws and other regulatory acts, strategies and action plans for various components of state policy on climate change.

3.2. EU–Ukraine Association Agreement as an impetus for developing Ukrainian climate change legislation and policy

For Ukraine, signing the EU–Ukraine Association Agreement and establishing the Deep and Comprehensive Free Trade Area in 2014 was an act of strategic geopolitical significance.⁵⁶ Ukraine agreed to progressively harmonise its environmental legislation with that of the EU over the next two to ten years, in accordance with Annex XXIX of the Association Agreement, which lists 35 EU directives. This represents the main component of EU environmental law and policy, which includes environmental governance, air pollution and water quality, waste management, industrial pollution and hazards, the protection of nature, the use of genetically modified organisms in agriculture and climate change.

By signing the Association Agreement with the EU, Ukraine has undertaken the following commitments in the field of climate change: developing a long-term action plan to mitigate climate change, developing and implementing long-term measures to reduce GHG emissions, using sources of renewable energy and energy-saving products and services, developing sectoral strategies on air quality, industrial pollution and industrial accidents, developing financial strategies to attract investment in infrastructure and technology, developing a comprehensive environmental strategy that will include planned institutional reforms to ensure the implementation and enforcement of environmental

56 M. Emerson, V. Movchan (eds), *Deepening EU-Ukrainian Relations: Updating and Upgrading in the Shadow of Covid-19*, Rowman & Littlefield Publishers, Center for European Policy Studies, Brussels 2021, p. 32.

legislation, promoting the integration of environmental policy into other areas of state policy and identifying the necessary human and financial resources.⁵⁷

The EU–Ukraine Association Agreement largely focussed on the issues surrounding the promotion of GHG emission reduction through energy efficiency and renewable energy projects, energy efficiency and energy savings, energy-efficient and environmentally friendly technologies and development of and support for renewable energies in an economically suitable and environmentally sound manner (Art. 338).

Following Art. 365 of the EU–Ukraine Association Agreement, among other cooperation objectives between the EU and Ukraine, the development and implementation of the climate change policy are specified in Annex XXXI to this Agreement. Finally, Arts 374 and 376 state that the parties will develop their scientific potential to fulfil their responsibilities in terms of global environmental protection and their commitment to include climate change and enhance cooperation at the regional and international levels in the context of multilateral agreements such as the UN Framework Convention on Climate Change (UNFCCC) of 1992.

In the Association Agreement much attention is paid to issues surrounding nuclear energy, covering all civil nuclear energy activities and stages of the fuel cycle, including production of and trade in nuclear materials, safety and security aspects of nuclear energy, emergency preparedness, health-related and environmental issues and non-proliferation. According to the Art. 342 § 3 of the Association Agreement, cooperation is intended to solve the problems caused by the Chernobyl disaster and the decommissioning of the Chernobyl nuclear power plant, including a) the implementation plan for the ‘Shelter’ site to convert the existing destroyed Unit 4 into an ecologically safe system, b) the management of spent nuclear fuel, c) decontamination areas, d) radioactive waste, e) environmental monitoring and e) other issues that can be jointly agreed upon, such as the medical, scientific, economic, social and administrative aspects of minimising the consequences of the disaster.

3.3. Transposing the EU Emissions Trading System

Consequently, Annexes to the EU–Ukraine Association Agreement define the current requirements for implementing the EU laws. In accordance with

57 L. Golovko, O. Yara, O. Uliutina, A. Tereshchenko, A. Kudin, *Formation of Ukraine's Climate Policy in the Context of European Integration*, ‘European Journal of Sustainable Development’ 2021, vol. 10, no 4, p. 138-146, <https://doi.org/10.14207/ejsd.2021.v10n4p138>.

Annex XXX to Chapter 6 of Environmental Directive 2003/87/EC, establishing a scheme for GHG emission allowance trading within the Community and amending Directive 96/61/EC as amended by Directive 2004/101/EC, GHG emission allowances must be approximated.

For this purpose, the main requirements are to ensure the adoption of the national legislation in compliance with international demands, facilitate the designation of competent authorities, secure the establishment of a system for identifying relevant installations and GHG emissions (Annexes I and II), develop the national allocation plan to distribute GHG emission allowances among installations (Art. 9), set up a system for issuing GHG emission permits and facilitate the domestic trade of GHG emission allowances among the current installations available in Ukraine (Arts 4 and 11–13), accommodate the needs of monitoring, reporting and verification and harmonise the current enforcement systems and public consultations (Arts 9, 14–17, 19 and 21).

Directive 2003/87/EC of 12 December 2019 and the Laws on the regulation of economic activity with ozone-depleting substances and fluorinated greenhouse gases⁵⁸ and on the foundations of monitoring, reporting and verification of greenhouse gas emissions⁵⁹ (entered into force in 2021) were implemented.

According to the Law on the regulation of economic activity with ozone-depleting substances and fluorinated greenhouse gases, these greenhouse gases are named ‘controlled substances’. The Annex to the current law sets out a list of the controlled substances which are ozone-depleting and have global warming potential. This Act prohibits the production of controlled substances and defines the basic principles of importing them to Ukraine. Only individuals listed on the Unified State Registry of Controlled Substances can carry out the respective operations with controlled substances. These persons are obliged to take measures to reduce the consumption of controlled substances, prevent the emission of controlled substances into the atmosphere and ensure the timely collection and storage of controlled substances in sealed containers for recycling or disposal. Starting in June 2021, products that contain or use controlled substances must be labelled.

58 Zakon Ukrainy pro rehulyuvannya hospodars'koyi diyal'nosti z ozonoruynivnyh rehovynamy ta ftorovanyh parnykovykh hazamy [Law of Ukraine of December 12, 2019 on regulation of economic activity with ozone-depleting substances and fluorinated greenhouse gases], VVR 2020, no 21, p. 145.

59 Zakon Ukrainy pro zasady monitorynhu, zvitnosti ta veryfikatsiyi vykydiv parnykovykh haziv [Law of Ukraine of December 12, 2019 on the foundations of monitoring, reporting and verification of greenhouse gas emissions], VVR 2020, no 22, p. 150.

The Law of Ukraine on the foundations of monitoring, reporting and verification of greenhouse gas emissions defines the legal and organisational basis for the monitoring, reporting and verification of greenhouse gas emissions and aims to fulfil Ukraine's obligations under international agreements, including the EU–Ukraine Association Agreement.

In order to comprehensively and fully launch the system of monitoring, reporting and verifying greenhouse gas emissions, the following orders were issued: on approval of the procedure for state registration of the installations in the unified register for monitoring, reporting and verifying greenhouse gas emissions;⁶⁰ on approval of model documents for monitoring, reporting and verifying greenhouse gas emissions and requirements for completing them;⁶¹ on approval of the procedure for maintaining the unified register for monitoring, reporting and verifying greenhouse gas emissions;⁶² and on approval of guidelines for estimating greenhouse gas emissions by the types of installations operation.⁶³

60 Nakaz No. 75 zareyestrovano v Ministerstviyustyttsiyi Ukrayiny 1 kvitnya 2021 r. za No. 428/36050 pro zatverdzhennya Poryadku derzhavnoyi reyestratsiyi ustanovok u Yedynomu reyestri z monitorynhu, zvitnosti ta veryfikatsiyi vykydiv parnykovykh haziv [Order of the Ministry of Environment of on approval of the procedure of state registration of the installations in the Unified register for monitoring, reporting and verification of greenhouse gas emissions of February 3, 2021 No. 75, registered with the Ministry of Justice on April 1, 2021 at No. 428/36050], <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/z0428-21#Text> [accessed: 4.09.2022].

61 Nakaz No. 113 zareyestrovano v Ministerstviyustyttsiyi Ukrayiny 21 kvitnya 2021 r. za No. 498/36120 pro zatverdzhennya typovykh form dokumentiv u sferi monitorynhu, zvitnosti ta veryfikatsiyi vykydiv parnykovykh haziv ta vymoh do yikh zapovnennya [Order of the Ministry of Environment of on approval of model documents for monitoring, reporting and verification of greenhouse gas emissions and requirements for filling them of February 15, 2021 No. 113, registered with the Ministry of Justice on April 14, 2021 under No. 498/36120], <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/z0498-21#Text> [accessed: 4.09.2022].

62 Nakaz No. 370 zareyestrovano v Ministerstviyustyttsiyi Ukrayiny 13 chervnya 2021 r. za No. 1060/36682 pro zatverdzhennya Poryadku vedennya Yedynoho reyestru z monitorynhu, zvitnosti ta veryfikatsiyi vykydiv parnykovykh haziv [Order of the Ministry of Environment of on approval of the Procedure for maintaining the Unified Register for Monitoring, Reporting and Verification of Greenhouse Gas Emissions of June 8, 2021 No. 370, registered with the Ministry of Justice on August 18, 2021 under No. 1060/36682], <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/z1060-21#Text> [accessed: 4.10.2022].

63 Nakaz No. 671 vid 13 zhovtnya 2021 r. pro zatverdzhennya metodychnykh rekomendatsiy z otsinky vykydiv parnykovykh hazi [Order of the Ministry of Environment of October 13, 2021 No. 671 on approval of Guidelines on estimation of the greenhouse gas emissions by the types of installations operation' of October 13, 2021 No. 671, registered with the

Ukraine was expected to establish a compatible emission trading system within two years. This usually requires the development of a system for registering relevant installations, a national pilot project for delivering allowances and a system for trading these allowances domestically. Therefore, in 2021 Ukraine began to adopt Directive 2003/87/EC, establishing only monitoring, reporting and verification of a GHG emission scheme within the Community.

Furthermore, as we know, the EU climate change laws have been amended and updated significantly since 2017. The last change is that the targets for the Green Deal, the European climate law and the 'Fit for 55' programme are not included in the Association Agreement at all. Despite this omission, Ukraine supports the European Green Deal's goals and objectives: Ukrainian Cabinet of Ministers Resolution No. 33 of 24 January 2020 established an interagency working group for coordinating climate change remediation actions within the European Commission's European Green Deal initiative.

3.4. Transposition of EU law on renewable energy sources

The EU–Ukraine Association Agreement also provides for an approximation of renewable energy legislation in Ukraine in accordance with the timetable set out in Annex XXVII to the Agreement. The Annex includes Directive 2009/28/EC, which creates common rules for the use of renewable energy to limit GHG emissions and promote cleaner transport.⁶⁴ Directive 2009/28/EC defined mandatory national renewable energy targets to provide certain guarantees to investors and to encourage the development of the latest technologies and innovations in the field. At the same time, strict requirements for quality criteria in the sustainable production of biofuels and a reduction of GHG emissions were introduced.

In compliance with the requirements of Art. 13 Directive 2009/28/EC, on the promotion of the use of energy from renewable sources, the Law of Ukraine of 1 November 2016, on amendments to Art. 8 of the Law on alternative fuels⁶⁵ was adopted. According to these amendments the requirements for the state register of business entities engaged in economic activities in the field of production, storage and introduction of liquid biological fuels and biogas

Ministry of Justice on November 15, 2021 at No. 789/38497], <https://mepr.gov.ua/documents/3548.html> [accessed: 4.09.2022].

64 M. Emerson, V. Movchan (eds), *Deepening EU–Ukrainian Relations...*, p. 218.

65 Zakon Ukrayiny pro vnesennya zmin do stat' 8 Zakonu Ukrayiny pro al'ternatyvni vydy palyva [Law of Ukraine of November 1, 2016 on amendments to Art. 8 of the Law on alternative fuels], VVR 2016, no 51, p. 834.

were cancelled. The Institute of Ecology and Energy Conservation Problems has developed a draft bill – biofuels and bioliquids GHG emissions. Technical Requirements complying with the requirements of Directive 2009/28/EC – to specify the terms, definitions, uses and requirements for producing biofuels and bioliquids in order to reduce GHG emissions.

The Law of Ukraine of 25 April 2019 on amending some laws concerning maintaining the competitive conditions for generating electricity from alternative energy sources,⁶⁶ amended the existing support system; specifically, from 2020 the feed-in tariff was reduced by 25% for solar installations and by 10% for wind installations, with further annual decreases of 2,5% and 1,5%, respectively, in each of the next three years. Moreover, the Law of 22 May 2019 on amending the Laws as regards ensuring competitive terms of electricity production from renewable energy sources, contemplates the introduction of a renewable energy auction scheme for renewable energy projects larger than 1 MW for photovoltaic panels and 5 MW for wind power. In accordance with the renewable energy acquis, the new Electricity Market Law established guaranteed access and progressive balance responsibility for large renewable energy producers.

As for the transport sector, the Law of 11 July 2019 on amending legislative acts on ensuring access to the charging infrastructure for electric vehicles, was adopted for the decarbonisation and development of electrical transport. The implementation of this law is expected to facilitate the functioning of electric vehicles through identification, introducing labels on charging stations and prohibiting combustion engine vehicles from parking in these spaces. Some key issues, however, particularly liquid fuel produced from biomass and biogas for transport, were not transposed into the Ukrainian legislation from 2017. For example, in 2019 the Parliament rejected the draft law on amendments to the regulations on the development of liquid fuel production from biomass and the implementation of sustainability criteria for liquid fuel from biomass and biogas for transport.⁶⁷

66 Zakon Ukrainy pro vnesennya zmin do deyakykh zakoniv Ukrainy shchodo zabezpechennya konkurentnykh umov vyrobnytstva elektrychnoyi enerhiyi z al'ternatyvnykh dzherel enerhiyi [Law of Ukraine of April 25, 2019 on amending some laws concerning maintaining the competitive conditions for generating electricity from alternative energy sources], VVR 2019, no 23, p. 89.

67 Proekt No. 7348 Zakonu pro vnesennya zmin do deyakykh zakonodavchykh aktiv Ukrainy shchodo rozvytku sfery vyrobnytstva ridkoho palyva z biomasy ta vprovadzhennya kryteriyiv stalosti ridkoho palyva z biomasy ta biohazu, pryznachenoho dlya vykorystannya v haluzi transportu, 2679-VIII, http://w1.c1.rada.gov.ua/pls/zweb2/webproc4_1?pf3511=62987 [accessed: 4.09.2022].

3.5. Transposition of the EU Energy Efficiency Law

Of strategic importance for the EU's own long-term energy saving and climate policy goals are the directives for energy efficiency, notably those covering the energy performance of buildings and energy end-use efficiency.⁶⁸ Annex XXVII to the EU–Ukraine Association Agreement requires the implementation of Directive 2012/27/EU on energy efficiency, amending Directives 2009/125/EC and 2010/30/EU and repealing Directives 2004/8/EC and 2006/32/EC; Directive 2010/30/EU of the European Parliament and of the Council of 19 May 2010 on the indication by labelling and standard product information on the consumption of energy and other resources by energy-related products; Directive 2010/31/EU on the energy performance of buildings; and Directive 2009/125/EC, establishing a framework for the setting of ecodesign requirements for energy-related products. Currently, it is crucial to focus on those landmark regulations adopted by the government of Ukraine in February 2019 that eliminate any energy-inefficient goods from the market and which help consumers save money on utilities. Specifically, ecodesign regulations were adopted to regulate the ecodesign of cookers, cooking surfaces and oven hoods; omnidirectional radiation lamps; dishwashers; water heaters and accumulator tanks; computers and computer servers; fluorescent and discharge lamps; air conditioners; TVs; office equipment; and washing machines.

Directive 2010/30 was implemented in the Ukrainian national legislation with the passing of the Law of 22 June 2017 on the energy performance of buildings,⁶⁹ and the introduction of certification for the energy efficiency of buildings, specifically construction facilities and current buildings so as to determine current indicators, develop recommendations for improvement and determine the local climatic conditions which are technically and economically justified. It is necessary to outline three areas for the implementation of Directive 2010/31/EU: the progress of finalising the law, improvement in the current legislation (amending the Law on the energy performance of buildings) and the training of qualified energy auditors and experts in the certification of buildings' energy performance.

To fulfil Ukraine's obligations laid out in the EU–Ukraine Association Agreement, the Energy Efficiency Law of Ukraine was adopted in November 2021.⁷⁰

68 M. Emerson, V. Movchan (eds), *Deepening EU–Ukrainian Relations...*, p. 214.

69 *Zakon Ukrayiny pro enerhetychnu efektyvnist' budivel'* [Law of Ukraine of June 22, 2017 on building energy efficiency], VVR 2017, no 33, p. 359.

70 *Zakon Ukrayiny pro enerhetychnu efektyvnist'* [Law of Ukraine of November 22, 2021 on energy efficiency adopted in November 2021], VVR 2022, no 2, p. 8.

It introduces pertinent mechanisms for strengthening energy security, reducing energy poverty, promoting sustainable economic development, preserving primary energy resources and reducing GHG emissions. The law attends the governing principles of encouraging consumers to implement energy-efficient measures.

On 29 December 2021 the government approved the National Action Plan for Energy Efficiency until 2030 and the three-year action plan for its implementation in 2021–2023. The main goal is to set a national energy efficiency target and measures to achieve it, in line with the European approaches of Directive 2012/27/EU.

Despite the EU directive on energy efficiency being implemented in the Ukrainian legislation, rapid progress in terms of some non-approved provisions is needed – for example, a technical regulation on labelling solar and wind equipment transposed according to Directive 2010/30/EU.

4. Conclusions

The issue of climate change entered the EU political agenda in the late 1980s, in the Community's action programmes on environmental protection. Climate was ranked as one of the resources that determines quality of life. However, the current objective of combating climate change was introduced into the EU environment-related legislation only after the implementation of the Lisbon Treaty (2009).

In the EU, climate change management is carried out in line with two main governing principles. Firstly, the EU adopts environmental protection action programmes, which play a key role in the further development and implementation of the EU climate policy. Secondly, and above all, the EU applies a wide range of secondary legislation to create legal obligations throughout the EU (regulations, directives and resolutions). The EU climate policy is based on the Climate and Energy Package, a complex and comprehensive set of legal acts aimed at fighting the global and EU-wide climate change challenges. This analysis of the EU legislation shows that regulations principally cover three fields of action, where joint mechanisms and legal means are being implemented: GHG emission reduction (ETS and non-ETS), renewable energy and energy efficiency.

The EU policy on combating climate change is primarily based on establishing and implementing long-term goals for 2020, 2030 and 2050. Achieving carbon neutrality by 2050, meanwhile, remains a major challenge for modern societies despite representing a chance for a better future. The problem that the EU should primarily focus on in its fight against climate change is determining

and implementing the targets for an effective climate policy in various sectors, such as energy, transport, agriculture and industry. However, it should be remembered that the progress in implementing the climate policy depends on the diverse energy policies of those Member States where energy production is still based on coal combustion. Political concessions consistently made for nuclear energy, coal-based installations, petrol and natural gas only delay the necessary conversion to a climate-neutral economy.

In order to harmonise the EU and Ukraine climate policy, the Ukrainian government produced many strategies, basic principles and action plans which establish links between the energy sector and climate, but additional time and effort are required to implement the appropriate policy. The EU–Ukraine Association Agreement has been an impetus for the development of the current legislation on combating climate change in Ukraine. Particularly, Ukraine should implement the main provisions of Directives aimed at combating climate change: Directive 2009/28/EC, Directive 2012/27/EU, Directive 2010/30/EU and Directive 2010/31/EU. Unfortunately for Ukraine, implementation of these Directives is proving to be a huge challenge. In 2021 two main laws on combating climate change came into force: the Energy Efficiency Law of Ukraine and the Law on the foundations of monitoring, reporting and verification of greenhouse gas emissions (as a part of GHG emission allowance trading scheme). Essentially, the EU *acquis communautaire* on combating climate change remained outside of the EU–Ukraine Association Agreement. In particular, GHG emission targets were not included in the EU Emissions Trading System in such sectors as agriculture, construction and transport; GHG emissions and removals from land use, land use changes and forestry; reduction of GHG emissions from road transport, shipping and aviation; and the EU initiatives to support low-carbon innovation, such as renewable energy technologies or carbon capture and storage. The above-mentioned EU law must also be implemented in Ukrainian legislation.

REFERENCES

International Public Law

United Nations Framework Convention on Climate Change, FCCC/INFORMAL/84, <https://unfccc.int/resource/docs/convkp/conveng.pdf> [accessed: 3.09.2022].

European Law

Directive 2003/87/EC of the European Parliament and of the Council of 13 October 2003 establishing a scheme for greenhouse gas emission allowance trading within the Community and amending Council Directive 96/61/EC, OJ L 275, 25.10.2003, p. 32-46.

Regulation (EC) No. 443/2009 of the European Parliament and of the Council of 23 April 2009 setting emission performance standards for new passenger cars as part of the Community's integrated approach to reduce CO₂ emissions from light-duty vehicles, OJ L 140, 5.06.2009, p. 1-15.

Directive 2009/28/EC of the European Parliament and of the Council of 23 April 2009 on the promotion of the use of energy from renewable sources and amending and subsequently repealing Directives 2001/77/EC and 2003/30/EC, OJ L 140, 5.06.2009, p. 16-62.

Directive 2009/29/EC of the European Parliament and of the Council of 23 April 2009 amending Directive 2003/87/EC so as to improve and extend the greenhouse gas emission allowance trading scheme of the Community, OJ L 140, 5.06.2009, p. 63-87.

Directive 2009/30/EC of the European Parliament and of the Council of 23 April 2009 amending Directive 98/70/EC as regards the specification of petrol, diesel and gas-oil and introducing a mechanism to monitor and reduce greenhouse gas emissions and amending Council Directive 1999/32/EC as regards the specification of fuel used by inland waterway vessels and repealing Directive 93/12/EEC, OJ L 140, 5.06.2009, p. 88-113.

Directive 2009/31/EC of the European Parliament and of the Council of 23 April 2009 on the geological storage of carbon dioxide and amending Council Directive 85/337/EEC, European Parliament and Council Directives 2000/60/EC, 2001/80/EC, 2004/35/EC, 2006/12/EC, 2008/1/EC and Regulation (EC) No. 1013/2006, OJ L 140, 5.06.2009, p. 114-135.

Decision No. 406/2009/EC of the European Parliament and of the Council of Directive 2003/87/EC of the European Parliament and of the Council of 13 October 2003 establishing a scheme for greenhouse gas emission allowance trading within the Community and amending Council Directive 96/61/EC, OJ L 140, 5.06.2009, p. 136-148.

Decision No 406/2009/EC of the European Parliament and of the Council of 23 April 2009 on the effort of Member States to reduce their greenhouse gas emissions to meet the Community's greenhouse gas emission reduction commitments up to 2020, OJ L 140, 5.06.2009, p. 136-148.

- Association Agreement between the European Union and its Member States, of the one part, and Ukraine, of the other part, OJ L 161, 29.05.2014, p. 3-2137.
- Directive (EU) 2018/410 of the European Parliament and of the Council of 14 March 2018 amending Directive 2003/87/EC to enhance cost-effective emission reductions and low-carbon investments, and Decision (EU) 2015/1814, OJ L 76, 19.03.2018, p. 3-27.
- Regulation (EU) 2018/841 of the European Parliament and of the Council of 30 May 2018 on the inclusion of greenhouse gas emissions and removals from land use, land use change and forestry in the 2030 climate and energy framework, and amending Regulation (EU) No. 525/2013 and Decision No. 529/2013/EU, OJ L 156, 19.06.2018, p. 1-25.
- Directive (EU) 2018/2001 of the European Parliament and of the Council of 11 December 2018 on the promotion of the use of energy from renewable sources, OJ L 328, 21.12.2018, p. 82-209.
- Directive (EU) 2018/2002 of the European Parliament and of the Council of 11 December 2018 amending Directive 2012/27/EU on energy efficiency, OJ L 328, 21.12.2018, p. 210-230.

Ukrainian Law

- Zakon Ukrayiny pro okhoronu navkolyshn'oho pryrodnoho seredovyscha [Law of Ukraine of June 25, 1991 on environmental protection] VVR 1991, no 41, p. 546 with amendments.
- Zakon Ukrayiny pro okhoronu atmosferneho povitrya [Law of Ukraine of October 16, 1992 on atmospheric air protection], VVR 1992, no 50, p. 678 with amendments.
- Zakon Ukrayiny pro enerhozberezhennya [Law of Ukraine of July 1, 1994 on energy saving], VVR 1994, no 30, p. 283 with amendments.
- Zakon Ukrayiny pro al'ternatyvni dzherela enerhiyi [Law of Ukraine of February 20, 2003 on alternative energy sources], VVR 2003, no 24, p. 155 with amendments.
- Kabinet Ministriv Ukrayiny postanovavid 7 serpnya 2013 r. No. 702 kyyivpro zatverdzhennya tekhnichnykh rehlament [Resolution of Cabinet of Ministers of Ukraine of August 7, 2013 on approval of technical regulations on energy labelling], <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/702-2013-%D0%BF#Text> [accessed: 25.06.2022].
- Zakon Ukrayiny pro ratyfikatsiyu Paryz'koyi uhody [Law of Ukraine of July 14, 2016 for ratification of Paris Agreement 2015], VVR 2016, no 35, p. 595.

- Zakon Ukrayiny pro vnesennya zmin do statti 8 Zakonu Ukrayiny pro al'ternatyvni vydy palyva [Law of Ukraine of November 1, 2016 on amendments to Art. 8 of the Law on alternative fuels], VVR 2016, no 51, p. 834.
- Zakon Ukrayiny pro otsinku vplyvu na dovkillya [Law of Ukraine of May 23, 2017 on environmental impact assessment], VVR 2017, no 29, p. 315 with amendments.
- Zakon Ukrayiny pro enerhetychnu efektyvnist' budivel' [Law of Ukraine of June 22, 2017 on building energy efficiency], VVR 2017, no 33, p. 359.
- Kabinet Ministriv Ukrayiny rozporядzhennya vid 18 serpnya 2017 r. No. 605-r. skhvalennya Enerhetychnoyi stratehiyi Ukrayiny na period do 2035 r. "Bezpeka, enerhoefektyvnist', konkurentospromozhnist'" [Resolution of Cabinet of Ministers of Ukraine of August 18, 2017 on approval of Energy Strategy of Ukraine for the period up to 2035 'Security, energy efficiency, competitiveness'], <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/605-2017-%D1%80#Text> [accessed: 25.06.2022].
- Kabinet Ministriv Ukrayiny rozporядzhennya vid 6 hrudnya 2017 r. No. 878-r. pro zatverdzhennya planu zakhodiv shchodo vykonannya Kontseptsii realizatsii derzhavnoyi polityky u sferi zminy realizatsii derzhavnoyi polityky u sferi zminy klimatu na period do 2030 r. [Resolution of Cabinet of Ministers of Ukraine of December 6, 2017 on approval of Concept of state policy implementation in climate change sphere for the period up to 2030 in Ukraine], <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/878-2017-%D1%80#Text> [accessed: 25.06.2022].
- Zakon Ukrayiny pro stratehichnu ekolohichnu otsinku [Law of Ukraine of October 12, 2018 on strategic environmental assessment], VVR 2018, no 16, p. 138 with amendments.
- Zakon Ukrayiny pro osnovni zasady (stratehiyu) derzhavnoyi ekolohichnoyi polityky Ukrayiny na period do 2030 [Resolution of Cabinet of Ministers of Ukraine of February 28, 2019 on approval the basic principles (strategy) of the state environmental policy of Ukraine for the period up to 2030], VVR 2019, no 16, p. 70.
- Zakon Ukrayiny pro vnesennya zmin do deyakykh zakoniv Ukrayiny shchodo zabezpechennya konkurentnykh umov vyrobnytstva elektrychnoyi enerhiyi z al'ternatyvnykh dzherel enerhiyi [Law of Ukraine of April 25, 2019 on amending some laws concerning maintaining the competitive conditions for generating electricity from alternative energy sources], VVR 2019, no 23, p. 89.

Zakon Ukrainy pro rehulyuvannya hospodars'koyi diyal'nosti z ozonornivnyh rechovynamy ta ftorovanyh parnykovykh hazamy [Law of Ukraine of December 12, 2019 on the foundations of monitoring, reporting and verification of greenhouse gas emissions], VVR 2020, no 21, p. 145.

Nakaz No. 75 zareyestrovano v Ministerstviyustyttsiyi Ukrainy 1 kvitnya 2021 r. za No. 428/36050 pro zatverdzhennya Poryadku derzhavnoyi reyestratsiyi ustanovok u Yedynomu reyestri z monitorynhu, zvitnosti ta veryfikatsiyi vykydiv parnykovykh haziv [Order of the Ministry of Environment of on approval of the procedure of state registration of the installations in the Unified register for monitoring, reporting and verification of greenhouse gas emissions of February 3, 2021 No. 75, registered with the Ministry of Justice on April 1, 2021 at No. 428/36050], <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/z0428-21#Text> [accessed: 4.09.2022].

Nakaz No. 113 zareyestrovano v Ministerstviyustyttsiyi Ukrainy 21 kvitnya 2021 r. za No. 498/36120 pro zatverdzhennya typovykh form dokumentiv u sferi monitorynhu, zvitnosti ta veryfikatsiyi vykydiv parnykovykh haziv ta vymoh do yikh zapovnennya [Order of the Ministry of Environment of on approval of model documents for monitoring, reporting and verification of greenhouse gas emissions and requirements for filling them of February 15, 2021 No. 113, registered with the Ministry of Justice on April 14, 2021 under No 498/36120], <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/z0498-21#Text> [accessed: 4.09.2022].

Nakaz No. 370 zareyestrovano v Ministerstviyustyttsiyi Ukrainy 13 chervnya 2021 r. za No. 1060/36682 pro zatverdzhennya Poryadku vedennya Yedynoho reyestru z monitorynhu, zvitnosti ta veryfikatsiyi vykydiv parnykovykh haziv [Order of the Ministry of Environment of on approval of the Procedure for maintaining the Unified Register for Monitoring, Reporting and Verification of Greenhouse Gas Emissions of June 8, 2021 No. 370, registered with the Ministry of Justice on August 18, 2021 under No. 1060/36682], <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/z1060-21#Text> [accessed: 4.10.2022].

Nakaz No. 671 vid 13 zhovtnya 2021 r. pro zatverdzhennya metodychnykh rekomendatsiy z otsinky vykydiv parnykovykh haziv [Order of the Ministry of Environment of October 13, 2021 No. 671 on approval of Guidelines on estimation of the greenhouse gas emissions by the types of installations operation' of October 13, 2021 No. 671, registered with the Ministry of

Justice on November 15, 2021 at No. 789/38497], <https://mepr.gov.ua/documents/3548.html> [accessed: 4.09.2022].

Kabinet Ministriv Ukrayiny rozporyadzhennya vid 20 zhovtnya 2021 r. No. 1363-RKYYIVPRO skhvalennya Stratehiyi ekolohichnoyi bezpeky ta adaptatsiyi do zminy klimatu na period do 2030 r, [Resolution of Cabinet of Ministers of Ukraine of October 20, 2021 on approval of Environmental safety and adaptation to climate change strategy until 2030], <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/1363-2021-%D1%80#Text> [accessed: 25.06.2022].
Zakon Ukrayiny pro enerhetychnu efektyvnist' [Law of Ukraine of November 22, 2021 on energy efficiency], VVR 2022, no 2, p. 8.

United Kingdom Law

UK Climate Change Act 2008, UK Public General Acts 2008, c. 27.
UK Carbon Budget Order 2021, UK Statutory Instruments 2021, No. 750.

Case Law

Judgment of the CJEU of 16 December 2008, C-127/07, *Arcelor Atlantique et Lorraine and Others*, ECLI:EU:C:2008:728.
Judgment of the CJEU, C-366/10 of 21 December 2011, *Air Transport Association of America and Others*, ECLI:EU:C:2011:864.
Judgment of the CJEU, C-4/16 of 2 March 2017, *J.D. v. Chairman of the Polish Energy Regulatory Office*, ECLI:EU:C:2017:153.
Judgment of Supreme Court of the Kingdom of the Netherlands of 20 December 2019, 19/00135, ECLI:NL:HR:2019:2007.
Judgment Court of Appeal (civil division) on Appeal From the Queen's Bench Division Divisional Court Lord Justice Hickinbottom and Mr Justice Holgate of 27 February 2020, C1/2019/1053, C1/2019/1056 and C1/2019/1145, 'Court of Appeal of England and Wales Decisions (Civil Division)' 2020, item 214.
Order of the CJEU General Court (Second Chamber) of 8 May 2020, T-330/18, *Armando Carvalho and Others v. European Parliament and Council of the European Union*, ECLI:EU:T:2019:324.

Official documents

Proposal for a Regulation of the European Parliament and of the council establishing the framework for achieving climate neutrality and

- amending Regulation (EU) 2018/1999 (European Climate Law), COM/2020/80 final, <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=CELEX:52020PC0080> [accessed: 25.06.2022].
- Green Paper on greenhouse gas emissions trading within the European Union, Brussels 8.03.2000, COM(2000)87 final, <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/PDF/?uri=CELEX:52000DC0087&from=EN> [accessed: 25.06.2022].
- Communication from the Commission to the Council, the European Parliament, the European Economic and Social committee and the Committee of the Regions – Winning the Battle Against Global Climate Change {SEC(2005) 180}, <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/GA/TXT/?uri=celex:52005DC0035> [accessed: 3.09.2022].
- Presidency Conclusions of the Brussels European Council (8/9 March 2007), https://www.consilium.europa.eu/ueDocs/cms_Data/docs/pressData/en/ec/93135.pdf [accessed: 25.06.2022].
- Report on the implementation of the EU Association Agreement with Ukraine (2019/2020(INI)), 17.11.2020, https://www.europarl.europa.eu/doceo/document/A-9-2020-0219_EN.html [accessed: 25.06.2022].
- Communication from the Commission to the European parliament, the Council, the European Economic and Social Committee and the Committee of the Regions ‘Fit for 55’: delivering the EU’s 2030 Climate Target on the way to climate neutrality, COM(2021) 550 final, Brussels, 14.07.2021, https://ec.europa.eu/info/sites/default/files/chapeau_communication.pdf [accessed: 25.06.2022].
- Proekt No. 7348 Zakonu pro vnesennya zmin do deyakykh zakonodavchykh aktiv Ukrayiny shchodo rozvytku sfery vyrobnytstva ridkoho palyva z biomasy ta vprovadzhennya kryteriyiv stalosti ridkoho palyva z biomasy ta biohazu, pryznachenooho dlya vykorystannya v haluzi transportu, 2679-VIII, http://w1.c1.rada.gov.ua/pls/zweb2/webproc4_1?pf3511=62987 [accessed: 4.09.2022].
- Proposal for a Directive of the European Parliament and of the Council on energy efficiency (recast), COM(2021)558, CELEX 52021PC0558.
- Report on implementation of the Association Agreement between Ukraine and the European Union in 2021, <https://3dcftas.eu/library/documents/report-on-implementation-of-the-association-agreement-between-ukraine-and-the-european-union-in-2021> [accessed: 25.06.2022].
- Strategy of Ukraine for low carbon development of Ukraine for up to 2050 dated as of July 18, 2018: *Stratehiya nyz'kovhletsevoho rozvytku Ukrayiny*

do 2050 roku, Kyiv 2018, https://mepr.gov.ua/files/docs/Proekt/LEDS_ua_last.pdf [accessed: 25.06.2022].

Updated Nationally Determined Contribution of Ukraine to the Paris Agreement, https://unfccc.int/sites/default/files/NDC/2022-06/Ukraine%20NDC_July%2031.pdf [accessed: 25.06.2022].

Scientific publications

Bogojevic S., *Climate Change Law and Policy in the European Union*, [in:] K. Gray, R. Tarasofsky, C. Carlarne, *The Oxford Handbook of International Climate Change Law*, Oxford University Press, Oxford 2016.

Emerson M., Movchan V. (eds), *Deepening EU-Ukrainian Relations: Updating and Upgrading in the Shadow of Covid-19*, Rowman & Littlefield Publishers, Center for European Policy Studies, Brussels 2021.

Getman A., Danilyan O., Dzeban O., Kalynovskyi Y., Crespo J., *International Legal Environmental Protection: Historical Aspect*, 'Revista Notas Históricas y Geográficas' 2021, no 27, p. 389-413.

Golovko L., Yara O., Uliutina O., Tereshchenko A., Kudin A., *Formation of Ukraine's Climate Policy in the Context of European Integration*, 'European Journal of Sustainable Development' 2021, vol. 10, no 4, p. 138-146, <https://doi.org/10.14207/ejsd.2021.v10n4p138>.

Loo van der G., Van Elsuwege P., *The EU-Ukraine Association Agreement after Ukraine's EU Membership Application: Still Fit for Purpose*, Discussion Paper Europe in the World Programme, Brussels 2022, https://www.epc.eu/content/PDF/2022/Ukraine_DP.pdf [accessed: 3.09.2022].

Lozo O., Onishchenko O., *The Potential Role of the Artificial Intelligence in Combating Climate Change and Natural Resources Management: Political, Legal and Ethical Challenges*, 'Grassroots Journal of Natural Resources', 2021, no 4(3), p. 111-131.

Monti A., Romera B., *Fifty Shades of Binding: Appraising the Enforcement Toolkit for the EU's 2030 Renewable Energy Targets*, 'Review of European, Comparative & International Environmental Law' 2020, no 29, p. 221-231.

Morgera E., Kulovesi K., Munoz M., *The EU's Climate and Energy Package: Environmental Integration and International Dimensions*, Europa Working Papers 2010/07, University of Edinburgh, Edinburgh 2010, https://www.pure.ed.ac.uk/ws/files/14596055/The_EU_s_Climate_and_Energy_Package.pdf [accessed: 3.09.2022].

- Romanko S., *Ekoloho-pravova polityka Ukrainy u sferi zminy klimatu*, 'Pidpryemnytstvo, hospodarstvo i pravo' 2019, no 9, p. 88-94, http://pgp-journal.kiev.ua/archive/2022/4/4_2022.pdf [accessed: 4.09.2022].
- Vlasenko Y., Shokha T., Sharaievska T., *Evaluating Criteria of Ecological Politics Effectiveness as a Necessary Determinant of Legal Bases of its Realization: Example of Ukrainian Realities*, 'European Journal of Sustainable Development' 2020, vol. 9, no 1, p. 9-18, <https://doi.org/10.14207/ejsd.2020.v9n1p9>.
- Yermolenko V., Gafurova O., Krasnova M., Krasnova Y., *Legal Principles of Environmental Accounting as Means of Identifying Sustainable Development Indicators in Ukraine*, 'European Journal of Sustainable Development' 2020, vol. 9, no 2, p. 263-279 <https://doi.org/10.14207/ejsd.2020.v9n2p263>.

Online sources

- A Community strategy to limit carbon dioxide emissions and improve energy efficiency*, https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/en/P_92_29 [accessed: 25.06.2022].
- Ukrayina podala onovlenyy Natsional'no vyznachenyy vnesok*, <https://ua-energy.org/uk/posts/ukraina-podala-onovlenyi-natsionalno-vyznachenyi-vnesok> [accessed: 25.06.2022].



Magdalena El-Hagin

Sąd Okręgowy w Gdańsku, XV Wydział Cywilny

ORCID: 0000-0002-0669-1354

magdalena.el-hagin@iustitia.pl

**Dyrektywa 2005/29/WE o nieuczciwych praktykach
handlowych w świetle najnowszego orzecznictwa Trybunału
Sprawiedliwości Unii Europejskiej – część II**

**The Directive 2005/29/EC on Unfair Commercial Practices in the light
of the latest case-law of the Court of Justice of the European Union
– part II**

Abstract: This paper is the continuation of the scrutiny of the latest case-law of the Court of Justice of the European Union concerning Directive 2005/29/EC on unfair commercial practices. The issues covering the relationship between Directive 2005/29/EC and other union and national regulations were discussed in the first part published in 'Studia Prawnicze' 2021, no 1 while in this text matters regarding the objective scope of the Directive are presented. In this context the article analyses 17 judgments of the CJEU delivered in 2016–2021. Obviously, most of them were related to more than one of the aspects of the Directive's regulation, therefore the author made an attempt of the ordering of legal threads, which were the subject of the CJEU's *acquis*, and assigning them to the respective ranges of the Directive. Thus in this paper issues concerning the interpretation of the notions 'commercial practice' and 'product', as well as elements of the Directive's structure, i.e. annex I, the big and the small general clauses, were raised.

Keywords: Directive 2005/29/EC, unfair commercial practices, consumer protection, case-law of the CJEU

Abstrakt: Niniejsze opracowanie stanowi kontynuację rozważań dotyczących najnowszego orzecznictwa Trybunału Sprawiedliwości Unii Europejskiej w odniesieniu do dyrektywy 2005/29/WE o nieuczciwych praktykach handlowych. W pierwszej części, opublikowanej w „Studiach Prawniczych” 2021, nr 1, przedstawiono zagadnienia obejmujące relacje dyrektywy 2005/29 do innych instrumentów unijnych i krajowych oraz jej zakres podmiotowy. W drugiej części artykułu podjęto kwestie związane z zakresem przedmiotowym stosowania tej dyrektywy. W tym kontekście analizie poddano 17 orzeczeń TSUE z lat 2016–2021. Co oczywiste, większość z nich oscylowała wokół więcej niż jednego aspektu regulacji dyrektywy, podjęto zatem próbę uporządkowania wątków prawnych stanowiących przedmiot rozważań Trybunału i przypisania ich do poszczególnych obszarów objętych dyrektywą. Stąd w rozważaniach zostały poruszone kwestie dotyczące wykładni pojęć „praktyka handlowa” oraz „produkt”, a także poszczególnych elementów struktury dyrektywy, tzn. załącznika I oraz tzw. dużej i małych klauzul generalnych.

Słowa kluczowe: dyrektywa 2005/29/WE, nieuczciwe praktyki handlowe, ochrona konsumentów, orzecznictwo TSUE

1. Wprowadzenie

Niniejsze opracowanie stanowi kontynuację rozważań dotyczących najnowszego orzecznictwa Trybunału Sprawiedliwości Unii Europejskiej w odniesieniu do dyrektywy 2005/29/WE o nieuczciwych praktykach handlowych¹. O ile w pierwszej części przedstawiono zagadnienia obejmujące relacje dyrektywy 2005/29 do innych instrumentów unijnych i krajowych oraz jej zakres podmiotowy, o tyle w rozważaniach poniższych podjęto kwestie związane z zakresem przedmio-

1 Dyrektywa 2005/29/WE Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 11 maja 2005 r. dotycząca nieuczciwych praktyk handlowych stosowanych przez przedsiębiorstwa wobec konsumentów na rynku wewnętrznym oraz zmieniająca dyrektywę Rady 84/450/EWG; dyrektywy 97/7/WE, 98/27/WE i 2002/65/WE Parlamentu Europejskiego i Rady oraz rozporządzenie (WE) nr 2006/2004 Parlamentu Europejskiego i Rady, Dz.Urz. UE L 149 z 11.06.2005 r., s. 22-39. Zob. M. El-Hagin, *Dyrektywa 2005/29/WE o nieuczciwych praktykach handlowych w świetle najnowszego orzecznictwa Trybunału Sprawiedliwości Unii Europejskiej*, cz. I, „Studia Prawnicze” 2021, nr 1, s. 123-169, <https://doi.org/10.37232/sp.2021d>.

towym stosowania tej dyrektywy. Jedynie tytułem przypomnienia warto w tym miejscu wskazać, że dyrektywa 2005/29 została w pewnym zakresie zmodyfikowana postanowieniami dyrektywy 2019/2161² (dalej jako dyrektywa 2019/2161). Biorąc pod uwagę, że wprowadzone zmiany weszły w życie 7 stycznia 2020 r., a termin implementacji do porządków krajowych upłynął 28 listopada 2021 r., zostały one uwzględnione w głównym toku rozważań.

Ogółem analizie poddano 22 orzeczenia TSUE z lat 2016–2021, przy czym w niniejszym opracowaniu – 17 z nich. W badanym okresie Trybunał miał okazję zinterpretować w zasadzie wszystkie elementy kluczowe dyrektywy 2005/29, dlatego też w rozważaniach zostały poruszone kwestie istotne dla ustalenia zakresu przedmiotowego stosowania dyrektywy, a dotyczące wykładni pojęć „praktyka handlowa” oraz „produkt”, a także poszczególnych elementów struktury dyrektywy, tzn. załącznika I oraz tzw. dużej i małych klauzul generalnych.

2. Zakres przedmiotowy

Dyrektywa 2005/29 jest regulacją ramową o charakterze *lex generalis* w tym znaczeniu, że jej postanowienia znajdują zastosowanie tylko w takim zakresie, w jakim w danym sektorze nie istnieją inne regulacje szczegółowe (unijne lub krajowe). W najnowszym orzecznictwie TSUE konsekwentnie powielał wytyczne dla sądów krajowych, zgodnie z którymi badanie konkretnej nieuczciwej praktyki handlowej należy rozpocząć od ustalenia istnienia szczególnych przepisów sektorowych w rozumieniu art. 3 ust. 2, 3, 4, 8 i 10 dyrektywy oraz ich ewentualnej subsumpcji. Zastosowanie dyrektywy 2005/29 jest możliwe po stwierdzeniu, że brak jest przepisów dotyczących szczególnych aspektów nieuczciwych praktyk handlowych albo że nie występuje kolizja pomiędzy przepisami szczególnymi a samą dyrektywą. Dopiero w dalszej kolejności, oprócz zidentyfikowania stron danej praktyki handlowej jako „przedsiębiorcy” i „konsumenta” (zakresu podmiotowego dyrektywy 2005/29)³, zasadne jest badanie pozostałych przesłanek nieuczciwych praktyk handlowych objętych dyrektywą 2005/29 (jej zakresu przedmiotowego).

Zakresem stosowania dyrektywy objęte są nieuczciwe praktyki handlowe stosowane przez przedsiębiorców wobec konsumentów przed zawarciem

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

3 Por. M. El-Hagin, *Dyrektywa 2005/29/WE...*, s. 148-159.

umowy, w trakcie jej zawierania, a także po jej zawarciu (art. 3 ust. 1). Oznacza to, że ma ona zastosowanie na wszystkich możliwych etapach relacji biznesu z konsumentami – na płaszczyźnie przedkontraktowej, kontraktowej oraz pokontraktowej⁴. Ochrona konsumenta przed zawarciem transakcji polega m.in. na uprawnieniu do otrzymania od przedsiębiorcy jasnych i adekwatnych informacji, umożliwiających podjęcie przez konsumenta decyzji opartej na koniecznych danych. W trakcie zawierania umowy konsument jest chroniony w szczególności przed nieuczciwymi praktykami handlowymi towarzyszącymi składaniu oświadczenia woli. Z kolei po zawarciu transakcji ochrona ta może polegać na realizacji praw i egzekwowaniu obowiązków przedsiębiorcy objętych zawartą umową dotyczących np. spełnienia świadczenia, gwarancji, rękojmi.

2.1. Pojęcie praktyki handlowej i produktu

Centralnymi pojęciami dyrektywy, niezbędnymi do ustalenia zakresu przedmiotowego jej stosowania, są „praktyka handlowa” i „produkt”⁵. Definicja praktyki handlowej, obejmująca każde działanie przedsiębiorcy, jego zaniechanie, sposób postępowania, oświadczenie lub komunikat handlowy, w tym reklamę i marketing, bezpośrednio związane z promocją, sprzedażą lub dostawą produktu do konsumentów⁶, została wielokrotnie uznana za „szczególnie szeroką”⁷, co z kolei implikuje szczególnie szeroki zakres przedmiotowy dyrektywy. Przyjęcie tak szerokiej definicji jest uznawane za celowy zabieg ustawodawcy unijnego, zmierzający w założeniu do osiągnięcia możliwie wysokiego poziomu ochrony konsumenta⁸. W przełomowym wyroku *UPC Magyarország*⁹ Trybunał, rozważając konieczny zasięg praktyki handlowej, wyszedł jeszcze bardziej naprzeciw perspektywie indywidualnego konsumenta i jego skutecznej ochronie przed

4 B. Keirsbilck, *The UCPD's Notion of "Commercial Practice"*: *UPC Magyarország*, „Common Market Law Review” 2016, t. 53, nr 2, s. 527.

5 O pojęciach produktu i praktyki rynkowej na gruncie polskiej ustawy z dnia 23 sierpnia 2007 r. o przeciwdziałaniu nieuczciwym praktykom rynkowym, t.j. Dz.U. 2017, poz. 2070 zob. szerzej: M. Sieradzka, *Ustawa o przeciwdziałaniu nieuczciwym praktykom rynkowym. Komentarz*, Wolters Kluwer, Warszawa 2008, s. 47-52.

6 Art. 2 lit. d dyrektywy 2005/29.

7 M. Namysłowska, *Dziesięć lat dyrektywy 2005/29/WE o nieuczciwych praktykach handlowych*, „Europejski Przegląd Sądowy” 2016, nr 3, s. 7 i przywołane tam orzecznictwo TSUE.

8 Opinia rzecznika generalnego N. Wahla w sprawie C-388/13, *UPC Magyarország*, pkt 20, ECLI:EU:C:2014:2323.

9 Wyrok TSUE z 16 kwietnia 2015 r. w sprawie C-388/13, *UPC Magyarország*, ECLI:EU:C:2015:225.

nieuczciwymi praktykami handlowymi i ustalił, że dla zaistnienia praktyki handlowej nie jest wymagane, aby działanie lub zaniechanie przedsiębiorcy miało powtarzający się charakter lub dotyczyło więcej niż jednego konsumenta¹⁰.

Z kolei „produktem” na potrzeby stosowania dyrektywy 2005/29 jest każdy towar lub usługa, w tym nieruchomości, usługi cyfrowe i treści cyfrowe, prawa i obowiązki¹¹. Przywołana definicja produktu uwzględnia zmianę dokonaną dyrektywą 2019/2161, na podstawie której rozszerzono pojęcie „produktu” o usługi cyfrowe i treści cyfrowe, objęte regulacją dyrektywy 2019/770 w sprawie niektórych aspektów umów o dostarczanie treści cyfrowych i usług cyfrowych¹².

W ciągu ostatnich 5 lat TSUE systematycznie orzekał w zakresie interpretacji tych pojęć. Konsekwentnie podkreślał szczególnie szerokie sformułowanie¹³ „praktyki handlowej” oraz wskazywał, że ustalenie, czy konkretne działanie bądź zaniechanie stanowi praktykę handlową w rozumieniu art. 2 lit. d dyrektywy 2005/29 jest punktem wyjścia do oceny możliwości zastosowania przepisów tej dyrektywy¹⁴. Trybunał uwypuklał przy tym aspekt podmiotowy i przedmiotowy pojęcia praktyki handlowej, podnosząc, że w pierwszej kolejności należy ocenić, czy działanie lub zaniechanie ma charakter handlowy, to znaczy pochodzi od podmiotu gospodarczego, w drugiej zaś – czy związane jest bezpośrednio z promocją lub sprzedażą produktu konsumentom lub jego dostawą do konsumentów¹⁵. Podkreślał

10 Tamże, pkt 42.

11 Art. 2 pkt c dyrektywy 2005/29 w nowym brzmieniu.

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

13 Zob. np. wyrok TSUE z 25 lipca 2018 r., C-632/16, *Dyson*, pkt 30, ECLI:EU:C:2018:599; wyrok TSUE z 4 maja 2017 r., C-339/15, *Vanderborght*, pkt 23, ECLI:EU:C:2017:335; wyrok TSUE z 20 lipca 2017 r., C-357/16, *Gelvora*, pkt 19, ECLI:EU:C:2017:573; postanowienie TSUE z 26 października 2017 r., C-356/16, *Van Mol*, pkt 17, ECLI:EU:C:2017:809; wyrok TSUE z 4 października 2018 r., C-105/17, *Kamenova*, pkt 41, ECLI:EU:C:2018:808; wyrok TSUE z 10 września 2020 r., C-363/19, pkt 57, *Mezina*; wyrok TSUE z 2 września 2021 r., C-371/20, *Peek & Cloppenburg KG*, pkt 38, ECLI:EU:C:2021:674.

14 Wyrok TSUE z 4 maja 2017 r., C-339/15, pkt 22, *Vanderborght*, pkt 22; wyrok TSUE z 20 lipca 2017 r., C-357/16, *Gelvora*, pkt 25; postanowienie TSUE z 26 października 2017 r., C-356/16, *Van Mol*, pkt 16; wyrok TSUE z 25 lipca 2018 r., C-632/16, *Dyson*, pkt 29; wyrok TSUE z 4 października 2018 r., C-105/17, *Kamenova*, pkt 42; wyrok TSUE z 4 lipca 2019 r., C-393/17, *Kirschstein*, pkt 39 i 41, ECLI:EU:C:2019:563; wyrok TSUE z 7 września 2016 r., C-310/15, *Deroo-Blanquart*, pkt 28, ECLI:EU:C:2016:633; wyrok TSUE z 2 września 2021 r., C-371/20, *Peek & Cloppenburg KG*, pkt 31.

15 Wyrok TSUE z 20 lipca 2017 r., C-357/16, *Gelvora*, pkt 21, 23, 25; postanowienie TSUE z 26 października 2017 r., C-356/16, *Van Mol*, pkt 17, 18; wyrok TSUE z 25 lipca 2018 r.,

ponadto rozróżnienie pojęć „praktyka handlowa” i „produkt”, wskazując, że choć praktyki handlowe są ściśle związane z transakcją dotyczącą produktu, to jednak nie pokrywają się one z pojęciem produktu będącego przedmiotem transakcji¹⁶.

Doniosłość prawidłowej interpretacji wskazanych wyżej pojęć zaakcentowano w wyroku *Kirschstein*¹⁷, w którym Trybunał Sprawiedliwości orzekł, że uregulowanie krajowe może wchodzić w zakres stosowania dyrektywy 2005/29 jedynie wtedy, gdy zachowania, o których mowa w tym uregulowaniu krajowym, stanowią praktyki handlowe w rozumieniu tej dyrektywy, zaś usługi lub towary, których praktyki te dotyczą – produkt w znaczeniu przyjętym w dyrektywie. Z tego względu, w kontekście możliwości nadawania przez uczelnię studentom stopnia magistra bez posiadania ku temu uprawnień, Trybunał stwierdził, że przepis krajowy, który ma na celu ustalenie podmiotu gospodarczego uprawnionego do świadczenia usługi będącej przedmiotem transakcji handlowej, nieregulujący bezpośrednio praktyk, które ten podmiot może następnie wprowadzić w celu promowania lub zwiększenia sprzedaży tej usługi, nie odnosi się do praktyki handlowej pozostającej w bezpośrednim związku ze świadczeniem tej usługi w rozumieniu dyrektywy 2005/29¹⁸. Takie uregulowanie krajowe nie dotyczy bowiem sposobów promowania lub sprzedaży usług w dziedzinie szkolnictwa wyższego, lecz odnosi się do uprawnienia danego podmiotu do świadczenia usług obejmujących nadanie stopnia akademickiego. W konsekwencji nie można uznać, że jest objęte zakresem przepisów dotyczących praktyk handlowych w rozumieniu dyrektywy 2005/29¹⁹.

Podkreślając zatem szeroką definicję praktyki handlowej, TSUE uznał jednak, że nie każde uregulowanie krajowe ograniczające świadczenie usług powinno być analizowane na podstawie postanowień dyrektywy 2005/29.

C-632/16, *Dyson*, pkt 30; wyrok TSUE z 4 października 2018 r., C-105/17, *Kamenova*, pkt 42-44; wyrok TSUE z 4 lipca 2019 r., C-393/17, *Kirschstein*, pkt 39 i 41; wyrok TSUE z 7 września 2016 r., C-310/15, *Deroo-Blanquart*, pkt 28; wyrok TSUE z 2 września 2021 r., C-371/20, *Peek & Cloppenburg KG*, pkt 31.

16 Wyrok TSUE z 4 lipca 2019 r., C-393/17, *Kirschstein*, pkt 42, 44; wyrok TSUE z 13 września 2018 r. w sprawach połączonych C-54/17 i C-55/17, *Wind Tre i Vodafone Italia*, pkt 39, ECLI:EU:C:2018:710; wyrok TSUE z 4 maja 2017 r., C-339/15, *Vanderborght*, pkt 24; wyrok TSUE z 20 lipca 2017 r., C-357/16, *Gelvora*, pkt 23; postanowienie TSUE z 26 października 2017 r., C-356/16, *Van Mol*, pkt 18.

17 Wyrok TSUE z 4 lipca 2019 r., C-393/17, *Kirschstein*, pkt 38 i przytoczone tam orzecznictwo: wyrok TSUE z 14 stycznia 2010 r., C-304/08, *Plus Warenhandels-gesellschaft*, pkt 35, ECLI:EU:C:2010:12; wyrok TSUE z 17 października 2013 r., C-391/12, *RLvS*, pkt 35, ECLI:EU:C:2013:669.

18 Wyrok TSUE z 4 lipca 2019 r., C-393/17, *Kirschstein*, pkt 45.

19 Tamże, pkt 46, 48.

TSUE powiązał bowiem możliwość zastosowania dyrektywy 2005/29 do przepisu krajowego z koniecznością ustalenia, że czynny objęte tym przepisem stanowią praktyki handlowe bezpośrednio związane z promocją, sprzedażą lub dostawą produktu do konsumentów. Z uwagi na brak takiej zależności TSUE wykluczył zastosowanie dyrektywy 2005/29 do stanu faktycznego w sprawie *Kirschstein*.

Wyrok *Kirschstein* stanowi istotny wkład w wyjaśnianie przez TSUE zakresu stosowania dyrektywy o nieuczciwych praktykach handlowych – nie tylko z uwagi na czytelne wytyczne dotyczące przeprowadzenia oceny konsekwencji dyrektywy 2005/29 dla uregulowania wewnętrznego i skorelowanym z tym obowiązkiem badania, czy zachowania objęte przepisem krajowym stanowią jednocześnie praktyki handlowe w rozumieniu tej dyrektywy. Równie ważne jest przy tym stanowisko TSUE, że usługi objęte sektorem szkolnictwa wyższego świadczone przez placówki prywatne, które nie korzystają z funduszy publicznych i których działalność nastawiona jest w dużej mierze na zysk, nie są – co do zasady – wyłączone z zakresu stosowania dyrektywy 2005/29²⁰. Trybunał zauważył bowiem, że z żadnego jej postanowienia nie wynika, aby usługi w przedmiocie szkolnictwa wyższego nie były objęte zakresem stosowania dyrektywy²¹, zaś zastrzeżenie (na podstawie art. 6 i art. 165 ust. 1 TFUE), że państwa członkowskie zachowują kompetencje w zakresie organizacji ich systemów edukacyjnych, nie skutkuje zasadniczo wyłączeniem uregulowania krajowego w przedmiocie szkolnictwa wyższego z zakresu zastosowania dyrektywy²². Trybunał potwierdził zatem szerokie spektrum jej działania, z uwzględnieniem – co oczywiste – zakresu jej stosowania wynikającego z art. 3.

Potwierdzeniem powyższej tezy jest wyrok *Stichting Waternet*²³, wydany na tle sporu pomiędzy przedsiębiorstwem dostarczającym wodę pitną do lokalu mieszkalnego a konsumentem zajmującym tenże lokal, w którym TSUE stwierdził, że ustawodawstwo krajowe jest objęte zakresem stosowania dyrektywy 2005/29 tylko wtedy, gdy realizuje cele związane z ochroną konsumentów²⁴. Wniosek taki wywiódł z art. 1 dyrektywy oraz jej motywu 23, w którym wskazano w szczególności, że celem dyrektywy jest przyczynienie się do właściwego

20 A. Jabłonowska, *Fine Lines Between National Rules on „Products” and „Commercial Practices”: Judicial Déjà-vu in Case C-393/17 Kirschstein*, „Journal of European Consumer and Market Law” 2019, t. 8, nr 6, s. 247.

21 Wyrok TSUE z 4 lipca 2019 r., C-393/17, *Kirschstein*, pkt 21.

22 Tamże i przytoczony tam wyrok TSUE z 18 grudnia 2007 r., C-281/06, *Jundt*, pkt 86-87, ECLI:EU:C:2007:816.

23 Wyrok TSUE z 3 lutego 2021 r., C-922/19, *Stichting Waternet*, ECLI:EU:C:2021:91.

24 Tamże, pkt 51.

funkcjonowania rynku wewnętrznego i osiągnięcie wysokiego poziomu ochrony konsumentów poprzez zbliżenie przepisów ustawowych, wykonawczych i administracyjnych państw członkowskich odnoszących się do nieuczciwych praktyk handlowych szkodzących interesom gospodarczym konsumentów²⁵. Trybunał orzekł, że praktyka handlowa polegająca na zaopatrywaniu konsumentów w wodę pitną co do zasady jest objęta zakresem stosowania dyrektywy 2005/29, pod warunkiem jednak, że stosunek prawny między przedsiębiorstwem dostarczającym wodę a konsumentem nie jest w pełni regulowany przez przepisy krajowe, zarówno w odniesieniu do dostarczania wody przez przedsiębiorcę, jak i ponoszonych przez konsumenta kosztów związanych z tą dostawą²⁶. Zatem aby dyrektywa 2005/29 mogła zostać zastosowana, konieczny jest pewien margines swobody kontraktowej w zakresie ustalenia praw i obowiązków stron umowy i w konsekwencji treści stosunku cywilnoprawnego łączącego strony. W tym wyroku TSUE pozostawił sądowi krajowemu zbadanie, czy praktyka przedsiębiorstwa dostarczającego wodę pitną wynika z zastosowania przepisów krajowych, które realizują cele związane z ochroną interesów gospodarczych konsumentów, i jest w związku z tym objęta zakresem stosowania dyrektywy 2005/29, czy też przeciwnie, ma ona na celu ochronę wyłącznie innych interesów publicznych, takich jak zdrowie publiczne²⁷.

Z kolei w wyroku *Gelvora*²⁸ Trybunał przesądził, że działalność przedsiębiorcy (polegająca na windykacji wierzytelności wynikających z umów kredytu konsumenckiego), który nabył wierzytelność względem konsumenta w wyniku cesji przez pierwotnego wierzyciela – bank, może być uznana za produkt w rozumieniu art. 2 lit. c dyrektywy 2005/29. W konsekwencji prowadzona przez ten podmiot działalność w postaci odzyskiwania długów objętych przedmiotem cesji stanowi praktykę handlową i jako taka podlega ocenie na gruncie przepisów dyrektywy 2005/29²⁹. W tym kontekście TSUE przypomniał, że zgodnie z art. 3 dyrektywy w zw. z jej motywem 13 ma ona zastosowanie do nieuczciwych praktyk handlowych stosowanych przez przedsiębiorcę także w stosunkach pozaumownych, zarówno przed zawarciem umowy, jak i po jej zawarciu, tak w następstwie zawarcia umowy, jak i w trakcie jej wykonywania³⁰. Wobec powyższego bezpośredni związek ze sprzedażą produktu obejmuje wszelkie działania

25 Tamże, pkt 50.

26 Tamże, pkt 48, 49.

27 Tamże, pkt 52.

28 Wyrok TSUE z 20 lipca 2017 r., C-357/16, *Gelvora*, pkt 23.

29 Tamże, pkt 25.

30 Tamże, pkt 20.

związane nie tylko z zawarciem umowy, ale też jej wykonaniem, a w szczególności działania zmierzające do uzyskania zapłaty za produkt³¹.

W powyższy kontekst wpisuje się stanowisko Komisji Europejskiej³², że działania windykacyjne powinny być traktowane jako posprzedażowe praktyki handlowe, ponieważ windykacja jest bezpośrednio związana ze sprzedażą lub dostawą produktów; i to niezależnie od tego, czy przedsiębiorca zleca na zewnątrz realizację czynności windykacyjnych wyspecjalizowanym podmiotom czy też wykonuje je we własnym zakresie. Pośrednio na możliwość kwalifikacji czynności windykacyjnych jako praktyki handlowej wskazuje pkt 25 załącznika I do dyrektywy 2005/29³³.

Wyrok *Gelvora* ma istotne znaczenie dla konsumentów, w stosunku do których prowadzone są czynności windykacyjne przez przedsiębiorców zajmujących się – wyłącznie lub ubocznie – dochodzeniem zwrotu wierzytelności³⁴. Objęcie bowiem windykacji wierzytelności zakresem dyrektywy 2005/29 oznacza, że konsument jest chroniony przed nieuczciwymi praktykami handlowymi stosowanymi przez przedsiębiorców windykacyjnych³⁵. Bardzo ważne jest przy tym stwierdzenie przez Trybunał, że również w przypadku równoległego prowadzenia czynności windykacyjnych (przez organ egzekucyjny oraz przedsiębiorcę windykacyjnego) może dojść do stosowania nieuczciwych praktyk handlowych. TSUE przyjął, że w takiej sytuacji niewykluczone jest wprowadzenie dłużnika w błąd co do charakteru postępowania, które jest względem niego prowadzone i tym samym wywołania u niego konfuzji w zakresie podmiotów windykują-

31 Tamże, pkt 21.

32 Dokument roboczy służb Komisji: Wytczne dotyczące wykonania/stosowania dyrektywy 2005/29 w sprawie nieuczciwych praktyk handlowych, towarzyszący dokumentowi: Komunikat Komisji do Parlamentu Europejskiego, Rady Europejskiego Komitetu Ekonomiczno-Społecznego i Komitetu Regionów: Kompleksowe podejście na rzecz ożywienia transgranicznego handlu elektronicznego z korzyścią dla europejskich obywateli i przedsiębiorstw, Bruksela, 25.05.2016, SWD(2016)163 final, <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PL/TXT/HTML/?uri=CELEX:52016SC0163&from=PL> [dostęp: 16.09.2022].

33 Agresywna praktyka handlowa: składanie wizyt osobiście w domu konsumenta w celu wyegzekwowania zobowiązania umownego, ignorując jego prośbę o opuszczenie domu lub zaprzestanie takich wizyt, z wyjątkiem przypadków egzekwowania zobowiązań umownych, w zakresie uzasadnionym przez prawo krajowe.

34 Szerzej na ten temat zob. C.G. Stanescu, *Is the Unfair Commercial Practices Directive Fit to Effectively Tackle Abusive Debt Collection? A Critical Evaluation*, „Journal of European Consumer and Market Law” 2020, nr 6, s. 235-247.

35 M. Sieradzka, *Czynności windykacyjne jako produkt będący przedmiotem nieuczciwych praktyk rynkowych. Glosa do wyroku TS z dnia 20 lipca 2017 r., C-357/16, LEX/el. 2017.*

cych należność. Nie można zatem wyłączyć działań podejmowanych wobec dłużnika-konsumenta spod zakresu dyrektywy 2005/29, gdyż przedsiębiorcy mogliby dążyć do oddzielenia etapu odzyskiwania należności, aby uniknąć stosowania względem nich ochronnych przepisów dyrektywy³⁶. Okoliczność, że wierzytelność została stwierdzona orzeczeniem sądowym, a podmiot zajmujący się windykacją wierzytelności podejmuje równoległe z takim postępowaniem egzekucyjnym inne niezależne czynności windykacyjne, nie wpływa przy tym w żaden sposób na możliwość zastosowania dyrektywy 2005/29.

Pojęcie praktyki handlowej w kontekście oferty związanej, czyli powiązania w ofercie co najmniej dwóch różnych towarów lub usług³⁷, stanowiło z kolei przedmiot rozważań Trybunału w wyroku *Deroo-Blanquart*. W stanie faktycznym sprawy powód nabył we Francji komputer przenośny marki Sony wyposażony w preinstalowane oprogramowanie obejmujące zarówno system operacyjny, jak i programy użytkowe, przy czym przy pierwszym uruchomieniu komputera odmówił przystąpienia do systemu operacyjnego (EULA, ang. *end-user license agreement*) i zażądał od spółki Sony zwrotu części ceny zakupu komputera odpowiadającej kosztowi preinstalowanego oprogramowania. Trybunał potwierdził w zgodzie z dotychczasową linią orzecniczą³⁸, że oferty związane, a z taką mamy do czynienia w tej sprawie, są działaniami handlowymi wpisującymi się w strategię handlową podmiotów gospodarczych, a ich bezpośrednim celem jest promocja i zwiększenie sprzedaży prowadzonej przez te podmioty, zatem są one praktykami handlowymi w rozumieniu art. 2 lit. d dyrektywy 2005/29, czyli są objęte zakresem jej stosowania³⁹.

W sprawach *Vanderborght*⁴⁰ i *Van Mol*⁴¹ Trybunał przesądził natomiast, że reklamy usług leczenia ust i zębów oraz reklamy zabiegów z zakresu chirurgii plastycznej i medycyny estetycznej stanowią „praktyki handlowe”, zaś takie usługi stanowią „produkt” w rozumieniu dyrektywy 2005/29, niezależnie od

36 Wyrok TSUE z 20 lipca 2017 r., C-357/16, *Gelvora*, pkt 28.

37 Wyrok TSUE z 7 września 2016 r., C-310/15, *Deroo-Blanquart*, pkt 28.

38 Wyrok TSUE z 23 kwietnia 2009 r. w sprawach połączonych C-261/07 i C-299/07, *VTB-VAB i Galatea*, pkt 50, ECLI:EU:C:2009:244; wyrok TSUE z 14 stycznia 2010 r., C-304/08, *Plus Warenhandels-gesellschaft*, pkt 37; wyrok TSUE z 9 listopada 2010 r., C-540/08, *Mediaprint Zeitungen und Zeitschriftenverlag*, pkt 18, ECLI:EU:C:2010:660.

39 Wyrok TSUE z 7 września 2016 r., C-310/15, *Deroo-Blanquart*, pkt 28 i przytoczony tam wyrok TSUE z 23 kwietnia 2009 r. w sprawach połączonych C-261/07 i C-299/07, *VTB-VAB i Galatea*, pkt 50.

40 Wyrok TSUE z 4 maja 2017 r., C-339/15, *Vanderborght*, pkt 25.

41 Postanowienie TSUE z 26 października 2017 r., C-356/16, *Van Mol*, pkt 19.

tego, czy są prowadzone poprzez publikacje w prasie z ogłoszeniami, ulotki reklamowe, przez Internet czy też poprzez szyldy.

W wyroku *Peek & Cloppenburg KG*⁴² TSUE stwierdził jednoznacznie, że publikacja dwustronicowego artykułu w poświęconym modzie czasopiśmie o zasięgu ogólnokrajowym dotyczącego ogłoszenia akcji promocyjnej spółki odzieżowej P&C Düsseldorf, stanowi „praktykę handlową” w rozumieniu art. 2 lit. d dyrektywy 2005/29⁴³. Co więcej, fakt, że publikacja ta odnosiła się do akcji promocyjnej zorganizowanej we współpracy z partnerskim przedsiębiorstwem wydawniczym z sektora medialnego, które również miało na celu promocję sprzedaży swoich produktów, nie może podważyć charakteru tej akcji jako praktyki handlowej⁴⁴. TSUE podkreślił w tym kontekście okoliczność, że upowszechniony przekaz medialny wpisywał się w ramy strategii sprzedaży odzieży oraz zdobywania lojalności klientów P&C Düsseldorf.

2.2. Struktura dyrektywy

Struktura dyrektywy 2005/29 została oparta na trójstopniowym teście mającym na celu rozpoznanie i zakwalifikowanie nieuczciwej praktyki handlowej. Jej budowa opiera się na przepisach o różnej specyfice: 1) klauzuli generalnej zakazującej nieuczciwych praktyk handlowych (art. 5) – tzw. dużej klauzuli generalnej, 2) dwóch klauzulach generalnych zakazujących wprowadzających w błąd praktyk handlowych (art. 6 i 7) i agresywnych praktyk handlowych (art. 8 i 9) – tzw. małych klauzulach generalnych oraz 3) postanowieniach objętych załącznikiem I do dyrektywy, które w każdych okolicznościach zostaną uznane za niedozwolone⁴⁵ – tzw. czarnej liście klauzul (ang. *black list*). Konstrukcja dyrektywy ma zatem kształt „piramidy”⁴⁶, na której szczycie znajduje się załącznik I obejmujący listę enumeratywnie wymienionych 35 zakazów, następnie poziom tzw. małych klauzul generalnych, zaś na jej spodzie tzw. duża klauzula generalna. Dyrektywą 2019/2161 rozszerzono tzw. czarną listę nieuczciwych praktyk handlowych, dodając do załącznika I cztery nowe praktyki handlowe wprowadzające w błąd, które są niedozwolone w każdych okolicznościach. Po nowelizacji katalog praktyk handlowych uznawanych za nieuczciwe w każdych

42 Wyrok TSUE z 2 września 2021 r., C-371/20, *Peek & Cloppenburg KG*.

43 Tamże, pkt 32.

44 Tamże.

45 A. Kunkiel-Kryńska, *Nowe rozwiązania prawa ochrony konsumenta w dyrektywie o nieuczciwych praktykach handlowych*, „Europejski Przegląd Sądowy” 2007, nr 8, s. 31.

46 M. Namysłowska, *Dziesięć lat dyrektywy...*, s. 5.

okolicznościach obejmuje zatem aż 27 praktyk wprowadzających w błąd oraz wyłącznie 8 praktyk agresywnych.

Już z powyższego wynika, że dyrektywa 2005/29 z jednej strony bazuje na klauzulach generalnych, z drugiej zaś niektóre jej obszary charakteryzują się niespotykaną wręcz kazuistyką (załącznik I)⁴⁷. Zarówno jedno, jak i drugie rozwiązanie znamionują wady i zalety. W odniesieniu do klauzul generalnych w doktrynie akcentuje się w szczególności utrudnienia w implementacji, niebezpieczeństwo niespójności rozstrzygnięć oraz brak korelacji decyzji sądów krajowych na skutek przeniesienia na nie całego ciężaru wykładni przepisów i subsumpcji stanów faktycznych⁴⁸. Nieostrość pojęć klauzul generalnych może również doprowadzić do zdezwuowania lub przynajmniej umniejszenia wagi celu dyrektywy wynikającego z przyjętej metody harmonizacji zupełnej⁴⁹. Z drugiej strony przyznanie sędziom krajowym tak szerokiej dyskrecjonalnej władzy w zakresie interpretacji klauzul generalnych umożliwia im wyjście poza literalne brzmienie przepisów i ich automatyczne stosowanie, dając jednocześnie szansę stać się aktywnymi poszukiwaczami najlepszych rozwiązań w celu urzeczywistnienia ochrony konsumentów. Klauzule generalne pozwalają nadto – bez konieczności wtórnej legislacji – na dostosowanie norm prawnych do postępujących zmian technologicznych, głównie na jednolitym rynku cyfrowym. Każdorazowa nowelizacja jest wszakże skomplikowana i długotrwała, niejednokrotnie stanowiąca wynik kompromisu politycznego, co nie przyczynia się do szybkiego i skutecznego zwalczania nieuczciwych praktyk handlowych. Z kolei nadmierna kazuistyka bywa niekiedy z jednej strony przeszkodą w dążeniu do zapewnienia możliwie wysokiego poziomu ochrony konsumentów, z drugiej zaś – hamulcem rozwoju technologicznego w szerokim tego słowa znaczeniu. Nie bez znaczenia jest również okoliczność, że postanowienia, które szczegółowo regulują daną kwestię, dają się łatwo obejść.

Specyficzny układ dyrektywy 2005/29 budzi coraz mniej wątpliwości sądów krajowych, co nie znaczy, że nie wymaga odnośnych klaryfikacji z uwagi

47 J. Maliszewska-Nienartowicz, *Dyrektywa o nieuczciwych praktykach handlowych – pierwszy etap wspólnotowego prawa o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji?*, „Przegląd Prawa Handlowego” 2007, nr 1, s. 26.

48 Szerzej. zob. A. Kunkiel-Kryńska, *Nowe rozwiązania...*, s. 31 i przywołana tam literatura.

49 Zgodnie z art. 1, dzięki zbliżeniu przepisów poszczególnych państw członkowskich w zakresie nieuczciwych praktyk handlowych szkodzących interesom gospodarczym konsumentów, dyrektywa 2005/29 ma przyczynić się do właściwego funkcjonowania rynku wewnętrznego i osiągnięcia wysokiego poziomu ochrony konsumentów.

na nieustanny rozwój usług i towarów na rynku wewnętrznym i związane z tym pojawianie się nowych nieuczciwych praktyk handlowych. Zarówno z wytycznych Komisji z 2009 r.⁵⁰, jak i z tych przywołanych powyżej z 2016 r.⁵¹, wynika, że przepisy dyrektywy należy stosować „od góry” tj. w pierwszej kolejności należy zbadać, czy dane działanie lub zaniechanie objęte jest załącznikiem I. Jeżeli nie – czy wyczerpuje przesłanki tzw. „małych” klauzul generalnych zakazujących wprowadzenia w błąd przez praktykę handlową lub zakazujących agresywnych praktyk handlowych. W sytuacji braku możliwości zastosowania i tych przepisów, dany stan faktyczny wymaga zbadania przez pryzmat tzw. dużej klauzuli generalnej. Art. 5 ust. 2 stanowi zatem niejako „siatkę bezpieczeństwa” dla zagwarantowania, że każda nieuczciwa praktyka, która nie wchodzi w zakres przepisów na wyższych szczeblach konstrukcji dyrektywy, może zostać zidentyfikowana.

Taką interpretację potwierdził TSUE, podkreślając w wyroku *Deroo-Blanquart*, że jedynie praktyki handlowe wymienione w wyczerpującym wykazie zawartym w załączniku I do dyrektywy 2005/29 uznaje się za nieuczciwe w każdych okolicznościach, bez poddawania ich ocenie w ramach konkretnego przypadku na podstawie art. 5–9 tej dyrektywy⁵². Powołując się na wcześniejsze orzecznictwo, Trybunał przypomniał, że oferty wiązane nie należą do praktyk wymienionych w załączniku I do dyrektywy 2005/29, ponadto dyrektywa ta sprzeciwia się ogólnemu i prewencyjnemu zakazowi składania ofert wiązanych niezależnemu od jakiejkolwiek weryfikacji ich nieuczciwego charakteru na podstawie kryteriów określonych w art. 5–9 dyrektywy. Z powyższego wynika, że brak ujęcia danej praktyki w załączniku I implikuje konieczność przeanalizowania ewentualnego nieuczciwego charakteru tej praktyki w świetle treści i ogólnej systematyki art. 5–9 dyrektywy 2005/29⁵³.

50 Commission Staff working document: Guidance on the implementation / application of Directive 2005/29/EC on unfair commercial practices, SEC(2009)1666, [https://ec.europa.eu/transparency/documents-register/detail?ref=SEC\(2009\)1666&lang=eng](https://ec.europa.eu/transparency/documents-register/detail?ref=SEC(2009)1666&lang=eng) [dostęp: 16.09.2022].

51 SWD(2016)163 final.

52 Wyrok TSUE z 7 września 2016 r., C-310/15, *Deroo-Blanquart*, pkt 29 i przytoczony tam wyrok z 19 września 2013 r., C-435/11, *CHS Tour Services*, pkt 38, ECLI:EU:C:2013:574.

53 Wyrok TSUE z 7 września 2016 r., C-310/15, *Deroo-Blanquart*, pkt 30, 31 i przytoczony tam wyrok TSUE z 23 kwietnia 2009 r. w sprawach połączonych C-261/07 i C-299/07, *VTB-VAB Galatea*, pkt 57, 58, 62.

Analogicznie Trybunał orzekał w sprawach *Europamur Alimentación*⁵⁴, *Orange Polska*⁵⁵, *Wind Tre i Vodafone Italia*⁵⁶, *Peek & Cloppenburg KG*⁵⁷ czy *eprimo*⁵⁸. Najnowsze orzecznictwo TSUE nie odbiega zatem od dotychczasowej linii orzeczniczej, zgodnie z którą umieszczenie praktyki na „czarnej liście” znosi konieczność stwierdzania nieuczciwości takiego działania – praktyki te uznane są *a priori* za sprzeczne ze starannością zawodową i za wywołujące istotny wpływ na przeciętnego konsumenta⁵⁹. Natomiast brak ujęcia danej praktyki w załączniku I do dyrektywy implikuje wymóg przeprowadzenia oceny jej charakteru pod kątem nieuczciwości w świetle kryteriów określonych w art. 5–9 dyrektywy.

2.3. Tzw. duża klauzula generalna

Fundamentem dyrektywy 2005/29 jest niewątpliwie tzw. duża klauzula generalna ustanawiająca ogólny zakaz nieuczciwych praktyk handlowych, zgodnie z którą praktyka handlowa jest nieuczciwa, jeżeli jest sprzeczna z wymogami staranności zawodowej i w sposób istotny zniekształca lub może w sposób istotny zniekształcić zachowanie gospodarcze względem produktu przeciętnego konsumenta – przy czym obie przesłanki muszą zostać spełnione kumulatywnie⁶⁰.

W kontekście nieuczciwości praktyki handlowej w wyroku *Deroo-Blanquart* Trybunał podkreślił podwójny łączny warunek danej praktyki: sprzeczność z wymogami staranności zawodowej oraz istotne zniekształcenie lub możliwość zniekształcenia zachowania gospodarczego względem produktu przeciętnego konsumenta⁶¹. Nie bez znaczenia przy ocenie uczciwości danej

54 Wyrok TSUE z 19 października 2017 r., C-295/16, *Europamur Alimentación*, pkt 41-42, ECLI:EU:C:2017:782.

55 Wyrok TSUE z 12 czerwca 2019 r., C-628/17, *Orange Polska*, pkt 25 i 31, ECLI:EU:C:2019:480.

56 Wyrok TSUE z 13 września 2018 r. w sprawach połączonych C-54/17 i C-55/17, *Wind Tre i Vodafone Italia*, pkt 40, 55.

57 Wyrok TSUE z 2 września 2021 r., C-371/20, *Peek & Cloppenburg KG*, pkt 34.

58 Wyrok TSUE z 25 listopada 2021 r., C-102/20, *StWL Städtische Werke Lauf a.d. Pegnitz GmbH v eprimo GmbH*, pkt 67, ECLI:EU:C:2021:954.

59 M. Namysłowska, *Zwalczanie nieuczciwych praktyk handlowych na podstawie dyrektywy 2005/29/WE*, cz. II, „Przegląd Prawa Handlowego” 2007, nr 3, s. 34.

60 Art. 5 ust. 1 i 2 dyrektywy 2005/29.

61 Wyrok TSUE z 7 września 2016 r., C-310/15, *Deroo-Blanquart*, pkt 32 i przytoczony tam wyrok TSUE z 19 grudnia 2013 r., C-281/12, *Trento Sviluppo i Centrale Adriatica*, pkt 28, ECLI:EU:C:2013:859.

praktyki są również uzasadnione oczekiwania przeciętnego konsumenta. W wyroku *Europamur Alimentacion* Trybunał podkreślił z kolei, że ocena charakteru danej praktyki handlowej nie może opierać się na domniemaniu nieuczciwości, którego ciężar obalenia spoczywałby na przedsiębiorcy⁶².

Obu przesłankom uznania praktyki handlowej za nieuczciwą tj. naruszeniu wymogów staranności zawodowej oraz wystąpieniu, co najmniej potencjalnego, istotnego zniekształcenia zachowania gospodarczego przeciętnego konsumenta względem produktu, poświęcono dwa kolejne punkty rozważań.

2.3.1. Staranność zawodowa

Pojęcie staranności zawodowej na potrzeby stosowania dyrektywy 2005/29 oznacza standard dotyczący szczególnej wiedzy i staranności, których można w racjonalny sposób oczekiwać od przedsiębiorcy w jego relacjach z konsumentami, zgodnie z uczciwymi praktykami rynkowymi i / lub ogólną zasadą dobrej wiary w zakresie jego działalności⁶³.

Komisja Europejska przyjmuje⁶⁴, że pojęcie staranności zawodowej obejmuje zasady, które zostały ugruntowane w ustawodawstwie państw członkowskich przed przyjęciem dyrektywy 2005/29, takie jak uczciwa praktyka rynkowa, dobra wiara i dobra praktyka rynkowa. Zasady te wyrażają normatywne wartości, które mają zastosowanie w danej dziedzinie działalności gospodarczej. W literaturze z kolei wskazuje się, że koncepcja staranności zawodowej zaprezentowana w dyrektywie 2005/29 jest pojęciem bardzo szerokim (szerszym od pojęcia dobrej wiary, ponieważ dodatkowo angażuje wiedzę i kompetencje przedsiębiorcy), a także nieostrym, wymagającym doprecyzowania w konkretnych sprawach przez sędziów stosujących przepisy transponujące dyrektywę⁶⁵. Treść nakazów staranności zawodowej określają przy tym zarówno krajowe regulacje prawne, jak i międzynarodowe oraz krajowe zwyczaje handlowe, a także przyjmowane w ramach samoregulacji postanowienia kodeksów postępowania⁶⁶.

62 Wyrok TSUE z 19 października 2017 r., C-295/16, *Europamur Alimentacion*, pkt 42 i przytoczony tam wyrok TSUE z 23 kwietnia 2009 r. w sprawach połączonych C-261/07 i C-299/07, *VTB-VAB i Galatea*, pkt 65.

63 Art. 2 lit. h dyrektywy 2005/29.

64 SWD(2016)163 final.

65 A. Kunkiel-Kryńska, *Nowe rozwiązania...*, s. 31.

66 Szerzej zob. J. Maliszewska-Nienartowicz, *Dyrektywa o nieuczciwych praktykach handlowych – pierwszy etap wspólnotowego prawa o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji?*, „Przegląd Prawa Handlowego” 2007, nr 1, s. 23 i przytoczona tam literatura.

Dlatego też stwierdzenie, czy dane zachowanie przedsiębiorcy jest sprzeczne ze starannością zawodową może być w praktyce zadaniem nielatwym. Punktem odniesienia mają być relacje przedsiębiorcy z konsumentami, oparte na wymaganej w danym zawodzie wiedzy i staranności postępowania, przy czym dla każdego rodzaju działalności reguły staranności zawodowej ustalane są z uwzględnieniem jego specyfiki⁶⁷. Ponadto, zgodnie z motywem 20 dyrektywy 2005/29, w sektorach w których istnieją szczególne obligatoryjne wymogi regulujące postępowanie przedsiębiorców, powinny one również stanowić podstawę oceny staranności zawodowej.

W zakresie okoliczności, które należy wziąć pod uwagę w ramach oceny poszanowania wymogów staranności zawodowej, Trybunał wypowiedział się w wyroku *Deroo-Blanquart*, przyjmując na podstawie „analizy rozpatrywanego rynku”, że sprzedaż komputerów wyposażonych w preinstalowane oprogramowanie odpowiada oczekiwaniom znacznej części konsumentów, którzy wolą nabyć tak wyposażony komputer nadający się do natychmiastowego użycia, niż nabyć oddzielnie komputer i oprogramowanie. TSUE zwrócił też uwagę na fakt należytego poinformowania V. Deroo-Blanquarta jako konsumenta o preinstalacji oprogramowania oraz o cechach każdego z preinstalowanych programów, a także na możliwość wyboru podczas pierwszego uruchomienia komputera między przystąpieniem do systemu operacyjnego a odstąpieniem od umowy⁶⁸.

W ocenie Trybunału przedsiębiorca wykazuje staranność względem konsumenta poprzez określone zachowania, których ocena *ad casu* należy do sądu krajowego. Położono przy tym nacisk na należyłą informację przekazywaną konsumentowi jako przejaw staranności zawodowej przedsiębiorcy wobec konsumenta. W konkluzji prawidłowe poinformowanie konsumenta, zgodność oferty związanej z oczekiwaniami znacznej części konsumentów, a także umożliwienie konsumentowi zaakceptowania wszystkich elementów tej oferty bądź odstąpienia od umowy sprzedaży, mogą w danych okolicznościach spełniać przesłanki uczciwości praktyki handlowej lub ogólnej zasady dobrej wiary w dziedzinie produkcji sprzętu informatycznego przeznaczonego dla szerokiego kręgu nabywców, jako że przedsiębiorca dochowuje w ten sposób staranności względem konsumenta⁶⁹.

67 M. Namysłowska, *Zwalczanie nieuczciwych praktyk handlowych na podstawie dyrektywy 2005/29/WE, cz. I*, „Przegląd Prawa Handlowego” 2007, nr 2, s. 38, odnośnie do pojęcia „dobrych obyczajów” na gruncie polskiej ustawy o przeciwdziałaniu nieuczciwym praktykom rynkowym zob. także M. Sieradzka, *Ustawa o przeciwdziałaniu...*, s. 75-81.

68 Wyrok TSUE z 7 września 2016 r., C-310/15, *Deroo-Blanquart*, pkt 35.

69 Tamże, pkt 37.

Pomimo, że kwestie poruszone przez TSUE dotyczące sposobu oceny staranności zawodowej przedsiębiorcy wobec konsumenta odnoszą się do przedsiębiorstw działających w zakresie produkcji i sprzedaży sprzętu informatycznego, mają one charakter na tyle ogólny, że można je stosować do zróżnicowanych stanów faktycznych⁷⁰. Zatem z tego punktu widzenia wyrok *Deroo-Blanquart* stanowi dla sądów krajowych przydatny katalog przesłanek spełnienia przez przedsiębiorcę wymogów w zakresie staranności zawodowej.

Istotną rolę w ustalaniu standardów staranności zawodowej przedsiębiorcy względem konsumenta pełnią „kodeksy postępowania” oznaczające umowę lub zbiór zasad, które nie są wymagane na mocy przepisów ustawowych, wykonawczych lub administracyjnych państwa członkowskiego i które definiują postępowanie przedsiębiorców, którzy zobowiązali się do przestrzegania kodeksu w odniesieniu do jednej lub większej liczby określonych praktyk handlowych lub sektorów działalności gospodarczej⁷¹.

Istota samoregulacji polega na dobrowolnym ograniczeniu przez podmioty działające na rynku zakresu swobody własnego działania wskutek przyjęcia ustaleń przez zrzeszające je organizacje, związki zawodowe lub branżowe. W praktyce taka samodyscyplina polega na dobrowolnym przyjęciu określonych zasad postępowania (samoregulacja) oraz na stworzeniu sprawnego systemu ich egzekwowania (samokontrola)⁷². W piśmiennictwie podkreśla się zalety samoregulacji w postaci stosunkowej łatwości i niskich kosztów przygotowania oraz gwarancji szybkiego przystosowania do zmian pojawiających się na rynku⁷³. Nie bez znaczenia są także szybkość i profesjonalizm rozwiązywania sporów przez instytucje powołane na podstawie tych kodeksów. Kodeksy postępowania stanowią zatem ważne narzędzie walki z nieuczciwymi praktykami handlowymi. W art. 10 dyrektywy 2005/29 podkreślono jednakże, że postępowanie kontrolne prowadzone przez twórców kodeksów postępowania ma charakter dodatkowy w stosunku do postępowań sądowych i administracyjnych, zaś odwołanie się do tych organów kontroli w żadnym razie nie oznacza rezygnacji z możliwości wniesienia odwołania do sądu lub organu administracji zgodnie z art. 11 dyrektywy. Zaletą jest także to, że kodeksy

70 M. Namysłowska, *Oferta wiązana w świetle dyrektywy 2005/29/WE o nieuczciwych praktykach handlowych – glosa do wyroku TS z dnia 07.09.2016 r., C-310/15 Deroo-Blanquart*, „Europejski Przegląd Sądowy”, 2017, nr 1 s. 31.

71 Art. 2 lit. f dyrektywy 2005/29.

72 Szerzej zob. A. Mokrysz-Olszyńska, *Rola kodeksów dobrych praktyk w ochronie konsumenta* [w:] C. Banasiński (red.), *Ochrona konkurencji i konsumentów w Polsce i UE (studia prawno-ekonomiczne)*, UOKiK, Warszawa 2005, s. 263-282.

73 A. Kunkiel-Kryńska, *Nowe rozwiązania...*, s. 34.

dobrych praktyk przyjmowane są dobrowolnie przez przedsiębiorców, co niewątpliwie wpływa korzystnie na poziom ich przestrzegania. Z drugiej strony, znajdują one zastosowanie tylko wobec tych przedsiębiorców, którzy do ich stosowania się zobowiązali. Z kolei niezgodne z prawdą podawanie się przez przedsiębiorcę za sygnatariusza kodeksu postępowania stanowi nieuczciwą praktykę handlową *per se*, objętą pkt. 1 załącznika I do dyrektywy.

W odniesieniu do mocy wiążącej kodeksów postępowania Trybunał w wyroku *Bankia* zauważył, że z motywu 20 dyrektywy 2005/29 wynika rola, jaką przypisuje się kodeksom postępowania, a polega ona na umożliwianiu przedsiębiorcom skutecznego stosowania zasad tej dyrektywy w poszczególnych dziedzinach gospodarki, stanowieniu podstawy spełniania wymogów staranności zawodowej i unikaniu odwoływania się do procedur administracyjnych lub sądowych⁷⁴. Zgodnie z treścią art. 6 ust. 2 lit. b dyrektywy 2005/29 nieprzestrzeganie przez przedsiębiorcę kodeksu postępowania może stanowić nieuczciwą praktykę handlową, jednakże dyrektywa ta nie nakłada na państwa członkowskie obowiązku przewidzenia bezpośrednich konsekwencji względem przedsiębiorców, którzy, zobowiązawszy się do jego przestrzegania, naruszają jego postanowienia⁷⁵. Konkludując, Trybunał słusznie zanegował prawnie wiążący charakter kodeksów postępowania⁷⁶, podkreślił jednakże konieczność badania konkretnej praktyki handlowej pod kątem uwzględnienia jej w kodeksie postępowania danego przedsiębiorcy (jeżeli w akcie samoregulacji takowy przyjął) w kontekście art. 6 ust. 2 lit. b dyrektywy 2005/29 oraz jej motywu 20.

2.3.2. Istotne zniekształcenie zachowania ekonomicznego (gospodarczego) konsumenta

Druga przesłanka nieuczciwości praktyki handlowej, w rozumieniu art. 5 ust. 2 dyrektywy 2005/29, czyli „istotne zniekształcenie zachowania gospodarczego konsumenta” oznacza wykorzystanie praktyki handlowej w celu znacznego ograniczenia zdolności konsumenta do podjęcia świadomej decyzji i skłonienia go tym samym do podjęcia decyzji dotyczącej transakcji, której inaczej by nie podjął⁷⁷. Dla zastosowania zakazu wystarczająca jest przy tym jedynie możliwość istotnego wpływu praktyki na zachowanie gospodarcze konsumenta.

74 Wyrok TSUE z 19 września 2018 r., C-109/17, *Bankia*, pkt 57, ECLI:EU:C:2018:735.

75 Tamże, pkt 58.

76 Tamże, pkt 59.

77 Art. 2 lit. e dyrektywy 2005/29.

Przesłanka „istotnego zniekształcenia lub możliwości istotnego zniekształcenia zachowania gospodarczego konsumenta” przesądza, że uczciwość konkurencji nie jest chroniona sama w sobie⁷⁸. Praktyka handlowa nie będzie zatem uznana za nieuczciwą, jeżeli nie będzie miała wpływu na zachowanie konsumenta, przy czym wpływ ten musi być istotny. Należy jednakże zwrócić uwagę na stopień ograniczenia zdolności konsumenta do podjęcia świadomej decyzji – jest to znaczne ograniczenie. Stąd wszelkie zachowania przedsiębiorców, które nie zostaną ocenione jako znaczne, nie będą kwalifikowane jako nieuczciwe. W literaturze podkreśla się⁷⁹, że istotne zniekształcenie zachowania gospodarczego konsumenta to pojęcie wybitnie niedookreślone, odnoszące się do sytuacji, które mogą być różnie rozumiane w różnych okolicznościach, przy czym ciężar oceny powyższych okoliczności (test charakteru zniekształcenia) spoczywa na barkach sędziów krajowych, przy uwzględnieniu reakcji typowego konsumenta w konkretnym przypadku.

Z kolei decyzją dotyczącą transakcji, na potrzeby stosowania dyrektywy, jest każda podejmowana przez konsumenta decyzja co do tego, czy, jak i na jakich warunkach dokona zakupu, czy zapłaci za produkt w całości lub w części, zatrzyma produkt, rozporządzi nim lub wykona uprawnienie umowne związane z produktem, bez względu na to, czy konsument postanowi dokonać czynności, czy też powstrzyma się od jej dokonania⁸⁰. Brzmienie art. 2 lit. k wskazuje, że definicja ta powinna być interpretowana w sposób szeroki, zatem pojęcie decyzji dotyczącej transakcji powinno obejmować szeroki katalog decyzji podejmowanych przez konsumenta w odniesieniu do produktu. Takie ujęcie pozwala zaś na zastosowanie dyrektywy 2005/29 do szeregu przypadków, w których nieuczciwe zachowanie przedsiębiorcy nie tylko skutkuje przystąpieniem przez konsumenta do transakcji, ale też powstrzymuje konsumenta od podjęcia czynności zmierzających do zawarcia umowy.

W wyroku *Deroo-Blanquart* Trybunał stwierdził, że w ramach badania przesłanki istotnego zniekształcenia lub możliwości istotnego zniekształcenia zachowania gospodarczego konsumenta sąd krajowy powinien ustalić, czy przed zawarciem umowy konsumentowi udzielono jasnych i pełnych informacji o warunkach umownych i skutkach zawarcia umowy, bowiem informacje te mają

78 M. Namysłowska, *Zwalczanie nieuczciwych praktyk ...*, cz. I..., s. 38.

79 A. Kunkiel-Kryńska, *Nowe rozwiązania...*, s. 32, odnośnie do pojęcia istotnego zniekształcenia przez praktykę rynkową zachowania rynkowego konsumenta na gruncie polskiej ustawy o przeciwdziałaniu nieuczciwym praktykom rynkowym zob. także M. Sieradzka, *Ustawa o przeciwdziałaniu ...*, s. 81-83.

80 Art. 2 lit. k dyrektywy 2005/29.

dla konsumenta fundamentalne znaczenie. To w szczególności na podstawie tych informacji przeciętny konsument podejmuje decyzję, czy zamierza związać się warunkami umownymi sformułowanymi uprzednio przez przedsiębiorcę⁸¹. W przedmiotowej sprawie okoliczności takie, jak należyte poinformowanie konsumenta przed dokonaniem zakupu, że model komputera będącego przedmiotem sprzedaży nie został wprowadzony na rynek bez preinstalowanego oprogramowania oraz pozostawienie konsumentowi swobody wyboru innego modelu komputera, innej marki, o porównywalnych parametrach technicznych, sprzedawanego bez oprogramowania albo z innym oprogramowaniem, może skutkować uznaniem, że zdolność tego konsumenta do podjęcia świadomej decyzji dotyczącej transakcji nie została znacznie ograniczona⁸².

Zakładając pewne uproszczenie, TSUE przyjmuje zatem, że zachowanie ekonomiczne konsumenta to nic innego jak jego możliwość podejmowania świadomych decyzji – świadomych w wyniku dostarczenia mu przez przedsiębiorcę wystarczających i prawdziwych informacji handlowych, a zatem dotyczących warunków umownych i skutków zawarcia transakcji.

2.4. Tzw. małe klauzule generalne

W strukturze dyrektywy przewidziano doprecyzowanie w postaci szczegółowego uregulowania dwóch najczęstszych typów praktyk handlowych, mianowicie praktyk handlowych wprowadzających w błąd (sekcja 1 – art. 6 i 7) oraz agresywnych praktyk handlowych (sekcja 2 – art. 8 i 9). Tzw. małe klauzule generalne, w przeciwieństwie do tzw. dużej klauzuli generalnej, nie zawierają nawiązań do staranności zawodowej. Z drugiej strony wymagają jednak, aby dana praktyka powodowała lub mogła spowodować podjęcie przez konsumenta decyzji dotyczącej transakcji, której inaczej by nie podjął. Zasadne wydaje się stwierdzenie, że uregulowanie takie ma taki sam cel, jak stwierdzenie w tzw. dużej klauzuli generalnej, iż dana praktyka w sposób istotny zniekształca zachowanie gospodarcze konsumenta⁸³.

2.4.1. Praktyki handlowe wprowadzające w błąd

Ochrona konsumentów przed praktykami handlowymi wprowadzającymi w błąd jest kwintesencją „europejskiego modelu informacyjnego” (ang. *Eu-*

81 Wyrok TSUE z 7 września 2016 r., C-310/15, *Deroo-Blanquart*, pkt 40.

82 Tamże, pkt 41.

83 A. Kunkiel-Kryńska, *Nowe rozwiązania...*, s. 32.

ropean information model) i stanowi ważną, jeśli nie najważniejszą, część dyrektywy 2005/29. Sednem modelu informacyjnego jest zakaz udzielania konsumentom informacji wprowadzających w błąd oraz korelujący z nim nakaz dostarczania informacji jasnych i adekwatnych⁸⁴. Stosując pewien skrót myślowy, można stwierdzić, że informacja wprowadza w błąd, jeśli niekorzystnie wpływa na decyzję rynkową konsumenta.

Dyrektywa dzieli praktyki wprowadzające w błąd na działania wprowadzające w błąd (art. 6) i zaniechania wprowadzające w błąd (art. 7). Przyjęte w art. 6 dyrektywy 2005/29 ujęcie działania wprowadzającego w błąd jest dość szerokie, co pozwala sprawdzać praktycznie każdą praktykę pod kątem rzeczywistego lub potencjalnego wprowadzenia konsumenta w błąd. Jednocześnie w tej definicji uwzględnia się dwie podstawowe przesłanki nieuczciwej praktyki gospodarczej – wprowadzenie w błąd odpowiada kryterium naruszenia wymogów staranności zawodowej, a wpływ na podjęcie decyzji, której inaczej konsument by nie podjął, odpowiada kryterium zniekształcenia w istotny sposób gospodarczego zachowania konsumentów⁸⁵. Ponadto art. 6 ust. 1 zawiera listę elementów, które w konkretnej sytuacji mogą konsumenta wprowadzić w błąd, nawet jeżeli są zgodne z rzeczywistością. Konsument może zatem zostać oszukany również przez informacje prawdziwe, na przykład na skutek szczególnego sposobu prezentacji rzeczywistych cech produktu⁸⁶. Sporne jest, czy informacje objęte art. 6 ust. 1 lit. a–g stanowią katalog zamknięty. W literaturze przyjmuje się⁸⁷, że jeżeli zgodnie z wykładnią literalną uznamy katalog informacji z art. 6 ust. 1 za enumeratywny, w sytuacji, gdy praktyka będzie wprowadzać w błąd innymi informacjami, należy dokonać jej oceny na podstawie art. 5 dyrektywy 2005/29.

Z kolei w art. 6 ust. 2 osobno uregulowano szczególne formy wprowadzenia w błąd: praktyki dotyczące marketingu produktu, rozumianego jako każdy rodzaj wprowadzenia produktu na rynek, w tym reklamę porównawczą, który powoduje mylenie produktów, znaków towarowych, nazw handlowych lub innych znaków rozpoznawczych przedsiębiorcy i jego konkurenta oraz związane z naruszaniem przez przedsiębiorcę postanowień kodeksów postępowania, do których przestrzegania się zobowiązał. Istotną zmianą dokonaną

84 G. Straetmans, *Misleading Practices, the Consumer Information Model and Consumer Protection*, „Journal of European Consumer and Market Law” 2016, t. 5, nr 5, s. 199.

85 J. Maliszewska-Nienartowicz, *Dyrektywa o nieuczciwych...*, s. 24.

86 M. Namysłowska, *Zwalczanie nieuczciwych praktyk...*, cz. II..., s. 33, zob. także M. Sieradzka, *Ustawa o przeciwdziałaniu...*, s. 92-93.

87 Tamże.

dyrektywą 2019/2161 jest dodanie art. 6 ust. 2 lit. c dotyczącego produktów podwójnej jakości, na podstawie którego wprowadzono możliwość uznania za praktykę handlową wprowadzającą w błąd każdy rodzaj wprowadzenia towaru na rynek w jednym państwie członkowskim jako identycznego z towarem wprowadzonym na rynki w innych państwach członkowskich, w sytuacji gdy towar ten w sposób istotny różni się składem lub właściwościami, chyba że przemawiają za tym uzasadnione i obiektywne czynniki.

Wreszcie w art. 7 określono zaniechania wprowadzające w błąd. Na podstawie postanowień art. 7 nałożono na przedsiębiorcę obowiązek udzielania konsumentowi informacji, które są w danym przypadku istotne dla podjęcia przez niego decyzji gospodarczej. Pomocny w ustalaniu istotności informacji ma być art. 7 ust. 5, zgodnie z którym za istotne uznane będą wymogi informacyjne ustanowione w prawie unijnym dotyczące komunikacji handlowej, w tym reklamy i marketingu⁸⁸. Przykładowy wykaz aktów prawnych zawierających takie wymogi zamieszczony został w załączniku II do dyrektywy 2005/29.

Dodatkowy nakaz nakłada na przedsiębiorców art. 7 ust. 4 dyrektywy 2005/29, poprzez sprecyzowanie szczegółowej listy istotnych dla konsumenta informacji, jakie muszą być podane w tzw. zaproszeniu do dokonania zakupu, czyli komunikacie handlowym, który określa cechy produktu i jego cenę w sposób właściwy dla użytego środka komunikacji handlowej i umożliwia w ten sposób konsumentowi dokonanie zakupu⁸⁹. Do wymogów informacyjnych określonych w art. 7 ust. 4 dyrektywy wprowadzono szereg zmian na podstawie dyrektywy 2019/2161. Po pierwsze, wyeliminowano konieczność udzielenia konsumentowi informacji o stosowanej przez przedsiębiorcę procedurze rozpatrywania reklamacji⁹⁰ w zaproszeniach do dokonania zakupu, jako że informacja ta jest bardziej istotna na etapie przed zawarciem umowy, który reguluje dyrektywa 2011/83 o prawach konsumenta. Po drugie, wymogi informacyjne objęte art. 7 dyrektywy 2005/29 uzupełniono o trzy istotne informacje w odniesieniu do produktów oferowanych na internetowych platformach handlowych, mające w założeniu doprowadzić do większej przejrzystości ich działalności⁹¹: 1) o tym, czy osoba trzecia oferująca produkty

88 Tamże, s. 34.

89 Art. 2 lit. i dyrektywy 2005/29.

90 Art. 7 ust. 4 lit. d.

91 Szerzej zob. B. Duivenvoorde, *The Upcoming Changes in the Unfair Commercial Practices Directive: A Better Deal for Consumers?*, „Journal of European Consumer and Market Law” 2019, t. 8, nr 6, s. 219-228.

na internetowych platformach handlowych jest przedsiębiorcą⁹², 2) o głównych parametrach decydujących o plasowaniu produktów przedstawianych konsumentowi w wyniku wyszukiwania, a także – względnym znaczeniu tych parametrów w porównaniu z innymi parametrami⁹³ oraz 3) informacje o tym, czy i w jaki sposób przedsiębiorca zapewnia, aby publikowane opinie pochodziły od konsumentów, którzy rzeczywiście używali danego produktu lub go kupili⁹⁴.

Działania wprowadzające w błąd w rozumieniu art. 6 dyrektywy 2005/29 oraz zaniechania wprowadzające w błąd w rozumieniu jej art. 7 stanowiły przedmiot rozważań Trybunału w wyroku *Canal Digital Danmark*⁹⁵. Canal Digital jako przedsiębiorstwo z siedzibą w Danii dostarczało konsumentom programy telewizyjne, w szczególności w formie pakietów telewizyjnych. Jesienią 2009 r. Canal Digital prowadziło kampanię za pomocą spotów reklamowych nadawanych w telewizji i w Internecie, jak również banerów reklamowych w Internecie, w szczególności na głównej stronie internetowej Canal Digital. W spotach reklamowych nadawanych w telewizji i Internecie miesięczna cena abonamentu była podawana na ścieżce dźwiękowej reklamy i wyświetlana w kole oraz w tekście pojawiającym się na dole ekranu. W tej ścieżce dźwiękowej nie wspomniano natomiast nic na temat opłaty półrocznej za usługę związaną z kartą. Cena za tę półroczną usługę była podawana w tekście wyświetlanym na dole ekranu, podobnie jak łączna cena, jaką konsument musiałby zapłacić za pierwszy rok obowiązywania umowy. Łączna cena była również wskazana w kole pokazywanym na ekranie, lecz czcionką mniejszą niż ta, którą była podana miesięczna cena abonamentu.

W zakresie działań wprowadzających w błąd Trybunał wskazał, że elementy składające się na praktykę handlową wprowadzającą w błąd są zasadniczo skonstruowane z punktu widzenia konsumenta jako adresata nieuczciwych praktyk handlowych, przy czym art. 6 ust. 1 dyrektywy (w odróżnieniu od jej art. 7 ust. 1 i 2) nie zawiera żadnego odniesienia do ograniczeń przestrzennych lub czasowych związanych ze stosowanym środkiem przekazu. Dlatego też ograniczenia czasowe, którym mogą podlegać niektóre środki przekazu, takie jak telewizyjne spoty reklamowe, nie mogą zostać uwzględnione przy ocenie, czy praktyka handlowa wprowadza w błąd w świetle art.

92 Art. 7 ust. 4 lit. f dyrektywy 2005/29 w nowym brzmieniu.

93 Art. 7 ust. 4a dyrektywy 2005/29.

94 Art. 7 ust. 6 dyrektywy 2005/29.

95 Wyrok TSUE z 26 października 2016 r., C-611/14, *Canal Digital Danmark*, pkt 24 i 36, ECLI:EU:C:2016:800.

6 ust. 1 dyrektywy⁹⁶. W ocenie Trybunału, z punktu widzenia przeciętnego konsumenta cena jest w zasadzie elementem rozstrzygającym co do podjęcia decyzji dotyczącej transakcji⁹⁷. Gdy cena produktu (w rozumieniu art. 2 lit. c dyrektywy 2005/29) składa się z kilku elementów, przy czym jeden z nich zostaje szczególnie podkreślony w działaniach marketingowych, zaś drugi, który stanowi jednak nieunikniony i przewidywalny element ceny, zostaje całkowicie pominięty lub przedstawiony w mniej widoczny sposób, należy ocenić w szczególności, czy taka prezentacja może prowadzić do błędnego postrzegania oferty w całości⁹⁸. Ma to miejsce w szczególności wówczas, gdy przeciętny konsument może odnieść błędne wrażenie, że zaproponowana mu cena jest szczególnie korzystna z uwagi na fakt, iż mógł on niesłusznie uznać, że powinien uiścić jedynie sam składnik ceny, który został podkreślony⁹⁹. Gdy cena składa się z kilku elementów, przy ocenie, czy odnośna praktyka handlowa może spowodować podjęcie przez przeciętnego konsumenta decyzji dotyczącej transakcji, której inaczej by nie podjął, szczególne znaczenie ma okoliczność, że pominięty lub przedstawiony w mniej widoczny sposób składnik stanowi znaczący element ceny całkowitej¹⁰⁰. Konkludując, Trybunał orzekł, że praktykę handlową polegającą na dzieleniu ceny produktu na szereg elementów i na podkreślaniu jednego z nich należy uznać za wprowadzającą w błąd, jeśli praktyka ta może, po pierwsze, doprowadzić do powstania po stronie przeciętnego konsumenta błędnego wrażenia, że zaproponowana mu cena jest korzystna, a po drugie, skłonić go do podjęcia decyzji dotyczącej transakcji, której inaczej by nie podjął. Jednakże ograniczenia czasowe, którym mogą podlegać niektóre środki przekazu, takie jak telewizyjne spoty reklamowe, nie mogą zostać uwzględnione przy ocenie, czy praktyka handlowa wprowadza w błąd w świetle art. 6 ust. 1 dyrektywy¹⁰¹.

Następnie Trybunał rozważał przesłanki zaniechań wprowadzających w błąd. TSUE wskazał, że w celu ustalenia, czy praktyka handlowa powinna zostać uznana za zaniechanie wprowadzające w błąd, należy wziąć pod uwagę kontekst, w jaki owa praktyka się wpisuje, a w szczególności ograniczenia właściwe dla środka przekazu stosowanego dla danej praktyki handlowej, ograniczenia przestrzenne lub czasowe, jakie ów środek przekazu nakłada, jak również

96 Tamże, pkt 42.

97 Tamże, pkt 46.

98 Tamże, pkt 43.

99 Tamże, pkt 44.

100 Tamże, pkt 47.

101 Tamże, pkt 49.

wszelkie środki podjęte przez przedsiębiorcę w celu udostępnienia informacji konsumentom w inny sposób¹⁰². Trybunał podkreślił nadto, że w art. 7 dyrektywy 2005/29 odróżniono zaproszenie do dokonania zakupu (zdefiniowane w art. 2 lit. i) od innych praktyk handlowych. O ile bowiem wszystkie praktyki handlowe, w tym zaproszenie do dokonania zakupu, podlegają przepisom art. 7 ust. 1–3 i 5 dyrektywy, o tyle jedynie praktyki handlowe uznane za zaproszenie do dokonania zakupu są objęte art. 7 ust. 4 dyrektywy¹⁰³. Z treści tego przepisu wynika, że praktyka handlowa uznana za zaproszenie do dokonania zakupu powinna obejmować szereg kluczowych informacji wymienionych w tym przepisie i uznawanych za istotne, które są potrzebne konsumentowi do podjęcia świadomej decyzji dotyczącej transakcji¹⁰⁴. W braku takich informacji, do których niewątpliwie zalicza się cena, zaproszenie do dokonania zakupu uważa się za wprowadzające w błąd¹⁰⁵.

Zatem w każdym konkretnym przypadku sąd krajowy powinien ocenić, czy pominięcie istotnej informacji, takiej jak cena, powoduje lub może spowodować podjęcie przez przeciętnego konsumenta decyzji dotyczącej transakcji, przy czym należy uwzględnić kontekst faktyczny danej praktyki handlowej, stosowany środek przekazu, w szczególności właściwe dla niego ograniczenia, jak również charakter i ceny odnośnego produktu¹⁰⁶. W tej sprawie należało zatem sprawdzić, czy wskazana w komunikacie handlowym informacja dotycząca łącznej ceny abonamentu za okres związania umową nie została zatajona lub przekazana w sposób niejasny, niezrozumiały, dwuznaczny lub z opóźnieniem, uniemożliwiając tym samym przeciętnemu konsumentowi zrozumienie, że podpisanie umowy abonamentowej implikowało koszty inne niż te związane z opłatą miesięczną, i w konsekwencji podjęcie świadomej decyzji dotyczącej transakcji¹⁰⁷. Trybunał podkreślił, że zgodnie z art. 2 lit. i dyrektywy dotyczącym zaproszenia do dokonania zakupu, cechy produktu powinny być określone w sposób właściwy dla użytego środka. Nie można więc wymagać tego samego stopnia szczegółowości przy opisywaniu produktu niezależnie od formy komunikatu handlowego – radiowej, telewizyjnej, elektronicznej, czy też wreszcie

102 Tamże, pkt 58.

103 Tamże, pkt 51 i przytoczony tam wyrok TSUE z 12 maja 2011 r., C-122/10, *Ving Sverige*, pkt 24, ECLI:EU:C:2011:299.

104 Zob. art. 7 ust. 4 dyrektywy 2005/29.

105 Wyrok TSUE z 26 października 2016 r., w sprawie C-611/14, *Canal Digital Danmark*, pkt 56.

106 Tamże, pkt 57-58.

107 Tamże, pkt 59.

drukowanej. Ograniczony jest również czas, jakim dysponuje konsument, aby ocenić informacje, które zostają mu przekazane w drodze spotu reklamowego nadawanego w telewizji¹⁰⁸.

Co szczególnie istotne, art. 7 ust. 1 i 2 dyrektywy należy rozpatrywać w świetle celu dyrektywy tzn. dążenia do zapewnienia wysokiego poziomu ochrony konsumentów. Zatem ograniczenia przestrzenne lub czasowe, jakie nakłada stosowany środek przekazu, powinny zostać wyważone z charakterem i cechami danego produktu celem określenia, czy dany przedsiębiorca faktycznie nie mógł podać omawianych informacji lub przekazać ich w sposób jasny, zrozumiały i jednoznaczny w pierwotnym komunikacie¹⁰⁹. Wynika stąd, że jeśli z uwagi na nieodłączne cechy danego produktu i ograniczenia dotyczące stosowanego środka przekazu nie było możliwe podanie wszystkich istotnych informacji dotyczących tego produktu, praktyka handlowa może wspominać tylko o niektórych z nich, o ile przedsiębiorca odsyła w pozostałym zakresie do swojej strony internetowej, pod warunkiem, że strona ta zawiera istotne informacje dotyczące głównych cech tego produktu, ceny oraz innych warunków zgodnie z wymogami określonymi w art. 7 dyrektywy 2005/29¹¹⁰. Trybunał przesądził również, że art. 7 ust. 4 dyrektywy 2005/29 zawiera wyczerpujące wyliczenie istotnych informacji, które powinny znaleźć się w zaproszeniu do dokonania zakupu. Jednakże fakt, że przedsiębiorca dostarczył w zaproszeniu do dokonania zakupu wszystkie informacje wymienione w art. 7 ust. 4 nie wyklucza możliwości uznania tego zaproszenia za wprowadzającą w błąd praktykę handlową w rozumieniu art. 6 ust. 1 lub art. 7 ust. 2 dyrektywy¹¹¹.

Wyrok *Canal Digital Danmark* zasługuje na uwagę przede wszystkim z tego względu, że w sposób usystematyzowany dostarcza sądom krajowym konkretnych wskazówek dotyczących prawidłowej wykładni działań i zaniechań wprowadzających w błąd, w szczególności w zakresie istotnych różnic między tymi rodzajami nieuczciwych praktyk handlowych na gruncie dyrektywy 2005/29 oraz ich trafnego rozpoznawania. Trybunał bowiem, powołując się na dotychczasowe swoje orzecznictwo, dokonał wyczerpującej analizy skutków nieprecyzyjnego (w szerokim ujęciu) podania przez przedsiębiorcę ceny danego produktu, zarówno w kontekście art. 6, jak i 7 dyrektywy. TSUE podkreśla metodycznie, że cena zasadniczo determinuje decyzję przeciętnego konsumenta co do zawarcia transakcji, zatem powinna być przedstawiona w taki sposób, by jego wybór był świadomy.

108 Tamże, pkt 60.

109 Tamże, pkt 62.

110 Tamże, pkt 63.

111 Tamże, pkt 72.

W kontekście ceny oferowanego produktu jako istotnej informacji udzielanej przez przedsiębiorcę konsumentowi Trybunał wypowiadał się także w przywołanym powyżej wyroku *Deroo-Blanquart*, podnosząc, że na podstawie art. 7 ust. 1 w zw. z art. 7 ust. 4 lit. c dyrektywy 2005/29 przedsiębiorca jest zobowiązany do wskazania ceny całkowitej danego produktu, nie zaś ceny każdego z jego elementów¹¹². Zgodnie z motywem 14 dyrektywy istotna informacja to taka, która jest potrzebna konsumentowi do podjęcia świadomej decyzji, przy czym istotny charakter informacji należy oceniać w świetle kontekstu, w jaki wpisuje się praktyka handlowa, oraz biorąc pod uwagę wszystkie jej cechy¹¹³. W sprawie głównej *V. Deroo-Blanquart* został poinformowany o całkowitej cenie produktu złożonego z komputera wyposażonego w preinstalowane oprogramowanie, lecz nie o cenie elementów składających się na całość będącą przedmiotem oferty wiązanej. Stąd, uwzględniając kontekst danej praktyki handlowej oraz biorąc pod uwagę wszystkie jej cechy zgodnie z art. 7 ust. 1 dyrektywy 2005/29, brak wskazania ceny każdego z preinstalowanych programów nie może ani przeszkodzić konsumentowi w podjęciu świadomej decyzji dotyczącej transakcji, ani spowodować podjęcia przez konsumenta decyzji dotyczącej transakcji, której inaczej by nie podjął. Zważywszy zatem na konstrukcję oferty wiązanej polegającej na możliwości sprzedaży komputera wyłącznie wyposażonego w preinstalowane oprogramowanie, cena każdego z preinstalowanych programów nie stanowi, w ocenie TSUE, istotnej informacji w rozumieniu art. 7 ust. 4 dyrektywy 2005/29¹¹⁴.

Dokonana w wyroku *Deroo-Blanquart* wykładnia art. 7 ust. 4 dyrektywy 2005/29 stanowi istotne uzupełnienie argumentacji TSUE zawartej w wyroku *Canal Digital Danmark*. Na podstawie tych orzeczeń można wyprowadzić następujące wnioski w zakresie obowiązku podawania cen przez przedsiębiorców:

- 1) co do zasady art. 7 ust. 4 lit. c dyrektywy 2005/29 nakłada na przedsiębiorców obowiązek wskazania w zaproszeniu do dokonania zakupu ceny całkowitej (końcowej) danego produktu, nie zaś ceny każdego z jego elementów składowych;
- 2) brak informacji odnośnie do ceny różnych elementów składających się na produkt należy oceniać pod kątem istotności charakteru tej informacji w świetle kontekstu, w jaki wpisuje się praktyka handlowa, oraz biorąc pod uwagę wszystkie jej cechy, a zatem w konkretnym przypadku brak

112 Wyrok TSUE z 7 września 2016 r., C-310/15, *Deroo-Blanquart*, pkt 46.

113 Tamże, pkt 48-49.

114 Tamże, pkt 51.

- wskazania ceny elementów składowych produktu może stanowić nieuczciwą praktykę handlową;
- 3) gdy cena składa się z kilku elementów, należy zbadać, czy ich prezentacja może prowadzić do błędnego postrzegania oferty w całości na podstawie art. 6 ust. 1 dyrektywy 2005/29, w szczególności gdy jeden element jest wyjątkowo wyeksponowany kosztem innego;
 - 4) ograniczenia czasowe, którym mogą podlegać niektóre środki przekazu nie są uwzględniane na podstawie art. 6 ust. 1 tej dyrektywy, a jedynie na podstawie jej art. 7 ust. 1;
 - 5) art. 7 ust. 4 dyrektywy 2005/29 zawiera enumeratywny katalog istotnych informacji, które powinny znaleźć się w zaproszeniu do dokonania zakupu, przy czym ujawnienie w zaproszeniu do dokonania zakupu wszystkich informacji wymienionych w art. 7 ust. 4 nie wyklucza możliwości uznania tego zaproszenia za wprowadzającą w błąd praktykę handlową w rozumieniu jej art. 6 ust. 1 lub art. 7 ust. 2;
 - 6) do sądu krajowego należy ocena, czy dany przedsiębiorca spełnił ciążący na nim obowiązek udzielenia informacji dotyczących ceny, uwzględniając charakter i cechy produktu, a także środek przekazu, jaki został wykorzystany w celu złożenia zaproszenia do dokonania zakupu, oraz informacje uzupełniające, które przedsiębiorca ewentualnie dostarczył.

Kwestia ceny oferowanego przez przedsiębiorcę konsumentowi produktu stanowiła także przedmiot rozważań Trybunału w wyroku *Citroën Commerce*¹¹⁵, wydanego na tle sporu między *Citroën Commerce* a Centralnym Zrzeszeniem Przemysłu Samochodowego ds. Zachowania Uczciwej Konkurencji (ZLW), które zakwestionowało reklamę pojazdów samochodowych na tej podstawie, że nie zawierała ceny końcowej produktu z uwzględnieniem kosztów transportu pojazdu od producenta do sprzedawcy, pomimo że obligatoryjnie obciążały one konsumenta. Trybunał orzekł, że aspekt dotyczący ceny sprzedaży wymienionej w reklamie zamieszczonej przez *Citroën Commerce* jest regulowany dyrektywą 98/6 w sprawie ochrony konsumenta przez podawanie cen produktów oferowanych konsumentom¹¹⁶, zaś dyrektywa 2005/29 nie znajduje do niego zastosowania¹¹⁷. W konsekwencji TSUE, powołując się na art. 3 ust. 4 dyrektywy 2005/29, odmówił interpretacji art. 7 ust. 4 lit. c tej

115 Wyrok TSUE z 7 lipca 2016 r., C-476/14, *Citroën Commerce*, ECLI:EU:C:2016:527.

116 Dyrektywa 98/6/WE Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 16 lutego 1998 r. w sprawie ochrony konsumenta przez podawanie cen produktów oferowanych konsumentom, Dz.Urz. UE L 80 z 18.03.1998 r.

117 Wyrok TSUE z 7 lipca 2016 r., C-476/14, *Citroën Commerce*, pkt 45.

dyrektywy¹¹⁸. TSUE przyjął bowiem, że wymóg jasnego podania ceny sprzedaży i ceny jednostkowej nałożony dyrektywą 98/6 dotyczy wszystkich produktów oferowanych do sprzedaży przez podmioty gospodarcze, odrzucając stanowisko rzecznika generalnego Mengozziego w tej sprawie, że dyrektywa 98/6 ma zastosowanie wyłącznie do produktów, dla których istotne są jednostki miary (np. masło orzechowe, pomidory itp.), nie zaś do produktów takich jak samochód¹¹⁹. Zdaniem TSUE, jeżeli reklama może być uważana przez przeciętnego konsumenta za ofertę sprzedaży danego produktu z uwagi na oznaczenie szczególnych jego cech oraz ceny, cena ta powinna stanowić cenę sprzedaży, czyli jego cenę końcową w rozumieniu art. 2 lit. a dyrektywy 98/6¹²⁰.

Szersze omówienie postanowień dyrektywy cenowej wykracza oczywiście poza ramy niniejszego opracowania, niemniej jednak uprawniona jest teza, że zaproponowana przez TSUE w wyroku *Citroën Commerce* interpretacja art. 3 dyrektywy 98/6 w związku z jej art. 1 i art. 2 lit. a może przyczynić się do znacznego uproszczenia procedur dotyczących egzekwowania obowiązków ciążących na przedsiębiorcach w zakresie podawania cen produktów. Przytoczone powyżej wnioski wypływające z wyroków *Deroo-Blanquart* oraz *Canal Digital Danmark* wskazują, że regulacja dotycząca ceny na gruncie dyrektywy o nieuczciwych praktykach handlowych wymaga w każdym przypadku badania przez sądy i inne organy danej praktyki handlowej pod kątem jej nieuczciwości, według trójstopniowego testu immanentnie związanego ze specyficzną konstrukcją dyrektywy 2005/29, co w praktyce może nie być łatwe. Tymczasem dyrektywa 98/6 /WE nie pozwala na taką analizę zachowania przedsiębiorcy w kontekście podawania cen: jeżeli przedsiębiorca podaje w ofercie cenę produktu, powinna to być cena końcowa, bez względu na to, czy i w jakim zakresie brak tych informacji może potencjalnie wprowadzać przeciętnego konsumenta w błąd¹²¹. Niewątpliwie jednak kwestia relacji przepisów dyrektywy 2005/29 do dyrektywy 98/6/WE w kontekście podawania ceny sprzedaży produktu w ofercie wymaga pogłębionej refleksji doktryny i klaryfikacji w przyszłych orzeczeniach TSUE.

118 Stanowisko TSUE spotkało się z krytyką – szerzej zob. B. Duivenvoorde, *The CJEU Decision in Citroën/ZLW: Ready for REFIT?*, „Journal of European Consumer and Market Law” 2017, t. 6, nr 2, s. 77-80.

119 Opinia rzecznika generalnego P. Mengozziego przedstawiona w dniu 16 grudnia 2015 r. w sprawie C-476/14, pkt 42, ECLI:EU:C:2015:814.

120 Wyrok TSUE z 7 lipca 2016 r., C-476/14, *Citroën Commerce*, pkt 30.

121 Szerzej: M. El-Hagin, *Dyrektywa 2005/29/WE...*, s. 128-148.

Podobnie Trybunał orzekł w wyroku *Wind Tre i Vodafone Italia*¹²² na gruncie sporu w postępowaniu głównym, w którym włoski Urząd Ochrony Konkurencji i Rynku zakwestionował działalność operatorów telekomunikacyjnych, polegającą na sprzedaży kart SIM, na których uprzednio zainstalowano i aktywowano usługi dostępu do Internetu i poczty głosowej, za które użytkownik płacił, jeżeli nie zażądał ich dezaktywacji, a jednocześnie nie został o tym uprzednio poinformowany. Trybunał podkreślił, że cena stanowi, co do zasady, decydujący element z punktu widzenia konsumenta przy podejmowaniu przez niego decyzji handlowej, zatem powinna ona zostać uznana za informację konieczną dla umożliwienia konsumentowi podjęcia takiej świadomej decyzji¹²³. Jeżeli zatem konsument nie został poinformowany ani o kosztach wymienionych usług ani nawet o ich uprzednim zainstalowaniu i aktywowaniu na zakupionej przez niego karcie SIM – nie można uznać, że dobrowolnie wybrał on dostawę takich usług¹²⁴.

Z kolei w przedmiocie adresu i tożsamości przedsiębiorcy jako istotnej informacji zaproszenia do dokonania zakupu (w rozumieniu art. 7 ust. 4 lit. b dyrektywy 2005/29) Trybunał wypowiadał się w wyroku *DHL Paket*¹²⁵. DHL Paket prowadził internetową platformę sprzedażową, na której zawodowi sprzedawcy oferowali towary, przy czym DHL Paket nie zawierał z kupującymi żadnych umów sprzedaży. DHL Paket opublikował ogłoszenie reklamowe w tygodniku *Bild am Sonntag* zawierające różne produkty, które można było nabyć za pośrednictwem platformy sprzedażowej tej spółki. Informacje dotyczące tożsamości zawodowego sprzedawcy możliwe były do uzyskania dopiero po wejściu na platformę internetową i podaniu wskazanego w reklamie kodu produktu. W pierwszej kolejności Trybunał przesądził, że przedmiotowe ogłoszenie reklamowe stanowi zaproszenie do dokonania zakupu w rozumieniu art. 2 lit. i dyrektywy 2005/29, ponieważ zawarte w nim informacje o produktach będących przedmiotem tego ogłoszenia i o ich cenie są wystarczające do tego, by konsument mógł podjąć decyzję dotyczącą transakcji¹²⁶. Następnie zauważył, że przepis art. 7 ust. 4 lit. b dyrektywy 2005/29 należy interpretować w związku z art. 7 ust. 1, zgodnie z którym daną praktykę handlową należy oceniać z uwzględnieniem między innymi jej kontekstu

122 Wyrok TSUE z 13 września 2018 r. w sprawach połączonych C-54/17 i C-55/17, *Wind Tre i Vodafone Italia*.

123 Tamże, pkt 47.

124 Tamże, pkt 48.

125 Wyrok TSUE z 30 marca 2017 r., C-146/16, *DHL Paket*, pkt 24, ECLI:EU:C:2017:243.

126 Tamże, pkt 25.

faktycznego, jak i ograniczeń właściwych (przestrzennych i czasowych) wykorzystanemu środkowi przekazu¹²⁷. Stąd zakres informacji dotyczących adresu i tożsamości przedsiębiorcy w treści zaproszenia do dokonania zakupu należy oceniać z uwzględnieniem kontekstu takiego zaproszenia, właściwości i cech charakterystycznych produktu, a także wykorzystanego środka przekazu¹²⁸. Konkludując, Trybunał stwierdził, że wprowadzić informacje o adresie i tożsamości przedsiębiorcy wskazane w art. 7 ust. 4 lit. b dyrektywy 2005/29 powinny zasadniczo znaleźć się w zaproszeniu do dokonania zakupu, jednak niekoniecznie musi to mieć miejsce w przypadku, gdy środek przekazu wykorzystany na potrzeby praktyki handlowej implikuje ograniczenia przestrzenne. Jest to możliwe pod warunkiem, że konsumenci będą skłonni zakupić widniejące w reklamie produkty za pośrednictwem wskazanej w ogłoszeniu reklamowanym stronie internetowej przedsiębiorstwa reklamującego te produkty oraz mogą w prosty sposób otrzymać owe informacje na tej stronie internetowej lub za jej pośrednictwem. Jednocześnie TSUE pozostawił sądowi krajowemu ocenę w każdym konkretnym przypadku, czy warunek ten jest spełniony, uwzględniając kontekst zaproszenia do dokonania zakupu i wykorzystany środek przekazu¹²⁹.

W wyroku *Dyson* Trybunał przesądził z kolei, że niedostarczenie konsumentowi informacji dotyczących okoliczności przeprowadzenia testów, które doprowadziły do klasyfikacji energetycznej wskazanej na etykiecie energetycznej, nie stanowi „zaniechania wprowadzającego w błąd” w rozumieniu art. 7 dyrektywy 2005/29¹³⁰, ponieważ warunków, w jakich mierzona była efektywność energetyczna danego modelu odkurzacza, nie można uznać za stanowiące „istotną informację” dla przeciętnego konsumenta na podstawie art. 7 ust. 1 dyrektywy¹³¹. Stanowisko to należy uznać za słuszne, albowiem dla przeciętnego konsumenta zamierzającego nabyć odkurzacz najistotniejsza wydaje się cena oraz takie cechy urządzenia, jak: poziom wytwarzanego hałasu, waga urządzenia, długość kabla zasilającego, dodatkowe nakładki, rabaty itp.¹³² Tym bardziej, że różnica w rocznych kosztach zużycia energii

127 Tamże, pkt 26.

128 Tamże, pkt 28.

129 Tamże, pkt 30.

130 Wyrok TSUE z 25 lipca 2018 r., C-632/16, *Dyson*, pkt 46.

131 Tamże, pkt 43.

132 C. Koolen, *Vacuum Cleaner Energy Labels and Misleading Commercial Practices: EU Consumers Left in the Dust? A Case Annotation of C-632/16 Dyson Ltd v BSH Home Appliances NV*, „Journal of European Consumer and Market Law” 2019, t. 8, nr 2, s. 87.

elektrycznej przez odkurzacz z pustym workiem oraz z pełnym workiem jawi się jako znikoma¹³³.

2.4.2. Agresywne praktyki handlowe

Drugi najczęstszy typ praktyk handlowych, obok tych wprowadzających w błąd, to agresywne praktyki handlowe objęte art. 8 dyrektywy 2005/29, czyli takie, które poprzez nękanie, przymus, w tym z użyciem siły fizycznej, lub bezprawny nacisk, w znaczny sposób ograniczają lub mogą ograniczyć swobodę wyboru przeciętnego konsumenta lub jego zachowanie względem produktu i tym samym powodują lub mogą spowodować podjęcie przez niego decyzji dotyczącej transakcji, której inaczej by nie podjął. Wyróżnia się dwa podstawowe kryteria, tj. ograniczenie swobody wyboru przeciętnego konsumenta poprzez nękanie, przymus lub bezprawny nacisk, które same w sobie stanowią naruszenie wymogów staranności zawodowej¹³⁴ oraz wpływ tych zachowań na podjęcie decyzji przez konsumenta. Generalnie rzecz ujmując, zakaz agresywnych praktyk handlowych stanowi próbę ochrony niezależności konsumentów przy podejmowaniu przez nich decyzji rynkowych. Ich *modus operandi* nie bazuje zatem, jak w przypadku praktyk wprowadzających w błąd, na przekazywaniu informacji, które mogą doprowadzić do wywołania błędu w zakresie cech danego produktu, ale raczej na modyfikowaniu samego procesu kształtowania woli przy użyciu technik, które podważają wolność decyzji konsumentów¹³⁵.

W dyrektywie brak definicji legalnych nękania i przymusu, zdefiniowano zaś wyłącznie pojęcie bezprawnego nacisku jako wykorzystanie przewagi względem konsumenta w celu wywarcia na niego presji, także bez użycia siły fizycznej lub groźby jej użycia, w sposób znacznie ograniczający zdolność konsumenta do podjęcia świadomej decyzji (art. 2 lit. j). Z kolei w przepisie art. 9 doprecyzowano przesłanki, jakie należy wziąć pod uwagę przy ocenie, czy w ramach praktyki handlowej zastosowano nękanie, przymus lub bezprawny nacisk¹³⁶.

Przepisy dyrektywy 2005/29 odnoszące się do agresywnych praktyk handlowych były przedmiotem wykładni Trybunału w wyroku *Orange Polska*¹³⁷ na

133 Tamże.

134 J. Maliszewska-Nienartowicz, *Dyrektywa o nieuczciwych...*, s. 25.

135 P. Fernández Carballo-Calero, *Aggressive Commercial Practices in the Case Law of EU Member States*, „Journal of European Consumer and Market Law” 2016, t. 5, nr 6, s. 255.

136 Zob. art. 9 dyrektywy 2005/29.

137 Wyrok TSUE z 12 czerwca 2019 r., C-628/17, *Orange Polska*, pkt 19.

tle sprawy przed sądem polskim dotyczącej sporu między Orange Polska S.A. a Prezesem Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów. Na gruncie tej sprawy przedsiębiorstwo, w którego prawa wstąpił Orange Polska, poprzez sklep internetowy bądź telesprzedaż zawierało z konsumentami umowy o świadczenie usług telekomunikacyjnych bądź aneksem dokonywało zmiany warunków umowy. Zawarcie umowy lub aneksu i ewentualnie wydanie towaru w chwili podpisania umowy lub aneksu następowało w obecności kuriera, przez co konsument oświadczał, że zapoznał się z przekazanymi dokumentami i przyjął ich treść do wiadomości. Sąd Najwyższy, rozpoznając skargę kasacyjną Prezesa UOKiK, skierował do TSUE pytanie prejudycjalne, zmierzając w istocie do ustalenia, czy działanie operatora będące przedmiotem sporu między stronami stanowi agresywną praktykę handlową poprzez wywieranie bezprawnego nacisku, jeśli przedsiębiorca lub jego kurier podejmują nieuczciwe działania ograniczające wybór konsumenta.

W pierwszej kolejności Trybunał przesądził, że zawieranie umów o świadczenie usług telekomunikacyjnych w obecności kuriera doręczającego wzorce umowy, bez możliwości swobodnego zapoznania się z treścią wzorca w obecności tego kuriera, nie stanowi praktyki, która może być uznana za agresywną praktykę handlową w każdych okolicznościach, albowiem taka praktyka handlowa nie została ujęta w pełnym i wyczerpującym wykazie objętym załącznikiem I do dyrektywy 2005/29¹³⁸. W konsekwencji przedmiotowa praktyka handlowa może zostać uznana za agresywną w rozumieniu dyrektywy 2005/29 dopiero po dokonaniu konkretnej i szczegółowej oceny jej elementów, poprzez przeprowadzenie badania w świetle kryteriów określonych w art. 8 i 9 dyrektywy¹³⁹. Ponieważ pytanie prejudycjalne oscylowało wokół pojęcia bezprawnego nacisku, Trybunał wskazał, że nie musi być to nacisk niezgodny z prawem, lecz jest naciskiem, który – bez względu na to, czy jest zgodny z prawem – powoduje w sposób aktywny, poprzez pewną presję, wymuszone uwarunkowanie woli konsumenta¹⁴⁰. Trybunał podkreślił nadto wagę i doniosłość informacji udzielonych przez przedsiębiorcę konsumentowi przed zawarciem umowy i w tym kontekście podniósł, że skoro konsument miał możliwość, przed wizytą kuriera, zapoznania się z treścią wzorców umów dostępnych na stronie internetowej przedsiębiorcy, to umożliwiono mu dokonanie swobodnego wyboru dotyczącego umowy¹⁴¹. Stąd sposób zawarcia

138 Tamże, pkt 26-27.

139 Tamże, pkt 31.

140 Tamże, pkt 33.

141 Tamże, pkt 34-36, 40.

lub zmiany umów podczas wizyty kuriera nie stanowi agresywnej praktyki handlowej ze względu na samo niewysłanie konsumentowi, z wyprzedzeniem i w zindywidualizowany sposób, w szczególności pocztą elektroniczną lub na adres domowy, kompletu wzorców umów¹⁴². Sama okoliczność, że kurier zwraca się do konsumenta o podjęcie ostatecznej decyzji dotyczącej transakcji, nie dając mu czasu potrzebnego według jego uznania na zbadanie dokumentów dostarczonych mu przez kuriera, nie może stanowić agresywnej praktyki handlowej¹⁴³. Jednakże pewne dodatkowe praktyki podjęte przez przedsiębiorcę lub kuriera w ramach procesu zawierania lub zmiany przedmiotowych umów, mające na celu ograniczenie wyboru konsumenta, np. naleganie przez kuriera na konieczność podpisania umowy lub aneksu, mogą prowadzić do uznania praktyki handlowej za agresywną, gdy skutkują wywarcieniem presji na konsumenta. Mogą to być np. zachowania uciążliwe dla konsumenta lub zakłócające jego namysł nad podejmowaną decyzją dotyczącą transakcji¹⁴⁴.

Z powyższego zatem jednoznacznie wynika, że TSUE przywiązuje szczególną wagę do przedkontraktowych obowiązków informacyjnych po stronie przedsiębiorcy, których prawidłowa realizacja ma kluczowy wpływ na świadome podjęcie decyzji konsumenta co do związania się daną umową i w konsekwencji decyduje o możliwości zakwalifikowania danej praktyki jako nieuczciwej. W tym kontekście TSUE powiązał możliwość podjęcia świadomej decyzji przez konsumenta z udostępnieniem mu na stronie internetowej przedsiębiorcy – bądź w inny sposób – różnych wzorców umownych przed wizytą kuriera. Trybunał jednocześnie podkreślił szczególne cechy właściwe każdemu z kanałów sprzedaży przedsiębiorcy, tj. przez telefon oraz przez Internet. W przypadku bowiem sprzedaży przez telefon nie jest pewne, czy jakość informacji uzyskanych przez danego konsumenta w trakcie rozmowy telefonicznej można porównać z jakością informacji dostępnych przez Internet¹⁴⁵. Rzeczą sądów krajowych jest zatem zweryfikowanie, czy informacje, do których mógł uzyskać dostęp konsument zawierający umowę przez telefon były w stanie zapewnić swobodny wybór z jego strony. Rozróżnienie obu metod sprzedaży na odległość i nałożenie w związku z tym większych obowiązków na sądy krajowe w zakresie telesprzedaży ma zasadnicze znaczenie w przypadku osób starszych, dla których zamawianie usług przez telefon i następnie podpisanie umowy w obecności kuriera jest ciągle bardziej dostępnym

142 Tamże, pkt 44.

143 Tamże, pkt 45.

144 Tamże, pkt 46-48.

145 Tamże, pkt 42.

sposobem zawierania umów niż przez Internet. Niewątpliwie bowiem ten środek porozumiewania się na odległość, co do zasady, daje konsumentowi większe możliwości podjęcia świadomej decyzji co do zawarcia umowy niż w przypadku umów zawieranych przez telefon¹⁴⁶. Co istotne, brak należytego wywiązania się przez przedsiębiorcę z obowiązków informacyjnych względem konsumenta – czy to przez telefon, czy Internet – nie prowadzi jeszcze do możliwości uznania takiego sposobu zawierania umowy za agresywną praktykę handlową stanowiącą kwalifikowaną postać praktyki nieuczciwej. Niezbędne jest bowiem przypisanie zachowaniu przedsiębiorcy (lub jego kurierowi) cech nękania, przymusu lub bezprawnego nacisku. Trybunał dostarczył w tym zakresie narzędzia sądom krajowym i wskazał, jakimi przesłankami powinny kierować się przy dokonywaniu oceny zachowania przedsiębiorcy lub kuriera w ramach procesu zawierania umowy oraz jego wpływu na ograniczenie wyboru konsumenta. TSUE posłużył się przy tym przykładami takich zachowań, które mogą być dla konsumenta uciążliwe i tym samym zakłócać jego namysł nad podejmowaną decyzją dotyczącą transakcji.

Wyrok *Orange Polska* dotyczy co prawda przedsiębiorstwa zawierającego z konsumentami umowy o świadczenie usług telekomunikacyjnych, jednakże stosunkowo ogólny charakter rozważań TS pozwala na odniesienie ich również do innych przedsiębiorców oferujących usługi lub towary przez Internet lub telesprzedaż, a następnie zawierających umowy w obecności kuriera. Dostarcza nadto sądom krajowym nie tylko wskazówek, ale i przykładów zachowań wyczerpujących przesłanki agresywnych praktyk handlowych towarzyszących zawieraniu umowy w obecności kuriera.

2.5. Tzw. czarna lista nieuczciwych praktyk handlowych

Ujęta w załączniku I tzw. czarna lista praktyk handlowych uznawanych za nieuczciwe w każdych okolicznościach znajduje się na szczycie specyficznej systematyki dyrektywy. Po zmianach wprowadzonych dyrektywą 2019/2161 zawiera aktualnie zbiór 35 praktyk handlowych, z czego 27 praktyk wprowadzających w błąd, takich jak np. reklama przynęta, kryptoreklama, fałszywe twierdzenie, że przedsiębiorca wkrótce zakończy działalność handlową, czy

146 K. Lis-Zarrias, *Ochrona konsumenta przed agresywnymi praktykami rynkowymi w świetle pytań prejudycjalnych SN w sprawie C-628/17 Orange Polska S.A.*, „Internetowy Kwartalnik Antymonopolowy i Regulacyjny” 2018, nr 6, s. 147, <https://ikar.wz.uw.edu.pl/images/numery/53/141.pdf> [dostęp: 16.09.2022].

falszywe twierdzenie, że produkt będzie dostępny jedynie przez ograniczony czas oraz 8 praktyk agresywnych, takich jak np. wywieranie w reklamie presji na dzieciach czy niezamówiona dostawa. Są to jedyne praktyki handlowe, które należy uznać za nieuczciwe bez oceny konkretnego przypadku w świetle przepisów art. 5–9 dyrektywy 2005/29¹⁴⁷. Oznacza to, że praktyka wymieniona w załączniku I jest *a priori* nieuczciwa w myśl art. 5 ust. 2 dyrektywy, czyli jest sprzeczna z wymogami staranności zawodowej i w sposób istotny zniekształca lub może zniekształcić decyzję konsumenta względem produktu. Co więcej, czarna lista powoduje, że praktyki handlowe nią objęte muszą być zakazane w każdym państwie członkowskim, nawet jeśli w konkretnym przypadku sąd krajowy uznałby je za uczciwe¹⁴⁸. Siłą czarnej listy jest z kolei jasny sygnał do przedsiębiorców, że określone nią praktyki są niedopuszczalne bez względu na jakiegokolwiek okoliczności, co niewątpliwie wpływa pozytywnie na wpisany w dyrektywę efekt odstraszający.

Wyjątkowa kazuistyka praktyk handlowych objętych załącznikiem I w powiązaniu z nieprecyzyznością niektórych jego postanowień powoduje, że czarna lista nieuczciwych praktyk handlowych nasuwa wątpliwości sądów krajowych o różnym charakterze, o czym świadczą kolejne orzeczenia TSUE w tej materii wydane w trybie prejudycjalnym. W wytycznych Komisji z 2016 r.¹⁴⁹ przybliżono zaledwie siedem z 31 (przed zmianą dyrektywą 2019/2161) praktyk handlowych objętych czarną listą¹⁵⁰ (w poprzednich wytycznych z 2009 r.¹⁵¹ opisano cztery praktyki).

W najnowszym orzecznictwie Trybunał zinterpretował praktykę niezamówionej dostawy (w rozumieniu pkt. 29 załącznika I do dyrektywy 2005/29) w trzech wyrokach: *Wind Tre i Vodafone Italia*¹⁵², *EVN Bułgaria Toplofikatsia*

147 Szerzej zob. M. Namysłowska, *Znaczenie czarnej listy nieuczciwych praktyk handlowych – uwagi na tle orzecznictwa TS*, „Europejski Przegląd Sądowy” 2010, nr 8, s. 29.

148 M. Namysłowska, *Kiedy przyznanie nagrody jest nieuczciwą praktyką handlową? Glosa do wyroku TS z dnia 18 października 2012 r., C-428/11*, „Europejski Przegląd Sądowy” 2013, nr 1, s. 47.

149 SWD(2016)163 final.

150 Są to: produkty, których nie można zgodnie z prawem sprzedawać – nr 9, systemy typu piramida – nr 14, produkty, które leczą choroby, zaburzenia i wady rozwojowe – nr 17, użycie słowa „bezpłatny” – nr 20, nachalny marketing poprzez zdalne narzędzia – nr 26, bezpośrednie wezwanie skierowane do dzieci – nr 28, nagrody – nr 31.

151 SEC(2009)1666.

152 Wyrok TSUE z 13 września 2018 r. w sprawach połączonych C-54/17 i C-55/17, *Wind Tre i Vodafone Italia*, pkt 74.

i *Toplofikatsia Sofia*¹⁵³ oraz *Stichting Waternet*¹⁵⁴. Ma ona miejsce wówczas, gdy przedsiębiorca żąda natychmiastowej lub odroczonej zapłaty za produkty bądź zwrotu lub przechowania produktów, które zostały dostarczone przez przedsiębiorcę, ale nie zostały zamówione przez konsumenta.

W wyroku *Wind Tre i Vodafone Italia* Trybunał przesądził, że sprzedaż przez operatorów telekomunikacji kart SIM, na których uprzednio zainstalowano i aktywowano pewne usługi, takie jak dostęp do Internetu i poczta głosowa bez uprzedniego i adekwatnego poinformowania o tym konsumenta ani też o wysokości kosztów z tego tytułu, może wyczerpywać znamiona niezamówionej dostawy w rozumieniu pkt. 29 załącznika I do dyrektywy 2005/29¹⁵⁵. Brak jasnej i adekwatnej informacji w tym zakresie przesądza bowiem o niemożliwości uznania, że konsument dobrowolnie wybrał dostawę takich usług, przy czym bez znaczenia pozostaje fakt, że konsument mógł dezaktywować te usługi po nabyciu produktu¹⁵⁶.

W kontekście „niezamówionej dostawy” TSUE przyłożył zatem szczególną wagę do jasnych i adekwatnych informacji udzielonych przez przedsiębiorcę konsumentowi przed zawarciem umowy, dotyczących warunków umowy oraz skutków jej zawarcia. W razie braku udzielenia takich informacji, trudno mówić o swobodzie wyboru konsumenta i świadomym podjęciu decyzji względem produktu.

Z kolei w wyroku w sprawach połączonych *EVN Bulgarija Toplofikatsia i Toplofikatsia Sofia* Trybunał przesądził, że w przypadku zaopatrzenia w energię ciepłą instalacji wewnętrznej lokalu oraz części wspólnych budynku, w którym funkcjonuje wspólnota mieszkaniowa, dokonywanego w następstwie podjętej przez wspólnotę mieszkaniową uchwały o przyłączeniu do ogrzewania sieciowego, nie można uznać za niezamówioną dostawę ogrzewania sieciowego¹⁵⁷. W konsekwencji właściciele mieszkań w budynku, w którym jest wspólnota mieszkaniowa, przyłączonym do sieci ciepłowniczej są zobowiązani do uczestniczenia w kosztach zużycia energii cieplnej w częściach wspólnych i w instalacji wewnętrznej budynku, chociażby indywidualnie nie zamawiali dostarczenia ogrzewania i nie używali go w swoich mieszkaniach.

153 Wyrok TSUE z 5 grudnia 2019 r. w sprawach połączonych C-708/17 i C-725/17, *EVN Bulgarija Toplofikatsia i Toplofikatsia Sofia*, pkt 93, ECLI:EU:C:2019:1049.

154 Wyrok TSUE z 3 lutego 2021 r., C-922/19, *Stichting Waternet*.

155 Wyrok TSUE z 13 września 2018 r. w sprawach połączonych C-54/17 i C-55/17, *Wind Tre i Vodafone Italia*, pkt 53.

156 Tamże, pkt 48-50.

157 Tamże, pkt 70.

Wynika to z faktu, że stając się współwłaścicielem budynku i pozostając nim, każdy ze współwłaścicieli budynku zgadza się podporządkować wszystkim przepisom aktu prawnego regulującego daną współwłasność oraz uchwałom podjętym przez zgromadzenie ogólne współwłaścicieli, chociażby nie uczestniczył w podjęciu tej uchwały lub się jej sprzeciwił¹⁵⁸.

Postępowanie główne w sprawie *Stichting Waternet* dotyczyło natomiast sporu pomiędzy *Stichting Waternet*, przedsiębiorstwem dostarczającym na zasadzie wyłączności wodę w Amsterdamie, a MG, konsumentem zamieszkującym lokal tamże położony, w przedmiocie powództwa o zapłatę należności za zużycie wody pitnej dostarczonej do tego lokalu przez to przedsiębiorstwo – bez wyraźnej zgody konsumenta. Sąd odsyłający zastanawiał się mianowicie, czy pojęcie „dostawy niezamówionej” w rozumieniu pkt. 29 załącznika I do dyrektywy 2005/29 obejmuje praktykę handlową polegającą na utrzymywaniu przyłączenia do publicznej sieci dystrybucji wody pitnej w sytuacji, gdy konsument wprowadził się do uprzednio zamieszkanego mieszkania, jednakże nie wystąpił z wnioskiem o dostarczanie wody. W tej sprawie kluczowe znaczenie miały okoliczności faktyczne przywołane przez sąd odsyłający w pytaniu prejudycjalnym, albowiem zdeterminowały one w istocie odpowiedź TSUE. Z wniosku o wydanie orzeczenia w trybie prejudycjalnym wynikało mianowicie, że przedsiębiorstwo dostarczające wodę pitną jest zobowiązane do świadczenia usługi dostawy wody, której nie można przerwać z powodu braku płatności ze strony konsumenta przed wysłaniem mu pisemnego wezwania do zapłaty i dołożenia wszelkich starań, by nawiązać z konsumentem osobisty kontakt. Sąd odsyłający wyjaśnił nadto, że dla naliczenia opłat za wodę konieczne jest świadome działanie konsumenta przejawiające się w zużyciu wody, przy czym każde przedsiębiorstwo dostarczające wodę pitną powinno stosować, pod kontrolą władz publicznych, taryfy mające pokryć poniesione koszty, przejrzyste, niedyskryminacyjne i proporcjonalne do zużycia wody. Zdaniem sądu krajowego, przeciętny konsument w Niderlandach, który wprowadza się do uprzednio zajmowanego mieszkania, ma świadomość, że mieszkanie to przyłączone jest do publicznej sieci dystrybucji wody pitnej i że dostawa wody jest odpłatna.

Powyżej ustalony stan faktyczny sprawy *Stichting Waternet* doprowadził TSUE do słusznej konkluzji, że pojęcie dostawy niezamówionej w rozumieniu pkt. 29 załącznika I do dyrektywy 2005/29 nie obejmuje praktyki handlowej

158 Tamże, pkt 69 i przytoczony tam wyrok TSUE z 8 maja 2019 r., C-25/18, *Kerr*, pkt 29, ECLI:EU:C:2019:376.

przedsiębiorstwa dostarczającego wodę pitną, polegającej na utrzymywaniu przyłączenia do publicznej sieci dystrybucji wody pitnej na etapie, gdy konsument wprowadza się do uprzednio zamieszkanego mieszkania. W sytuacji, gdy konsument ten nie ma możliwości dokonania wyboru dostawcy owej usługi, dostawca usługi fakturuje opłaty mające pokryć poniesione koszty, przejrzyste, niedyskryminacyjne i proporcjonalne do zużycia wody, a ów konsument wie, że mieszkanie jest przyłączone do publicznej sieci dystrybucji wody pitnej i że dostawa wody jest odpłatna¹⁵⁹. Trybunał odwołał się przy tym do pojęcia przeciętnego konsumenta, podkreślając, że zgodnie z motywem 18 dyrektywy 2005/29 to do sądu odsyłającego należy ustalenie typowej reakcji przeciętnego konsumenta w okolicznościach danego przypadku.

W wyroku *Nationale Loterij*¹⁶⁰ Trybunał miał okazję uściślić definicję zakazanej praktyki handlowej polegającej na zakładaniu, prowadzeniu lub propagowaniu systemów promocyjnych typu „piramida”, w ramach których konsument wykonuje świadczenie w zamian za możliwość otrzymania wynagrodzenia, które jest uzależnione przede wszystkim od wprowadzenia innych konsumentów do systemu, a nie od sprzedaży lub konsumpcji produktów (pkt 14 załącznika I do dyrektywy 2005/29). Uprzednio w sprawie *4finance* TSUE stwierdził, że zakaz obejmujący systemy promocyjne typu „piramida” w rozumieniu pkt. 14 załącznika I opiera się na trzech kumulatywnych przesłankach:

- 1) obietnicy, że konsument będzie miał możliwość osiągnąć korzyść ekonomiczną;
- 2) uzależnienie tej obietnicy od przystąpienia do takiego systemu innych konsumentów;
- 3) większość dochodów pozwalających sfinansować obiecane konsumentom wynagrodzenie nie może być wynikiem rzeczywistej działalności gospodarczej¹⁶¹.

Pomimo objęcia teżej praktyki wykładnią wyroku *4finance* oraz komentarzem wytycznych z 2016 r., pojęcie to nadal powoduje trudności interpretacyjne. Granica między legalnym systemem wielopoziomowym (ang. *multi-level model*) a zakazaną „piramidą” jest bowiem bardzo cienka. W sprawie *Nationale Loterij* Sąd Apelacyjny w Antwerpii wystosował pytanie prejudycjalne dotyczące interpretacji przesłanki trzeciej, a mianowicie, czy

159 Wyrok TSUE z 3 lutego 2021 r., C-922/19, *Stichting Waternet*, pkt 62.

160 Wyrok TSUE z 15 grudnia 2016 r., C-667/15, *Nationale Loterij*, pkt 35, ECLI:EU:C:2016:958.

161 Tamże, pkt 19 i przytoczony tam wyrok TSUE z 3 kwietnia 2014 r., C-515/12, *4finance*, pkt 20, ECLI:EU:C:2014:211.

pkt 14 załącznika I pozwala uznać praktykę handlową za system promocyjny typu „piramida” nawet w wypadku, gdy istnieje jedynie pośredni związek między świadczeniami wpłacanymi przez nowych członków takiego systemu a wynagrodzeniem pobieranym przez dotychczasowych członków¹⁶². Odpowiadając na to pytanie, Trybunał podkreślił, że tego typu system musi mieć strukturę piramidy w tym znaczeniu, że jego trwałość wymaga przystępowania coraz to większej liczby nowych uczestników celem sfinansowania wynagrodzeń wypłacanych dotychczasowym członkom, zatem uznanie danej praktyki za system promocyjny typu „piramida” wymaga, by przystępujący do takiego systemu wpłacali świadczenie finansowe, przy czym finansowanie wynagrodzenia, jakie konsument może otrzymać, jest uzależnione „przede wszystkim” (ang. *primarily*) lub „głównie” (ang. *mostly*) od świadczeń wpłaconych następnie przez nowych uczestników systemu¹⁶³. Stosując wykładnię literalną, TSUE wywiódł, że wymagany związek finansowy nie musi być jednak bezpośredni, albowiem przeciwna interpretacja tego przepisu mogłaby pozbawić go skuteczności, jako że wymóg bezpośredniego związku pozwalałby łatwo obejść bezwzględny zakaz obejmujący systemy promocyjne typu „piramida”¹⁶⁴. Trybunał powiązał również możliwość uznania danej praktyki handlowej za taki system promocyjny od ustalenia jego celu w postaci osiągnięcia zysku dla samego systemu, czyli dla podmiotów go promujących, a nie tylko dla graczy¹⁶⁵.

Wyrok w sprawie *Nationale Loterij* stanowi istotne doprecyzowanie wyinterpretowanych w wyroku *4finance* z pkt. 14 załącznika I do dyrektywy 2005/29 trzech kumulatywnych przesłanek zakazu systemu promocyjnego typu „piramida”. Dla TSUE bezsprzeczne bowiem pozostaje, że objęty trzecią przesłanką związek finansowy pomiędzy świadczeniami wpłacanymi przez nowych członków systemu a wynagrodzeniem pobieranym przez dotychczasowych członków nie musi być bezpośredni, musi być jednak niewątpliwy – istotne jest uznanie świadczeń wpłacanych przez nowych uczestników za znaczące lub główne. Ta szeroka interpretacja systemów piramidalnych jest, zdaniem TSUE, konieczna w świetle zmieniającej się rzeczywistości gospodarczej oraz niezbędna dla prawidłowej realizacji ochrony konsumenckiej. Zasadnicza różnica pomiędzy systemem „piramida” a legalnym modelem *multi-level* jest zatem taka, że „piramida” opiera się głównie na rekrutowaniu nowych członków, którzy wpłacają świadczenie finansowe, w mniejszym

162 Tamże, pkt 23-24.

163 Tamże, pkt 26-27, 29.

164 Tamże, pkt 30-31.

165 Tamże, pkt 33.

zakresie zaś na rzeczywistej działalności gospodarczej¹⁶⁶. Niemniej jednak, złożoność i nieprzejrzystość struktur niektórych systemów *multi-level* czyni tę odrębność wyjątkowo trudną do uchwycenia.

W sprawie *Peek & Cloppenburg KG*¹⁶⁷ Trybunał dokonał natomiast interpretacji praktyki handlowej objętej pkt. 11 załącznika I do dyrektywy 2005/29, zwanej powszechnie kryptoreklamą. Zgodnie z treścią tego przepisu, jest to działanie przedsiębiorcy obejmujące wykorzystywanie treści publicystycznej w środkach masowego przekazu w celu promocji produktu, w sytuacji gdy przedsiębiorca zapłacił za tę promocję, a nie wynika to wyraźnie z treści lub z obrazów, lub z dźwięków łatwo rozpoznawalnych przez konsumenta. Spór w postępowaniu głównym toczył się między dwiema niezależnymi spółkami P&C Düsseldorf i P&C Hambourg w kontekście publikacji w czasopiśmie *Grazia* artykułu stanowiącego ogłoszenie rozpoczęcia akcji promocyjnej przez P&C Düsseldorf, przy czym wskazana treść publicystyczna nie została wyraźnie określona jako reklama, choć w istocie ją stanowiła.

Sąd odsyłający miał wątpliwości co do uznania tego rodzaju akcji promocyjnej za kryptoreklamę, albowiem P&C Düsseldorf nie zapłaciła na rzecz przedsiębiorstwa wydawniczego z sektora medialnego kwoty pieniężnej jako wynagrodzenie za wspomnianą publikację, natomiast nieodpłatnie udostępniła mu zdjęcia objęte prawem autorskim stanowiące ujęcia lokali i produktów oferowanych do sprzedaży przez P&C Düsseldorf w ramach tej akcji promocyjnej. Trybunał miał zatem okazję, by jednoznacznie przesądzić, czy przesłanka zapłaty przewidziana w pkt. 11 zd. 1 załącznika I do dyrektywy 2005/29 obejmuje każdą formę usługi świadczenia spełnianego przez danego przedsiębiorcę i każdą przyznaną przez niego korzyść gospodarczą w celu opublikowania artykułu, a jeśli tak, to czy tego rodzaju świadczenie powinno być spełnione tytułem bezpośredniego wynagrodzenia za tę publikację.

Trybunał wskazał w pierwszej kolejności, że ochrona ujęta w treści tego przepisu konkretyzuje się w dziedzinie środków masowego przekazu, w tym mediów drukowanych, ponieważ nakłada na przedsiębiorstwa będące reklamodawcami obowiązek wyraźnego wskazania, że zapłaciły one za treść publicystyczną, jeżeli treść ta ma w założeniu promować produkt lub usługę tych przedsiębiorców¹⁶⁸. A zatem każda publikacja, na którą dany przedsię-

166 J. Vandenbulcke, *Lucky4all? Pyramid Schemes under UCPD. Observations on CJEU 15 December 2016, C-677/15 – Nationale Loterij*, „Journal of European Consumer and Marker Law” 2018, t. 7, nr 2, s. 77-78.

167 Wyrok TSUE z 2 września 2021 r., C-371/20, *Peek & Cloppenburg KG*.

168 Tamże, pkt 40.

biorca wywiera wpływ w swoim interesie handlowym, powinna być wyraźnie zasygnalizowana konsumentowi. W tym kontekście konkretna forma zapłaty, czy to w postaci kwoty pieniężnej, czy każdego innego rodzaju wynagrodzenia o charakterze majątkowym, nie ma znaczenia z punktu widzenia ochrony konsumenta i zaufania czytelników do neutralności prasy¹⁶⁹. Trybunał przywołał następnie stanowisko rzecznika generalnego M. Szpunara wyrażone w opinii, zgodnie z którym dokonywanie wykładni pojęcia zapłaty w rozumieniu tego przepisu w ten sposób, że miałoby ono wymagać zapłaty kwoty pieniężnej, nie odpowiadałoby realiom praktyki dziennikarskiej i reklamowej oraz pozabawiałoby w znacznej mierze wspomniany przepis jego skuteczności (fr. *effet utile*)¹⁷⁰. Konkludując, TSUE słusznie orzekł, że pkt 11 zd. 1 załącznika I do dyrektywy 2005/29 należy interpretować w ten sposób, że przedsiębiorca zapłacił w rozumieniu tego przepisu za promocję produktu w treści publicystycznej, w przypadku gdy przyznał wynagrodzenie o wartości majątkowej w związku z tą publikacją, czy to w formie zapłaty kwoty pieniężnej, czy to w każdej innej formie, jeżeli istnieje niewątpliwy związek między przyznaną w ten sposób zapłatą przez przedsiębiorcę a ową publikacją¹⁷¹. Trybunał zatem jednoznacznie podkreślił, że pojęcie zapłaty na potrzeby ustalenia przesłanek tzw. kryptoreklamy obejmuje nie tylko uiszczenie przez reklamodawcę konkretnej kwoty pieniężnej na rzecz wydawnictwa z tytułu publikacji treści zawierającej promocję produktów lub usług tego przedsiębiorcy, ale przyznanie każdej korzyści majątkowej bez względu na jej formę, np. poprzez dostawę towaru, usług itp. Co szczególnie istotne, TSUE uznaje za konieczne, by przedsiębiorca zapłacił za tę publikację „przynajmniej w części”, a zatem nie wymaga, by cena rynkowa zamieszczenia treści reklamowej została uiszczona w całości. Trybunał wyłączył tym samym obowiązek ustalenia ekwiwalentności obu świadczeń jako warunek niezbędny do uznania wyczerpania przesłanki zapłaty. Nie wskazał przy tym żadnej proporcji tejże zapłaty do wartości usługi przedsiębiorstwa wydawniczego, co może powodować w tym zakresie wątpliwości interpretacyjne sądów krajowych na gruncie konkretnych stanów faktycznych. Wydaje się jednak, że wpisane w treść tego przepisu ochrona konsumentów i zaufanie do neutralności prasy w powiązaniu ze zdrowym rozsądkiem wskazują na możliwość uznania za zapłatę przyznanie przez reklamodawcę nawet stosunkowo niewielkiej korzyści majątkowej na rzecz wydawcy, co oczywiście będzie podlegać weryfikacji w odniesieniu do konkretnych okoliczności

169 Tamże, pkt 41.

170 Tamże, pkt 42.

171 Tamże, pkt 50.

faktycznych danej sprawy. Trybunał przyłożył jednocześnie wagę do istnienia niewątpliwego związku między korzyścią majątkową po stronie wydawnictwa a treścią publicystyczną dotyczącą promocji produktów lub usług reklamodawcy. Związek ten przejawia się zasadniczo w tym, że w zamian za uiszczenie przez przedsiębiorcę zapłaty, ma on realny wpływ na treść publikacji oraz inne okoliczności dotyczące jej upowszechnienia za pomocą środków masowego przekazu. Dotyczy to w szczególności bezpłatnego udostępnienia przez tego przedsiębiorcę zdjęć objętych prawem autorskim, na których widoczne są lokale handlowe przedsiębiorcy i produkty oferowane przez niego do sprzedaży, albowiem takie udostępnienie ma wartość majątkową i ukierunkowane jest na promocję sprzedaży jego produktów¹⁷².

Sprawa *StWL Städtische Werke Lauf a.d. Pegnitz GmbH v eprimo GmbH*¹⁷³ stanowiła asumpt do interpretacji przez TSUE kolejnej nieuczciwej praktyki handlowej z tzw. czarnej listy, a mianowicie pkt. 26 załącznika I do dyrektywy 2005/29, zgodnie z którym agresywną praktyką handlową uznawaną za nieuczciwą w każdych okolicznościach jest uporczywe i niechciane namawianie do zakupu produktów przez telefon, faks, pocztę elektroniczną lub inne środki komunikacji na odległość, z wyjątkiem przypadków egzekwowania zobowiązań umownych, w zakresie uzasadnionym przez prawo krajowe. Z pytaniem prejudycjalnym wystąpił Federalny Trybunał Sprawiedliwości w Niemczech na tle sporu toczącego się między dwiema spółkami dostarczającymi energię elektryczną odbiorcom końcowym, StWL GmbH i eprimo GmbH, w przedmiocie praktyki reklamowej stosowanej przez eprimo GmbH, polegającej na wyświetlaniu w skrzynce odbiorczej użytkowników usługi prowadzenia bezpłatnego konta poczty elektronicznej wiadomości reklamowych w formie zbliżonej do prawdziwych wiadomości przesyłanych pocztą elektroniczną i w tym samym umiejscowieniu co one. Sąd odsyłający zastanawiał się w szczególności, czy działanie to stanowi uporczywe i niechciane namawianie do zakupu produktów użytkowników usługi prowadzenia konta poczty elektronicznej w rozumieniu pkt 26 załącznika I do dyrektywy 2005/29.

W powyższym kontekście Trybunał przesądził, że taką wiadomość reklamową należy uznać za kierowaną do danego użytkownika poczty elektronicznej bezpośrednio i indywidualnie, ponieważ pojawia się ona w skrzynce odbiorczej prywatnego konta danego użytkownika tej poczty, w prywatnym obszarze, do którego dostęp jest chroniony zastrzeżonym przezeń hasłem

172 Tamże, pkt 46.

173 Wyrok TSUE z 25 listopada 2021 r., C-102/20, *StWL Städtische Werke Lauf a.d. Pegnitz GmbH v eprimo GmbH*.

i w której spodziewa się on jedynie otrzymywać wiadomości zaadresowane doń indywidualnie¹⁷⁴. Nie ma przy tym znaczenia, czy reklamodawca, przygotowując technicznie przedmiotową wiadomość, zindywidualizował tego konkretnego odbiorcę, czy też reklama jest automatycznie wyświetlana przez serwery reklamowe w określonych wyznaczonych do tego obszarach w skrzynce odbiorczej poczty elektronicznej losowo wybranego użytkownika, albowiem efekty takiej wiadomości są podobne do efektów zindywidualizowanego marketingu bezpośredniego¹⁷⁵. Taka wiadomość reklamowa stanowi zatem namawianie użytkowników usługi poczty elektronicznej w rozumieniu pkt. 26 załącznika I do dyrektywy 2005/29¹⁷⁶. Nieistotne są w tym względzie takie właściwości tej wiadomości, jak ilość zajmowanej pamięci czy posiadane funkcje związane z jej przetwarzaniem np. brak możliwości jej archiwizacji, zmiany, przekazania jej dalej czy też odpowiedzi na nią¹⁷⁷.

W odniesieniu do przesłanki „uporczywości” namawiania do zakupu produktów TSUE wskazał, że w tym zakresie należy zbadać częstotliwość i regularność zachowań przedsiębiorcy w ograniczonym przedziale czasowym. Wysyłanie wiadomości reklamowych do skrzynek odbiorczych danych użytkowników trzykrotnie w ciągu miesiąca należy uznać, w ocenie TSUE, za uporczywe w rozumieniu pkt. 26 załącznika I do dyrektywy 2005/29¹⁷⁸. Z kolei oceniając „niechciany” charakter takiego działania reklamowego należy uwzględnić, czy użytkownik ten udzielił uprzednio zgody na wyświetlanie wiadomości czy też wyraził ewentualnie sprzeciw wobec takiego zabiegu reklamowego¹⁷⁹.

Z powyższego wynika, że TSUE łączy pojęcie „namawiania” z bezpośrednim i indywidualnym kierowaniem wiadomości reklamowych do użytkowników usługi prowadzenia konta poczty elektronicznej bez względu na aspekty techniczne wysyłania tych wiadomości – do zindywidualizowanego kręgu odbiorców, czy też losowo wybranych użytkowników, jeżeli wyświetlanie tych wiadomości następuje w formie zbliżonej do „zwykłych” wiadomości przesyłanych pocztą elektroniczną i znajduje się w tym samym miejscu co te ostatnie. Ponadto wyświetlanie tych wiadomości reklamowych musi mieć charakter wystarczająco częsty i regularny, by ocenić je jako uporczy-

174 Tamże, pkt 69.

175 Tamże, pkt 70.

176 Tamże, pkt 71.

177 Tamże, pkt 23, pkt 70.

178 Tamże, pkt 73.

179 Tamże, pkt 74.

we namawianie oraz występować w okolicznościach braku wyrażenia przez użytkownika zgody na wyświetlanie tej reklamy, by mogło zostać uznane za niechciane.

Wyrok *eprimo* stanowi zatem swoistą instrukcję udzieloną sądom krajowym w zakresie przesłanek wykładni elementów składowych nieuczciwej praktyki handlowej polegającej na uporczywym i niechcianym namawianiu do zakupu produktów. O ile pojęcia „niechciane” (ang. *unwanted*) i „namawianie” (ang. *solicitations*) poddają się – co do zasady – jasnym kryteriom interpretacyjnym, o tyle określenie „uporczywe” (ang. *persistent*) jako klauzula generalna może powodować w tym zakresie nieuniknione niejasności. Wszak już samo „namawianie” zakłada pewien rodzaj zachęcania czy przekonywania do czegoś, a zatem nie odnosi się jedynie do czynności jednorazowej. Wskazywać może na to dodatkowo fakt, że w angielskiej wersji językowej użyto liczby mnogiej – *solicitations*. Z kolei w „uporczywość” wpisuje się powtarzalność lub ciągłość, z którą jednak wiąże się pewna uciążliwość. Zatem uporczywe namawianie to kwalifikowana postać namawiania, nosząca z jednej strony cechy długotrwałości lub powtarzalności, z drugiej zaś dokuczliwości i niedogodności. Stąd istota klauzuli generalnej w powiązaniu z dynamicznym rozwojem gospodarki cyfrowej wymaga od orzeczników krajowych do pewnego stopnia znajomości nowych technologii oraz dokonywania oceny relacji konsumentów z biznesem z uwzględnieniem doświadczenia życiowego i logicznego rozumowania.

3. Podsumowanie

Podobnie jak w odniesieniu do analizowanego uprzednio zakresu podmiotowego zastosowania dyrektywy 2005/29, orzecznictwo TSUE z ostatnich pięciu lat dotyczące jej zakresu przedmiotowego objaśnia w pewnej mierze kluczowe pojęcia dyrektywy, wyznaczając tym samym kierunki ich interpretacji i w konsekwencji prowadząc do ujednolicania reguł.

Wykładni Trybunału w badanym okresie podlegały zarówno definicje z art. 2 dyrektywy 2005/29, jej przepisy szczegółowe, jak i zakazy z załącznika I. W części pytań prejudycjalnych powtarzała się kwestia wzajemnej relacji postanowień dyrektywy w aspekcie ich struktury piramidalnej i stopniowości potencjalnej nieuczciwości danej praktyki, a także zakresu unormowań dyrektywy 2005/29 w stosunku do aktów prawnych o charakterze sektorowym w sposób szczegółowy regulujących kwestie materialnoprawne ochrony konsumenta.

Na podstawie przedstawionego w tej części orzecznictwa TSUE można sformułować następujące wnioski. Po pierwsze, TSUE przyłożył szczególną wagę do centralnych pojęć dyrektywy „praktyka handlowa” i „produkt”, akcentując konieczność ich rozróżniania pomimo pozornie tożsamego zakresu. TSUE systematycznie zaznacza przy tym szeroki zakres „praktyki handlowej”, implikujący szeroki zakres stosowania dyrektywy. Zastrzega jednak, że uregulowanie krajowe może wchodzić w zakres stosowania dyrektywy 2005/29 jedynie wtedy, gdy zachowania, o których mowa w tym uregulowaniu krajowym, stanowią praktyki handlowe w rozumieniu tej dyrektywy, zaś usługi lub towary, których praktyki te dotyczą – produkt w znaczeniu objętym dyrektywą. Nie każde zatem naruszenie krajowego przepisu ograniczającego świadczenie usług będzie przedmiotem badania pod kątem obrazu postanowień dyrektywy 2005/29. Po drugie, TSUE podkreśla specyficzną strukturę dyrektywy 2005/29 wynikającą z przepisów o różnym charakterze, wymuszającą stosowanie w określonej kolejności krajowych przepisów implementujących dyrektywę. Według TSUE, w konkretnym stanie faktycznym należy najpierw przeanalizować tzw. czarną listę objętą załącznikiem I, następnie przepisy szczegółowe – tzw. małe klauzule generalne, a dopiero na końcu tzw. dużą klauzulę generalną. Po trzecie, orzecznictwo TSUE potwierdza, że praktyki handlowe wskazane w tzw. czarnej liście muszą być uznane w państwach członkowskich za nieuczciwe w każdych okolicznościach, z drugiej strony tylko te praktyki mogą być uznane za nieuczciwe bez przeprowadzania oceny na podstawie art. 5–9 dyrektywy 2005/29. Wprowadzone na podstawie dyrektywy 2019/2161, zmiany dyrektywy o nieuczciwych praktykach handlowych nie doprowadziły zasadniczo do zdezaktualizowania tez objętych najnowszym orzecznictwem TSUE w odniesieniu do zakresu przedmiotowego jej zastosowania, nie wyeliminowały też wielu wątpliwości interpretacyjnych.

Gdy przygotowywano niniejszy artykuł, na rozstrzygnięcie Trybunału oczekiwało pięć wniosków o wydanie orzeczenia w trybie prejudycjalnym. Pytania dotyczyły klauzuli generalnej i zaniechania wprowadzającego w błąd w rozumieniu art. 7 dyrektywy 2005/29 wobec braku udzielenia konsumentowi przez ubezpieczyciela lub ubezpieczającego oferującego ubezpieczenie na życie wymaganych informacji¹⁸⁰; definicji „przedsiębiorcy” w rozumieniu art. 2 lit. b dyrektywy 2005/29 w odniesieniu do osoby działającej w charak-

180 Por. wniosek o wydanie orzeczenia w trybie prejudycjalnym w sprawie C-143/20, <https://curia.europa.eu/juris/showPdf.jsf?text=&docid=226521&pageIndex=0&doclang=PL&mode=req&dir=&occ=first&part=1&cid=2792924> [dostęp: 16.09.2022].

terze pośrednika w związku z zakupem biletu przez konsumenta¹⁸¹; zakresu stosowania dyrektywy 2005/29 w odniesieniu do wprowadzającego w błąd wzorca umownego, który stanowi podstawę oferty sprzedażowej przygotowanej przez innego przedsiębiorcę, a więc nie jest bezpośrednio związany z wprowadzeniem produktu do obrotu oraz relacji tej dyrektywy do dyrektywy 93/13¹⁸²; zbadania warunku umownego, na podstawie którego ustalane jest wynagrodzenie adwokata przez odesłanie do tabeli opłat izby adwokackiej, która w zależności od przypadku przewiduje różne zasady ustalenia wynagrodzenia, o czym nie wspomniano ani w ofercie handlowej, ani we wcześniejszych informacjach, pod kątem możliwości uznania tego warunku za nieuczciwą praktykę handlową w rozumieniu dyrektywy 2005/29¹⁸³; oraz oceny zachowania kredytodawcy udzielającego wielokrotnie kredytów konsumentowi, który nie jest w stanie spłacać kredytów, tak iż powstaje w wyniku tego łańcuch kredytów, których kredytodawca konsumentowi faktycznie nie wypłaca¹⁸⁴.

Analiza orzecznictwa Trybunału w przedmiocie interpretacji dyrektywy o nieuczciwych praktykach handlowych z ostatnich pięciu lat jednoznacznie wskazuje, że wykładnia dyrektywy nie jest ani wyczerpująca, ani kompleksowa, zaś te jej obszary, które dotychczas uchodziły za wszechstronnie zbadane, niejednokrotnie wymagają adaptacji do dynamicznie rozwijającej się gospodarki cyfrowej. Niewątpliwie w wyniku pandemii COVID-19 znaczącej zmianie uległy społeczne wzorce konsumpcji i mobilności. Wprowadzane środki izolacji wywołały wzrost zapotrzebowania na usługi dostępu do technologii cyfrowych, skłaniając konsumentów do dokonywania za pośrednictwem internetu czynności wykonywanych dotychczas w świecie rzeczywistym, np. zwiększyła się popularność zakupów online oraz zainteresowanie udziałem w wydarzeniach sportowych lub kulturalnych za pośrednictwem systemów streamingowych¹⁸⁵.

181 Por. wniosek o wydanie orzeczenia w trybie prejudycjalnym w sprawie C-536/20, <https://curia.europa.eu/juris/showPdf.jsf?text=&docid=235043&pageIndex=0&doclang=PL&mode=req&dir=&occ=first&part=1&cid=2794663> [dostęp: 16.10.2022].

182 Por. wniosek o wydanie orzeczenia w trybie prejudycjalnym w sprawie T-208/21, <https://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?text=&docid=242844&pageIndex=0&doclang=PL&mode=req&dir=&occ=first&part=1&cid=2796726> [dostęp: 16.09.2022].

183 Por. wniosek o wydanie orzeczenia w trybie prejudycjalnym w sprawie C-335/21, <https://curia.europa.eu/juris/showPdf.jsf?text=&docid=244801&pageIndex=0&doclang=PL&mode=req&dir=&occ=first&part=1&cid=2797879> [dostęp: 16.09.2022].

184 Por. wniosek o wydanie orzeczenia w trybie prejudycjalnym w sprawie C-598/21, <https://curia.europa.eu/juris/showPdf.jsf?text=&docid=249462&pageIndex=0&doclang=PL&mode=req&dir=&occ=first&part=1&cid=2798485> [dostęp: 16.09.2022].

185 Komunikat Komisji do Parlamentu Europejskiego i Rady: Nowy program na rzecz

To powoduje z kolei eskalację praktyk rynkowych naruszających interesy konsumentów. Abstrahując od dyskusyjności niektórych argumentów TS, omawiane orzeczenia są niezwykle istotne z punktu widzenia praktyków interpretujących prawo krajowe w świetle postanowień dyrektywy 2005/29, albowiem oprócz oczywistej wartości w postaci wiążącej wykładni niejednoznacznych jej postanowień, eksponują aktualne problemy sądów krajowych w procesie stosowania przepisów implementujących dyrektywę. Przyczyniają się także do rozwoju doktryny, ostatecznie poprzez formułowanie argumentów *a contrario*.

BIBLIOGRAFIA

Akty prawne

Dyrektywa 98/6/WE Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 16 lutego 1998 r. w sprawie ochrony konsumenta przez podawanie cen produktów oferowanych konsumentom, Dz.Urz. UE L 80 z 18.03.1998 r.

Dyrektywa 2005/29/WE Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 11 maja 2005 r. dotycząca nieuczciwych praktyk handlowych stosowanych przez przedsiębiorstwa wobec konsumentów na rynku wewnętrznym oraz zmieniająca dyrektywę Rady 84/450/EWG; dyrektywy 97/7/WE, 98/27/WE i 2002/65/WE Parlamentu Europejskiego i Rady oraz rozporządzenie (WE) nr 2006/2004 Parlamentu Europejskiego i Rady, Dz.Urz. UE L 149 z 11.06.2005 r., s. 22-39.

Ustawa z dnia 23 sierpnia 2007 r. o przeciwdziałaniu nieuczciwym praktykom rynkowym, t.j. Dz.U. 2017, poz. 2070.

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

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

konsumentów – Poprawa odporności konsumentów na potrzeby trwałej odbudowy, 16.11.2020, COM 2020/696, [https://ec.europa.eu/transparency/documents-register/detail?ref=COM\(2020\)696&lang=pl](https://ec.europa.eu/transparency/documents-register/detail?ref=COM(2020)696&lang=pl) [dostęp: 16.09.2022].

Orzecznictwo

Wyrok TSUE z 18 grudnia 2007 r., C-281/06, *Jundt*, ECLI:EU:C:2007:816.

Wyrok TSUE z 23 kwietnia 2009 r. w sprawach połączonych C-261/07 i C-299/07, *VTB-VAB i Galatea*, ECLI:EU:C:2009:244.

Wyrok TSUE z 14 stycznia 2010 r., C-304/08, *Plus Warenhandelsgesellschaft*, ECLI:EU:C:2010:12.

Wyrok TSUE z 9 listopada 2010 r., C-540/08, *Mediaprint Zeitungs und Zeitschriftenverlag*, ECLI:EU:C:2010:660.

Wyrok TSUE z 12 maja 2011 r., C-122/10, *Ving Sverige*, ECLI:EU:C:2011:299.

Wyrok TSUE z 19 września 2013 r., C-435/11, *CHS Tour Services*, ECLI:EU:C:2013:574.

Wyrok TSUE z 17 października 2013 r., C-391/12, *RLvS*, ECLI:EU:C:2013:669.

Wyrok TSUE z 19 grudnia 2013 r., C-281/12, *Trento Sviluppo i Centrale Adriatica*, ECLI:EU:C:2013:859.

Wyrok TSUE z 3 kwietnia 2014 r., C-515/12, *4finance*, ECLI:EU:C:2014:211.

Wyrok TSUE z 16 kwietnia 2015 r. w sprawie C-388/13, *UPC Magyarország*, ECLI:EU:C:2015:225.

Wyrok TSUE z 7 lipca 2016 r., C-476/14, *Citroën Commerce*, ECLI:EU:C:2016:527.

Wyrok TSUE z 7 września 2016 r., C-310/15, *Deroo-Blanquart*, ECLI:EU:C:2016:633.

Wyrok TSUE z 26 października 2016 r., C-611/14, *Canal Digital Danmark*, ECLI:EU:C:2016:800.

Wyrok TSUE z 15 grudnia 2016 r., C-667/15, *Nationale Loterij*, ECLI:EU:C:2016:958.

Wyrok TSUE z 30 marca 2017 r., C-146/16, *DHL Paket*, ECLI:EU:C:2017:243.

Wyrok TSUE z 4 maja 2017 r., C-339/15, *Vanderborght*, ECLI:EU:C:2017:335.

Wyrok TSUE z 20 lipca 2017 r., C-357/16, *Gelvora*, ECLI:EU:C:2017:573.

Wyrok TSUE z 19 października 2017 r., C-295/16, *Europamur Alimentación*, ECLI:EU:C:2017:782.

Postanowienie TSUE z 26 października 2017 r., C-356/16, *Van Mol*, ECLI:EU:C:2017:809.

Wyrok TSUE z 25 lipca 2018 r., C-632/16, *Dyson*, ECLI:EU:C:2018:599.

Wyrok TSUE z 13 września 2018 r. w sprawach połączonych C-54/17 i C-55/17, *Wind Tre i Vodafone Italia*, ECLI:EU:C:2018:710.

Wyrok TSUE z 19 września 2018 r., C-109/17, *Bankia*, ECLI:EU:C:2018:735.

Wyrok TSUE z 4 października 2018 r., C-105/17, *Kamenova*, ECLI:EU:C:2018:808.

Wyrok TSUE z 8 maja 2019 r., C-25/18, *Kerr*, ECLI:EU:C:2019:376.

Wyrok TSUE z 12 czerwca 2019 r., C-628/17, *Orange Polska*, ECLI:EU:C:2019:480.
Wyrok TSUE z 4 lipca 2019 r., C-393/17, *Kirschstein*, ECLI:EU:C:2019:563.
Wyrok TSUE z 5 grudnia 2019 r. w sprawach połączonych C-708/17 i C-725/17, *EVN Bulgarija Toplofikatsia i Toplofikatsia Sofia*, ECLI:EU:C:2019:1049.
Wyrok TSUE z 10 września 2020 r., C-363/19, *Mezina*.
Wyrok TSUE z 3 lutego 2021 r., C-922/19, *Stichting Waternet*, ECLI:EU:C:2021:91.
Wyrok TSUE z 2 września 2021 r., C-371/20, *Peek & Cloppenburg KG*, ECLI:EU:C:2021:674.
Wyrok TSUE z 25 listopada 2021 r., C-102/20, *StWL Städtische Werke Lauf a.d. Pegnitz GmbH v eprimo GmbH*, ECLI:EU:C:2021:954.

Dokumenty urzędowe

Dokument roboczy służb Komisji: Wytyczne dotyczące wykonania/stosowania dyrektywy 2005/29 w sprawie nieuczciwych praktyk handlowych, towarzyszący dokumentowi: Komunikat Komisji do Parlamentu Europejskiego, Rady Europejskiego Komitetu Ekonomiczno-Społecznego i Komitetu Regionów: Kompleksowe podejście na rzecz żywienia transgranicznego handlu elektronicznego z korzyścią dla europejskich obywateli i przedsiębiorstw, Bruksela, 25.05.2016, SWD(2016)163 final, <https://eurlex.europa.eu/legal-content/PL/TXT/HTML/?uri=CELEX:52016SC0163&from=PL> [dostęp: 16.09.2022].

Guidance on the implementation / application of Directive 2005/29/EC on unfair commercial practices, SEC(2009)1666, [https://ec.europa.eu/transparency/documents-register/detail?ref=SEC\(2009\)1666&lang=eng](https://ec.europa.eu/transparency/documents-register/detail?ref=SEC(2009)1666&lang=eng) [dostęp: 16.09.2022].

Opinia rzecznika generalnego N. Wahla w sprawie C-388/13, *UPC Magyarország*, ECLI:EU:C:2014:2323.

Opinia rzecznika generalnego P. Mengozziego przedstawiona w dniu 16 grudnia 2015 r. w sprawie C-476/14, ECLI:EU:C:2015:814.

Wniosek o wydanie orzeczenia w trybie prejudycjalnym w sprawie C-143/20, <https://curia.europa.eu/juris/showPdf.jsf?text=&docid=226521&pageIndex=0&doclang=PL&mode=req&dir=&occ=first&part=1&cid=2792924> [dostęp: 16.09.2022].

Wniosek o wydanie orzeczenia w trybie prejudycjalnym w sprawie C-536/20, <https://curia.europa.eu/juris/showPdf.jsf?text=&docid=235043&pageIndex=0&doclang=PL&mode=req&dir=&occ=first&part=1&cid=2794663> [dostęp: 16.10.2022].

Wniosek o wydanie orzeczenia w trybie prejudycjalnym w sprawie T-208/21, <https://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?text=&docid=242844&pageIndex=0&doclang=PL&mode=req&dir=&occ=first&part=1&cid=2796726> [dostęp: 16.09.2022].

Wniosek o wydanie orzeczenia w trybie prejudycjalnym w sprawie C-335/21, <https://curia.europa.eu/juris/showPdf.jsf?text=&docid=244801&pageIndex=0&doclang=PL&mode=req&dir=&occ=first&part=1&cid=2797879> [dostęp: 16.09.2022].

Wniosek o wydanie orzeczenia w trybie prejudycjalnym w sprawie C-598/21, <https://curia.europa.eu/juris/showPdf.jsf?text=&docid=249462&pageIndex=0&doclang=PL&mode=req&dir=&occ=first&part=1&cid=2798485> [dostęp: 16.09.2022].

Literatura

Duivenvoorde B., *The CJEU Decision in Citroën/ZLW: Ready for REFIT?*, „Journal of European Consumer and Market Law” 2017, t. 6, nr 2, s. 77-80.

Duivenvoorde B., *The Upcoming Changes in the Unfair Commercial Practices Directive: A Better Deal for Consumers?*, „Journal of European Consumer and Market Law” 2019, t. 8, nr 6, s. 219-228.

El-Hagin M., *Dyrektywa 2005/29/WE o nieuczciwych praktykach handlowych w świetle najnowszego orzecznictwa Trybunału Sprawiedliwości Unii Europejskiej*, cz. I, „Studia Prawnicze” 2021, nr 1, s. 123-169, <https://www.doi.org/10.37232/sp.2021d>.

Fernández Carballo-Calero P., *Aggressive Commercial Practices in the Case Law of EU Member States*, „Journal of European Consumer and Market Law” 2016, t. 5, nr 6, s. 255-261.

Jabłonowska A., *Fine Lines Between National Rules on „Products” and „Commercial Practices”: Judicial Déjà-vu in Case C-393/17 Kirschstein*, „Journal of European Consumer and Market Law” 2019, t. 8, nr 6, s. 244-246.

Keirsbilck B., *The UCPD’s Notion of “Commercial Practice”: UPC Magyarország*, „Common Market Law Review” 2016, t. 53, nr 2, s. 527-542.

Koolen C., *Vacuum Cleaner Energy Labels and Misleading Commercial Practices: EU Consumers Left in the Dust? A Case Annotation of C-632/16 Dyson Ltd v BSH Home Appliances NV*, „Journal of European Consumer and Market Law” 2019, t. 8, nr 2, s. 82-88.

- Kunkiel-Kryńska A., *Nowe rozwiązania prawa ochrony konsumenta w dyrektywie o nieuczciwych praktykach handlowych*, „Europejski Przegląd Sądowy” 2007, nr 8, s. 26-37.
- Lis-Zarrias K., *Ochrona konsumenta przed agresywnymi praktykami rynkowymi w świetle pytań prejudycjalnych SN w sprawie C-628/17 Orange Polska S.A.*, „Internetowy Kwartalnik Antymonopolowy i Regulacyjny” 2018, nr 6, s. 141-149, <https://ikar.wz.uw.edu.pl/images/numery/53/141.pdf> [dostęp: 16.09.2022].
- Maliszewska-Nienartowicz J., *Dyrektywa o nieuczciwych praktykach handlowych – pierwszy etap wspólnotowego prawa o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji?*, „Przegląd Prawa Handlowego” 2007, nr 1, s. 21-26.
- Mokrysz-Olszyńska A., *Rola kodeksów dobrych praktyk w ochronie konsumenta*, [w:] C. Banasiński (red.), *Ochrona konkurencji i konsumentów w Polsce i UE (studia prawnno-ekonomiczne)*, UOKiK, Warszawa 2005, s. 263-282.
- Namysłowska M., *Dziesięć lat dyrektywy 2005/29/WE o nieuczciwych praktykach handlowych*, „Europejski Przegląd Sądowy” 2016, nr 3, s. 4-9.
- Namysłowska M., *Kiedy przyznanie nagrody jest nieuczciwą praktyką handlową? Glosa do wyroku TS z dnia 18 października 2012 r., C-428/11*, „Europejski Przegląd Sądowy” 2013, nr 1, s. 42-48.
- Namysłowska M., *Oferta wiązana w świetle dyrektywy 2005/29/WE o nieuczciwych praktykach handlowych – glosa do wyroku TS z dnia 7.09.2016 r., C-310/15 Deroo-Blanquart*, „Europejski Przegląd Sądowy” 2017, nr 1, s. 38-32.
- Namysłowska M., *Znaczenie czarnej listy nieuczciwych praktyk handlowych – uwagi na tle orzecznictwa TS*, „Europejski Przegląd Sądowy” 2010, nr 8, s. 29-35.
- Namysłowska M., *Zwalczanie nieuczciwych praktyk handlowych na podstawie dyrektywy 2005/29/WE, cz. I*, „Przegląd Prawa Handlowego” 2007, nr 2, s. 34-38.
- Namysłowska M., *Zwalczanie nieuczciwych praktyk handlowych na podstawie dyrektywy 2005/29/WE, cz. II*, „Przegląd Prawa Handlowego” 2007, nr 3, s. 32-39.
- Sieradzka M., *Czynności windykacyjne jako produkt będący przedmiotem nieuczciwych praktyk rynkowych. Glosa do wyroku TS z dnia 20 lipca 2017 r., C-357/16*, LEX/el. 2017.
- Sieradzka M., *Ustawa o przeciwdziałaniu nieuczciwym praktykom rynkowym. Komentarz*, Wolters Kluwer, Warszawa 2008.
- Stanescu C.G., *Is the Unfair Commercial Practices Directive Fit to Effectively Tackle Abusive Debt Collection? A Critical Evaluation*, „Journal of European Consumer and Market Law” 2020, nr 6, s. 235-247.

Straetmans G., *Misleading Practices, the Consumer Information Model and Consumer Protection*, „Journal of European Consumer and Market Law” 2016, t. 5, nr 5, s. 199-210.

Vandenbulcke J., *Lucky4all? Pyramid Schemes under UCPD. Observations on CJEU 15 December 2016, C-677/15 – Nationale Loterij*, „Journal of European Consumer and Market Law” 2018, t. 7, nr 2, s. 74-78.



Dr Paweł Gacek

Komenda Główna Policji

ORCID: 0000-0001-6365-3146

p.gacek@wp.pl

**Usunięcie policjanta ze szkolenia zawodowego podstawowego
z uwagi na popełnienie przez niego czynu o znamionach
wykroczenia albo przewinienia dyscyplinarnego,
jeżeli popełnienie czynu jest oczywiste i uniemożliwia
jego udział w szkoleniu**

**Removal of the police officer from vocational basic training course
due to committing by him deed displaying the characteristics specified
under offence or disciplinary offence if commitment this deed is obvious
and makes it impossible for the police officer to remain in vocational
basic training course**

Abstract: This paper is entirely devoted to the issue of removal the police officer from vocational basic training course based on the paragraph 43 (3) (1) Regulation of the Minister of Internal Affairs and Administration of 19 June 2007 on the detailed conditions of vocational training and professional development in the Police. Attention was focused on premises which determine the application of this legal institution and discussed of its elements individually. There were also indicated the necessity to resolve service relationship with the police officer who was removed from vocational basic training course. Removal the police officer from vocational basic training course prevents re-referral his or her on this training course. On the other hand, the further employment the police officer who does not have vocational basic qualifications, and therefore

is unable to perform the service effectively, obviously violates the important service interest and determines to dismiss him or her based on Art. 41 (2) (5) Act on the Police.

Keywords: Police, police officer, student, service relationship, vocational basic training course, order to exclude a police officer from the group of students

Abstrakt: Artykuł został w całości poświęcony problematyce usunięcia policjanta ze szkolenia zawodowego podstawowego na podstawie § 43 ust. 3 pkt 1 rozporządzenia Ministra Spraw Wewnętrznych i Administracji z dnia 19 czerwca 2007 r. w sprawie szczegółowych warunków odbywania szkoleń zawodowych oraz doskonalenia zawodowego w Policji. Skoncentrowano uwagę na przesłance warunkującej zastosowanie tej instytucji oraz omówiono poszczególne jej elementy. Wskazano również na konieczność rozwiązania stosunku służbowego z policjantem usuniętym ze szkolenia zawodowego podstawowego. Usunięcie funkcjonariusza ze szkolenia zawodowego podstawowego uniemożliwia ponowne skierowanie go na to szkolenie. Z kolei dalsze zatrudnienie policjanta, który nie posiada kwalifikacji zawodowych podstawowych, a zatem niezdolnego do efektywnego pełnienia służby, w sposób oczywisty narusza ważny interes służby i determinuje zwolnienie go na podstawie art. 41 ust. 2 pkt 5 ustawy o Policji.

Słowa kluczowe: Policja, policjant, słuchacz, stosunek służbowy, szkolenie zawodowe podstawowe, rozkaz o wyłączeniu policjanta ze stanu słuchaczy

1. Zagadnienia wstępne

Policja, zgodnie z art. 1 ust. 1 ustawy z dnia 6 kwietnia 1990 r. o Policji¹, zobligowana jest do ochrony bezpieczeństwa ludzi oraz do utrzymywania bezpieczeństwa i porządku publicznego. Szczegółowy katalog zadań Policji został natomiast zamieszczony w art. 1 ust. 2 ustawy o Policji². Zadania Policji, polegające na zapewnieniu i utrzymaniu bezpieczeństwa i porządku publicznego, a zatem mające kluczowe znaczenie dla społeczeństwa, wymagają jednak zapewnienia rzeczywistych ich wykonawców. Są nimi funkcjonariusze Policji – policjanci, będący członkami tej organizacji. Zadań tych nie może bowiem

1 Ustawa z dnia 6 kwietnia 1990 r. o Policji, t.j. Dz.U. 2021, poz. 1882 ze zm.

2 Dodać tylko należy, że stanowi on wyłącznie swego rodzaju przykładową egemplifikację tych zadań, z czego wynika, że nie zawiera on wyczerpującego ich wyliczenia.

realizować osoba nieposiadająca statusu funkcjonariusza Policji (funkcjonariusza publicznego). Konieczne jest zatem zapewnienie właściwego doboru kandydatów do służby – przyszłych funkcjonariuszy, którzy byliby zdolni do pełnienia tej służby w sposób właściwy. Przydzielone funkcjonariuszowi zadania stanowią bowiem pewną część zadań komórki organizacyjnej, w której pełni on służbę. Z kolei suma zadań wykonywanych przez wszystkich funkcjonariuszy danej komórki jest świadectwem realizacji powierzonych jej zadań, natomiast suma zadań wszystkich komórek danej jednostki Policji świadczy o realizacji przez nią zadań. Czynności służbowe realizowane przez poszczególnych funkcjonariuszy na zajmowanych przez nich stanowiskach służbowych, tj. zadania cząstkowe, w szerszym aspekcie świadczą zatem o prawidłowym, właściwym, sprawnym i efektywnym wypełnieniu zadań wymienionych w art. 1 ustawy o Policji. W konsekwencji, w szerszym ujęciu, zadania realizowane przez poszczególnych policjantów są świadectwem wypełniania misji Policji.

Służba w Policji jest natomiast rodzajem służby publicznej. Funkcjonariusze tej formacji nie wykonują zwykłej pracy najemnej, jak to ma miejsce u większości grup zawodowych, których podstawą zatrudnienia jest stosunek pracy. Funkcjonariusze służb zmilitaryzowanych, w tym również funkcjonariusze Policji, działają bowiem nie tyle w interesie pracodawcy, ile wykonują powierzone im czynności w celu zapewnienia ładu, porządku i bezpieczeństwa publicznego. Niewłaściwe byłoby wobec tego wskazanie, że wykonują pracę (pracują), pełnią bowiem służbę (służą)³. Niewątpliwie nie są też pracownikami⁴. Stosunek zatrudnienia funkcjonariusza Policji jest *stricte* administracyjnoprawny⁵. Jest więc stosunkiem typu niepracowniczego. Charakterystycznymi cechami tego rodzaju stosunku są natomiast zwiększona

3 P. Korus [w:] A. Sobczyk (red.), *Kodeks pracy. Komentarz*, C.H. Beck, Warszawa 2020, Legalis, – komentarz do art. 2, teza 5 i tam powołany wyrok SN z 1 października 1977 r., I CR 530/77, niepubl.

4 Szerzej na temat podmiotów w stosunkach zatrudnienia w służbach zmilitaryzowanych – zob. M. Grześków, *Nawiązanie stosunków zatrudnienia w służbach zmilitaryzowanych*, C.H. Beck, Warszawa 2020, s. 59 i n.

5 Szerzej na temat stosunku służbowego – zob. T. Kuczyński, E. Mazurczak-Jasińska, J. Stelina, *Stosunek służbowy*, System Prawa Administracyjnego, t. 11, C.H. Beck, Warszawa 2011; P. Szustakiewicz, *Stosunki służbowe funkcjonariuszy służb mundurowych i żołnierzy zawodowych jako sprawa administracyjna*, Diffin, Warszawa 2012; W. Kotowski, *Ustawa o Policji. Komentarz*, Wolters Kluwer, Warszawa 2008, s. 380 i n.; M. Wieczorek, *Charakter prawny stosunków służbowych funkcjonariuszy służb mundurowych*, Wydawnictwo Adam Marszałek, Toruń 2017; P. Gacek, *Nawiązanie stosunku służbowego z funkcjonariuszem Policji*, „Administracja. Teoria – Dydaktyka – Praktyka” 2011, nr 2(23), s. 76 i n.

dyspozycyjność (co do czasu, miejsca oraz rodzaju wykonywanych czynności)⁶, zwiększony stopień podporządkowania wobec przełożonych (przełożonego właściwego w sprawach osobowych, bezpośredniego przełożonego, *etc.*), a także zaostrożona odpowiedzialność o charakterze dyscyplinarnym i porządkowym. Specyfika zatrudnienia w służbie publicznej, w tym w Policji, zobowiązuje zatem osobę – z którą nawiązywany jest stosunek służbowy i która wskutek tego nabywa przymiot funkcjonariusza publicznego (funkcjonariusza Policji) – do rezygnacji z niektórych praw i wolności, jakie posiadają inni członkowie społeczeństwa. Nie budzi jednak wątpliwości, że przedmiotowa rezygnacja ma źródło w dobrowolnym zgłoszeniu się do służby, a zatem w dobrowolnie złożonym przez osobę fizyczną oświadczeniu, w którym zobowiązuje się do poddania szczególnemu reżimowi panującemu w tego rodzaju organizacji⁷. Warto również podkreślić, że zobowiązanie to rozciąga się na cały okres trwania stosunku służbowego, a zatem obliguje osobę fizyczną tak długo, jak długo trwa to zatrudnienie (w Policji).

Co również istotne, powszechny dostęp do służby publicznej, w tym do służby w formacji, jaką jest Policja, nie oznacza istnienia mechanizmu umożliwiającego pełnienie tej służby przez każdą osobę, która zgłosi gotowość do wstąpienia do odpowiedniej organizacji zmilitaryzowanej. Powszechny dostęp do służby publicznej sprowadza się jedynie do stworzenia odpowiednich warunków ustanawiających wyłącznie równe szanse w ubieganiu się o przyjęcie do tej służby⁸. Ponadto nawet przyjęcie do takiej służby nie gwarantuje jeszcze nieograniczonego w czasie zatrudnienia w odpowiedniej formacji, niezależnego od okoliczności zaistniałych w trakcie trwania stosunku służbowego⁹. Mogą one bowiem, w sytuacji ich zaistnienia, determinować, a w niektórych

6 „Istotą służby w Policji jest m.in. dyspozycyjność jej funkcjonariuszy, a granice dyspozycyjności określone są przepisami ustawy oraz aktów wykonawczych” (wyrok NSA z 28 lutego 2019 r., I OSK 950/17, Legalis 1940424). W tym samym tonie wyrok WSA w Warszawie z 26 stycznia 2017 r., II SA/Wa 1457/16, Legalis 1722135. „Podstawowym elementem służby w Policji umożliwiającym wykonywanie zadań tej formacji jest zdyscyplinowanie i dyspozycyjność policjanta” (wyrok WSA w Warszawie z 7 listopada 2012 r., II SA/Wa 1353/12, Legalis 830125). „Służba w Policji jest szczególnym rodzajem służby publicznej podlegającej określonym rygorom i ograniczeniom, a warunkiem jej pełnienia jest dyspozycyjność, która polega na poddaniu się szczególnej dyscyplinie służbowej” (wyrok WSA w Krakowie z 23 sierpnia 2012 r., III SA/Kr 1483/11, Legalis 866455).

7 B. Opaliński, P. Szustakiewicz, *Policja. Studium administracyjnoprawne*, Elipsa, Warszawa 2013, s. 133.

8 Wyrok TK z 10 maja 2000 r., K 21/99, Legalis 47842.

9 Wyrok NSA z 9 lipca 2009 r., I OSK 1219/08, Legalis 225503.

przypadkach – obligować do zwolnienia funkcjonariusza ze służby¹⁰. Służba publiczna ma niewątpliwie charakter selekcyjny. Zobowiązuje do spełniania określonych warunków nie tylko kandydatów zgłaszających gotowość do jej pełnienia, określonych w art. 25 ust. 1 ustawy o Policji, ale również do permanentnego legitymowania się tymi przymiotami przez funkcjonariuszy w trakcie trwania stosunku służbowego, a więc w trakcie całego okresu zatrudnienia w Policji. Utrata któregośkolwiek z nich może natomiast skutkować, a w niektórych przypadkach obligatoryjnie skutkuje, koniecznością rozwiązania z funkcjonariuszem stosunku służbowego.

Jest to szczególnie istotne w kontekście nowo przyjętych funkcjonariuszy, którzy zobowiązani są do odbycia służby przygotowawczej. W jej trakcie policjanci nie tylko zobowiązani są do nabycia stosownych umiejętności i uzyskania odpowiednich kwalifikacji zawodowych, które umożliwią im właściwe i efektywne wykonywanie czynności służbowych, a tym samym pełnienie służby, ale przede wszystkim – do potwierdzenia, że posiadają wymagane pragmatyką służbową przymioty niezbędne do służby w formacji zmilitaryzowanej i zhierarchizowanej. Niektóre z wymogów zamieszczonych w art. 25 ust. 1 ustawy o Policji mają bowiem charakter ocenny. Uznanie, że kandydat do służby posiada nieposzlakowaną opinię lub zdolność do służby w formacjach uzbrojonych, podległych szczególnej dyscyplinie służbowej, której gotów jest się podporządkować, nie świadczy wobec tego o braku konieczności następczej weryfikacji tych przymiotów, tj. po przyjęciu do służby, w szczególności w trakcie trwania służby przygotowawczej. Służba ta stanowi niejako okres próby dla policjanta, w którym zostanie potwierdzone, iż jest on niezbędnym elementem tej formacji, za pomocą którego organizacja ta będzie właściwie wykonywać swoje ustawowe zadania. Celem służby przygotowawczej jest bowiem przygotowanie policjanta do jej pełnienia, wyszkolenie go oraz zbadanie jego przydatności do dalszego jej pełnienia na podstawie nie tylko nabytych w trakcie pełnionej służby kwalifikacji zawodowych, ale także oceny jego postawy etyczno-moralnej. Wyjątkowo istotnym, o ile nie najważniejszym, jej elementem są bowiem predyspozycje policjanta i jego charakter. Ma on wszak reprezentować organy władzy publicznej wobec członków społeczeństwa. Weryfikacja ta ma również zminimalizować prawdopodobieństwo ewentu-

10 Ustawa o Policji przewiduje bowiem podstawy do obligatoryjnego i fakultatywnego zwolnienia ze służby. Zostały one zamieszczone w art. 41 ust. 1–3 oraz w art. 38 ust. 4. Jest to katalog zamknięty (*numerus clausus*). Wynika z tego, że zwolnienie funkcjonariusza ze służby w Policji może nastąpić wyłącznie na jednej z podstaw zamieszczonych w pragmatyce służbowej.

alnego błędnego założenia lub niewłaściwej weryfikacji dokonanej w związku z przyjęciem kandydata do służby w Policji, w odniesieniu do posiadanych przez niego przymiotów jako przyszłego funkcjonariusza.

Z uwagi na powyższe, każdy nowo przyjęty do służby policjant kierowany jest do właściwej jednostki szkoleniowej celem odbycia szkolenia zawodowego podstawowego. Zgodnie z § 2 rozporządzenia Ministra Spraw Wewnętrznych i Administracji z dnia 19 czerwca 2007 r. w sprawie szczegółowych warunków odbywania szkoleń zawodowych oraz doskonalenia zawodowego w Policji¹¹ ma ono przygotować policjanta do wykonywania podstawowych zadań służbowych na stanowiskach, na których są wymagane kwalifikacje zawodowe podstawowe. Podkreślić również należy, że skierowanie nowoprzyjętego funkcjonariusza do służby ma, co do zasady, charakter obligatoryjny i następuje po przyjęciu do służby w Policji¹². Ukończenie szkolenia zawodowego podstawowego z wynikiem pozytywnym potwierdza nie tylko posiadanie przez niego kwalifikacji zawodowych podstawowych, a tym samym umożliwia przyjęcie, że jest zdolny do pełnienia służby i wykonywania w jej trakcie czynności służbowych, ale przede wszystkim umożliwia mianowanie go na inne stanowiska służbowe¹³.

11 Rozporządzenie Ministra Spraw Wewnętrznych i Administracji z dnia 19 czerwca 2007 r. w sprawie szczegółowych warunków odbywania szkoleń zawodowych oraz doskonalenia zawodowego w Policji, Dz.U. 2007 Nr 126, poz. 877 ze zm.

12 § 10 ust. 1 rozporządzenia MSWiA z 19 czerwca 2007 r. Pierwotnie policjant był kierowany na szkolenie podstawowe bezpośrednio po przyjęciu do służby. § 1 pkt 3 lit. a rozporządzenia Ministra Spraw Wewnętrznych i Administracji z dnia 6 kwietnia 2021 r. zmieniającego rozporządzenie w sprawie szczegółowych warunków odbywania szkoleń zawodowych oraz doskonalenia zawodowego w Policji (Dz.U. 2021, poz. 647) dokonano jednak zmiany § 10 ust. 1 rozporządzenia MSWiA z 19 czerwca 2007 r., skreślając słowo „bezpośrednio”. Jak się wydaje, ma to związek z koniecznością wyboru odpowiedniego szkolenia, o którym mowa w § 3 ust. 1-3 rozporządzenia, na które mają być skierowani nowo przyjęci policjanci, w zależności od nabytych już uprzednio przez nich kwalifikacji lub wykształcenia.

13 Zgodnie z § 1 pkt 5 rozporządzenia MSWiA z 19 czerwca 2007 r. kwalifikacjami zawodowymi podstawowymi lub wyższymi są odpowiednio: kwalifikacje zawodowe podstawowe lub wyższe, w rozumieniu przepisów w sprawie wymagań w zakresie wykształcenia, kwalifikacji zawodowych i stażu służby, jakim powinni odpowiadać policjanci na stanowiskach komendantów Policji i innych stanowiskach służbowych, oraz warunków ich mianowania na wyższe stanowiska służbowe. Kwestie te reguluje rozporządzenie Ministra Spraw Wewnętrznych i Administracji z dnia 19 czerwca 2007 r. w sprawie wymagań w zakresie wykształcenia, kwalifikacji zawodowych i stażu służby, jakim powinni odpowiadać policjanci na stanowiskach komendantów Policji i innych stanowiskach służbowych oraz warunków ich mianowania na wyższe stanowiska służbowe, Dz.U. 2007 Nr 123, poz. 857 ze zm. W tabeli nr 2 „Wymagania

Potwierdzeniem ukończenia szkolenia zawodowego podstawowego przez policjanta jest świadectwo ukończenia tego szkolenia¹⁴.

Istnieją jednak takie przypadki, które skutkują nieukończeniem szkolenia zawodowego podstawowego przez policjanta. Prawodawca przewidział bowiem, w rozporządzeniu MSWiA z 19 czerwca 2007 r., zwolnienie policjanta-słuchacza¹⁵ ze szkolenia (§ 43 ust. 1), usunięcie słuchacza ze szkolenia (§ 43 ust. 2 i 3), a także skreślenie słuchacza ze szkolenia (§ 43 ust. 4). Każdy z wymienionych instrumentów jest niezależny i niekonkurencyjny w stosunku do pozostałych. Każdy z nich może też zostać zastosowany wyłącznie po zmaterializowaniu się przesłanek objętych wskazanymi przepisami wymienionego wyżej aktu wykonawczego do ustawy o Policji. Każdy z nich wywołuje także odmienne konsekwencje. O ile bowiem zwolnienie policjanta ze szkolenia może powodować wznowienie szkolenia, w celu dokończenia przerwane szkolenia¹⁶ albo ponowne skierowanie celem odbycia pełnego szkolenia¹⁷, o tyle w sytuacji usunięcia albo skreślenia powrót taki nie jest możliwy. W tym ostatnim przypadku skreślenie słuchacza następuje w przypadku jego zgonu, wobec czego oczywistym jest, że okoliczność ta stanowi podstawę do ustania stosunku służbowego, a co za tym idzie, do ustania wszelkich obowiązków wynikających z jego treści, z uwagi na brak jednej z jego stron – funkcjonariusza Policji. W przypadku natomiast usunięcia słuchacza ze szkolenia, wznowienie albo ponowne skierowanie na takie szkolenie nie jest dopuszczalne z uwagi na wyraźne brzmienie § 46 ust. 2 rozporządzenia MSWiA z 19 czerwca 2007 r.

w zakresie wykształcenia, kwalifikacji zawodowych i stażu służby, jakim powinni odpowiadać policjanci na innych stanowiskach służbowych”, stanowiącej załącznik do tego rozporządzenia, w poz. 90 – zamieszczono stanowisko służbowe kursanta. Jest to jedyne stanowisko służbowe w Policji, na które mianowanie policjanta nie wymaga posiadania kwalifikacji zawodowych (podstawowych lub wyższych). Mianowanie policjanta na stanowisko wyższe niż kursanta wymaga co najmniej posiadania przez niego kwalifikacji zawodowych podstawowych.

- 14 Zawiera ono ogólny wynik nauki oraz ocenę z egzaminu końcowego (§ 42 ust. 1 rozporządzenia MSWiA z 19 czerwca 2007 r.). Absolwent szkolenia podstawowego otrzymuje świadectwo z wyróżnieniem, jeżeli uzyskał ocenę co najmniej bardzo dobrą z egzaminu końcowego i ogólnego wyniku nauki (§ 42 ust. 4). Wzory świadectw, o których mowa wyżej, określają załączniki do tego rozporządzenia.
- 15 Słuchaczem jest policjant odbywający szkolenie zawodowe lub doskonalenie centralne (§ 1 pkt 2 rozporządzenia MSWiA z 19 czerwca 2007 r.).
- 16 Jeżeli oczywiście zostaną spełnione przesłanki wskazane w § 45 ust. 1 rozporządzenia MSWiA z 19 czerwca 2007 r.
- 17 Jeżeli przerwa w szkoleniu trwa dłużej niż 12 miesięcy (§ 45 ust. 3 rozporządzenia MSWiA z 19 czerwca 2007 r.).

Zgodnie z tym przepisem policjanta usuniętego ze szkolenia podstawowego nie kieruje się ponownie na to szkolenie. Jak wynika z powyższego, usunięcie policjanta-słuchacza ze szkolenia zawodowego podstawowego uniemożliwia odbycie mu tego szkolenia, a tym samym uniemożliwia mu także uzyskanie kwalifikacji zawodowych podstawowych. Wskutek tego, policjant taki nie jest uprawniony do wykonywania podstawowych zadań służbowych na stanowiskach, na których są wymagane kwalifikacje zawodowe podstawowe. Oznacza to, że nie może również w sposób właściwy i efektywny pełnić służby. Usunięcie policjanta ze szkolenia zawodowego podstawowego wpływa zatem na status służbowy takiego policjanta.

Kwestie z tym związane nie były jak dotąd przedmiotem analizy w doktrynie, a są one istotne dla obu stron stosunku służbowego, ponieważ ich konsekwencje mogą doprowadzić do rozwiązania tego stosunku prawnego. Trudno jednak w ramach jednego tylko opracowania odnieść się do wszystkich aspektów związanych z tym zagadnieniem. Wobec powyższego dalsza jego część zostanie ograniczona do omówienia przesłanki zawartej w § 43 ust. 3 pkt 1 rozporządzenia MSWiA z 19 czerwca 2007 r., wskazania okoliczności warunkującej jej zmaterializowanie się, a także skutków, jakie w sferze służbowej policjanta wywołuje rozkaz o wyłączeniu go ze stanu słuchaczy szkolenia zawodowego podstawowego.

Należy jednocześnie zaznaczyć, że w praktyce wskazana przesłanka ma częste zastosowanie. Stąd też, z uwagi na daleko idące konsekwencje, jakie w sferze służbowej policjanta wywołuje jego usunięcie ze szkolenia zawodowego podstawowego, konieczne jest wykazanie, że w danych okolicznościach właśnie ta przesłanka ma zastosowanie. Każde działanie uprawnionego podmiotu winno bowiem odbywać się w granicach wytyczonych przez właściwe przepisy pragmatyki służbowej. Celem tego opracowania jest zatem precyzyjne wskazanie granic sfery, w jakiej uprawniony podmiot zyskuje kompetencje do podjęcia tego rodzaju działania. Jak już wcześniej zaznaczono, uprawnienie do usunięcia policjanta ze szkolenia zawodowego podstawowego na podstawie § 43 ust. 3 pkt 1 rozporządzenia MSWiA z 19 czerwca 2007 r. materializuje się wyłącznie po zaistnieniu przesłanki objętej tym przepisem. Rozporządzenie, o którym mowa, nie definiuje jednak pojęć wypełniających treść tej przesłanki. Tym samym konieczna jest szczegółowa analiza poszczególnych elementów wymienionego przepisu na podstawie innych przepisów pragmatyki służbowej, które pozwolą na zrekonstruowanie normy prawnej zawartej w § 43 ust. 3 pkt 1 rozporządzenia MSWiA z 19 czerwca 2007 r.

2. Możliwość usunięcia policjanta ze szkolenia zawodowego podstawowego na podstawie § 43 ust. 3 pkt 1 rozporządzenia z 19 czerwca 2007 r.

Jak już wcześniej zaznaczono, w treści rozporządzenia MSWiA z 19 czerwca 2007 r. został przewidziany szczególny instrument, który umożliwia usunięcie policjanta ze szkolenia zawodowego podstawowego. Co również istotne, prawodawca przewidział zarówno przypadki, gdy takie usunięcie jest obligatoryjne (§ 43 ust. 2 pkt 1–4), a także takie, które uprawniają do skorzystania z tego instrumentu (§ 43 ust. 3 pkt 1–2). Niezależnie od tego, czy usunięcie jest obligatoryjne czy fakultatywne, wymaga uprzedniego spełnienia określonych przesłanek. Przesłanki te zostały enumeratywnie wyliczone w § 43 ust. 2 oraz 3 rozporządzenia MSWiA z 19 czerwca 2007 r. Katalog ten ma charakter zamknięty (*numerus clausus*). Stanowisko przeciwne nie wytrzymuje krytyki. Gdyby intencją prawodawcy było jedynie wyszczególnienie najbardziej typowych przyczyn obligujących albo uprawniających do usunięcia policjanta ze szkolenia zawodowego podstawowego, a więc gdyby miało na celu stworzenie jedynie katalogu otwartego tych przesłanek, wówczas treść przepisów § 43 ust. 2 oraz 3 rozporządzenia MSWiA z 19 czerwca 2007 r. byłaby zgoła odmienna. Zasadne wydaje się, że pewna egzemplifikacja przesłanek mająca charakter otwarty (przykładowe ich wyliczenie) musiałaby zostać poprzedzona sformułowaniem „w szczególności” przed tym wyliczeniem. Niecelowym byłoby również tworzenie odrębnego katalogu przesłanek obligatoryjnego i fakultatywnego usunięcia policjanta ze szkolenia zawodowego podstawowego, skoro i tak można by usunąć policjanta ze szkolenia w sytuacji niewymienionej w przepisie określającym przesłanki do zastosowania instytucji obligatoryjnego albo fakultatywnego usunięcia. Z treści § 43 ust. 2 oraz 3 rozporządzenia bezsprzecznie wynika natomiast, że słuchacza usuwa się (bądź można usunąć) ze szkolenia, jeżeli wystąpiła co najmniej jedna przesłanka wymieniona w § 43 ust. 2 pkt. 1–4 lub ust. 3 pkt 1–2 wymienionego rozporządzenia. Zatem obligatoryjne usunięcie ze szkolenia może nastąpić wyłącznie po spełnieniu przesłanek enumeratywnie wymienionych § 43 ust. 2 rozporządzenia, a fakultatywne po spełnieniu przesłanek wymienionych w § 43 ust. 3. Zasadne również wydaje się stwierdzenie, że w sytuacji zmaterializowania się zarówno obligatoryjnej, jak i fakultatywnej podstawy uzasadniającej to usunięcie, prymat należy przyznać tej pierwszej, bowiem ona zobowiązuje do usunięcia policjanta ze szkolenia zawodowego podstawowego. Ma zatem charakter związany i nie pozostawia wyboru co do możliwości zastosowania tego instrumentu. W przypadku na-

tomiał łącznego wystąpienia co najmniej dwóch przesłanek obligatoryjnych, mogłyby one zostać kumulatywnie wskazane jako podstawy do takiego usunięcia. Analogicznie w sytuacji jednoczesnego wystąpienia co najmniej dwóch podstaw fakultatywnego usunięcia ze szkolenia zawodowego podstawowego.

Nie budzi jednak wątpliwości, że niezależnie od tego, czy usunięcie w danych okolicznościach następuje obligatoryjnie czy fakultatywnie, konieczne jest uprzednie potwierdzenie, że zmaterializowała się konkretna przesłanka warunkująca to usunięcie. Jedna z nich została zamieszczona w § 43 ust. 3 pkt 1 rozporządzenia MSWiA z 19 czerwca 2007 r. Zgodnie z tym przepisem słuchacza można usunąć ze szkolenia, jeżeli popełnił czyn o znamionach wykroczenia lub przewinienia dyscyplinarnego, jeżeli popełnienie czynu jest oczywiste i uniemożliwia jego udział w szkoleniu. Warto również zaznaczyć, że kursant może nie zostać usunięty ze szkolenia zawodowego podstawowego mimo wystąpienia przesłanki objętej tym przepisem. Skorzystanie z tego uprawnienia warunkuje natomiast kumulatywne spełnienie wymienionych tym przepisem warunków.

Podmiotem uprawnionym do usunięcia (zwolnienia lub skreślenia) policjanta słuchacza ze szkolenia jest Komendant–Rektor Wyższej Szkoły Policji w Szczytnie, komendant szkoły policyjnej albo komendant wojewódzki (Stołeczny) Policji właściwy dla ośrodka szkolenia Policji. Usunięcie (zwolnienie lub skreślenie) następuje w formie rozkazu o wyłączeniu ze stanu słuchaczy szkolenia (§ 44 ust. 1 rozporządzenia). Istotne jest także to, że rozkaz ten musi wskazywać podstawę prawną oraz datę i powód usunięcia ze szkolenia (§ 44 ust. 2 pkt 3 i 7). Rozkaz ten nie stanowi jednak kwalifikowanego aktu administracyjnego, jakim jest decyzja administracyjna. Nie podlega wobec tego weryfikacji w administracyjnym toku instancji ani na drodze sądowoadministracyjnej¹⁸. Kwestia usunięcia policjanta ze szkolenia zawodowego podstawowego nie stanowi zatem sprawy administracyjnej w rozumieniu art. 1 k.p.a.¹⁹ Należy również zaznaczyć, że w treści § 44 ust. 1 rozporządzenia MSWiA z 19 czerwca 2007 r. prawodawca celowo użył pojęcia „rozkaz” na określenie formy rozstrzygnięcia w tej

18 „Sprawy związane z podległością służbową pomiędzy przełożonym a podwładnym wyłączone są z zakresu przedmiotowego i podmiotowego k.p.a., co powoduje, że nie jest możliwe stwierdzenie nieważności rozkazu personalnego komendanta wojewódzkiego Policji w sprawie usunięcia policjanta ze szkolenia zawodowego oraz wyłączenia go ze stanu słuchaczy ośrodka szkolenia Policji i korzystanie ze środków zaskarżenia w administracyjnym toku instancji” (wyrok WSA w Warszawie z 18 maja 2017 r., II SA/Wa 201/17, Legalis 1631116).

19 Ustawa z dnia 14 czerwca 1960 r. – Kodeks postępowania administracyjnego, t.j. Dz.U. 2021, poz. 735 ze zm.

sprawie²⁰. Jest on szczególnego rodzaju poleceniem (rozkazem w rozumieniu art. 115 § 18 k.k.²¹, art. 141a ustawy o Policji²²) wydawanym służbowo przez uprawnionego przełożonego. Uprawnienie to jest wyrazem silnej podległości służbowej, cechującej formacje mundurowe, zorganizowane na zasadach hierarchiczności²³. Korzystanie przez podmiot, o którym mowa w § 44 ust. 1 rozporządzenia MSWiA z dnia 19 czerwca 2007 r., z przyznanego mu uprawnienia, tj. kompetencji związanej z określonym aspektem sfery wewnątrzsłużbowej policjanta, wynikającej ze stosunku nadrzędności (tego przełożonego wobec policjanta będącego jego podwładnym) i podległości służbowej (tego podwładnego wobec przełożonego), wynikającej z przyjętej w Policji hierarchicznej struktury organizacyjnej, wymaga wykorzystania ich w przyznanym przez przepisy granicach. Korzystanie z tych uprawnień nie może następować w sposób arbitralny i całkowicie dowolny, zwłaszcza, że instrumenty prawne, o których mowa – skutkujące usunięciem policjanta ze szkolenia zawodowego podstawowego, w konsekwencji oddziałują na jego status służbowy, w tym w szczególności mogą doprowadzić do

20 Nie użyto w tym przypadku pojęcia rozkaz personalny, który jest formą rozstrzygnięcia sprawy, stanowiącej sprawę osobową policjanta. Zgodnie z § 1 pkt 4 rozporządzenia Ministra Spraw Wewnętrznych z dnia 14 maja 2013 r. w sprawie szczegółowych praw i obowiązków oraz przebiegu służby policjantów, t.j. Dz.U. 2020, poz. 1113 ze zm. – sprawami osobowymi policjanta są sprawy związane z nawiązaniem, zmianą i rozwiązaniem stosunku służbowego oraz wynikającymi z jego treści prawami i obowiązkami policjantów. Te załatwiane są w formie rozkazu personalnego, o ile przepisy odrębne nie stanowią inaczej (§ 3 ust. 3). Przykładowy katalog spraw osobowych wskazano w § 3 ust. 1 rozporządzenia. Sprawy osobowe związane z nawiązaniem, zmianą lub rozwiązaniem stosunku służbowego są jednocześnie decyzjami administracyjnymi. Rozkazy personalne rozstrzygające sprawy osobowe, które nie kształtują stosunku służbowego nie są, co do zasady, kwalifikowanymi aktami administracyjnymi (szerzej na ten temat zob. W. Maciejko, A. Korcz-Maciejko, *Postępowanie w sprawach osobowych w Policji*, Gaskor, Wrocław 2010, s. 46 i n.). Rozkaz o wyłączeniu ze stanu słuchaczy nie kształtuje stosunku służbowego – nie modyfikuje go w żaden sposób. Odnosi on skutek wyłącznie w sferze wewnątrzsłużbowej funkcjonariusza – wpływa na jego status służbowy.

21 Ustawa z dnia 6 czerwca 1997 r. – Kodeks karny, t.j. Dz.U. 2021, poz. 2345 ze zm.

22 Szerzej na temat rozkazu i polecenia służbowego – zob. P. Gacek, *Niewykonanie rozkazu lub polecenia jako podstawa odpowiedzialności dyscyplinarnej funkcjonariusza Policji*, „Policja. Kwartalnik Kadry Kierowniczej Policji” 2018, nr 4, s. 32-47; P. Gacek, *Polecenie prokuratora wydane Policji na podstawie art. 15 § 1 k.p.k. (wybrane zagadnienia)*, „Czasopismo Prawa Karnego i Nauk Penalnych” 2018, nr 4, s. 81-105.

23 Policja jest formacją zmilitaryzowaną i zhierarchizowaną, wzorowaną na formacjach wojskowych. Model hierarchicznej struktury Policji został uregulowany w zarządzeniu nr 30 Komendanta Głównego Policji z dnia 16 grudnia 2013 r. w sprawie funkcjonowania organizacji hierarchicznej w Policji, t.j. Dz.Urz. KGP 2018, poz. 89 ze zm.

rozwiązania z nim stosunku służbowego. Podkreślić wobec tego należy, że podmiot, o którym mowa w § 44 ust. 1 rozporządzenia MSWiA z 19 czerwca 2007 r. zyskuje władztwo nad policjantem, ale nie ma ono charakteru nieograniczonego. Zobowiązany jest on wobec tego do wykazania, że podejmuje działanie polegające na korzystaniu z odpowiedniego instrumentu prawnego w granicach wytyczonych przez stosowny przepis prawa. Arbitralne i nieuzasadnione wykonywanie tego władztwa, a więc z przekroczeniem przyznanych kompetencji, stanowi w istocie działanie wykraczające poza granice przyznanych uprawnień, a tym samym jest ich przekroczeniem. Nie budzi również wątpliwości, że uprawniony podmiot samodzielnie dokonuje kwalifikacji okoliczności, które w jego ocenie materializują przesłankę, o której mowa w § 43 ust. 3 pkt 1 rozporządzenia MSWiA z 19 czerwca 2007 r. w sprawie szczegółowych warunków odbywania szkoleń zawodowych oraz doskonalenia zawodowego w Policji. Obliguje go to tym samym do wykazania, że spełniają one kryteria umożliwiające odpowiednie zakwalifikowanie zdarzenia, w którym uczestniczył dany funkcjonariusz jako wypełniającego dyspozycję normy prawnej wynikającej z § 43 ust. 3 pkt 1 rozporządzenia MSWiA z 19 czerwca 2007 r.

Podstawą do wydania rozkazu o wyłączeniu policjanta–słuchacza ze stanu słuchaczy szkolenia zawodowego podstawowego z powołaniem na § 43 ust. 3 pkt 1 rozporządzenia MSWiA z 19 czerwca 2007 r. jest popełnienie przez policjanta–słuchacza czynu o znamionach wykroczenia lub przewinienia dyscyplinarnego, jeżeli jego popełnienie jest oczywiste i uniemożliwia udział funkcjonariusza w szkoleniu. Nie budzi wątpliwości, że o tym, czy dany czyn wypełnia znamiona wykroczenia albo przewinienia dyscyplinarnego zawsze decyduje przepis prawa. Wykroczeniem, zgodnie z art. 1 § 1 i 2 k.w.²⁴ jest czyn społecznie szkodliwy i zabroniony przez ustawę obowiązującą w czasie jego popełnienia (bezprawny) pod groźbą kary aresztu, ograniczenia wolności, grzywny do 5 000 zł lub nagany (karalny) oraz zawiniony²⁵. Istotne jest jednak to, że § 43 ust. 3 pkt 1 rozporządzenia nie odwołuje się do popełnionego wykroczenia jako jednego z warunków, które materializują przesłankę uprawniającą do usunięcia policjanta–słuchacza ze szkolenia, ale do czynu, który wypełnia znamiona wykroczenia, czyli do czynu stanowiącego zachowanie o znamionach określonych w ustawie karnej jako wykroczenie (art. 47 § 1 k.w.). Należy również zaznaczyć,

24 Ustawa z dnia 20 maja 1971 r. – Kodeks wykroczeń, t.j. Dz.U. 2021, poz. 2008 ze zm.

25 „Określone w art. 1 § 1 i 2 k.w. podstawy odpowiedzialności za wykroczenie pozwalają ustalić elementy struktury, a w konsekwencji definicję tej kategorii czynu zabronionego” (P. Daniluk [w:] P. Daniluk (red.), *Kodeks wykroczeń. Komentarz*, Warszawa 2019, Legalis, teza 5).

że musi być to przepis rangi ustawowej²⁶. Nie ma natomiast znaczenia, czy opis czynu wypełniającego znamiona wykroczenia zamieszczony jest w k.w. albo w innym akcie prawnym rangi ustawy. Istotne jest, aby wypełniał on znamiona wykroczenia. Czyn wypełniający znamiona wykroczenia może być zarówno wykroczeniem umyślnym, jak i nieumyślnym, może polegać na dokonaniu, usiłowaniu, podżeganiu albo pomocnictwie w jego dokonaniu. Czyn ten może być popełniony samodzielnie lub wspólnie z innymi osobami, w tym w szczególności z innymi policjantami. Przesłanka zamieszczona § 43 ust. 3 pkt 1 rozporządzenia MSWiA z 19 czerwca 2007 r. może zostać spełniona zarówno w przypadku, gdy czyn wyczerpuje znamiona jednego wykroczenia, jak również wyczerpuje znamiona wielu wykroczeń określonych w dwóch lub więcej przepisach ustawy. W sytuacji natomiast zbiegu czynu o znamionach wykroczenia z czynem o znamionach przestępstwa umyślnego ściganego z oskarżenia publicznego materializuje się przesłanka z § 43 ust. 2 pkt 4. Przesłanka obligatoryjnego usunięcia ze szkolenia ma bowiem prymat przed fakultatywną. Z kolei przewinieniem dyscyplinarnym, zgodnie z art. 132 ust. 1 ustawy o Policji, może być zarówno naruszenie dyscypliny służbowej, jak też nieprzestrzeganie zasad etyki zawodowej. Naruszenie dyscypliny służbowej stanowi czyn policjanta polegający na zawinionym przekroczeniu uprawnień lub niewykonaniu obowiązków wynikających z przepisów prawa lub rozkazów i poleceń wydanych przez przełożonych uprawnionych na podstawie tych przepisów (art. 132 ust. 2). W art. 132 ust. 3 zamieszczono katalog czynów polegających na naruszeniu dyscypliny służbowej. Stanowi on jedynie pewnego rodzaju egemplifikację, a zatem nie zawiera wyczerpującego wyczerpania czynów będących przewinieniami dyscyplinarnymi, które polegają na naruszeniu dyscypliny służbowej. Nieprzestrzeganiem etyki zawodowej jest z kolei czyn naruszający normy zawarte w zarządzeniu nr 805 Komendanta Głównego Policji z dnia 31 grudnia 2003 r. w sprawie „Zasad etyki zawodowej policjanta”²⁷. Co również istotne, zasady etyki zawodowej policjanta wynikają z ogólnych wartości i norm moralnych uwzględniających specyfikę zawodu policjanta. Obowiązkiem policjanta jest natomiast przestrzeganie tych zasad (§ 1 ust. 1 i 2 załącznika do zarządzenia nr 805 KGP). W sytuacjach nieuregulo-

26 Wyrok SN z 20 października 2009 r., III KK 247/09, Legalis 288300; wyrok SN z 5 listopada 2009 r., III KK 269/09, Legalis 309940; wyrok SN z 20 października 2009 r., III KK 267/09, Legalis 453411; wyrok SN z 20 października 2009 r., III KK 283/09, Legalis 453418.

27 Zarządzenie nr 805 Komendanta Głównego Policji z dnia 31 grudnia 2003 r. w sprawie „Zasad etyki zawodowej policjanta”, Dz.Urz. KGP 2004 Nr 1, poz. 3.

wanych przepisami prawa lub nieujętych w zasadach etyki zawodowej policjant powinien kierować się zasadami współżycia społecznego i postępować tak, aby jego działania mogły być przykładem praworządności i prowadziły do pogłębiania społecznego zaufania do Policji (§ 2 załącznika). Analogicznie jak w poprzednim przypadku – tj. wykroczenia – warunek, o którym mowa w § 43 ust. 3 pkt 1 rozporządzenia MSWiA z 19 czerwca 2007 r. zostaje spełniony, jeśli czyn wypełni znamiona przewinienia dyscyplinarnego.

Skoro warunki stanowiące przesłankę z § 43 ust. 3 pkt 1 rozporządzenia zostają spełnione w sytuacji, gdy czyn wypełnia znamiona wykroczenia lub przewinienia dyscyplinarnego, to należy przyjąć, że nie chodzi o ustalenie, czy policjant-słuchacz popełnił dane wykroczenie lub przewinienie dyscyplinarne²⁸. Ustalenie natomiast, czy dany czyn wypełnia znamiona wykroczenia lub przewinienia dyscyplinarnego, sprowadza się do potwierdzenia, że mieści się on w dyspozycji określonej normy prawnej statuującej określonego rodzaju wykroczenie lub przewinienie dyscyplinarne. Zobowiązuje to do sięgnięcia do odpowiednich przepisów pragmatyki służbowej lub k.w. (bądź innych ustaw, w których zamieszczono przepisy przewidujące wykroczenia), celem ustalenia czy zaistniały stan faktyczny może zostać podciągnięty do danej normy prawnej statuującej konkretne wykroczenie lub przewinienie dyscyplinarne. Tym samym badając, czy zaistniała przesłanka, o której mowa w § 43 ust. 3 pkt 1 rozporządzenia nie bada się w szczególności aspektu zażenowania funkcjonariusza²⁹.

28 Ustalenie bowiem tych okoliczności zastrzeżone jest dla innych podmiotów, tj. sądu w przypadku wykroczenia, a także przełożonego dyscyplinarnego, o którym mowa w art. 133 ustawy o Policji. Rolą uprawnionego podmiotu jest natomiast, jak słusznie zauważa A. Korcz-Maciejko, przyrównanie stanu faktycznego do przepisu prawa opisującego znamiona czynu zabronionego oraz sformułowanie konkluzji, czy odpowiada on ustawowym znamionom, tj. wykroczenia lub przewinienia dyscyplinarnego. Por. W. Maciejko, A. Korcz-Maciejko, *Postępowanie...*, s. 320.

29 Por. z wyrokiem NSA z 16 stycznia 2020 r., I OSK 3076/18, Legalis 2287521, a także z wyrokiem NSA z 16 stycznia 2020 r., I OSK 3430/18, Legalis 2287525, w których sąd wskazał, że w przepisie art. 41 ust. 2 pkt 8 ustawy o Policji sformułowanie „o znamionach przestępstwa” oznacza konieczność sięgnięcia do przepisów k.k. celem odkodowania dyspozycji danej normy karnej. Organ administracyjny, jak również sąd administracyjny nie są natomiast uprawnieni do badania winy funkcjonariusza i oceny, czy popełnił on przestępstwo. Rozważania te należy odnieść *per analogiam* do użytego w przepisie § 43 ust. 3 pkt 1 rozporządzenia MSWiA z 19 czerwca 2007 r. sformułowania „o znamionach wykroczenia albo przewinienia dyscyplinarnego”. Brak jest wobec tego, w kontekście tego przepisu, podstaw do badania winy funkcjonariusza i oceny czy popełnił on wykroczenie lub przewinienie dyscyplinarne.

Ustalenie, że czyn popełniony przez funkcjonariusza wypełnia znamiona wykroczenia lub przewinienia dyscyplinarnego, jest warunkiem koniecznym, lecz jeszcze niewystarczającym do usunięcia go ze szkolenia zawodowego podstawowego. § 43 ust. 3 pkt 1 rozporządzenia wymaga ponadto, by popełnienie tego czynu było oczywiste i uniemożliwiało dalszy udział policjanta w tym szkoleniu. Konieczne jest zatem wykazanie kumulatywnego spełnienia pozostałych warunków zamieszczonych w § 43 ust. 3 pkt 1. Tyimi warunkami są: oczywistość winy popełnionego przez policjanta czynu o znamionach wykroczenia lub przewinienia dyscyplinarnego oraz wskazanie, że wskutek jego popełnienia nie jest możliwe kontynuowanie przez niego szkolenia. Zaakcentowania także wymaga, że wykazanie jedynie uzasadnionego podejrzenia lub też wysokiego prawdopodobieństwa popełnienia przez funkcjonariusza (słuchacza) czynu o znamionach wykroczenia lub przewinienia dyscyplinarnego nie jest tożsame z oczywistością jego popełnienia³⁰, a tym samym nie stanowi jeszcze dostatecznej podstawy do podjęcia wobec niego decyzji, która skutkowałaby usunięciem go z tego szkolenia.

Odnosząc się do kryterium oczywistości, należy wskazać, że nie zostało ono zdefiniowane przez prawodawcę w rozporządzeniu. Należy jednak zaznaczyć, że w art. 41 ust. 2 pkt 8 ustawy o Policji zamieszczono – jako jedną z podstaw fakultatywnego zwolnienia policjanta ze służby w Policji – przesłankę, która odwołuje się do tego samego pojęcia, jakim jest „oczywistość”. Zgodnie z powołanym wyżej przepisem, policjant może być zwolniony ze służby w przypadku popełnienia przez niego czynu o znamionach przestępstwa albo przestępstwa skarbowego, jeżeli popełnienie czynu jest oczywiste i uniemożliwia jego pozostanie w służbie. Z uwagi na podobieństwo użytych w art. 41 ust. 2 pkt 8 ustawy o Policji oraz w § 43 ust. 3 pkt 1 rozporządzenia MSWiA z 19 czerwca 2007 r. pojęć i sformułowań, zasadne jest sięgnięcie do wymienionej podstawy umożliwiającej fakultatywne zwolnienie funkcjonariusza ze służby w Policji, w celu ustalenia desygatów pojęcia „oczywistość”, a następnie odniesienie *per analogiam* twierdzeń wypracowanych w kontekście tej podstawy zwolnienia do omawianej problematyki związanej z przesłanką fakultatywnego usunięcia kursanta ze szkolenia zawodowego podstawowego. Na marginesie zaakcentowania wymaga również to, iż na gruncie ustawy o Policji także nie zdefiniowano *expressis verbis* tego pojęcia, tj. w konkretnym przepisie. Jego znaczenie zostało natomiast wypracowane przez judykaturę³¹.

30 W. Maciejko, A. Korcz-Maciejko, *Postępowanie...*, s. 321; P. Szustakiewicz, *Stosunki...*, s. 290.

31 Wyrok NSA z 2 sierpnia 2016 r., I OSK 488/15, Legalis 1511831.

Popełnienie czynu o znamionach wykroczenia lub przewinienia dyscyplinarnego jest oczywiste, jeśli nie budzi wątpliwości³² ani to, że czyn spełnia znamiona wykroczenia lub przewinienia dyscyplinarnego, ani to, która osoba popełniła ten czyn, tj. policjant-słuchacz. Oczywisty to inaczej niewątpliwy, jaskrawy, bezsporny, bezsprzeczny, ewidentny, bezdyskusyjny, pewny, niebudzący wątpliwości³³. Tym samym oczywistość może być przyjęta wyłącznie w sytuacji, gdy wynika ona z ustalonych okoliczności faktycznych, a te są bezdyskusyjne, jaskrawe, widoczne od razu „na pierwszy rzut oka”, niewymagające dalszych dociekań lub też pogłębionych analiz danego przypadku, w kontekście wypełnienia przez dany czyn znamion wykroczenia lub przewinienia dyscyplinarnego³⁴. Ocena zdarzenia musi być zatem przekonująca. Możliwa jest ona w szczególności w tych sytuacjach, gdy sprawca czynu został złapany na gorącym uczynku lub przyznał się do jego popełnienia³⁵, a także w sytuacjach gdy z innych okoliczności zdarzenia można w sposób niesprzeczny i niebudzący wątpliwości ustalić, że dany czyn wypełniający znamiona wykroczenia lub przewinienia dyscyplinarnego został popełniony przez indywidualnie wskazaną osobę³⁶. Oczywistość nie będzie miała natomiast miejsca, jeśli ocena będzie wynikiem następczej analizy zebranego materiału dowodowego w sprawie³⁷.

Warto także podkreślić, że „oczywistości” nie można w żadnym przypadku odnosić do ustaleń lub decyzji procesowych zaistniałych w postępowaniu w sprawie o wykroczenie lub w postępowaniu dyscyplinarnym³⁸. Postępowania

32 B. Opaliński, P. Szustakiewicz, *Policja...*, s. 182.

33 *Oczywisty* [hasło], [w:] *Słownik Języka Polskiego*, <https://sjp.pwn.pl/szukaj/oczywisty.html> [dostęp: 11.11.2021].

34 Por. wyrok NSA z 29 stycznia 2020 r., I OSK 3707/18, Legalis 2286767; wyrok NSA z 27 marca 2019 r., I OSK 3151/18, Legalis 1901818; M. Nowikowska [w:] K. Chałbińska-Jentkiewicz, J. Kurek (red.), *Ustawa o Policji. Komentarz*, C.H. Beck Warszawa 2021, s. 434.

35 Przesłanka oczywistości nie może jednak być utożsamiana wyłącznie z przyznaniem się do popełnienia danego czynu przez policjanta-słuchacza. Ponadto może zaistnieć nawet wówczas, gdy nie przyznał się on do popełnienia danego czynu, ale oczywistość wynika z innych okoliczności zdarzenia. Por. wyrok NSA z 13 grudnia 2012 r., I OSK 735/12, Legalis 817456.

36 Por. wyrok NSA z 28 marca 2017 r., I OSK 624/16, Legalis 1637733; wyrok NSA z 28 listopada 2008 r., I OSK 1800/07, Legalis 182052; wyrok NSA z 24 października 2008 r., I OSK 1626/07, Legalis 207896.

37 „Możliwości przyjęcia oczywistości popełnienia czynu o znamionach przestępstwa nie można uzależniać od konieczności przeprowadzenia przez organ quasi-postępowania przygotowawczego” (Ł. Czebotar, Z. Gądzik, A. Łyżwa, A. Michałek, A. Świerczewska-Gąsiorowska, M. Tokarski, *Ustawa o Policji. Komentarz*, Wolters Kluwer Warszawa 2015, s. 428). Przedmiotową myśl można odnieść *per analogiam* do omawianej problematyki.

38 Ł. Czebotar, Z. Gądzik, A. Łyżwa, A. Michałek, A. Świerczewska-Gąsiorowska, M. Tokarski, *Ustawa...*, s. 428; M. Lew, *Policja*, [w:] W. Maciejko, P. Szustakiewicz

te rządzą się innymi regułami, a decyzje w nich zapadłe nie są relewantne z punktu widzenia przesłanki uzasadniającej usunięcie policjanta – słuchacza z kursu zawodowego podstawowego. Uznanie zatem czynu jako oczywistego z punktu widzenia przesłanki zawartej w § 43 ust. 3 pkt 1 rozporządzenia MSWiA z 19 czerwca 2007 r. w żaden sposób nie oddziałuje także na postępowanie dyscyplinarne lub postępowanie w sprawie o wykroczenie, ani nie determinuje decyzji tam podjętych. Uznanie danego zdarzenia jako oczywiście wypełniającego znamiona wykroczenia lub przewinienia dyscyplinarnego, w kontekście jednego z warunków materializujących przesłankę uzasadniającą usunięcie policjanta ze szkolenia zawodowego podstawowego, nie wymaga bowiem szczegółowego odtworzenia przebiegu sekwencji zdarzeń na podstawie całokształtu zgromadzonych w sprawie dowodów, jak to ma miejsce w wymienionych postępowaniach³⁹. Jest ono całkowicie pozostawione uznaniu właściwego podmiotu, o którym mowa w § 44 ust. 1 rozporządzenia⁴⁰. Muszą jednak one wynikać z konkretnych okoliczności danego zdarzenia, które *prima facie* można uznać jako oczywiste⁴¹. Okoliczności te zatem muszą potwierdzać istniejące dowody, które w sposób jednoznaczny wskazują na zmaterializowanie się przesłanki objętej § 43 ust. 3 pkt 1 rozporządzenia MSWiA z 19 czerwca 2007 r.⁴²

Kolejnym warunkiem (niezbędnym do zmaterializowania się podstawy usunięcia policjanta słuchacza ze szkolenia zawodowego podstawowego) stanowiącym jeden z elementów przesłanki zawartej w § 43 ust. 3 pkt 1, wymagającym kumulatywnego zaistnienia z poprzednio wymienionymi, jest konieczność wykazania, że popełniony przez policjanta-słuchacza czyn uniemożliwia jego dalszy udział w tym szkoleniu. W tym również przypadku prawodawca nie sprecyzował ani też nie wskazał okoliczności, które umożliwiałyby ustalenie, że stanowią przeszkodę dla dalszego uczestnictwa policjanta w szkoleniu. Przesłanka ta ma charakter klauzuli generalnej, czyli sformułowania o nieostrych granicach znaczeniowych. Niemniej jednak

(red.), *Stosunek służbowy w formacjach mundurowych*, C.H. Beck, Warszawa 2015, s. 44 – rozważania te odnoszą się do podstawy zwolnienia, o której mowa w art. 41 ust. 2 pkt 8 ustawy o Policji, ale można je odnieść *per analogiam* do omawianej problematyki.

39 Por. wyrok NSA z 8 stycznia 2016 r., I OSK 2035/14, Legalis 140997.

40 Por. wyrok NSA z 28 sierpnia 2008 r., I OSK 1246/07, Legalis 139651.

41 Por. wyrok NSA z 29 stycznia 2020 r., I OSK 3524/18, Legalis 2357238; wyrok NSA z 17 lipca 2018 r., I OSK 1371/17, Legalis 1823446.

42 Por. wyrok NSA z 7 sierpnia 2018 r., I OSK 2224/16, Legalis 1814484; a także M. Nowikowska [w:] *Ustawa...*, s. 434; K. Chałbińska-Jentkiewicz, J. Kurek (red.), P. Szustakiewicz, *Stosunki...*, s. 290.

nie może zostać pominięta w procesie podejmowania decyzji w stosunku do policjanta-słuchacza, który popełnił czyn o znamionach wykroczenia lub przewinienia dyscyplinarnego. Jest ona tak samo istotna jak wykazanie oczywistości popełnionego przez policjanta czynu, bowiem tylko spełnienie wszystkich warunków objętych przesłanką z § 43 ust. 3 pkt 1 r stanowi podstawę (pozwala) podjęcia rozstrzygnięcia wobec sprawcy, które na nowo określi jego status służbowy, tj. usunie go ze szkolenia zawodowego podstawowego, a tym samym wyłączy go z grona słuchaczy tego szkolenia. Nie budzi jednak wątpliwości, że mogą to być zarówno okoliczności o charakterze podmiotowym, a więc dotyczące *stricte* policjanta i posiadanych przez niego przymiotów (albo ich braku), jak również przedmiotowym, mającym związek z charakterem czynu, który zaistniał oraz jego związku z osobą kursanta, a także wpływu wymienionych okoliczności (elementów) na pozostałych słuchaczy, nie tylko uczestniczących w tym samym szkoleniu co policjant, który popełnił czyn, ale i innych odbywających inne szkolenia w szkole policyjnej lub ośrodku szkolenia Policji.

Nie oznacza to, że policjant musi być w każdym przypadku nieomylny, bowiem każde jego potknięcie może skutkować zwolnieniem go z kursu zawodowego podstawowego. Ustanowione przesłanki obligujące albo uprawniające do takiego zwolnienia stać się mają gwarancją zabezpieczenia interesu służby. Policjant, który nabędzie kwalifikacje zawodowe podstawowe, będzie również uprawniony do podejmowania czynności służbowych względem członków społeczeństwa. Skoro ma kontrolować innych w zakresie przestrzegania prawa i norm społecznych, sam musi być wzorem dla innych⁴³. Ochrona dobra służby ma zatem zabezpieczać przed ewidentnymi, niebudzącymi wątpliwości i skrajnymi incydentami, które stanowić będą przykład naruszenia podstawowych zasad, do przestrzegania których funkcjonariusz zobowiązał się składając rotę ślubowania⁴⁴, stanowiących dobitny przykład ich naruszenia, lekceważącego stosunku do nich, jak również do funkcji, którą pełni, a które immanentnie związane są z posiadanymi przymiotami niezbędnymi do służby w Policji. Ma to oczywiście, co zostało już zaakcentowane, kluczowe znaczenie w odniesieniu

43 Nie można także zapominać o tym, że przez działania funkcjonariuszy publicznych kształtuje się również obraz państwa i autorytet jego organów (wyrok TK z 10 kwietnia 2002 r., K 26/00, Legalis 53826).

44 „Zobowiązanie to nie jest tylko deklaracją, ale oznacza, że «policjant zobowiązany jest dochować obowiązków wynikających z rotę złożonego ślubowania»” (wyrok NSA z 10 lutego 2021 r., I OSK 1056/11, Legalis 448397). Zob. także wyrok NSA z 24 stycznia 2007 r., I OSK 664/06, Legali 657705.

do nowoprzyjętych funkcjonariuszy, którzy na samym początku swojej służby winni wykazywać się aktywnością w zakresie podnoszenia swojej świadomości prawnej, zwłaszcza, że stanowi to jeden z podstawowych ich obowiązków⁴⁵. Zatem nawet niedoświadczony w służbie funkcjonariusz nie może zasłaniać się niewiedzą. Należy podkreślić, że osoba wstępująca w szeregi Policji składa oświadczenie o dobrowolnym poddaniu się szczególnego rodzaju reżimowi, które zobowiązuje ją do posłuszeństwa i poddania się regułom obowiązującym w tej organizacji, zawartym nie tylko w przepisach powszechnie obowiązujących, ale także wewnętrznych, jak również w wydawanych rozkazach i poleceniach, które przełożeni lub policjanci starsi stopniem wydają wobec niej służbowo. Dotyczy to zatem m.in. takich zachowań, które stanowiłyby o oczywistym, a wobec tego niebudzącym wątpliwości złamaniu zasad obowiązujących w formacji mającej charakter hierarchiczny, które świadczyłyby ewidentnie o niechęci lub niemożności podporządkowania się szczególnemu reżimowi, tak charakterystycznemu dla formacji zmilitaryzowanych, w tym w szczególności polegających na naruszeniu przepisów określających zasady pobytu w szkole policyjnej lub w ośrodku szkolenia Policji, zarówno w czasie odbywania zajęć dydaktycznych, jak również poza służbą (w czasie wolnym od zajęć), właściwym uczestnictwie w tych zajęciach, obowiązku podnoszenia swoich umiejętności, etc. Kierunkowe działanie nastawione na łamanie tych reguł może niewątpliwie być świadectwem tego, że istnieją uzasadnione wątpliwości, czy policjant taki posiada przymioty niezbędne do służby w Policji, w tym nieposzlakowaną opinię, a także zdolność do służby w formacji uzbrojonej podległej szczególnej dyscyplinie służbowej, której gotów jest się podporządkować (art. 25 ust. 1 ustawy o Policji).

Warto także zaakcentować, co zostało już wcześniej powiedziane: usunięcie policjanta ze szkolenia zawodowego podstawowego skutkuje tym, że nie może on zostać na nie skierowany ponownie (§ 46 ust. 2 rozporządzenia MSWiA z 19 czerwca 2007 r.). Nieukończenie szkolenia zawodowego podstawowego powoduje, iż nie posiada on żadnych kwalifikacji zawodowych (nawet podstawowych). Nie może wobec tego zostać mianowany na inne stanowisko służbowe niż kursant – tylko to stanowisko nie wymaga posiadania żadnych kwalifikacji zawodowych (art. 34 ust. 1 ustawy o Policji w zw. § 1 rozporządzenia MSWiA z 19 czerwca 2007 r. w sprawie wymagań w zakresie wykształcenia, kwalifikacji zawodowych i stażu służby, jakim powinni odpowiadać policjanci na stanowiskach komendantów Policji

45 Zgodnie z § 22 załącznika do zarządzenia nr 805 Komendanta Głównego Policji z 31 grudnia 2003 r. – „policjant powinien stale doskonalić i uzupełniać swoją wiedzę oraz umiejętności zawodowe”.

i innych stanowiskach służbowych oraz warunków ich mianowania na wyższe stanowiska służbowe). Usunięcie policjanta ze szkolenia zawodowego podstawowego przed uzyskaniem przez niego kwalifikacji zawodowych podstawowych, jak również brak możliwości ponownego skierowania go na to szkolenie, wobec braku możliwości podejmowania i wykonywania przez niego podstawowych zadań służbowych, uniemożliwia w sposób oczywisty właściwe jego zagospodarowanie. Policjant taki niewątpliwie nie jest przydatny do służby, a to w sposób bezsprzeczny narusza ważny interes służby, a zarazem wypełnia przesłankę do rozwiązania z nim stosunku służbowego na podstawie art. 41 ust. 2 pkt 5 ustawy o Policji. Utrzymanie zatrudnienia takiego przedstawiciela władzy godzi w oczywisty sposób w wymienione wyżej dobro prawne, a w szerszym aspekcie sprzeczne jest także z interesem społecznym. Niemożność efektywnego wykorzystania funkcjonariusza w służbie skutkuje koniecznością zastąpienia go inną osobą, która będzie w stanie ukończyć szkolenie zawodowe podstawowe, a w dalszej kolejności, w ramach adaptacji zawodowej, będzie w stanie wykonywać podstawowe czynności służbowe w jednostce organizacyjnej Policji, w której będzie pełnić służbę. Odmienne stanowisko nie wytrzymuje krytyki, bowiem akcentowałoby wyłącznie element socjalny w zatrudnieniu funkcjonariuszy. W rzeczywistości zatrudnienie ma służyć realizacji zadań Policji. Formacja ta nie została bowiem utworzona w celu zatrudnienia policjantów, ale zatrudnienie ma umożliwić realizację zadań Policji przez członków tej organizacji. Uposażenie ma z kolei stanowić ekwiwalent za czas poświęcony na świadczenie służby oraz rekompensować pełną dyspozycyjność i gotowość do podjęcia czynności służbowych nawet z narażeniem życia lub zdrowia.

W sytuacji natomiast ustalenia nieprzydatności funkcjonariusza do dalszego pełnienia służby, mającej trwały charakter, konieczne jest przyznanie prymatu interesowi służby (dobru służby). Z uwagi na cele i zadania Policji góruje on nad partykularnym interesem samego policjanta. W interesie służby jest bowiem, by służbę pełnili wyłącznie ci policjanci, którzy są w pełni zdolni do realizacji zadań i celów stawianych przed tą formacją. Warto również zaznaczyć, że chociaż podstawa zawarta w art. 41 ust. 2 pkt 5 ustawy o Policji stanowi fakultatywną podstawę zwolnienia ze służby, a zatem umożliwia (a nie zobowiązuje) do zwolnienia funkcjonariusza, gdy wymaga tego ważny interes służby, to jednak wobec podniesionych argumentów, w sytuacji usunięcia policjanta ze szkolenia zawodowego podstawowego, decyzja o jego zwolnieniu jest bezsprzecznie koniecznością. Niewątpliwie brakuje podstaw do kontynuowania zatrudnienia z policjantem, który nie może i nie będzie mógł efektywnie pełnić służby.

Warto na marginesie zaznaczyć, że rozporządzenie MSWiA z 19 czerwca 2007 r. nie określa szczegółowo, w jaki sposób winny być dokumentowane okoliczności, które uzasadniałyby sporządzenie rozkazu o wyłączeniu policjanta-słuchacza ze stanu słuchaczy szkolenia zawodowego podstawowego. Nie może jednak budzić wątpliwości, że wydany w tym zakresie rozkaz winien posiadać swoje umocowanie w zgromadzonym materiale dowodowym. Ponadto, jak wynika wprost z § 44 ust. 2 pkt 3 i 7, powinien on nie tylko zawierać podstawę prawną usunięcia policjanta-słuchacza ze szkolenia, ale także powód tego usunięcia.

Przyczyny te powinny, jak się wydaje, znaleźć swoje odzwierciedlenie w uzasadnieniu rozkazu, które nie tylko świadczyłoby o tym, że przełożony wyjaśnił podwładnemu powody usunięcia ze szkolenia i wyłączenia go ze stanu słuchaczy, ale również to, że w sposób prawidłowy została zastosowana właściwa podstawa prawna uprawniająca tego przełożonego do skorzystania z przysługującego mu odpowiedniego instrumentu prawnego, w sytuacji zmateralizowania się przesłanki, która uprawnia go do podjęcia takiego działania wobec podwładnego. Należy przy tym podkreślić, że brak szczegółowych wskazań w pragmatyce służbowej odnoszących się do tego zagadnienia, w żadnej mierze nie zwalnia uprawnionego podmiotu od dokonania prawidłowych ustaleń, będących podstawą do podjęcia wyżej opisanego działania. Na przełożonym bowiem ciąży szczególny obowiązek dbałości o dobro służby, a więc powinien podejmować wyłącznie takie decyzje, które zabezpieczą ten interes we właściwy sposób⁴⁶. Ma to szczególne znaczenie w kontekście braku możliwości weryfikacji rozkazu o wyłączeniu podwładnego ze stanu słuchaczy szkolenia zawodowego podstawowego w administracyjnym toku instancji, jak również na drodze sądowoadministracyjnej. Każda sytuacja wymaga zatem analizy w ramach konkretnego studium przypadku i uwzględnienia wszystkich okoliczności mających wpływ na podjętą w stosunku do policjanta-słuchacza decyzji.

Podmiot, o którym mowa w § 44 ust. 1 rozporządzenia MSWiA z 19 czerwca 2007 r., zobligowany jest wobec tego do każdorazowego skontrolowania (autokontroli), czy podjęte przez niego rozstrzygnięcie nie tylko mieści się w granicach przyznanego mu uprawnienia, a przede wszystkim, czy dokonał właściwej subsumpcji normy prawnej, tj. czy ustalony przez niego stan faktyczny prawidłowo został podciągnięty pod odpowiednią normę prawną, bądź czy

46 Zob. w szczególności § 7 pkt 4 oraz § 11 pkt 1 i 3 zarządzenia nr 30 Komendanta Głównego Policji w sprawie funkcjonowania organizacji hierarchicznej w Policji, t.j. Dz.Urz. KGP 2018, poz. 89 ze zm..

pozostaje w oczywistej opozycji do tej normy. Jest to o tyle istotne, że rozkaz ten może stać się źródłem kolejnych decyzji personalnych w odniesieniu do policjanta, który został usunięty ze szkolenia zawodowego podstawowego, w tym decyzji o rozwiązaniu z nim stosunku służbowego.

W uzupełnieniu należy jedynie zaznaczyć, że brak podstaw do weryfikowania rozkazu o wyłączeniu policjanta-słuchacza ze stanu słuchaczy szkolenia zawodowego podstawowego nie oznacza, że nie podlega on żadnej kontroli. Skoro jest szczególnego rodzaju poleceniem służbowym, niewątpliwie może zostać uchylony lub zmieniony przez sam podmiot, który wydał taki rozkaz, tj. przez Komendanta-Rektora Wyższej Szkoły Policji w Szczytnie, komendanta szkoły policyjnej albo komendanta wojewódzkiego (Stołecznego) Policji właściwego dla ośrodka szkolenia Policji, jeśli uznają, że w danych okolicznościach został on wydany w sposób nieprawidłowy, a także zakwestionowany przez ich przełożonego. Zgodnie z art. 5 ust. 2 ustawy o Policji Komendant Główny Policji jest przełożonym wszystkich funkcjonariuszy Policji. Wskazana norma prawna stanowi wystarczającą podstawę prawną umożliwiającą Komendantowi Głównemu weryfikowanie tego rodzaju rozstrzygnięć, w ramach hierarchicznej struktury organizacyjnej Policji i hierarchicznego podporządkowania podwładnych wobec ich przełożonego. Komendant Główny jest wobec tego uprawniony do wydawania w stosunku do swoich podwładnych wiążących rozkazów i poleceń służbowych, w szczególności takich, które modyfikują albo uchylają wydawanie przez nich rozkazy lub polecenia służbowe⁴⁷. Na marginesie należy również dodać, że podjęcie działania przez uprawnione podmioty może nastąpić zarówno z ich własnej inicjatywy, jak również na wniosek funkcjonariusza, którego taki rozkaz dotyczy. Pragmatyka służbowa nie przewiduje w tej kwestii żadnych szczególnych wymogów⁴⁸.

Wydanie takiego rozkazu, jeśli jest źródłem uruchomienia z urzędu postępowania administracyjnego w sprawie zwolnienia policjanta ze służby w Policji na podstawie art. 41 ust. 2 pkt 5 ustawy o Policji, powinno być niewątpliwie uwzględnione w ustalonym przez organ administracyjny stanie faktycznym, jako okoliczność, która materializuje przesłankę umożliwiającą zwolnienie ze służby, gdy wymaga tego ważny interes służby. Zastrzec jednak należy, że

47 Może zatem w trybie nadzoru sprawowanego nad swoimi podwładnymi skorygować wydany przez nich rozkaz, jeśli w jego ocenie nie zmaterializowały się przesłanki uzasadniające danego przełożonego wymienione w § 44 ust. 1 rozporządzenia MSWiA z 19 czerwca 2007 r. do jego wydania.

48 Poza obowiązkiem zachowania drogi służbowej – zgodnie z § 4 zarządzenia nr 30 KGP z 16 grudnia 2013 r.

organ administracyjny nie może bezkrytycznie i bezrefleksyjnie przyjmować faktu usunięcia kursanta ze szkolenia zawodowego podstawowego tylko na podstawie wydanego rozkazu o usunięciu go ze stanu słuchaczy danego szkolenia, jako wyłącznie tej okoliczności, która determinuje przyjęcie, że naruszone zostało dobro prawne, jakim jest ważny interes służby, jeśli rozkaz ten pozostaje w oczywistej sprzeczności z ustalonym w sprawie stanem faktycznym, tj. został wydany z przekroczeniem nadanych uprawnionemu podmiotowi kompetencji.

3. Zakończenie

Jak zaznaczono na wstępie, służba publiczna ma charakter selekcyjny. Oznacza to, że nie każda osoba zgłaszająca gotowość do jej pełnienia musi zostać do niej dopuszczona. Nie każda również osoba przyjęta do służby ma zagwarantowane nieograniczone w czasie prawo zatrudnienia w odpowiedniej formacji, niezależnie od okoliczności zaistniałych w trakcie pełnionej przez nią służby. Służba publiczna nie jest bowiem zwykłą pracą najemną⁴⁹, ale, jak sama nazwa wskazuje, jest służbą dla społeczeństwa. Każdy funkcjonariusz publiczny powinien legitymować się określonego rodzaju przymiotami niezbędnymi do jej pełnienia. Przymioty te mają świadczyć o tym, że dana osoba jest z jednej strony uprawniona do reprezentowania wobec społeczeństwa odpowiedniej formacji, w której pełni służbę, z drugiej strony jego osoba musi budzić zaufanie i pogłębiać autorytet organizacji, którą reprezentuje.

Stąd też konieczność permanentnego weryfikowania przymiotów, jakimi musi legitymować się każdy funkcjonariusz. Ma to szczególne znaczenie w odniesieniu do nowo przyjętych funkcjonariuszy, którzy zobowiązani są do odbycia służby przygotowawczej. W tym okresie kierowani są na szkolenie zawodowe podstawowe, celem uzyskania nie tylko kwalifikacji niezbędnych do podjęcia podstawowych czynności służbowych, ale również w trakcie takiego szkolenia weryfikowana jest ich zdolność do służby w formacji zmilitaryzowanej podległej szczególnego rodzaju reżimowi, któremu dobrowolnie zobowiązali się poddać. Podlegają oni ocenie w wielu płaszczyznach, w tym m.in. badane są ich możliwości i zdolność do nabycia kwalifikacji zawodowych. Niemniej istotna jest także ocena ich postawy etyczno-moralnej. Podkreślenia bowiem wymaga, że funkcjonariusz posiadający odpowiednie kwalifikacje, a zatem zdolny do podejmowania czynności służbowych uprawniony jest do

49 W. Kotowski, *Ustawa...*, s. 380.

kontrolowania przestrzegania przepisów prawa przez członków społeczeństwa, a także reagowania na wszelkie objawy łamania przepisów prawa lub norm społecznych. Niewątpliwie tego rodzaju czynności mogą być wykonywane wyłącznie przez osoby posiadające wysokie kwalifikacje etyczno-moralne. Osoba egzekwująca przestrzeganie takich norm sama musi być zatem wzorem do naśladowania.

Nie budzi zatem wątpliwości, że wstępna weryfikacja przymiotów, którymi musi legitymować się policjant, dokonana w związku z przyjęciem do służby, nie kończy tego procesu. Jego kontynuacja odbywa się w toku pełnionej przez policjanta służby. Istotne jest również to, że szczególnie musi być ona zintensyfikowana jeszcze przed tym jak funkcjonariusz nabędzie kwalifikacje do podjęcia czynności służbowych, bowiem ich nabycie wiąże się z uzyskaniem określonych kompetencji, w tym do użycia środków przymusu bezpośredniego (a w szczególności do użycia broni palnej). Formacja, jaką jest Policja, musi natomiast utwierdzać społeczeństwo w przekonaniu, że uprawnienia, o których mowa, będą przysługiwać wyłącznie osobom o najwyższych kwalifikacjach, które nie będą ich nadużywać.

Ustanowienie w pragmatyce służbowej mechanizmów zobowiązujących albo umożliwiających usunięcie policjanta ze szkolenia, w tym ze szkolenia zawodowego podstawowego, stanowić ma m.in. gwarancję, że kwalifikacje uzyskane przez danych funkcjonariuszy zostały przydzielone osobie w pełni zdolnej do dalszej efektywnej służby. Zdarzenia materializujące przesłanki do obligatoryjnego lub fakultatywnego usunięcia policjanta ze szkolenia albo świadczą o braku zdolności danego przedstawiciela władzy do ich uzyskania, albo są wynikiem jego niewłaściwego zachowania. W niniejszym opracowaniu skoncentrowano się wyłącznie na jednej takiej przesłance zawartej w § 43 ust. 3 pkt 1 rozporządzenia MSWiA z 19 czerwca 2007 r., bowiem jest ona w praktyce jedną z częściej stosowanych podstaw uzasadniających usunięcie policjanta ze szkolenia zawodowego podstawowego.

Trudno w ramach tylko jednego opracowania odnieść się do wszystkich aspektów tego zagadnienia. Zwrócono wobec tego uwagę na warunki, jakie wypełniają tę przesłankę. Dopiero ich kompleksowe spełnienie umożliwia bowiem zastosowanie instytucji usunięcia policjanta ze szkolenia, a tym samym wydanie przez uprawniony podmiot rozkazu o wyłączeniu policjanta-słuchacza ze stanu słuchaczy tego szkolenia. Analiza tych warunków, a tym samym przesłanki określonej w wyżej wymienionym przepisie jest o tyle istotna, że w sytuacji nieukończenia szkolenia zawodowego podstawowego policjant nie uzyskuje kwalifikacji zawodowych podstawowych, a co za tym idzie, nie posiada uprawnień do podejmowania czynności służbowych. Nie może wobec tego efektywnie pełnić służby.

Z pola widzenia nie może zniknąć to, że popełnienie przez policjanta-słuchacza czynu o znamionach wykroczenia lub przewinienia dyscyplinarnego może świadczyć także o utracie przez niego nieposzlakowanej opinii lub o braku zdolności do służby w formacjach zmilitaryzowanych podległych szczególnej dyscyplinie. Skutkuje to koniecznością podjęcia wobec niego decyzji o jego zwolnieniu ze służby. Nieodpowiednie byłoby kontynuowanie z policjantem zatrudnienia, zwłaszcza że nie może on po usunięciu ponownie zostać skierowany na szkolenie zawodowe podstawowe, a nie mając kwalifikacji zawodowych podstawowych, nie może efektywnie pełnić służby. Niezgodne z przepisami pragmatyki służbowej byłoby również kontynuowanie stosunku służbowego z osobą niespełniającą wymogów do jej pełnienia. Nie budzi zatem wątpliwości, że usunięcie policjanta-słuchacza ze szkolenia zawodowego podstawowego pociąga za sobą także inne daleko idące konsekwencje, niż tylko samo usunięcie ze szkolenia. I chociaż podstawa zwolnienia zawarta w art. 41 ust. 2 pkt 5 ustawy o Policji uprawnia a nie zobowiązuje do zwolnienia policjanta, w sytuacji gdy wymaga tego ważny interes służby, to bezsprzecznie w sytuacji usunięcia policjanta-słuchacza ze szkolenia zawodowego podstawowego, jej zastosowanie jest koniecznością. Warto również zwrócić uwagę, że to działanie potwierdza okoliczność, że policjant został usunięty z tego szkolenia i to on winien być źródłem podjęcia wobec takiego policjanta kolejnych decyzji kadrowych.

Słabością rozwiązania przyjętego w pragmatyce służbowej jest brak określonej wprost stosownymi przepisami rozporządzenia procedury weryfikacji podjętego rozkazu o wyłączeniu policjanta-słuchacza ze stanu słuchaczy szkolenia. Niewątpliwie uprawniony podmiot może dokonać autokontroli i samodzielnie zmodyfikować uprzednio podjętą przez niego decyzję. Może tego dokonać również przełożony tego podmiotu. Z uwagi jednak na daleko idące konsekwencje, jakie może wywołać usunięcie policjanta ze szkolenia zawodowego podstawowego⁵⁰, wydaje się zasadne ustanowienie w pragmatyce służbowej *expressis verbis* pewnych instrumentów umożliwiających kontrolę takiego rozkazu. *De lege ferenda*, należałoby zastanowić się nad pewnym

50 Konsekwencje dla policjanta mogą oczywiście zaistnieć również w sytuacji usunięcia z innego rodzaju szkoleń, lecz w takich przypadkach istotne znaczenie będą miały przepisy regulujące odpowiedzialność dyscyplinarną – bowiem policjant, popełniając wykroczenie lub przewinienie dyscyplinarne, mimo usunięcia z określonego rodzaju szkolenia, może nadal pełnić służbę, bo posiada kwalifikacje zawodowe podstawowe. Reguły odpowiedzialności dyscyplinarnej są zatem wystarczającym instrumentem stanowiącym reakcję na popełniony przez niego czyn.

mechanizmem dwustopniowej kontroli takiego rozkazu. Umożliwiłoby to organowi administracyjnemu, prowadzącemu postępowanie administracyjne w sprawie zwolnienia ze służby na podstawie art. 41 ust. 2 pkt 5 ustawy o Policji, przyjęcie, że dwukrotnie zweryfikowany rozkaz o wyłączeniu policjanta ze stanu słuchaczy szkolenia zawodowego podstawowego został wydany przez uprawniony podmiot, a także na podstawie i w granicach przepisów prawa.

Bibliografia

Akty prawne

- Ustawa z dnia 14 czerwca 1960 r. – Kodeks postępowania administracyjnego, t.j. Dz.U. 2021, poz. 735 ze zm.
- Ustawa z dnia 20 maja 1971 r. – Kodeks wykroczeń, t.j. Dz.U. 2021, poz. 281 ze zm.
- Ustawa z dnia 6 kwietnia 1990 r. o Policji, t.j. Dz.U. 2021, poz. 1882.
- Ustawa z dnia 6 czerwca 1997 r. – Kodeks karny, t.j. Dz.U. 2021, poz. 2345 ze zm.
- Zarządzenie nr 805 Komendanta Głównego Policji z dnia 31 grudnia 2003 r. w sprawie „Zasad etyki zawodowej policjanta”, Dz.Urz. KGP 2004 Nr 1, poz. 3.
- Rozporządzenie Ministra Spraw Wewnętrznych i Administracji z dnia 19 czerwca 2007 r. w sprawie wymagań w zakresie wykształcenia, kwalifikacji zawodowych i stażu służby, jakim powinni odpowiadać policjanci na stanowiskach komendantów Policji i innych stanowiskach służbowych oraz warunków ich mianowania na wyższe stanowiska służbowe, Dz.U. 2007 Nr 123, poz. 857 ze zm.
- Rozporządzenie Ministra Spraw Wewnętrznych i Administracji z dnia 19 czerwca 2007 r. w sprawie szczegółowych warunków odbywania szkoleń zawodowych oraz doskonalenia zawodowego w Policji, Dz.U. 2007 Nr 126, poz. 877 ze zm.
- Rozporządzenie Ministra Spraw Wewnętrznych z dnia 14 maja 2013 r. w sprawie szczegółowych praw i obowiązków oraz przebiegu służby policjantów, t.j. Dz.U. 2020, poz. 1113 ze zm.
- Zarządzenie nr 30 Komendanta Głównego Policji z dnia 16 grudnia 2013 r. w sprawie funkcjonowania organizacji hierarchicznej w Policji, t.j. Dz.Urz. KGP 2018, poz. 89 ze zm.
- Rozporządzenie Ministra Spraw Wewnętrznych i Administracji z dnia 6 kwietnia 2021 r. zmieniającego rozporządzenie w sprawie szczegółowych

warunków odbywania szkoleń zawodowych oraz doskonalenia zawodowego w Policji, Dz.U. 2021, poz. 647.

Orzecznictwo

Wyrok SN z 1 października 1977 r., I CR 530/77, niepubl.

Wyrok TK z 10 maja 2000 r., K 21/99, Legalis 47842.

Wyrok TK z 10 kwietnia 2002 r., K 26/00, Legalis 53826.

Wyrok NSA z 24 stycznia 2007 r., I OSK 664/06, Legalis 657705.

Wyrok NSA z 28 sierpnia 2008 r., I OSK 1246/07, Legalis 139651.

Wyrok NSA z 24 października 2008 r., I OSK 1626/07, Legalis 207896.

Wyrok NSA z 28 listopada 2008 r., I OSK 1800/07, Legalis 182052.

Wyrok NSA z 9 lipca 2009 r., I OSK 1219/08, Legalis 225503.

Wyrok SN z 20 października 2009 r., III KK 247/09, Legalis 288300.

Wyrok SN z 20 października 2009 r., III KK 267/09, Legalis 453411.

Wyrok SN z 20 października 2009 r., III KK 283/09, Legalis 453418.

Wyrok SN z 5 listopada 2009 r., III KK 269/09, Legalis 309940.

Wyrok WSA w Krakowie z 23 sierpnia 2012 r., III SA/Kr 1483/11, Legalis 866455.

Wyrok WSA w Warszawie z 7 listopada 2012 r., II SA/Wa 1353/12, Legalis 830125.

Wyrok NSA z 13 grudnia 2012 r., I OSK 735/12, Legalis 817456.

Wyrok NSA z 8 stycznia 2016 r., I OSK 2035/14, Legalis 140997.

Wyrok NSA z 2 sierpnia 2016 r., I OSK 488/15, Legalis 1511831.

Wyrok WSA w Warszawie z 26 stycznia 2017 r., II SA/Wa 1457/16, Legalis 1722135.

Wyrok NSA z 28 marca 2017 r., I OSK 624/16, Legalis 1637733.

Wyrok WSA w Warszawie z 18 maja 2017 r., II SA/Wa 201/17, Legalis 1631116.

Wyrok NSA z 17 lipca 2018 r., I OSK 1371/17, Legalis 1823446.

Wyrok NSA z 7 sierpnia 2018 r., I OSK 2224/16, Legalis 1814484.

Wyrok NSA z 28 lutego 2019 r., I OSK 950/17, Legalis 1940424.

Wyrok NSA z 27 marca 2019 r., I OSK 3151/18, Legalis 1901818.

Wyrok NSA z 16 stycznia 2020 r., I OSK 3076/18, Legalis 2287521.

Wyrok NSA z 16 stycznia 2020 r., I OSK 3430/18, Legalis 2287525.

Wyrok NSA z 29 stycznia 2020 r., I OSK 3524/18, Legalis 2357238.

Wyrok NSA z 29 stycznia 2020 r., I OSK 3707/18, Legalis 2286767.

Wyrok NSA z 10 lutego 2021 r., I OSK 1056/11, Legalis 448397.

Literatura

- Chałbińska-Jentkiewicz K., Kurek J. (red.), *Ustawa o Policji. Komentarz*, C.H. Beck, Warszawa 2021.
- Czebotar Ł., Gądzik Z., Łyżwa A., Michałek A., Świerczewska-Gąsiorowska A., Tokarski M., *Ustawa o Policji. Komentarz*, Wolters Kluwer, Warszawa 2015.
- Daniluk P., *Kodeks wykroczeń. Komentarz*, C.H. Beck, Warszawa 2019, Legalis.
- Gacek P., *Nawiązanie stosunku służbowego z funkcjonariuszem Policji*, „Administracja. Teoria – Dydaktyka – Praktyka” 2011, nr 2(23), s. 68-93.
- Gacek P., *Niewykonanie rozkazu lub polecenia jako podstawa odpowiedzialności dyscyplinarnej funkcjonariusza Policji*, „Policja. Kwartalnik Kadry Kierowniczej Policji” 2018, nr 4, s. 32-47.
- Gacek P., *Polecenie prokuratora wydane Policji na podstawie art. 15 § 1 k.p.k. (wybrane zagadnienia)*, „Czasopismo Prawa Karnego i Nauk Penalnych” 2018, nr 4 s. 81-105.
- Grześków M., *Nawiązanie stosunków zatrudnienia w służbach zmilitaryzowanych*, C.H. Beck, Warszawa 2020.
- Kotowski W., *Ustawa o Policji. Komentarz*, Wolters Kluwer, Warszawa 2008.
- Kuczyński T., Mazurczak-Jasińska E., Stelina J., *Stosunek służbowy*, System Prawa Administracyjnego, t. 11, C.H. Beck, Warszawa 2011.
- Lew M., *Policja*, [w:] W. Maciejko, P. Szustakiewicz (red.), *Stosunek służbowy w formacjach mundurowych*, C.H. Beck, Warszawa 2015, s. 11-48.
- Maciejko W., Korcz-Maciejko A., *Postępowanie w sprawach osobowych w Policji*, Gaskor, Wrocław 2010.
- Opaliński B., Szustakiewicz P., *Policja. Studium administracyjnoprawne*, Elipsa, Warszawa 2013.
- Sobczyk A. (red.), *Kodeks pracy. Komentarz*, C.H. Beck, Warszawa 2020, Legalis.
- Szustakiewicz P., *Stosunki służbowe funkcjonariuszy służb mundurowych i żołnierzy zawodowych jako sprawa administracyjna*, Diffin, Warszawa 2012.
- Wieczorek M., *Charakter prawny stosunków służbowych funkcjonariuszy służb mundurowych*, Wydawnictwo Adam Marszałek, Toruń 2017.

Netografia

- Oczywisty [hasło], [w:] *Słownik Języka Polskiego*, <https://sjp.pwn.pl/szukaj/oczywisty.html> [dostęp: 11.11.2021].