

**INP
PAN**

P-295

**POLSKA AKADEMIA NAUK
INSTYTUT NAUK PRAWNYCH**

PL ISSN 0039-3312

Studia

PRAWNICZE

KWARTALNIK

W numerze:

- **Etyka w stosunkach międzynarodowych
– kilka refleksji**
- **Skutki wpisu prokury do rejestru przedsiębiorców**
- **Podstawowe problemy funkcjonowania swobody
przepływu usług i próba ich rozwiązania
w dyrektywie o usługach na rynku wewnętrznym**
- **Organizmy genetycznie zmodyfikowane
w amerykańskim prawie federalnym
na tle prawnoporównawczym**

**4(174)
2007**

**WARSZAWA 2008
WYDAWNICTWO NAUKOWE SCHOLAR**

**POLSKA AKADEMIA NAUK
INSTYTUT NAUK PRAWNYCH**

STUDIA PRAWNICZE

Zeszyt
4(174) 2007



WYDAWNICTWO NAUKOWE SCHOLAR
Warszawa 2008

KOMITET REDAKCYJNY

ANDRZEJ BIERĆ, MAŁGORZATA BOGOMILSKA-KRÓL, JANUSZ BORKOWSKI,
JERZY CIEMNIEWSKI, LECH GARDOCKI, WŁADYSŁAW CZAPLIŃSKI, EWA ŁĘTOWSKA,
MARIA KRUK-JAROSZ, MARIA MATEY-TYROWICZ, JOANNA MUCHA, JAN SKUPIŃSKI,
TADEUSZ SMYCZYŃSKI, ANDRZEJ SZAJKOWSKI, ELŻBIETA TOMKIEWICZ,
ROMAN WIERUSZEWSKI, ANDRZEJ WRÓBEL, MACIEJ ZIELIŃSKI

Redakcja:

ANDRZEJ BIERĆ	redaktor naczelny
TADEUSZ SMYCZYŃSKI	z-ca red. naczelnego
JOANNA MUCHA	sekretarz Redakcji

Adres Redakcji:

Instytut Nauk Prawnych PAN
ul. Nowy Świat 72, 00-330 Warszawa
Pałac Staszica
tel. 022 826 · 52 · 31 w. 181
fax 022 826 · 78 · 53
e-mail: inp@inp.pan.pl

**na stronie www.scholar.com.pl
można także kupić (oprócz zeszytów archiwalnych)
całe numery lub poszczególne artykuły
„Studiów Prawniczych” za lata 2006–2007**

Publikacja dofinansowana ze środków
Ministerstwa Nauki i Szkolnictwa Wyższego

Redakcja i korekta: Iwonna Olszewska-Głowińska
Wydawnictwo Naukowe SCHOLAR (*Stanisław Beczek*), ul. Krakowskie Przedmieście 62
00-322 Warszawa
tel./fax 022 828 · 95 · 63, 022 828 · 93 · 91, 022 826 · 59 · 21
e-mail: info@scholar.com.pl, scholar@neostrada.pl, www.scholar.com.pl
Nakład: 500 egz. + 20 egz.
Druk i oprawa: Paper & Tinta, Warszawa

SPIS TREŚCI

dr Agnieszka Szpak

Uniwersytet im. Mikołaja Kopernika, Toruń

<i>Etyka w stosunkach międzynarodowych – kilka refleksji.</i>	5
I. Poziomy występowania czynnika etycznego w stosunkach międzynarodowych	5
II. Prawo międzynarodowe a moralność międzynarodowa.	8
III. Przyczyny wzrostu znaczenia czynnika etycznego w stosunkach międzynarodowych.	10
IV. Rezultaty wzrostu czynnika etycznego	11
V. Przeshkody na drodze stałego postępu moralnego ludzkości	15
VI. Podsumowanie.	17
<i>The ethics in international relations – some reflections</i>	18

dr Jarosław Grykiel

Uniwersytet im. Adama Mickiewicza, Poznań

<i>Skutki wpisu prokury do rejestru przedsiębiorców .</i>	19
I. Wprowadzenie . . .	19
II. Jawność formalna	19
III. Jawność materialna	21
IV. Wiarygodność danych objętych wpisem.	33
V. Możliwość dysponowania odpisem z KRS jako dokumentem urzędowym poświadczającym umocowanie prokurenta	39
<i>The results of an entry of procuration into the Entrepreneurs' Register</i>	42

mgr Michał Strzelbicki

Uniwersytet im. Adama Mickiewicza, Poznań

<i>Podstawowe problemy funkcjonowania swobody przepływu usług i próba ich rozwiązania w dyrektywie o usługach na rynku wewnętrznym</i>	43
I. Swoboda przepływu usług w orzecznictwie Europejskiego Trybunału Sprawiedliwości	44
II. Dlaczego potrzebna jest dyrektywa usługowa?	51
III. Dyrektywa jako odpowiedź na potrzebę zapewnienia efektywności w swobodzie przepływu usług.	71
<i>Basic difficulties concerning the functioning of the freedom to provide services and an attempt to solve them in the Directive on services in the internal market .</i>	93

mgr **Maria Talik**

Uniwersytet Śląski, Katowice

***Organizmy genetycznie zmodyfikowane w amerykańskim prawie federalnym
na tle prawnoporównawczym***

95

I. Wprowadzenie 95

II. Ewolucja regulacji GMO w Stanach Zjednoczonych Ameryki . 96

III. Amerykański system regulacji GMO . 100

IV. Regulacja GMO w Kanadzie 113

V. Regulacja GMO w Argentynie. 118

VI. GMO w prawie Wspólnot Europejskich – kluczowe różnice
pomiędzy wspólnotowym oraz amerykańskim systemem regulacji . 124

VII. Zakończenie 129

***Genetically modified organisms in American federal law against
a comparative legal background***

131

Informacje dla Autorów

132

Warunki prenumeraty Ruch SA

133

AGNIESZKA SZPAK

**ETYKA W STOSUNKACH MIĘDZYNARODOWYCH
– KILKA REFLEKSJI**

Obserwując współczesne stosunki międzynarodowe, można zwątpić w istnienie w nich czynnika etycznego lub moralnego. Tytułem przykładu można wymienić politykę wielkich mocarstw, takich jak Stany Zjednoczone Ameryki Północnej, Chiny czy Rosja, a także państw, takich jak Iran, Syria, Korea Północna. Prawa człowieka są nadal naruszane, również przez państwa, które same uważają się za ostoję moralności, praworządności i praw człowieka właśnie; nadal wybuchają konflikty zbrojne, aczkolwiek częściej o charakterze niemiędzynarodowym. Wciąż niestety powtarzają się dramatyczne wydarzenia wyzute z czynnika etycznego, które wydawało się, że się już nie powtórzą, gdyż tak bardzo wstrząsnęły sumieniem ludzkości (Rwanda, Somalia, Kosowo, Czeczenia, Darfur, Afryka Subsaharyjska). Wszystko to zdaje się potwierdzać opinię amerykańskiego publicysty Sidneya Justina Harrisa, zgodnie z którą: „wiedza intelektualna jestaddytywna, podczas gdy wiedza moralna taką nie jest. Oznacza to, że każda generacja wie więcej niż poprzednia, nie postępuje jednak lepiej”¹. Jednak pomimo tych i innych wątpliwości czynnik etyczny jest w stosunkach międzynarodowych obecny, z zastrzeżeniem jednak, że na różnych etapach rozwoju tychże stosunków ta obecność jest mniej lub bardziej widoczna. Można raczej mówić o wahaniach w tym zakresie niż o stałym i nieprzerwanym postępie moralnym ludzkości.

**I. POZIOMY WYSTĘPOWANIA CZYNNIKA ETYCZNEGO
W STOSUNKACH MIĘDZYNARODOWYCH**

Należałoby zacząć od przedstawienia różnych poziomów, na których występuje czynnik etyczny. Po pierwsze, można o nim mówić na poziomie jednostki, i to zarówno polityka, dyplomaty, przywódcy, jak i obywatela. Ci pierwsi, tj. przywódcy, kierują się w swoich działaniach normami czy odczuciami moralnymi, a jak stwierdził Max Huber właściwe jest im rozpięcie między etyką przekonań a etyką odpowiedzialności². Natomiast obywatele tworzą większe społeczności, na poziomie których czynnik etyczny jest również obecny, bardzo często w po-

¹ Cytat za R. Kuźniar, *Prawa człowieka. Prawo, instytucje, stosunki międzynarodowe*, Warszawa 2002, s. 296.

² Ibidem, s. 282.

staci krajowej lub międzynarodowej opinii publicznej. Kolejny poziom to moralność państwowa, następnie międzynarodowa oraz sfera prawa międzynarodowego. Na tym tle pojawia się zagadnienie jedności i wielości systemów moralnych. Można w tym względzie wyróżnić dwa stanowiska. Zdaniem jednych autorów istnieje tylko moralność jednostkowa, gdyż adresatem norm moralnych są tylko osoby fizyczne. Tak więc w ramach określonych grup stosunki między jej członkami są oparte na moralności jednostkowej. Natomiast według innego poglądu grupy społeczne wytwarzają autonomiczne normy moralne. Można więc mówić o moralności klasowej, zawodowej czy państwowej³. Kilka uwag na temat poszczególnych poziomów.

Moralność państwowa stanowi autonomiczny system norm moralnych wytwarzany przez każde państwo⁴. Natomiast moralność międzynarodowa nie jest prostym zbiorem moralności państwowych, lecz odrębnym, autonomicznym systemem norm moralnych wspólnych państwom, kształtowanym przez te państwa⁵. Naturalnie państwo, jako pewien abstrakt, jest reprezentowane (personifikowane) przez swoich funkcjonariuszy. Najistotniejsza jest w tym przypadku moralność międzynarodowa, skoro tematem tego artykułu jest etyka w stosunkach międzynarodowych. Stanowi ona jeden z systemów normatywnych regulujących stosunki międzynarodowe obok prawa międzynarodowego, norm politycznych, prakseologii międzynarodowej czy norm kurtuazji międzynarodowej.

Można wskazać na różne definicje moralności międzynarodowej. Według J. Białocerkiewicza moralność międzynarodowa to zespół imperatywów moralnych, według których można dokonać oceny zachowania uczestników stosunków międzynarodowych w ich relacjach zewnętrznych. Innymi słowy, moralność międzynarodowa to zogniskowanie poglądów na to, co jest dobre, złe, słuszne, niesłuszne, sprawiedliwe lub niesprawiedliwe⁶. J. Gilas stwierdza, że całokształt norm etycznych tworzy pojęcie moralności międzynarodowej⁷. Powołuje się on również na definicję Louisa Garcia Ariasa – w znaczeniu szerokim i wąskim. W pierwszym moralność międzynarodowa to „zespół norm moralnych, które stosują się do stosunków różnych państw lub innych międzynarodowych osób prawnych między sobą, cudzoziemców ze względu na ich narodowość, jak również w stosunkach między państwem a cudzoziemcami”. W wąskim znaczeniu jest to „gałąź specjalnej moralności, która kieruje działaniami ludzi, szczególnie zaś rządzących, w stosunkach międzynarodowych”⁸. Jednak takie poszerzenie kręgu podmiotów moralności międzynarodowej (na jednostki, np. cudzoziemców) jest nieuzasadnione. Wydaje się, że analogicznie do podmiotowości w prawie międzynarodowym podmiotami moralności międzynarodowej powinny być pań-

³ J. Gilas, *Wstęp do nauki stosunków międzynarodowych*, Toruń 1975, s. 178.

⁴ Ibidem.

⁵ Ibidem, s. 179.

⁶ J. Białocerkiewicz, *Prawo międzynarodowe publiczne. Zarys wykładu*, Olsztyn 2005, s. 47.

⁷ J. Gilas, op. cit., s. 178.

⁸ Cytat za ibidem, s. 181.

stwa i organizacje międzynarodowe⁹. Natomiast na tle uczestnictwa jednostek w stosunkach międzynarodowych można wyróżnić moralność zawodową, czyli polityka, dyplomaty, funkcjonariusza organizacji międzynarodowej¹⁰.

Jak wskazuje J. Białocerkiewicz, „systemy normatywne są wysoce idiosynkratyczne, gdyż zarówno treść norm, jak i ich praktyczna aplikacja zależy od cech podmiotów systemu. Każdy z obowiązujących w praktyce systemów normatywnych dysponuje zespołem sankcji, które stosowane są wobec członka zbiorowości naruszającego reguły systemu”¹¹. System prawny dysponuje sankcją prawną¹², moralny (etyczny) – moralną (etyczną), a system norm politycznych – sankcją polityczną.

Czynnik etyczny jest obecny również w sferze prawa międzynarodowego, przede wszystkim w międzynarodowym prawie praw człowieka, w międzynarodowym prawie humanitarnym, różnych dokumentach ONZ czy orzeczeniach Międzynarodowego Trybunału Sprawiedliwości odwołujących się do elementarnych względów ludzkości czy zasad cywilizowanego świata. W dokumentach prawnomiędzynarodowych wielokrotnie odwoływano się do zasad moralności. Już w 1795 r. w projekcie Deklaracji zasad prawa międzynarodowego Henri Gregoire’a znaleźć można zapis, że węzłem, który łączy narody, jest moralność powszechna, a państwo winno postępować tak, jakby chciało, aby postępowano wobec niego oraz aby państwa świadczyły sobie w czasie pokoju jak najwięcej dobra, a w czasie wojny jak najmniej zła¹³. Następnie w Deklaracji w sprawie zniesienia handlu Murzynami z 1815 r. uznano taki handel za sprzeczny z zasadami moralności powszechnej. W 1907 r. została przyjęta IV Konwencja haska dotycząca praw i zwyczajów wojny lądowej, w której preambule znalazła się tzw. klauzula Martensa. Stanowi ona, że w sytuacjach nieuregulowanych ludność i strony wojujące pozostają pod opieką prawa narodów wynikającego ze zwyczajów ustalonych między cywilizowanymi narodami, z zasad humanitaryzmu oraz wymogów sumienia publicznego¹⁴. Również Traktat wersalski z 1919 r. w art. 227 zawierał odwołanie do moralności, kiedy stawiał w stan publicznego oskarżenia Wilhelma II Hohenzollerna o najwęższą obrazę moralności między-

⁹ Autorka pomija zagadnienie podmiotowości osób fizycznych w prawie międzynarodowym. Na ten temat zob. W. Góralczyk, *Pakty Praw Człowieka a podmiotowość prawnomiędzynarodowa jednostki*, „Przegląd Stosunków Międzynarodowych” 1979, nr 1; J. Białocerkiewicz, *Prawo międzynarodowe...*, op. cit., s. 140–142; W. Czapliński, A. Wyrozumska, *Prawo międzynarodowe publiczne. Zagadnienia systemowe*, s. 317–349.

¹⁰ Tak J. Gilas, op. cit., s. 182.

¹¹ J. Białocerkiewicz, *Sankcje Organizacji Narodów Zjednoczonych*, w: J. Symonides (red.), *Organizacja Narodów Zjednoczonych. Bilans i perspektywy*, Warszawa 2006, s. 127.

¹² Na temat tzw. sankcji totalnych, których zastosowanie pociąga za sobą ciężkie naruszenia praw człowieka i prawa humanitarnego, a w konsekwencji prowadzi do konfliktu aksjologicznego pomiędzy ideą porządku a ideą sprawiedliwości, zob. interesujący artykuł J. Białocerkiewicz, *Sankcje Organizacji Narodów Zjednoczonych*, w: J. Symonides (red.), *Organizacja...*, op. cit., s. 127–160.

¹³ Za J. Białocerkiewicz, *Prawo międzynarodowe...*, op. cit., s. 47.

¹⁴ Tekst IV Konwencji haskiej, w: M. Flemming, *Międzynarodowe prawo humanitarne konfliktów zbrojnych. Wybór dokumentów* (opracowanie i uzupełnienie M. Gaska, E. Mikos-Skuza), Warszawa 2003, s. 175–180.

narodowej i świętej powagi traktatów¹⁵. Z dokumentów współcześnie obowiązujących należy wymienić Kartę Organizacji Państw Amerykańskich z 1948 r. i statut Międzynarodowego Trybunału Sprawiedliwości z 1945 r. Karta w art. 17 potwierdza prawo każdego państwa do swobodnego rozwoju, lecz przy poszanowaniu praw jednostki i moralności powszechnej¹⁶. Natomiast art. 38(2) statutu MTS upoważnia Trybunał do rozstrzygania przedłożonych mu sporów *ex aequo et bono*, czyli zgodnie z zasadami słuszności i sprawiedliwości (za zgodą stron)¹⁷.

Można wskazać również na przykłady z orzecznictwa międzynarodowego. W orzeczeniu w *sprawie cieśniny Korfu* MTS odwołał się do „elementarnych względów ludzkości, nawet bardziej bezwarunkowych w czasie pokoju niż w czasie wojny”¹⁸, na których w przedmiotowej sprawie oparł obowiązek notyfikowania pól minowych w cieśninie. W opinii doradczej w *sprawie zastrzeżeń do Konwencji o zapobieganiu i karaniu zbrodni ludobójstwa z 1948 r.* MTS uznał ludobójstwo za sprzeczne z „prawem moralnym oraz duchem i celami Narodów Zjednoczonych”¹⁹.

II. PRAWO MIĘDZYNARODOWE A MORALNOŚĆ MIĘDZYNARODOWA

Idiosynkratyczność prawa międzynarodowego publicznego, jako jednego z systemów normatywnych regulujących stosunki międzynarodowe, staje się najbardziej wyraźna poprzez podanie jego cech szczególnych. Dla wskazania, co stanowi istotę prawa międzynarodowego, porównuje się je z prawem wewnętrznym i zauważa w tym kontekście, że nieodłącznym elementem prawa jest przymus zapewniający jego realizację. W porządku krajowym to państwo (przez organy wykonawcze) dysponuje środkami, które mają zapewnić przestrzeganie prawa. W systemie międzynarodowym nie ma zaś organu wykonawczego będącego w stanie wyegzekwować prawo międzynarodowe (mimo pewnych możliwości działania nie jest takim organem Rada Bezpieczeństwa ONZ). Mimo że nie każda norma prawnomiędzynarodowa jest zaopatrzona w sankcję, to jednak system tych norm jako całość już tak. Zresztą w prawie wewnętrznym również nie każda norma jest zaopatrzona w sankcję. W prawie międzynarodowym przymus może być użyty indywidualnie lub zbiorowo, ale są to wyjątkowe sytuacje ze względu na takie fundamentalne zasady prawa międzynarodowego jak zasada suwerennej równości państw, zakaz użycia siły, zakaz ingerencji w wewnętrzne sprawy innego państwa. Należy wyraźnie podkreślić, że podmiotami tego prawa są głównie suwerenne państwa.

¹⁵ Za J. Białocerkiewicz, *Prawo międzynarodowe...*, op. cit., s. 47.

¹⁶ Karta Organizacji Państw Amerykańskich dostępna <http://www.oas.org/juridico/English/charter.html> (24.02.07).

¹⁷ Statut Międzynarodowego Trybunału Sprawiedliwości w: A. Przyborowska-Klimczak, *Prawo międzynarodowe publiczne. Wybór dokumentów*, Lublin 2001, s. 33–47.

¹⁸ Orzeczenie MTS w *sprawie cieśniny Korfu* z 1949 r. dostępne http://www.icj-cij.org/icjwww/ices/icc/icc_ijudgment/icc_ijudgment_19490409.pdf.

¹⁹ Za W. Czapliński, A. Wyrzumska, op. cit., s. 20.

Warto się zastanowić w tym miejscu nad kwestią odróżnienia norm moralnych od prawnych. Zostały sformułowane trzy podstawowe koncepcje wyznaczające linię podziału między nimi. Zgodnie z pierwszą norma prawna ma charakter zewnętrzny, natomiast imperatyw moralny to przeżycie wewnętrzne. W stosunkach międzynarodowych zachowania ich uczestników zawsze jednak manifestują się zewnętrznie; zgodnie więc z tą teorią nie zostałoby zbyt dużo miejsca dla norm moralnych. Stosownie do drugiej koncepcji norma prawna może być podstawą postępowania sądowego lub arbitrażowego, a norma moralna nie. W tym przypadku należy pamiętać, że w prawie międzynarodowym postępowanie sądowe nie zdarza się często; nie ma obowiązkowego sądownictwa. Najbardziej adekwatna jest trzecia koncepcja – teoria L. Petrażyckiego, zgodnie z którą norma prawna ma charakter imperatywno-atrybutywny, a norma moralna tylko imperatywny. Tak więc w przypadku naruszenia normy prawnej podmiotowi, wobec którego ta norma została naruszona, przysługuje roszczenie, np. o przestrzeganie normy, o odszkodowanie, o zaprzestanie naruszenia, o ukaranie sprawcy etc.²⁰ Można takie rozróżnienie przeprowadzić na przykładzie obowiązku niesienia pomocy. Może on mieć podstawę w normie prawa (np. normie traktatowej, art. 5 Paktu Północnoatlantyckiego z 1949 r.) lub w imperatywie moralnym (np. udzielenie pomocy państwu dotkniętemu klęską żywiołową lub konfliktem zbrojnym albo w przypadku głodu). W pierwszym przypadku zaniechanie udzielenia pomocy stanowi naruszenie prawa i pociąga za sobą odpowiedzialność prawnomiędzynarodową państwa, natomiast w drugim przypadku nieudzielenie pomocy pociąga za sobą negatywną ocenę moralną.

Kolejne istotne zagadnienie to kwestia relacji między prawem międzynarodowym a moralnością międzynarodową. W tym przedmiocie istnieją trzy rodzaje powiązań, a mianowicie: 1) norma prawna może inkorporować normę moralną (dobre sąsiedztwo, dobra wiara, ochrona życia ludzkiego w prawie morza i prawie kosmicznym); 2) norma prawna może odsyłać do zasad moralnych w przypadku niepełnej regulacji (zasada słuszności i sprawiedliwości, naprawienie krzywd wyrządzonych w przeszłości, zasada humanitaryzmu, zasada słusznej reprezentacji geograficznej); 3) norma prawna może się posługiwać normą moralną jako regułą interpretacyjną (dobra wiara przy interpretacji traktatów)²¹.

W przypadku prawa międzynarodowego (a w zasadzie prawa w ogóle) moralność jest w stosunku do niego bardziej czynnikiem warunkującym niż przezeń warunkowanym, a tym samym prawo jest podporządkowane moralności w tym sensie, że wpływ moralności na prawo jest większy niż prawa na moralność. Można stwierdzić, że u podstawy prawa międzynarodowego leży norma moralna (dla H. Kelsena taką *Grundnorme* była *zasadapacta sunt servanda*), a wielu normom prawnym odpowiadają normy moralne²². Ponadto w sprzyjających okolicznościach norma moralna może się przekształcić w normę prawną, co się bardzo

²⁰ Na ten temat zob.: J. Białocerkiewicz, *Prawo międzynarodowe...*, op. cit., s. 48; J. Gilas, op. cit., s. 185.

²¹ J. Białocerkiewicz, *Prawo międzynarodowe...*, op. cit., s. 48.

²² J. Gilas, op. cit., s. 186.

często dzieje. Z kolei wpływ prawa międzynarodowego na moralność międzynarodową przejawia się przy okazji nadawania charakteru norm prawnym normom prakseologii międzynarodowej; w takim przypadku normy moralne są wypierane przez normy prawne (o charakterze prakseologicznym; np. instytucja wielkich mocarstw sprzeczna z zasadą równości państw). Nie można również określić prawa międzynarodowego jako pozytywnej moralności, co czynili tzw. negatorzy prawa międzynarodowego, wysuwając jako swój główny argument rzekomy brak sankcji w prawie międzynarodowym²³.

Fundamentalna kwestia dotyczy zgodności prawa z moralnością. Czy w sytuacji niezgodności normy prawnej z normą moralną ta pierwsza jest nieważna? Na tak postawione pytanie należy udzielić odpowiedzi negatywnej. Tego typu automatyzm w tym przypadku nie występuje. Prawidłowo ustanowione i promulgowane prawo nie zostaje uchylone tylko dlatego, że jest niezgodne z moralnością²⁴.

III. PRZYCZYNY WZROSTU ZNACZENIA CZYNNIKA ETYCZNEGO W STOSUNKACH MIĘDZYNARODOWYCH

Niektórzy badacze stosunków międzynarodowych stoją na stanowisku istnienia stałego rozwoju moralnego ludzkości, nawet jeśli widzą go jako tendencję, a nie zadowalający stan²⁵. Postęp ten należy raczej postrzegać jako opadającą i wznoszącą się linię; o stałym postępie trudno mówić, obserwując współczesne stosunki międzynarodowe. Czasami widoczne są regresy. Rażącym objawem takiego regresu są obecnie m.in. działania Stanów Zjednoczonych w ramach tzw. wojny z terroryzmem, w ramach której bezpodstawnie atakuje się inne państwa (Irak) oraz więzi arbitralnie i bez zapewnienia prawa do szybkiego i sprawiedliwego procesu setki, a być może tysiące osób, wśród których wiele to niewinni ludzie (obóz w Guantanamo Bay na Kubie, tajne więzienia CIA²⁶).

Jako przyczynę wzrostu znaczenia czynnika etycznego wskazać należy w pierwszym rzędzie rosnącą współzależność międzynarodową, która działa jak odstrasżające sprzężenie zwrotne, zniechęcając do nieetycznego postępowania. Takie postępowanie przestaje się opłacać i na dłuższą metę nie jest możliwe pro-

²³ J. Gilas, op. cit., s. 184; na temat sankcji w prawie międzynarodowym zob. J. Symonides, R. Bierzanek, *Prawo międzynarodowe publiczne*, s. 23–25 oraz J. Białocerkiewicz, *Prawo międzynarodowe...*, op. cit., s. 29.

²⁴ J. Białocerkiewicz, *Prawo międzynarodowe...*, op. cit., s. 48; J. Gilas, op. cit., s. 188. Na temat relacji moralności międzynarodowej i prawa międzynarodowego zob. również T. Wasilewski, *Stosunek wzajemny. Porządek międzynarodowy, prawo międzynarodowe, europejskie prawo wspólnotowe, prawo krajowe*, Toruń 2004, s. 48–51.

²⁵ R. Kuźniar, op. cit., s. 287.

²⁶ Na temat tajnych więzień CIA zob. D. Priest, *CIA holds terror suspects in secret prisons*, „The Washington Post”, <http://www.washingtonpost.com/wp-dyn/content/article/2005/11/01/AR2005110101644.html> oraz *Bush admits to CIA secret prisons*, <http://news.bbc.co.uk/2/hi/americas/5321606.stm>; na temat zatrzymanych w Guantanamo Bay zob. bardzo interesujący raport M. Denbeaux, *Report on Guantanamo Detainees. A Profile of 517 Detainees through Analysis of Department of Defense Data*, 2006, http://law.shu.edu/news/guantanamo_report_final_2_08_06.pdf.

wadzenie polityki szkodliwej dla innych²⁷. Nieetyczne zachowanie może dane państwo pozbawić korzyści wynikającej ze współpracy stanowiącej jeden z przejawów rosnącej współzależności. Ponadto w konsekwencji rozwoju technologii zdobywania i szybkiego przekazywania informacji (mass media) jest niemożliwe ukrycie nieetycznego postępowania; ta jawność i łatwość w dostępie do informacji przyczynia się do szybkiego formowania się opinii publicznej, która wpływa na politykę zagraniczną państw. R. Kuźniar przyrównuje ten czynnik do zasady wzajemności w prawie międzynarodowym²⁸.

Drugim czynnikiem wzrostu jest natężenie integracji społecznej w związku z ewolucją rzeczywistości międzynarodowej w kierunku globalnego, całościowego systemu²⁹. Wraz ze wzrostem integracji społecznej (szczególnie wyraźne w przypadku Unii Europejskiej) rośnie również rola ogólnych, powszechnych zasad moralnych. To z kolei ma być procesem nieuchronnym wraz z rozwojem cywilizacyjnym świata³⁰. Stanowi to dość optymistyczne założenie, gdy się weźmie pod uwagę wiele dramatycznych wydarzeń, które miały miejsce w przeszłości i zapewne mieć będą miejsce w przyszłości. W tym samym nurcie globalizacji można umieścić pojawienie się problemów i zagrożeń globalnych, takich jak np. zagrożenie ekologiczne. Rozwiązanie tego problemu (i innych tego typu problemów), konieczne dla przetrwania gatunku ludzkiego, wymagać będzie współpracy, jak również przestrzegania pewnego wspólnego kodeksu norm i wartości bez względu na różnice natury kulturowej, religijnej czy ekonomicznej³¹. Wreszcie ostatnią przyczyną wzrostu znaczenia czynnika etycznego jest uspołecznienie stosunków zewnętrznych oraz rosnący wpływ społeczeństwa poprzez m.in. opinię publiczną czy organizacje pozarządowe na politykę zagraniczną państw. Ogromna większość społeczeństw chce być rządzona w sposób zgodny z ich moralnymi odczuciami, jest przeciwna wojnie i konfliktom³².

IV. REZULTATY WZROSTU CZYNNIKA ETYCZNEGO

Rezultatem działania wymienionych wyżej czynników jest przyjęcie przez członków społeczności międzynarodowej pewnego minimum zasad i norm moralnych wspólnego im wszystkim. To minimum obejmuje potępienie wojny, prawa człowieka oraz wzrastającą solidarność międzynarodową.

Na gruncie prawa wojna została zakazana już w 1928 r. przez Pakt Briand-Kellogga, a następnie przez Kartę Narodów Zjednoczonych. Jednak mimo to wojny między państwami nadal wybuchały (i wybuchają, i niestety zapewne wybuchać będą); dopiero w zasadzie pod koniec XX w. zrodził się w tym zakresie konsensus polegający na moralnym odrzuceniu i potępieniu wojny³³. Chodzi jednak

²⁷ R. Kuźniar, op. cit., s. 188.

²⁸ Ibidem.

²⁹ Ibidem.

³⁰ Ibidem, s. 288.

³¹ Ibidem.

³² Ibidem.

³³ Ibidem, s. 290.

o wojnę między państwami, gdyż konflikty o charakterze międzynarodowym są czymś bardzo częstym i obecnie stanowią większość wszystkich toczących się konfliktów. Nie godzi też w ten konsensus fakt, że konflikty zbrojne międzynarodowe wybuchają (np. konflikt Stanów Zjednoczonych z Afganistanem 2001 r. czy atak Stanów Zjednoczonych na Irak 2003 r.). Odnośnie do norm moralnych można stwierdzić, że podobnie jak w przypadku norm prawnych ich obowiązywanie nie oznacza, że nigdy nie dojdzie do ich naruszenia.

W tym miejscu można wspomnieć o teorii wojny sprawiedliwej rozwijanej przez przedstawicieli doktryny chrześcijańskiej, takich jak św. Augustyn (354–430) i św. Tomasz z Akwinu (1225–1274), oraz przedstawicieli szkoły prawa natury, m.in. Francisco de Vittoria (1480–1546), Francesco Suarez (1548–1617), Alberico Gentili (1552–1608), Hugo Grocjusz (1583–1645) i Emer de Vattel (1714–1767). Św. Augustyn zdefiniował wojnę sprawiedliwą jako „uprawniony odwet za doznane krzywdy w sytuacji, gdy przeciwnik odmawia ich naprawy. Wojna miała być wszczynana wyłącznie w celu ukarania winowajców i przywrócenia *status quo*”³⁴. Św. Tomasz natomiast określił warunki wojny sprawiedliwej następująco: wojna jest prowadzona przez suwerenną władzę (*auctoritas principis*), ma słuszną przyczynę (*iusta causa*), a walczący kierują się szlachetnymi intencjami (*recta intentio*)³⁵. Główny nacisk położono jednak na słuszną przyczynę.

Doktryna wojny sprawiedliwej była następnie rozwijana przez szkołę prawa natury. De Vittoria zajmował się moralnymi i prawnymi aspektami wojen prowadzonych przez Hiszpanię z plemionami indiańskimi. Argumentował on, że ani chęć rozszerzenia wiary chrześcijańskiej, ani dokonanie podboju nie mogły stanowić tytułu do panowania nad obszarami zamorskimi. Mieszkańcy tych obszarów mają prawo do ochrony życia i własności³⁶. De Vittoria uważał, że wojna przeciwko plemionom indiańskim mogła być usprawiedliwiona tylko słuszną przyczyną³⁷. Suarez z kolei twierdził, że państwa tworzą pewnego rodzaju społeczność, którą rządzi rozum naturalny³⁸. Grocjusz w swym fundamentalnym dziele *Trzy księgi o prawie wojny i pokoju* stwierdza, że nie każda wojna jest przeciwna prawu natury i może zaistnieć wojna sprawiedliwa³⁹. Po wstępnych wywodach holenderski prawnik wskazuje na trzy przyczyny wojny sprawiedliwej: obronę, odzyskanie zabranych rzeczy i wymierzenie kary⁴⁰. Emer de Vattel również wyraźnie wskazuje, że dozwolone jest użycie siły w samoobronie, którą określa jako prawo do bezpieczeństwa⁴¹.

³⁴ M.N. Shaw, *Prawo międzynarodowe*, Warszawa 2000, s. 577.

³⁵ A. Shaw, *Revival of the Just War Doctrine?*, „Auckland University Law Review”, nr 3 (1976–1979), s. 159.

³⁶ Za R. Bierzanek, J. Symonides, op. cit., s. 42.

³⁷ Za M.N. Shaw, op. cit., s. 38.

³⁸ Za R. Bierzanek, J. Symonides, op. cit., s. 42.

³⁹ H. Grocjusz, *Trzy księgi o prawie wojny i pokoju*, Warszawa 1957, s. 109.

⁴⁰ Ibidem, s. 237.

⁴¹ E. de Vattel, *Prawo narodów, czyli zasady prawa naturalnego zastosowane do postępowania i spraw narodów i monarchów*, Warszawa 1958, s. 354. Odpowiedni ustęp brzmi: „[...] każdy naród, jak i każda jednostka, ma prawo nie dopuścić, by inny naruszał jego prawo do zachowania bytu, do doskonalenia siebie samego i swego stanu, to znaczy: prawo bronić się przeciwko wszelkiemu pokrzyw-

Warto w tym kontekście wskazać na znaczący wkład Polaków w doktrynę wojny sprawiedliwej: Stanisława ze Skarbimierza oraz Pawła Włodkowica. Na soborze w Konstancji (1414–1418) reprezentowali oni Polskę w jej sporze z Krzyżakami. Stanisław ze Skarbimierza (1360–1431), polemizując z tezami prokuratora Zakonu Jana z Ornety, przedstawił następujące tezy z zakresu prawa wojny: wojną sprawiedliwą jest wojna obronna; tylko władca świecki może wszczynać wojnę; poganie mają prawo do państwa i samoobrony⁴²; ludność nie może być siłą zmuszana do przyjmowania lub wyznawania boga; wojna nie może prowadzić do stanu, gdy nie pozostanie kamień na kamieniu⁴³. W kontekście samoobrony Stanisław stwierdził, że państwa chrześcijańskie i pogańskie „łączy wspólnota prawa, jak gdyby nowoczesna społeczność międzynarodowa. Na mocy tego prawa mają nie tylko państwa chrześcijańskie, ale i państwa pogańskie prawo samoobrony, prawo prowadzenia wojny sprawiedliwej”⁴⁴. Stanisław wskazywał jako warunek wojny sprawiedliwej zakaz wszczynania jej z nienawiści, w celach zemsty lub z chciwości, natomiast dopuszczał jej wszczynanie z „gorliwości dla prawa bożego, z miłości, poczucia sprawiedliwości i posłuszeństwa”⁴⁵. Jak wskazywał L. Ehrlich, z kazania Stanisława ze Skarbimierza wynika „dopuszczalność i celowość współdziałania w celu utrzymania pokoju; nie pokoju za wszelką cenę, ale pokoju polegającego na pozostawieniu każdej jednostki politycznej w spokoju przez inne jednostki”⁴⁶. Zakaz bezzasadnej, a więc niesprawiedliwej wojny wyprowadza Stanisław w drodze rozumowania *a minori ad maius* z „ogólnego zakazu walki przeciw człowiekowi, który nie wyrządził nam nic złego”⁴⁷.

Paweł Włodkowic (1370–1435) rozwinął następnie te tezy. Wymieniał on kryteria wojny sprawiedliwej, podobnie jak św. Tomasz z Akwinu; ponadto wskazywał także na przyczyny, które nigdy nie mogły stanowić słusznej przyczyny wszczęcia wojny: fakt niewiary i rzekoma niezdolność niewiernych do bycia podmiotem praw, a zwłaszcza do posiadania państwa i sprawowania władzy; opowiadał się przeciwko nawracaniu pogan przemocą oraz przyczyną według niego nie mogło być zaspokojenie pragnienia korzyści własnej w postaci dodatkowych dóbr, posiadłości itd.⁴⁸ Niestety nakazy teorii wojny sprawiedliwej były przez państwa traktowane jednak jako zasady moralne, a nie prawne.

dzeniu; i to prawo jest doskonałe, jako niezbędne do wypełnienia obowiązku naturalnego i koniecznego. Jeżeli nie może się użyć siły dla zapewnienia poszanowania swojego prawa, jego skuteczność staje się nader niepewna. To właśnie prawo zabezpieczenia się przeciwko wszelkiemu pokrzywdzeniu nazywamy prawem do bezpieczeństwa”.

⁴² L. Ehrlich, *Polski wykład prawa wojny XV wieku*, Warszawa 1955, s. 45.

⁴³ Za J. Białocerkiewicz, *Prawo międzynarodowe...*, op. cit., s. 436.

⁴⁴ L. Ehrlich, op. cit., s. 45.

⁴⁵ Ibidem, s. 43.

⁴⁶ Ibidem, s. 49.

⁴⁷ Ibidem, s. 167.

⁴⁸ Za T. Jasudowicz, *Śladami Ehrlicha: Do Pawła Włodkowica po naukę o prawach człowieka*, Toruń 1995, s. 158.

Kolejnym komponentem przedstawianego minimum są międzynarodowo chronione prawa człowieka. Ich poszanowanie stało się obowiązkiem całej społeczności międzynarodowej, a nie tylko pojedynczego państwa, a ponadto żadne państwo nie może wykorzystywać zasady nieingerencji w swoje wewnętrzne sprawy w przypadku naruszania praw człowieka, gdyż przestały one wchodzić w zakres wewnętrznej kompetencji państw, a stały się przedmiotem międzynarodowego zainteresowania (*a matter of international concern*⁴⁹). Prawa człowieka stanowią w istocie główny składnik międzynarodowego obszaru wartości⁵⁰. Ich ochrona może nawet uzasadniać podjęcie zbrojnej interwencji humanitarnej⁵¹.

Wreszcie w rezultacie działania przyczyn wzrostu znaczenia czynnika moralnego wzrasta również solidarność międzynarodowa. Jej przejawem jest udzielanie pomocy gospodarczej krajom biednym przez państwa bogate oraz udzielanie pomocy humanitarnej państwom dotkniętym przez klęski żywiołowe, głód czy konflikty zbrojne. Nie należy pomijać czy nie doceniać tych pozytywnych aspektów, jednak z drugiej strony warto pamiętać, że za dramatyczny stan panujący w niektórych państwach, np. afrykańskich, odpowiedzialność ponoszą były państwa kolonialne, a więc zgodnie z moralną zasadą naprawy szkód wyrządzonych w przeszłości świadczenie pomocy gospodarczej jest ich obowiązkiem moralnym. Ponadto nie można zapominać, że bardzo często ta pomoc jest świadczona na niewłaściwych zasadach (konsumpcja zamiast inwestycji lub wyrażając to kolokwialnie, ryba zamiast wędki, podczas gdy powinno być odwrotnie). Jeśli chodzi natomiast o pomoc humanitarną, to bardzo często jest ona nieadekwatna, gdyż w jej ramach są dostarczane bezużyteczne przedmioty. Wreszcie wydatki przeznaczane na tę pomoc stanowią tak naprawdę niewielki odsetek środków, jakie państwa przeznaczają np. na kwestie związane z bezpieczeństwem czy zbrojeniami. Mimo tych negatywnych zjawisk w rosnącej solidarności międzynarodowej wyraża się będąca *in statu nascendi* cecha moralności międzynarodowej, mianowicie jej deontologiczny charakter⁵². Przez długi czas normy moralne w stosunkach międzynarodowych miały na celu powstrzymanie od pewnych działań czy zachowań oraz przestrzeganie pewnych zasad mających zapewnić harmonijne współzycie⁵³; wymagały one zatem raczej bierności niż pozytywnego działania od państw, swego rodzaju znoszenia niż aktywności. Ostatnimi czasy zwraca się natomiast uwagę na powinności członków społeczności międzynarodowej. Tendencja ta została zapoczątkowana już w 1974 r., kiedy to Zgromadzenie Ogólne (ZO) ONZ uchwaliło Kartę praw i obowiązków ekono-

⁴⁹ Tak Deklaracja wiedeńska z 1993 r., dostępna <http://www.ohchr.org/english/law/vienna.htm> (24.02.07).

⁵⁰ R. Kuźniar, op. cit., s. 290.

⁵¹ M.N. Shaw powołuje się na moralne prawo interweniowania zawsze, kiedy łamane są prawa człowieka. M.N. Shaw, op. cit., s. 135; na temat interwencji humanitarnej zob. również J. Zajadło, *Dylematy humanitarnej interwencji. Historia, etyka, polityka, prawo*, Gdańsk 2005.

⁵² R. Kuźniar, op. cit., s. 291.

⁵³ Ibidem.

micznych państw⁵⁴; jej wyrazem jest również tzw. Nowy międzynarodowy ład ekonomiczny⁵⁵.

V. PRZESZKODY NA DRODZE STAŁEGO POSTĘPU MORALNEGO LUDZKOŚCI

M. Cohen stwierdza, że historia stosunków międzynarodowych jest „w alarmującym stopniu historią egoizmu i brutalności; historią, w której poczesne miejsce zajmuje szpiegostwo, podstęp, przekupstwo, nielojalność, zdrada, wyzysk, grabież, represje, ucisk czy ludobójstwo”⁵⁶. Trudno się z tą opinią nie zgodzić. W tym miejscu można się zastanowić, dlaczego wraz z rozwojem cywilizacji duchowej i materialnej świata nadal mają miejsce zdarzenia, które wstrząsają sumieniem ludzkości. Jak zostało zauważone na wstępie, powtarzanie się dramatycznych wydarzeń pozbawionych obecności czynnika moralnego wydaje się potwierdzać opinię S.J. Harrisa.

Na drodze coraz bardziej moralnego postępowania uczestników stosunków międzynarodowych można wskazać kilka problemów praktycznych, które ten postęp utrudniają. Wciąż nierozwiązane i skomplikowane pozostają relacje między moralnością a polityką. Mimo że w dużej mierze kwestia ta jest dyskutowana na gruncie teoretycznym, to znajduje swoje przełożenie praktyczne. Można spotkać teorie głoszące odrębność czy też swoistość moralności międzynarodowej wobec moralności powszechnej. Stosownie do tej teorii większość zagadnień ze sfery stosunków międzynarodowych ma moralnie neutralny charakter, a więc nie podlega ocenie moralnej. Teoria ta opiera się na różnych przesłankach, np. na poglądzie, zgodnie z którym etyka polityki jest etyką skuteczności, a w konsekwencji działania polityka ocenia się z punktu widzenia ich skuteczności, a nie intencji. Inny pogląd głosi, że etyka polityki jest etyką odpowiedzialności, a więc polityk powinien być przede wszystkim odpowiedzialny; odpowiedzialność ta obejmuje pokój i bezpieczeństwo międzynarodowe, rozwój i życie obecnych i przyszłych pokoleń. Aby to osiągnąć, konieczne jest uzasadnianie moralnie wielu środków, w tym przymusu, a politykowi bardzo często pozostanie wybór mniejszego zła, gdyż warunki, w których przyszło mu działać, są na tyle skomplikowane, że uniemożliwiają podjęcie moralnie dobrej decyzji⁵⁷. Już I. Kant, snując projekt wiecznego pokoju, włączał do tych rozważań kwestię relacji moralności i polityki i prymat dawał moralności („wszelka polityka powinna ugiąć kolana przed moralnością”⁵⁸). Rozumiał przez to, że ze wszystkich sił należy dążyć do zgodności polityki i moralności; miał jednak świadomość, że nie jest to łatwe. Dlatego

⁵⁴ Karta Praw i Obowiązków Ekonomicznych Państw (rez. ZO 3291/XXIX) z 1974 r.) dostępna <http://daccessdds.un.org/doc/RESOLUTION/GEN/NR0/738/83/IMG/NR073883.pdf?OpenElement>.

⁵⁵ Zob. np. rezolucja ZO 41/73, *Progressive development of the principles and norms of international law relating to the new international economic order*, dostępna <http://daccessdds.un.org/doc/RESOLUTION/GEN/NRO/495/81/IMG/NR049581.pdf?OpenElement>.

⁵⁶ Cytat za R. Kuźniar, op. cit., s. 280.

⁵⁷ Ibidem, s. 293–294.

⁵⁸ I. Kant, *O wiecznym pokoju. Zarys filozoficzny*, Wrocław 1992, s. 78.

konieczny jest trwały pokój, gdyż w warunkach konfliktu polityka będzie zawsze niszczyć moralność⁵⁹.

Na tle relacji polityki i moralności jawi się inna relacja: jak się ma interes narodowy do moralności. Realisci (H. Morgenthau, G. Kennan, A. Schlesinger Jr.) przyznają prymat interesowi narodowemu; uważają oni, że zachowanie państwa na arenie międzynarodowej nie podlega ocenie moralnej; interes narodowy uzasadnia ignorowanie norm moralnych, które mogą krępować politykę zagraniczną i tym samym doprowadzać do nieskuteczności działania i nieosiągnięcia celu. Państwa w swoich działaniach kierują się przede wszystkim interesem narodowym⁶⁰. H. Morgenthau określił nawet zasady moralne jako interes polityczny wyrażony w kategoriach moralnych⁶¹. Realisci zwracają również uwagę na to, że absolutyzm moralny może być niebezpieczny, gdyż wyklucza możliwość kompromisu oraz może przekształcić się w fanatyzm. W takim ujęciu moralność może służyć jedynie jako usprawiedliwienie interesu narodowego. Jak wskazuje R. Kuźniar, „nawet najbardziej zbrodniczy polityk potrafi uzasadnić swe poczynania w kategoriach moralnych”⁶². Na przeciwnym biegunie znajdują się tzw. idealisci, którzy proponują zastąpić egoistyczną etykę państwową nastawioną przede wszystkim na realizację interesu narodowego etyką kosmopolityczną realizującą przede wszystkim cele ważne dla społeczności międzynarodowej, takie jak np. sprawiedliwość czy równouprawnienie⁶³.

Inny pogląd głosi, że sprzeczność między polityką a moralnością jest pozorna. Nie da się na dłuższą metę w realizacji interesu narodowego abstrahować od zasad moralnych, gdyż doprowadzi to do osłabienia racji uzasadniających interes. Ponadto wiele problemów współczesnych stosunków międzynarodowych, które rozwiązać można tylko na drodze współpracy, ma charakter wybitnie moralny, np. zbrodnie wojenne, dyskryminacja etniczna i rasowa, różne wymiary nędzy na świecie⁶⁴.

Inny problem powstaje z braku międzynarodowego konsensusu dla międzynarodowych standardów moralnych. Konsensus taki może się ukształtować z chwilą powstania wspólnoty międzynarodowej, lecz nie może jej wyprzedzić. Społeczność międzynarodowa nie jest jeszcze wspólnotą w socjologicznym znaczeniu; wciąż mimo wielu wspólnych interesów, wartości i istniejących więzi cechuje ją silny partykularyzm celów i wartości⁶⁵.

Kilka słów należy poświęcić kwestii uniwersalności zasad moralnych. Można w tym przedmiocie zastosować analogię do praw człowieka. Istnieje jednak pe-

⁵⁹ R. Kuźniar, op. cit., s. 293–294.

⁶⁰ Ibidem, s. 286 i 294.

⁶¹ Za T. Kamiński, *Hans J. Morgenthau: Od realistycznej koncepcji natury stosunków międzynarodowych do krytyki „moralistycznej” postawy wobec wojny*, „Sprawy Międzynarodowe” 2002, nr 3(LV), s. 104.

⁶² R. Kuźniar, *Czynnik etyczny w stosunkach międzynarodowych*, „Sprawy Międzynarodowe” 1990, nr I (433), s. 18.

⁶³ R. Kuźniar, *Prawa człowieka...*, op. cit., s. 286.

⁶⁴ R. Kuźniar, *Czynnik etyczny...*, op. cit., s. 19.

⁶⁵ R. Kuźniar, *Prawa człowieka...*, op. cit., s. 296.

wien twardy rdzeń fundamentalnych praw człowieka, które przysługują każdej osobie ludzkiej i są uznawane przez całą społeczność międzynarodową bez względu na różnice natury kulturowej lub religijnej, podobnie w przypadku norm moralnych istnieje pewne minimum, akceptowane przez społeczność międzynarodową. Do minimum tego zaliczyć należy wspomniane już wyrzeczenie się wojny, prawa człowieka oraz rosnącą solidarność międzynarodową. Formalnym wyrazem tego konsensusu są takie instytucje i instrumenty, jak: Liga Narodów, Organizacja Narodów Zjednoczonych, konwencje chroniące prawa człowieka oraz organizacje międzynarodowe, międzyrządowe i pozarządowe, świadczące pomoc gospodarczą, techniczną, humanitarną i żywnościową⁶⁶.

VI. PODSUMOWANIE

Z tego, co zostało napisane, wynika, że działania polityczne w sferze międzynarodowej podlegają ocenom moralnym; że do ich oceny poza standardami prawnymi, strategicznymi i ekonomicznymi mają zastosowanie także standardy etyczne. Nie można jednak zapominać, że moralność międzynarodowa jest w porównaniu z prawem międzynarodowym zdecydowanie słabszym systemem normatywnym; słabość ta jest niejako jej immanentną cechą ze względu na słaby rodzaj sankcji, jakimi moralność dysponuje. Moralność może w zasadzie przekonywać, nakłaniać, oddziaływać na świadomość, lecz naruszenie normy moralnej nie pociąga za sobą odpowiedzialności prawnomiędzynarodowej. Może co najwyżej pociągnąć za sobą ostracyzm polityczny lub sankcje ekonomiczne. W takim stanie rzeczy ekonomiczne, strategiczne i polityczne interesy uczestników stosunków międzynarodowych będą miały priorytet wobec zasad moralnych⁶⁷.

Konkludując, można postawić pytanie, co dominuje w stosunkach międzynarodowych – czy przyjaźń, dobra wola i współpraca państw czy raczej rywalizacja, konflikt i wrogość. Kenneth W. Thompson udziela bardzo realistycznej, trzeźwej odpowiedzi, a mianowicie, że w stosunkach tych zapewne do końca historii będą współistniały konflikt, wrogość i rywalizacja wraz z przyjaźnią, dobrą wolą i współpracą⁶⁸. Można dodać, że w zależności od tego, co dominuje w stosunkach międzynarodowych, państwa będą się odpowiednio zachowywać. Jeśli w stosunkach międzynarodowych dominuje dobra wola, współpraca itp., to polityka zagraniczna państw może się opierać na bardziej pokojowych, harmonijnych i moralnych zasadach; natomiast kiedy w stosunkach tych dominować będzie rywalizacja, konflikt i wrogość, państwa będą realizować bardziej egoistyczną, mniej pokojowo nastawioną politykę⁶⁹.

⁶⁶ Ibidem, s. 292.

⁶⁷ R. Kuźniar, *Czynnik etyczny...*, op. cit., s. 25.

⁶⁸ T. Kamiński, op. cit., s. 96.

⁶⁹ Ibidem, s. 95.

THE ETHICS IN INTERNATIONAL RELATIONS – SOME REFLECTIONS

The author presents the issue of international ethics or morality as one of the few normative Systems that regulate international relations (*Inter alia* next to international law or political norms). The article begins with the description of levels at which ethics in international relations is present – the level of individuals, of States, of international community). The author attempts to compare international law and ethics and point to differences between those two normative systems and manners of distinguishing legal norms from moral ones. The emphasis is laid on the idiosyncrasy of morality (ethics). Finally the author analyses the reasons for growing importance of the ethics as well as the obstacles in that process.

JAROSŁAW GRYKIEL

SKUTKI WPISU PROKURY DO REJESTRU PRZEDSIĘBIORCÓW

I. WPROWADZENIE

Prokura podlega obowiązkowemu wpisowi do rejestru przedsiębiorców prowadzonego w ramach Krajowego Rejestru Sądowego (art. 1098 § 1 k.c.)¹. Podobnie jak to miało miejsce w przypadku wpisu do rejestru handlowego, również z wpisem do rejestru przedsiębiorców ustawodawca wiąże wiele skutków prawnych, określanych w doktrynie zasadami rejestru. Do najważniejszych z nich zalicza się zasady: 1) jawności formalnej, 2) jawności materialnej, 3) wiarygodności. Działanie tych zasad ma istotny wpływ na prawidłowość funkcjonowania prokury w obrocie gospodarczym. Dotyczy to w szczególności: 1) umożliwienia prokurentowi wykazania wobec osób trzecich swego umocowania; 2) stworzenia osobom trzecim możliwości upewnienia się, że mają do czynienia z prokurentem; 3) zapewnienia osobom trzecim, działającym w zaufaniu do zarejestrowanych danych, odpowiedniej ochrony². Argumenty te skłaniają do szerszego omówienia zasad związanych z wpisem prokury do rejestru.

II. JAWNOŚĆ FORMALNA

Podstawową funkcją rejestru przedsiębiorców jest zapewnienie odpowiedniego poziomu bezpieczeństwa obrotu³. Dane zawarte w rejestrze stanowią ważne źródło informacji o przedsiębiorcy, informacji o doniosłym znaczeniu zwłaszcza dla kontrahentów. Aby rejestr mógł należycie wypełniać powierzone mu zadanie, powinien być ogólnie dostępny dla uczestników obrotu. Celowi temu służy właśnie zasada jawności formalnej, wyrażona w art. 8, 10 i 11 ustawy o KRS⁴.

¹ Szczegółowe zagadnienia związane z wpisem prokury do rejestru uregulowane zostały w ustawie z dnia 20 sierpnia 1997 r. o Krajowym Rejestrze Sądowym, tekst jedn. Dz.U. z 2007 r. Nr 168, poz. 1186 (dalej ustawa o KRS).

² L. Moskwa, *Prokura – kilka uwag w kwestii nowej regulacji*, w: *Księga Jubileuszowa Profesora Bronisława Ziemianina*, Szczecin 2005, s. 194–195.

³ E. Marszałkowska-Krześ, *Wpisy w rejestrze przedsiębiorców dotyczące spółek handlowych*, Warszawa 2004, s. 32; R. Skubisz, w: A. Jakubecki, A. Kidyba, J. Mojak, R. Skubisz, *Prawo spółek. Zarys*, Warszawa 1999, s. 26.

⁴ Zasada jawności formalnej znana była również poprzednim regulacjom. Przewidywał ją art. 21 Dekretu Naczelnika Państwa z dnia 7 lutego 1919 r. o rejestrze handlowym (Dz. P. Nr 14, poz. 164) oraz art. 13 § 2 k.h.

Pierwszy z przepisów przewiduje jawność danych wpisanych do rejestru. Dostęp do nich zapewniony jest dzięki funkcjonowaniu tzw. Centralnej Informacji Krajowego Rejestru Sądowego. Jest to odrębna struktura utworzona przez Ministra Sprawiedliwości, funkcjonująca przy sądach rejestrowych, której główne zadanie polega na udzielaniu informacji zawartych w rejestrze (art. 4 ustawy o KRS). Tworząc Centralną Informację ustawodawca oddzielił funkcje rejestracyjne od informacyjnych, odciążając tym samym sądy rejestrowe od obowiązków związanych z udostępnianiem danych rejestrowych. Wiadomości o wpisach w rejestrze uzyskiwane są za pośrednictwem odpisów, wyciągów i zaświadczeń wydawanych przez Centralną Informację za odpowiednią opłatą. Odpisy stanowią całościowe zbiory informacji o podmiotach wpisanych do rejestru. Wyróżnia się przy tym odpisy pełne, zawierające pełną historię wpisów dotyczących danego podmiotu, oraz odpisy aktualne, przedstawiające jedynie aktualne informacje o podmiocie. Wyciągi z kolei dotyczą danych zamieszczonych w wybranym dziale rejestru, przedstawiają zatem tylko część informacji o podmiocie wpisanym do rejestru. Informacje dotyczące prokury zawarte są w dziale 2 rejestru przedsiębiorców (art. 39 pkt 3 ustawy o KRS). Najprostszą formę informacji stanowią zaświadczenia potwierdzające jedynie fakt: 1) wpisania do rejestru, 2) braku wpisu w rejestrze albo 3) wykreślenia z rejestru⁵.

Od 1 stycznia 2007 r. Centralna Informacja ma obowiązek bezpłatnego udostępniania, w ogólnodostępnych sieciach informatycznych, podstawowych informacji o podmiotach wpisanych do rejestru przedsiębiorców i do rejestru stowarzyszeń, innych organizacji społecznych i zawodowych, fundacji oraz publicznych zakładów opieki zdrowotnej, w tym również o organizacjach i podmiotach, które uzyskały status organizacji pożytku publicznego.

Zapewnienie dostępu wyłącznie do danych będących przedmiotem wpisu nie realizowałoby w pełni zasady jawności. Należy mieć na względzie, że wiele istotnych informacji znajduje się również w aktach rejestrowych prowadzonych odrębnie dla każdego podmiotu wpisanego do rejestru (art. 9 ust. 1 ustawy o KRS). W przypadku prokury do informacji takich z pewnością zaliczyć można wzory podpisów prokurentów, stanowiące obligatoryjny załącznik do wniosku o wpis prokury. Poza tym, w przypadku udzielenia prokury łącznej, część sądów rejestrowych stosowała praktykę, zgodnie z którą sposób reprezentacji przez prokurentów nie był ujawniany w rejestrze, lecz w osobnym dokumencie składanym do akt rejestrowych. Ukształtowanie się takiej praktyki, choć – moim zdaniem – błędnej, tym bardziej uwypukla konieczność swobodnego dostępu do akt rejestrowych. Dlatego też ustawa wyraźnie stanowi, że każdy ma prawo przeglądania akt rejestrowych podmiotów wpisanych do rejestru przedsiębiorców (art. 10 ust. 1 ustawy o KRS) oraz zapoznania się z wzorami podpisów osób upoważnionych do reprezentowania podmiotu wpisanego do rejestru (art. 11 ust. 2 ustawy o KRS).

⁵ E. Bieniek-Koronkiewicz, J. Sieńczyło-Chlabicz, *Skutki wpisu do Krajowego Rejestru Sądowego*, „Glosa” 2002, nr 8, s. 22.

Zasada jawności formalnej nie ogranicza się bynajmniej do swobodnego dostępu do informacji wpisanych do rejestru oraz do akt rejestrowych. Niekiedy przewiduje się także konieczność ogłaszania danych będących przedmiotem wpisu. Mówimy wówczas o tzw. rozszerzonej jawności formalnej⁶. Rozwiązanie takie w istotny sposób wpływa na upowszechnienie wiadomości o dokonanych wpisach. Jego zaletę w ramach obrotu gospodarczego polski ustawodawca dostrzegł stosunkowo wcześniej. Już w przepisach dekretu z 1919 r. o rejestrze handlowym przewidziano obowiązek ogłaszania wpisów (art. 8 dekretu). Zasada ta znalazła swoje miejsce również w kodeksie handlowym (art. 22 k.h.). Funkcjonuje także i dziś. Zgodnie z art. 13 ust. 1 ustawy o KRS wpisy do Krajowego Rejestru Sądowego podlegają obowiązkowi ogłoszenia w Monitorze Sądowym i Gospodarczym, chyba że ustawa stanowi inaczej. W przypadku wpisów do rejestru przedsiębiorców obowiązek ogłoszenia doznaje jedynie nielicznych wyjątków⁷. Nie dotyczą one jednak wpisów w zakresie prokury, które zgodnie z ogólną zasadą podlegają ogłoszeniu w Monitorze Sądowym i Gospodarczym.

III. JAWNOŚĆ MATERIALNA

1. Wprowadzenie

Zasada jawności materialnej⁸, zwana przez niektórych zasadą domniemań związanych z wpisem⁹, określa, najogólniej rzecz biorąc, skutki związane z wpisem danych do rejestru, jak również skutki braku zarejestrowania danych podlegających wpisowi. Można ją rozpatrywać w dwóch aspektach: pozytywnym i negatywnym¹⁰.

2. Jawność materialna w aspekcie pozytywnym

Zasada jawności materialnej w aspekcie pozytywnym oznacza, że dane wpisane do rejestru i ogłoszone są powszechnie znane. W przypadku rejestru przedsię-

⁶ E. Bieniek-Koronkiewicz, J. Sieńczyło-Chlabicz, op. cit., s. 23; A. Kidyba, w: K. Kruczałak (red.), *Kodeks handlowy. Komentarz*, Warszawa 1998, s. 63; E. Marszałkowska-Krześ, op. cit., s. 33; P. Suski, *Rejestry sądowe. Spółek handlowych. Spółdzielni. Przedsiębiorstw państwowych*, Warszawa 1994, s. 8; M. Wrzolek-Romańczuk, *Rejestr handlowy – zagadnienia materialnoprawne i procesowe*, cz. I, „Palestra” 1992, nr 3-4, s. 31; Z. Żabiński, *Rejestr handlowy*, Kraków 1946, s. 67 i 71.

⁷ Dotyczy to informacji wpisywanych do działu 4 rejestru przedsiębiorców (art. 42 ustawy o KRS).

⁸ Pojęcie zasady jawności materialnej, wykształcone przez doktrynę, przyjęło się również w orzecnictwie Sądu Najwyższego, por. postanowienie SN z 29 czerwca 2001 r., I CZ 73/01, OSNC 2002, nr 3, poz. 35.

⁹ M. Wrzolek-Romańczuk, op. cit., s. 26.

¹⁰ A. Chełmoński, *Rejestr handlowy*, Wilno 1929, s. 195; A. Kidyba, w: K. Kruczałak (red.), op. cit., s. 63; E. Marszałkowska-Krześ, op. cit., s. 35; J. Namitkiewicz, w: F. Zoll, J. Wasilkowski (red.), *Encyklopedia Podręczna Prawa Prywatnego*, t. IV, Warszawa 1938, s. 2048; E. Norek, *Krajowy Rejestr Sądowy i postępowanie rejestrowe*, Warszawa 2001, s. 143–144; P. Suski, op. cit., s. 66; J. Szwaja, w: S. Sołtysiński, A. Szajkowski, J. Szwaja, *Kodeks handlowy. Komentarz*, t. I, Warszawa 1997, s. 275; Z. Żabiński, op. cit., s. 72.

biorców wyrażono ją w art. 15 ust. 1 zd. 1 ustawy o KRS, zgodnie z którym od dnia ogłoszenia w Monitorze Sądowym i Gospodarczym nikt nie może się zasłaniać nieznajomością ogłoszonych wpisów. Można powiedzieć, że skonstruowano w ten sposób **niewzruszalne domniemanie** powszechnej znajomości ogłoszonych wpisów¹¹. Rozwiązanie takie ma przede wszystkim na celu zapewnienie ochrony podmiotowi wpisanemu do rejestru¹². Ustawodawca rozszerzył działanie omawianej zasady w stosunku do poprzedniej regulacji. Kodeks handlowy ograniczał ją bowiem do stosunków osób trzecich z podmiotem wpisanym do rejestru¹³. Art. 23 § 1 k.h. wyraźnie stanowił, że od dnia ogłoszenia wpisu nikt „w stosunku do kupca”¹⁴ nie może zasłaniać się nieświadomością zarejestrowanych danych, chyba że nie mógł o nich wiedzieć. Porównanie obecnej regulacji z przepisami kodeksu handlowego prowadzi również do wniosku, że w istotny sposób wzmocniono zasadę jawności materialnej w jej aspekcie pozytywnym. W poprzednim stanie prawnym domniemanie znajomości ogłoszonych danych mogło zostać obalone w każdym czasie poprzez wykazanie braku możliwości uzyskania wiedzy o tych danych¹⁵. *De lege lata* rozwiązanie takie nie jest już możliwe z uwagi na fakt, że ustawa wyraźnie przewiduje zakaz zasłaniania się nieznajomością ogłoszonych danych.

Wątpliwości budzi natomiast kwestia, czy art. 15 ust. 1 zd. 2 ustawy o KRS przewiduje wyjątek od tej zasady. Przepis ten brzmi następująco: „Jednak w odniesieniu do czynności dokonanych przed upływem szesnastego dnia od dnia ogłoszenia podmiot wpisany do Rejestru nie może powoływać się na wpis wobec osoby trzeciej, jeżeli ta udowodni, że nie mogła wiedzieć o treści wpisu”. Już pobieżna analiza zacytowanego tekstu skłania do wniosku, że nie został on należyście skorelowany z treścią zdania pierwszego art. 15 ust. 1 ustawy o KRS, mimo wyraźnego nawiązania dokonanego przy użyciu słowa „jednak”. Czym innym jest bowiem „zasłanianie się nieznajomością” pewnych informacji, czym innym zaś brak możliwości „powołania się” na te informacje. To, że podmiot A nie może powołać się wobec podmiotu B na pewne dane, nie oznacza automatycznie, że podmiot B ma prawo zasłaniać się ich nieznajomością. W związku z powyższym

¹¹ K. Kruczałak, *Prawo handlowe. Zarys wykładu*, Warszawa 2002, s. 100. Por. też R. Skubisz, op. cit., s. 30, którego zdaniem wzruszalność domniemanie wyrażonego w art. 15 ust. 1 ustawy o KRS ograniczono czasowo, wprowadzeniem tzw. okresu karencji, wynoszącego 16 dni od dnia ogłoszenia. Można stąd zasadnie wnioskować, że poza wskazanym okresem domniemanie nie może zostać wzruszone. Podobnie A. Kidyba, *Prawo handlowe*, Warszawa 2002, s. 58.

¹² A. Chełmoński, op. cit., s. 199; S. Janczewski, *Prawo handlowe, wekslowe i czekowe*, Warszawa 1946, s. 62; A. Kidyba, w: K. Kruczałak (red.), op. cit., s. 64; E. Marszałkowska-Krześ, op. cit., s. 36; R. Skubisz, op. cit., s. 26; J. Szwaja, op. cit., s. 326.

¹³ A. Kidyba, w: K. Kruczałak (red.), op. cit., s. 64; S. Machalski, *Prokura wg prawa handlowego przy uwzględnieniu kodeksu zobowiązań i k.p.c.*, „Przegląd Sądowy” 1935, nr 9, s. 325; P. Suski, op. cit., s. 67.

¹⁴ W związku z faktem, iż z chwilą wejścia w życie Kodeksu cywilnego przepisy o kupcach miały zastosowanie wyłącznie do spółek handlowych, z dniem 24 kwietnia 1996 r. art. 23 § 1 k.h. otrzymał nowe brzmienie, w którym m.in. słowo „kupiec” zastąpiono pojęciem „spółka”. Zmiany tej dokonano ustawą z dnia 22 grudnia 1995 r. o zmianie rozporządzenia Prezydenta Rzeczypospolitej – Kodeks handlowy i niektórych innych ustaw (Dz.U. z 1996 r. Nr 6, poz. 43).

¹⁵ P. Suski, op. cit., s. 67; M. Wrzolek-Romańczuk, op. cit., s. 26.

z nałożonego na podmiot wpisany do rejestru zakazu powoływania się wobec osoby trzeciej na treść wpisu nie wynika jednoznacznie zwolnienie osoby trzeciej z zakazu zasłaniania się nieznajomością wpisu i to nawet wówczas, gdy osoba ta udowodni, że nie mogła wiedzieć o treści wpisu. Jeżeli ustawodawcy chodziło o uczynienie wyjątku od zasady wyrażonej w zdaniu pierwszym art. 15 ust. 1 ustawy o KRS, wówczas treść zdania drugiego wskazanego przepisu powinna mieć brzmienie: „Jednak w odniesieniu do czynności dokonanych przed upływem szesnastego dnia od dnia ogłoszenia osoba trzecia może zasłaniać się nieznajomością ogłoszonych wpisów, jeżeli udowodni, że nie mogła wiedzieć o treści wpisów”. Tymczasem położenie nacisku na zakaz powoływania się przez podmiot wpisany do rejestru na dane objęte wpisem pozwala na poczynienie spostrzeżenia, że art. 15 ust. 1 zd. 2 zdaje się być raczej uzupełnieniem regulacji zawartej w art. 14 niż wyjątkiem od zasady wyrażonej w art. 15 ust. 1 zd. 1. Biorąc jednak pod uwagę *argumentum a rubrica*, a także wyraźne powiązanie treści zdania drugiego art. 15 ust. 1 z regulacją zawartą w zdaniu pierwszym wskazanego przepisu, można przyjąć, że poza wyraźnie sformułowanym zakazem powołania się na wpis, nałożonym na podmiot wpisany do rejestru, mamy tu również do czynienia z wyjątkiem od ogólnej zasady powszechnej znajomości ogłoszonych danych. Za takim rozwiązaniem zdaje się dodatkowo przemawiać wykładnia celowościowa. Ustawodawca wziął pod uwagę, że nie zawsze istnieje możliwość zapoznania się z treścią ogłoszonych wpisów. Zatem podmiot, który nie mógł wiedzieć o treści ogłoszonych wpisów (np. z uwagi na fakt przebywania za granicą), nie powinien ponosić z tego tytułu ujemnych konsekwencji¹⁶. Zasada ta pozostaje jednakże w kolizji z inną zasadą, nakazującą zapewnienie właściwego poziomu bezpieczeństwa obrotu oraz uwzględnienie interesów podmiotu wpisanego do rejestru. Odpowiednie wyważenie wskazanych zasad wymagało więc wprowadzenia pewnych ograniczeń. Zgodnie z rozwiązaniem zaproponowanym przez ustawodawcę możliwość zasłaniania się przez osobę trzecią nieznajomością ogłoszonych wpisów została ograniczona terminem oraz obowiązkiem wykazania przez tę osobę braku możliwości uzyskania wiedzy o wpisie. Kwestia ta wymaga bliższego omówienia.

Zgodnie z normą zawartą w art. 15 ust. 1 zd. 2 ustawy o KRS osoba trzecia może zasłaniać się nieznajomością ogłoszonych wpisów jedynie „w odniesieniu do czynności dokonanych przed upływem szesnastego dnia od dnia ogłoszenia”. Literalne brzmienie powołanego przepisu skłania do wniosku, że przewiduje on jedynie termin końcowy, ustalony na szesnaście dni od dnia ogłoszenia. Brak jest natomiast terminu początkowego. *Prima facie* oznaczałoby to, że w grę wchodzi wszelkie czynności dokonane przed upływem terminu końcowego, a więc również czynności dokonane przed ogłoszeniem wpisu. W odniesieniu jednak do przysługującego osobie trzeciej uprawnienia do zasłaniania się nieznajomo-

¹⁶ Podobne rozwiązanie funkcjonowało na gruncie art. 24 § 1 k.h. z tą tylko różnicą, że wówczas nie istniało czasowe ograniczenie do skorzystania z prawa powołania się na brak możliwości uzyskania informacji o ogłoszonym wpisie, por. T. Dziurzyński, Z. Fenichel, M. Honzatkó, *Kodeks handlowy. Komentarz*, Łódź 1999, s. 46.

ścią wpisu, nie wyrażonego przecież wprost w treści art. 15 ust. 1, ale wyinterpretowanego z całokształtu regulacji zawartej w powołanym przepisie, przyjęcie podobnego rozwiązania prowadziłoby do trudnych do zaakceptowania skutków. Oznaczałoby bowiem, że w stosunku do czynności dokonanych przed ogłoszeniem, a więc w czasie, gdy nie obowiązuje jeszcze zakaz zasłaniania się nieznajomością wpisu (argument *a contrario* z art. 15 ust. 1 zd. 1 ustawy o KRS), uprawnienie do powołania się na brak znajomości wpisu uzależnione byłoby od jednoczesnego wykazania braku możliwości uzyskania wiedzy o wpisie. Mając to na uwadze, należy przyjąć, że wynikające z art. 15 ust. 1 zd. 2 ustawy o KRS wyjątkowe uprawnienie osoby trzeciej do zasłaniania się nieznajomością wpisu, uzależnione od spełnienia przesłanek wskazanych w tym przepisie, dotyczy jedynie czynności dokonanych w okresie między ogłoszeniem a upływem szesnastego dnia od ogłoszenia¹⁷. Za takim rozwiązaniem przemawia również fakt, iż jest ono wyjątkiem od zasady wyrażonej w art. 15 ust. 1 zd. 1 ustawy o KRS. Skoro sama zasada dotyczy wpisów ogłoszonych, to wyjątek od niej również powinien mieć zastosowanie wyłącznie do wpisów po ich ogłoszeniu.

O ile wykazanie pierwszej przesłanki umożliwiającej osobie trzeciej powołanie się na nieznajomość ogłoszonych wpisów, tj. faktu dokonania czynności przed upływem szesnastego dnia od ogłoszenia, jest stosunkowo proste, o tyle przeprowadzenie dowodu na okoliczność braku możliwości zapoznania się z treścią wpisu, a więc dowodu na fakt negatywny, wiąże się z pewnymi utrudnieniami. Polegają one na konieczności wykazania przez osobę trzecią, że mimo dołożenia należytej staranności treść wpisu nie mogła dojść do jej świadomości¹⁸. Osoba trzecia powinna zatem dołożyć należytej staranności w celu dowiedzenia się o treści wpisu. W przypadku gdy osoba ta jest przedsiębiorcą obowiązuje ją podwyższony miernik staranności właściwy dla profesjonalnych uczestników obrotu gospodarczego. W kwestii wymagań co do zakresu owej staranności zaprezentowano w doktrynie dwa odmienne stanowiska. Zgodnie z pierwszym wystarczające jest bieżące zapoznawanie się z treścią kolejnych numerów dziennika urzędowego, w którym publikowane są ogłoszenia¹⁹. Wedle drugiego konieczne jest również podjęcie działań celem uzyskania stosownych informacji bezpośrednio z sądu rejestrowego²⁰. O ile co do zasady słuszne jest twierdzenie, zgodnie z którym w wymaganiach co do staranności nie można iść zbyt daleko²¹, o tyle bieżący monitoring kolejnych numerów dziennika urzędowego nie zawsze będzie wystarczający dla wykazania braku możliwości uzyskania informacji o treści wpisu. Wydaje się, że najtrafniejszym rozwiązaniem będzie uzależnienie oceny omawianej kwestii od okoliczności konkretnego przypadku.

Analiza zasady jawności materialnej w jej aspekcie pozytywnym wymaga także rozważenia przypadku, gdy treść ogłoszenia o wpisie nie odpowiada treści sa-

¹⁷ Por. E. Bieniek-Koronkiewicz, J. Sieńczyło-Chlabicz, op. cit., s. 17.

¹⁸ E. Bieniek-Koronkiewicz, J. Sieńczyło-Chlabicz, op. cit., s. 17; Z. Żabiński, op. cit., s. 75.

¹⁹ Z. Żabiński, op. cit., s. 75. Podobnie M. Wrzolek-Romańczuk, op. cit., s. 26.

²⁰ J. Namitkiewicz, op. cit., s. 2049.

²¹ Z. Żabiński, op. cit., s. 75.

meo wpisu. Kodeks handlowy nie zawierał w tym zakresie jednoznacznej regulacji. Wypracowana przez doktrynę propozycja rozstrzygnięcia przedstawionego problemu opierała się na wykładni art. 23 § 2 k.h., zgodnie z którą niezgodność między treścią wpisu a treścią ogłoszenia stanowiła jeden z przypadków, kiedy dane podlegające wpisowi nie uzyskały skuteczności w rozumieniu wskazanego przepisu²². Rozwiązanie takie nie odpowiadało jednak standardom bezpieczeństwa określonym w Pierwszej Dyrektywie Rady Wspólnot Europejskich z dnia 9 marca 1968 r. w sprawie koordynacji gwarancji, jakie są wymagane w Państwach Członkowskich od spółek w rozumieniu art. 58 akapit drugi Traktatu, w celu uzyskania ich równoważności w całej Wspólnocie, dla zapewnienia ochrony interesów zarówno wspólników, jak i osób trzecich²³. Art. 3 ust. 6 dyrektywy stanowi, że w przypadku niezgodności między treścią ogłoszenia a treścią wpisu nie można wobec osób trzecich powoływać się na wiążący charakter tekstu ogłoszenia. Jednakże osoby trzecie mogą powołać się na tekst ogłoszenia, chyba że spółka udowodni, że osoby takie wiedziały o treści wpisu. W związku z koniecznością dostosowania prawa polskiego do standardów europejskich rozwiązania zaproponowane w Pierwszej Dyrektywie znalazły odzwierciedlenie w ustawie o KRS. Problematykę rozbieżności między wpisem a ogłoszeniem uregulowano w art. 15 ust. 2 tej ustawy, zgodnie z którym w takim przypadku obowiązuje wpis w Rejestrze. Osobie trzeciej przyznano jednak prawo do powołania się na treść ogłoszenia, chyba że podmiot wpisany do Rejestru udowodni, że wiedziała ona o treści wpisu. Konieczne jest w tym przypadku wykazanie pozytywnej wiedzy o wpisie po stronie osoby trzeciej. Udowodnienie jedynie niedbalstwa osoby trzeciej nie spowoduje utraty jej prawa do powołania się na treść ogłoszenia. Na równi z pozytywną wiedzą o treści wpisu w literaturze traktuje się uzyskanie informacji o okolicznościach skutkujących z mocy prawa następstwem objętym treścią wpisu²⁴. Należy zwrócić uwagę, że z punktu widzenia omawianej regulacji nie ma znaczenia przyczyna powstania rozbieżności między treścią wpisu a ogłoszeniem²⁵.

Praktyczne zastosowanie pozytywnego aspektu zasady jawności materialnej w odniesieniu do prokury można przedstawić na następującym przykładzie²⁶. Podmiot A wpisany do rejestru odwołał dotychczasowego prokurenta w osobie X, powołując w jego miejsce nowego prokurenta w osobie Y. Fakt ten został zgłoszony sądowi rejestrowemu. Dotychczasowy prokurent, mimo odwołania go z pełnionej funkcji, nadal dokonuje czynności w imieniu A. Działa zatem

²² E. Bieniek-Koronkiewicz, J. Sieńczyło-Chlabicz, op. cit., s. 18; T. Dziurzyński, Z. Fenichel, M. Honzatko, op. cit., s. 46; A. Kidyba, w: K. Kruczałak (red.), op. cit., s. 65.

²³ Dz.Urz. UE L 68.65.8 z późn. zm. Pierwsza Dyrektywa ma zastosowanie do spółek komandytowo-akcyjnych, spółek akcyjnych oraz spółek z ograniczoną odpowiedzialnością.

²⁴ P. Suski, op. cit., s. 69.

²⁵ E. Bieniek-Koronkiewicz, J. Sieńczyło-Chlabicz, op. cit., s. 18. Podobnie na gruncie Kodeksu handlowego T. Dziurzyński, Z. Fenichel, M. Honzatko, op. cit., s. 46–47 oraz A. Kidyba, w: K. Kruczałak (red.), op. cit., s. 65.

²⁶ Podobny przykład, na gruncie przepisów Kodeksu handlowego przedstawili T. Dziurzyński, Z. Fenichel, M. Honzatko, op. cit., s. 46 oraz S. Janczewski, op. cit., s. 62–63.

jako *falsus procurator*. W odniesieniu do czynności dokonanych przed dokonaniem wpisu w rejestrze kontrahent będący w dobrej wierze może powołać się na brak znajomości faktu odwołania dotychczasowej prokury i powołania nowej. W związku z powyższym znajdzie zastosowanie art. 105 k.c. Jeżeli czynność została dokonana po ogłoszeniu, ale przed upływem szesnastego dnia od ogłoszenia, wówczas kontrahent może powołać się na brak znajomości wskazanych wyżej danych tylko wówczas, gdy udowodni, że nie mógł wiedzieć o treści wpisu. W przeciwnym razie art. 105 k.c. nie znajdzie zastosowania, a czynność dokonana przez X w imieniu A będzie oceniana zgodnie z art. 103 albo 104 k.c. Po upływie szesnastu dni od ogłoszenia kontrahent nie ma już możliwości skutecznego zastaniania się nieznaną wpisu. Niezależnie zatem od okoliczności danego przypadku do czynności dokonanej przez Y działającego w imieniu A znajdują zastosowanie art. 103 albo 104 k.c.²⁷

W razie pierwotnego wpisu prokury do rejestru zasada jawności materialnej w jej aspekcie pozytywnym wywoła ten skutek, że w razie złożenia przez zarejestrowanego prokurenta oświadczenia w imieniu mocodawcy osobie trzeciej, osoba ta nie może uzależnić skutków przyjęcia takiego oświadczenia od przedstawienia dowodu, iż prokura została skutecznie udzielona²⁸.

3. Jawność materialna w aspekcie negatywnym

Zasadę jawności materialnej w aspekcie negatywnym można najogólniej scharakteryzować stwierdzeniem, że na dane, które nie zostały w należyty sposób ujawnione, podmiot obowiązany do ich ujawnienia nie może się powoływać wobec osób trzecich. Brak możliwości powołania się na nieujawnione dane oznacza, że w stosunku między podmiotem, na którym ciąży obowiązek rejestracyjny, a osobami trzecimi dane te traktowane są jako nieistniejące. Nie mają więc one w takiej sytuacji wiążącego charakteru i nie wywołują związanych z nimi skutków prawnych. Warto podkreślić, że znacznie precyzyjniej, niż uczyniono to w ustawie o KRS, omawiana kwestia została uregulowana w Pierwszej Dyrektywie, gdzie w art. 3 ust. 5 wyraźnie wskazano, iż „spółka nie może powoływać się na **wiązący charakter** [podkr. – J.G.] dokumentów i informacji”. Również w polskim ustawodawstwie można wskazać trafniejsze ujęcia zasady jawności materialnej w aspekcie negatywnym. Tytułem przykładu warto przywołać art. 12 § 2 ustawy z dnia 16 września 1982 r. – Prawo spółdzielcze, zgodnie z którym nieujawnione w rejestrze dane „nie wywołują skutków prawnych wobec osób trzecich”. Podobne brzmienie miał art. 8 ustawy z dnia 29 października 1920 r. o spółdzielniach, stanowiący, że dane niezarejestrowane i nieogłoszone „nie mają znaczenia prawnego wobec osób trzecich”²⁹.

²⁷ Por. A. Nowacki, *Jawność materialna Krajowego Rejestru Sądowego*, „Prawo Spółek” 2007, nr 5, s. 41; J. Szwaia, op. cit., s. 327.

²⁸ A. Chełmoński, op. cit., s. 197.

²⁹ Z. Zabiński, op. cit., s. 80.

W odróżnieniu od zasady jawności w aspekcie pozytywnym zasada ta w aspekcie negatywnym ma na celu ochronę osób trzecich³⁰. Znalazła ona odzwierciedlenie zwłaszcza w art. 14 ustawy o KRS. Pewne jej aspekty uregulowano również w art. 15 ust. 1 zd. 2 ustawy o KRS.

Zgodnie z pierwszym z powołanych przepisów podmiot obowiązany do złożenia wniosku o wpis do Rejestru nie może powoływać się wobec osób trzecich działających w dobrej wierze na dane, które nie zostały wpisane do rejestru lub uległy wykreśleniu z rejestru. Analiza przedstawionej regulacji pozwala na wyciągnięcie następujących wniosków.

Po pierwsze, zasada wyrażona w art. 14 ustawy o KRS znajduje zastosowanie do chwili dokonania wpisu w rejestrze, tj. do momentu wprowadzenia danych do systemu informatycznego (art. 20 ust. 1 ustawy o KRS). Oznacza to, że co do zasady od momentu wpisu podmiot wpisany do rejestru ma prawo powoływać się względem osób trzecich na wpisane dane. Ustawodawca polski wybrał więc nieco odmienne rozwiązanie niż przyjęte w prawie niemieckim, gdzie sam fakt rejestracji nie ma jeszcze decydującego znaczenia, albowiem wymagane jest również należyte opublikowanie zarejestrowanych danych. W myśl zasady wyrażonej w § 15 ust. 1 HGB podmiot obowiązany do dokonania wpisu nie może powołać się względem osób trzecich na dane podlegające rejestracji dopóty, dopóki nie zostaną one należycie wpisane do rejestru i opublikowane³¹. Taką samą konstrukcję przyjęto w tekście Pierwszej Dyrektywy, uznając za miarodajny dopiero moment ogłoszenia. W związku z powyższym, przynajmniej w odniesieniu do spółek kapitałowych oraz do spółki komandytowo-akcyjnej, regulacja zawarta w art. 14 ustawy o KRS jest sprzeczna z art. 3 ust. 5 Pierwszej Dyrektywy. Jest to o tyle zastanawiające, że jeszcze w obowiązującym do niedawna kodeksie handlowym skuteczność zasady jawności materialnej w jej aspekcie negatywnym łączono właśnie z chwilą ogłoszenia³².

Po drugie, zakaz powoływania się na niezarejestrowane dane dotyczy wyłącznie podmiotu obowiązanego do złożenia wniosku o wpis. Nie odnosi się zatem do osób trzecich, które co do zasady mogą bez przeszkód powoływać się na dane, wobec których nie dopełniono jeszcze obowiązku rejestracji³³. Rozwiązanie takie może prowadzić do pewnych komplikacji. Dotyczy to w szczególności przypadków, gdy w ramach danego stosunku prawnego, po tej samej stronie, obok podmiotu obowiązanego do złożenia wniosku o wpis do rejestru występują jeszcze inne podmioty (np. w razie wspólnego wynajęcia lokalu użytkowego). Jeżeli następnie podmiot, na którym ciąży obowiązek rejestracyjny, reprezentowany przez osobę należycie powołaną, ale niewpisaną jeszcze do rejestru (np. proku-

³⁰ E. Bieniek-Koronkiewicz, J. Sieńczyło-Chlabicz, op. cit., s. 18–19; A. Kidyba, w: K. Kruczałak (red.), op. cit., s. 64; E. Marszałkowska-Krześ, op. cit., s. 38; M. Wrzolek-Romańczuk, op. cit., s. 27.

³¹ R. Bulow, *Handelsrecht*, Heidelberg 2001, s. 37 i n.; C.W. Canaris, *Handelsrecht*, Munchen 2000, s. 62 i n.

³² Art. 23 § 2 k.h. Por. Z. Żabiński, op. cit., s. 74.

³³ A. Nowacki, op. cit., s. 36.

renta), wypowie umowę najmu, wówczas wynajmujący jako osoba trzecia będzie mógł skutecznie kwestionować wypowiedzenie względem tego podmiotu, ale już nie wobec jego kontrahenta (wspólnajemcy), który w rozumieniu art. 14 ustawy o KRS również jest osobą trzecią. W takiej sytuacji trudno jednoznacznie ocenić, czy umowa najmu została skutecznie wypowiedziana.

Po trzecie, nie jest istotny powód braku wpisu czyjego wykreślenia. Oznacza to w szczególności, że podmiot obowiązany do złożenia wniosku o wpis nie może powoływać się na fakt terminowego złożenia takiego wniosku. Zatem art. 14 ustawy o KRS znajdzie zastosowanie w każdym przypadku braku wpisu, który powinien figurować w rejestrze³⁴. Całkowite ryzyko związane z rejestracją, również w razie opieszale prowadzonego postępowania rejestrowego, obciąża zatem podmiot zobowiązany do dokonania zgłoszenia³⁵. Nie wystarcza tu więc dochowanie nawet najdalej idącej staranności. Pod uwagę bierze się tylko obiektywny fakt niewpisania danych do rejestru bądź wykreślenia ich z rejestru.

Po czwarte, zakaz powołania się na niezarejestrowane lub wykreślone dane obowiązuje wyłącznie w stosunku do osób trzecich będących w dobrej wierze. Przez osobę trzecią należy rozumieć podmiot działający poza strukturą organizacyjną podmiotu obowiązany do dokonania wpisu. Nie będzie nim zatem na przykład ani wspólnik, ani członek organu spółki, na której ciąży obowiązek rejestracyjny. Poza kategorią osób trzecich znajdują się również sądy i organy administracji³⁶.

Dobra wiara w rozumieniu art. 14 ustawy o KRS oznacza usprawiedliwiony brak wiedzy o istnieniu danych niewpisanych do rejestru. W złej wierze będzie zatem nie tylko ten, kto zna treść niezarejestrowanych danych, ale również ten, kto wprawdzie nie wie o ich istnieniu, ale braku wiedzy w tym zakresie nie można uznać za usprawiedliwiony w danych okolicznościach sprawy³⁷. Jest to zatem rozwiązanie istotnie odmienne od zaproponowanego w kodeksie handlowym³⁸, gdzie możliwość powołania się przez kupca na niezarejestrowane dane uzależniona była od wykazania po stronie osoby trzeciej pozytywnej wiedzy o treści tych danych. Niedbalstwo nie pociągało wówczas dla osoby trzeciej ujemnych konsekwencji³⁹.

³⁴ E. Bieniek-Koronkiewicz, J. Sieńczyło-Chlabicz, op. cit., s. 18; E. Norek, op. cit., s. 144–145. Ta sama zasada obowiązywała na gruncie kodeksu handlowego, por. P. Suski, op. cit., s. 68.

³⁵ A. Nowacki, op. cit., s. 39.

³⁶ E. Bieniek-Koronkiewicz, J. Sieńczyło-Chlabicz, op. cit., s. 18; E. Norek, op. cit., s. 145. Odmienne jednak A. Nowacki, op. cit., s. 38, którego zdaniem brak jest podstaw do wyłączenia spod ochrony nawet osób blisko związanych z podmiotem wpisanym do rejestru, w tym akcjonariuszy oraz członków organów.

³⁷ M. Tarska, w: S. Sołtysiński, A. Szajkowski, A. Szumański, J. Szwaja, *Kodeks spółek handlowych. Komentarz*, t. V, Warszawa 2004, s. 582. Odmiennego stanowiska broni E. Norek, op. cit., s. 145, którego zdaniem „dla obalenia domniemania z art. 14 ustawy [o KRS – przyp. J.G.] nie jest wystarczające wykazanie, że osoba trzecia przy dołożeniu należytej staranności mogła dowiedzieć się o niezarejestrowanych danych”. Podobnie wypowiedział się A. Nowacki, op. cit., s. 38, twierdząc, że „nie wystarczy (...), że osoba trzecia mogła z łatwością dowiedzieć się o sprzeczności między stanem prawnym ujawnionym w KRS i rzeczywistym stanem prawnym, konieczna jest jej pozytywna wiedza o takiej sprzeczności”.

³⁸ Art. 23 § 2 k.h.

³⁹ M. Wrzolek-Romańczuk, op. cit., s. 27.

Nie wydaje się słuszny wyrażony w doktrynie pogląd, zgodnie z którym działanie osoby trzeciej w zgodzie z treścią wpisu do rejestru wyłącza stawianie takiej osobie dalej idących obowiązków poza koniecznością bieżącego zapoznawania się z aktualnym stanem rejestru⁴⁰. W pewnych okolicznościach, zwłaszcza gdy osoba trzecia jest profesjonalnym uczestnikiem obrotu, należy stosować wobec niej podwyższony miernik staranności. Dotyczy to zwłaszcza sytuacji, gdy osoba trzecia pozostaje w stałych kontaktach handlowych z podmiotem obowiązany do złożenia wniosku o wpis, co daje jej dodatkowe możliwości uzyskania wiedzy o danych będących przedmiotem obowiązku rejestrowego. Dopiero więc ustalenie, że osoba trzecia dołożyła wymaganej od niej należytej staranności, pozwoli przypisać jej dobrą wiarę warunkującą skorzystanie z regulacji zawartej w art. 14 ustawy o KRS. Rozwiązanie takie jest z pewnością bardziej elastyczne, gdyż unika się w ten sposób pewnego automatyzmu polegającego na prostym porównaniu: brak wiedzy o wpisie oznacza dobrą wiarę. Jednocześnie pozwala ono odpowiednio wyważyć interesy obu stron, tj. osoby trzeciej oraz podmiotu obowiązany do złożenia wniosku o wpis.

Z uwagi na ustawowe domniemanie istnienia dobrej wiary, wyrażone w art. 7 k.c., to na podmiocie obowiązany do złożenia wniosku o wpis do rejestru spoczywać będzie ciężar udowodnienia, że osoba trzecia działała w złej wierze⁴¹. W praktyce oznaczać to będzie najczęściej konieczność wykazania istnienia po stronie osoby trzeciej pozytywnej wiedzy o niezarejestrowanych danych. W przypadku niezarejestrowanej prokury wystarczy dowód, że osoba trzecia zapoznała się z treścią oświadczenia o jej udzieleniu. Niekiedy wystarczający będzie dowód, że brak wiedzy osoby trzeciej o treści niezarejestrowanych danych wynika z jej niedbalstwa. W omawianym przypadku dotyczącym prokury sytuacja taka zaistnieje wówczas, gdy informacja o udzieleniu prokury zostanie przesłana do osoby trzeciej w sposób umożliwiający zapoznanie się z jej treścią, czego osoba trzecia, wskutek niezachowania należytej staranności, nie uczyni.

Rozwinięciem zasady jawności materialnej w aspekcie negatywnym jest regulacja zawarta w art. 15 ust. 1 zd. 2 ustawy o KRS. Przepis ten stanowi, że w odniesieniu do czynności dokonanych przed upływem szesnastego dnia od dnia ogłoszenia podmiot wpisany do rejestru nie może powoływać się na wpis wobec osoby trzeciej, ale tylko wówczas, gdy ta udowodni, że nie mogła wiedzieć o treści wpisu. Zawarta w nim regulacja wzorowana jest na art. 3 ust. 5 zd. 2 Pierwszej Dyrektywy. Jednakże rozwiązania zaproponowane w Pierwszej Dyrektywie są w omawianym zakresie spójne i przejrzyste, czego niestety nie da się powiedzieć o konstrukcji zaproponowanej przez polskiego ustawodawcę. W dyrektywie wyraźnie sprecyzowano, że rozszerzony zakres działania zasady jawności materialnej dotyczy wyłącznie czynności (transakcji) „mających miejsce przed szesnastym dniem następującym po dniu ogłoszenia”. Wskazano zatem zarówno termin początkowy (dzień ogłoszenia), jak i termin końcowy (upływ szesnastego

⁴⁰ E. Marszałkowska-Krześ, op. cit., s. 39; E. Norek, op. cit., s. 145.

⁴¹ Por. M. Litwińska, *Kodeks spółek handlowych. Komentarz*, Warszawa 2002, s. 260.

dnia od dnia ogłoszenia). Koresponduje to w pełni z wyrażoną w dyrektywie ogólną zasadą jawności materialnej w aspekcie negatywnym, której skuteczność uzależniono od ogłoszenia. Zgodnie więc z treścią Pierwszej Dyrektywy, do czasu ogłoszenia wiążący charakter danych uzależniony jest od wykazania, że osoba trzecia o nich wiedziała, natomiast po ogłoszeniu dane te w pełni obowiązują, chyba że dotyczy to czynności dokonanej w owym szesnastodniowym okresie przejściowym, przy czym wówczas to osoba trzecia powinna wykazać, że nie mogła się z tymi informacjami zapoznać.

W odróżnieniu od Pierwszej Dyrektywy w art. 15 ust. 1 zd. 2 ustawy o KRS nie wskazano terminu początkowego obowiązywania rozszerzonej zasady jawności materialnej. Wiadomo tylko, że czynność prawna powinna być dokonana „przed upływem szesnastego dnia od dnia ogłoszenia”. Przyjęcie rozwiązania zaproponowanego w dyrektywie nie wydaje się trafne. Prowadziłoby to bowiem, przy uwzględnieniu pozostałych przepisów ustawy o KRS, do trudnych do zaakceptowania skutków. Przed rejestracją podmiot obowiązany do dokonania wpisu nie mógłby się co do zasady powoływać na niewpisane dane. *A contrario*, pomiędzy rejestracją a ogłoszeniem powołanie się na te dane byłoby zawsze w pełni dopuszczalne. Z kolei między ogłoszeniem a upływem szesnastego dnia od dnia ogłoszenia, o ile czynność zostałaby dokonana w tym okresie, prawo powołania się na wpis byłoby wyłączone w razie wykazania przez osobę trzecią braku możliwości uzyskania wiedzy o wpisie. Aby uniknąć wskazanej oczywistej niekonsekwencji, należy przyjąć, że **brak możliwości powołania się na wpis, obwarowany ograniczeniami, o których mowa w art. 15 ust. 1 zd. 2 ustawy o KRS, dotyczy przypadków, gdy czynność prawna została dokonana między dniem wpisu w rejestrze a upływem szesnastego dnia od dnia ogłoszenia tego wpisu w Monitorze Sądowym i Gospodarczym**. Za takim rozwiązaniem przemawiają nie tylko względy celowościowe, ale również porównanie literalnego brzmienia omawianego przepisu z brzmieniem art. 14 ustawy o KRS. O ile w art. 14 mowa jest o danych, które nie zostały wpisane bądź uległy wykreśleniu z rejestru, o tyle art. 15 ust. 1 zd. 2 posługuje się już pojęciem wpisu, a więc danych zarejestrowanych.

Jak już wspomniano, zasada jawności materialnej w aspekcie negatywnym ma na celu ochronę osób trzecich. Brak możliwości powołania się na niezarejestrowane dane dotyczy podmiotu zobowiązanego do dokonania wpisu, nie odnosi się więc do osób trzecich. Pozycja prawna tych ostatnich w omawianym zakresie uregulowana jest w art. 15 ust. 3 ustawy o KRS. Zgodnie z tym przepisem „osoba trzecia może się powoływać na dokumenty i dane, w odniesieniu do których nie dopełniono jeszcze obowiązku ogłoszenia, jeżeli niezamieszczenie ogłoszenia nie pozbawia jej skutków prawnych”. Jest to kolejny przykład rozwiązania przyjętego z Pierwszej Dyrektywy, której art. 3 ust. 7 stanowi, że „osoby trzecie mogą zawsze powoływać się na wiążący charakter dokumentów i informacji, dla których formalności ogłoszeniowe nie zostały jeszcze spełnione, z zastrzeżeniem, że brak ujawnienia nie pozbawia je mocy”. W doktrynie trafnie zwrócono uwagę, że w treść przepisu art. 15 ust. 3 ustawy o KRS wkraść się błąd językowy, pole-

gający na nieprawidłowym użyciu zaimka „jej” zamiast „ich”⁴². Nawet jednak dokonanie wskazanej korekty nie usuwa wszelkich wątpliwości interpretacyjnych. Literalne brzmienie omawianego przepisu skłania do wniosku, że zawarta w nim regulacja odnosi się do przypadków, gdy ogłoszenie wpisu ma charakter konstytutywny. Tylko w ten sposób można bowiem odczytać stwierdzenie łączące skutek prawny rejestrowanych danych z ich ogłoszeniem. Rzecz jednak w tym, że na gruncie obowiązującego prawa nie przewidziano ogłoszeń konstytutywnych, wszelkie ogłoszenia w Monitorze Sądowym i Gospodarczym mają znaczenie jedynie deklaratoryjne⁴³. Rozbieżność między tekstem ustawy o KRS a tekstem Pierwszej Dyrektywy wyjaśnia się w doktrynie błędnym tłumaczeniem słowa „ujawnienie”⁴⁴. Choć dyrektywa nie odznacza się szczególną precyzją terminologiczną, można przyjąć, że przewiduje ona trzy możliwe sposoby ujawniania danych: 1) złożenie dokumentu do akt rejestrowych, 2) wpis do rejestru, 3) ogłoszenie. Celem wprowadzenia omawianej regulacji było zapewnienie osobom trzecim możliwości powołania się na nieujawnione dane, o ile brak ujawnienia nie pozbawia tych danych mocy prawnej. Interpretując art. 15 ust. 3 ustawy o KRS zgodnie ze wskazanym celem, należy przyjąć, że daje on osobom trzecim prawo powołania się na dane, które nie tylko nie zostały ogłoszone, ale nawet zarejestrowane. Nie dotyczy to oczywiście danych, co do których wpis do rejestru ma charakter konstytutywny. W związku z powyższym osoba trzecia zawsze będzie mogła powołać się na fakt udzielenia prokury i to nawet wówczas, gdy udzielona prokura nie została nawet zgłoszona do rejestru. Często więc w praktyce w takich wypadkach od woli osoby trzeciej uzależniona będzie skuteczność działania niezarejestrowanego prokurenta. Z jednej strony bowiem jest ona chroniona zasadą dobrej wiary, wyrażoną w art. 14 ustawy o KRS, gdzie ciężar dowodu przeciwnego (nieraz bardzo trudnego do przeprowadzenia) spoczywa na podmiocie obowiązany do dokonania wpisu, z drugiej natomiast może w każdym czasie powołać się na fakt udzielenia prokury. Zagrożenie to jest jednak nieuchronnym kosztem zaproponowanego przez ustawodawcę rozwiązania, opartego przecież na odpowiednim wyważeniu interesów stron.

Praktyczne zastosowanie zasady jawności materialnej w aspekcie negatywnym w odniesieniu do prokury można zobrazować na następującym przykładzie⁴⁵. Po udzieleniu prokury prokurent dokonuje w imieniu mocodawcy czynności wypowiedzenia umowy zawartej z kontrahentem mocodawcy. W zależności od czasu, w którym oświadczenie o wypowiedzeniu zostało złożone, należałoby wyróżnić następujące sytuacje.

Przed dokonaniem wpisu prokury do rejestru mocodawca nie może się skutecznie powołać wobec swego kontrahenta na fakt udzielenia prokury, chyba że wykaze, że kontrahent działał w złej wierze. Oznacza to, że czynność wypowie-

⁴² E. Marszałkowska-Krześ, op. cit., s. 39.

⁴³ Ibidem.

⁴⁴ Ibidem, s. 39-40.

⁴⁵ Podobny przykład, na gruncie przepisów kodeksu handlowego przedstawił S. Janczewski, op. cit., s. 62.

dzenia dokonana przez prokurenta traktowana jest wówczas tak, jakby udzielenie prokury nie miało miejsca⁴⁶. W rezultacie działanie podjęte przez prokurenta byłoby uznane za działanie bez umocowania. Ponieważ wypowiedzenie umowy jest jednostronną czynnością prawną, konsekwencją przyjęcia faktu braku umocowania po stronie prokurenta jest nieważność tej czynności, bez możliwości późniejszej konwalidacji w drodze potwierdzenia przez mocodawcę.

Po zarejestrowaniu prokury, a przed upływem szesnastego dnia od daty ogłoszenia tego faktu w Monitorze Sądowym i Gospodarczym przedsiębiorca nie może powołać się na fakt udzielenia prokury tylko wówczas, gdy kontrahent mocodawcy udowodni, że nie mógł wiedzieć o fakcie udzielenia prokury. Zatem tylko w takich, ściśle ograniczonych, przypadkach wypowiedzenie umowy dokonane przez prokurenta byłoby dotknięte sankcją nieważności. W odróżnieniu od poprzedniej sytuacji, gdy czynność została dokonana przed dokonaniem wpisu prokury do rejestru, ciężar dowodu spoczywa w tym wypadku na kontrahencie mocodawcy. Nie wystarcza przy tym wykazanie dobrej wiary, lecz konieczne jest udowodnienie faktycznego braku możliwości uzyskania informacji o udzieleniu prokury.

Z upływem szesnastego dnia od ogłoszenia wpisu prokury do rejestru mocodawca może bez jakichkolwiek przeszkód powoływać się na fakt udzielenia prokury. Kontrahent mocodawcy, któremu prokurent wypowiedział umowę, nie może się wówczas uwolnić od skutków wypowiedzenia i to nawet wówczas, gdy wykaże, że nie miał możliwości uzyskania informacji o udzieleniu prokury.

Innym przykładem zastosowania zasady jawności materialnej w jej aspekcie negatywnym w odniesieniu do prokury może być przypadek udzielenia prokury komandytariuszowi, który następnie dokonał czynności w imieniu spółki, nie ujawniając przysługującego mu umocowania. Co do zasady, w takim wypadku komandytariusz odpowiada za skutki tej czynności wobec osób trzecich bez ograniczenia (art. 118 § 2 k.s.h.). Jednakże od chwili ogłoszenia faktu udzielenia prokury w Monitorze Sądowym i Gospodarczym, do czasu upływu szesnastu dni od tego momentu, komandytariusz będzie na tej podstawie odpowiadał wobec osoby trzeciej tylko wówczas, gdy ta udowodni, że nie mogła wiedzieć o treści wpisu. Z kolei po upływie szesnastu dni od dnia ogłoszenia komandytariusz będzie wolny od odpowiedzialności z tytułu nieujawnienia przysługującego mu umocowania, gdyż nikt nie będzie mógł wówczas zasłonić się nieznajomością wpisu⁴⁷.

⁴⁶ W takim wypadku obowiązuje bowiem nie prawda materialna, lecz formalna, wynikająca z wpisu w rejestrze; por. S. Janczewski, op. cit., s. 64.

⁴⁷ S. Kowalski, *Rozszerzona odpowiedzialność komandytariusza za zobowiązania spółki komandytowej*, MP 2003, nr 5, s. 205. Większość autorów traktuje jednak wskazaną regulację dotyczącą odpowiedzialności komandytariusza jako *lex specialis* względem przepisów rejestrowych: A. Kidyba, K. Kopaczyńska-Pieczniak, *Odpowiedzialność komandytariusza za zobowiązania spółki*, PPH 1995, nr 7, s. 15; J.P. Naworski, w: T. Siemiątkowski, R. Potrzeszcz, J.P. Naworski, K. Strzelczyk, *Komentarz do kodeksu spółek handlowych. Spółki osobowe*, Warszawa 2001, s. 307–308; M. Rodzyński, *Kodeks spółek handlowych. Komentarz*, Warszawa 2005, s. 171; J. Szwaia, w: S. Sołtysiński, A. Szajkowski, A. Szumański, J. Szwaia, *Kodeks spółek handlowych. Komentarz*, 1.1, Warszawa 2001, s. 595 oraz H. Urbańczyk, w: A. Strzępka (red.), *Kodeks spółek handlowych. Komentarz. Orzecznictwo*,

IY. WIARYGODNOŚĆ DANYCH OBJĘTYCH WPISEM

Zapewnienie informacjom zawartym w rejestrze jawności formalnej oraz jawności materialnej w obu jej aspektach nie wyczerpuje jeszcze systemu środków ochronnych związanych z rejestrem przedsiębiorców. Konieczna jest również odpowiedź na pytanie, w jaki sposób ujawnione w tym rejestrze dane zasługują na zaufanie co do ich prawdziwości. Zagadnienie to leży w sferze określanej mianem wiarygodności rejestru⁴⁸.

W literaturze zaproponowano odróżnienie wiarygodności faktycznej od wiarygodności prawnej⁴⁹. Pierwsza polega na tym, że już z samej konstrukcji systemu rejestracji wynika wysokie prawdopodobieństwo prawdziwości danych figurujących w rejestrze. Gwarantuje to ujęcie rejestru przedsiębiorców w szeroko rozumianym systemie ksiąg publicznych oraz powierzenie jego prowadzenia niezawisłym sądom. W dalszej kolejności można wymienić oparcie wpisów do rejestru na dokumentach, których zgodność z prawem podlega każdorazowemu badaniu przez sąd, wyposażony w odpowiednie środki dyscyplinowania podmiotów zobowiązanych do złożenia wniosku o wpis.

Wiarygodność faktyczna nie zapewnia jednak należytego stopnia ochrony zaufania do danych zamieszczonych w rejestrze przedsiębiorców. Powstała zatem potrzeba dodatkowej interwencji ustawodawcy, który swoim autorytetem zapewniłby, że informacje figurujące w rejestrze zasługują na zaufanie. Oczywiście nie jest możliwe ustawowe zapewnienie, iż wszelkie zarejestrowane dane są prawdziwe. Nawet w najlepiej funkcjonującym systemie nie sposób uniknąć ewentualnych pomyłek czy po prostu nadużyć⁵⁰. Zadaniem ustawodawcy jest w tym wypadku wprowadzenie takich instrumentów prawnych, które w możliwie maksymalnym stopniu pozwolą uniknąć rozbieżności między stanem prawnym wynikającym z rejestru a rzeczywistym stanem prawnym.

Warszawa 2003, s. 248, choć autorka ta przyznaje, że sprawa jest dyskusyjna. Por. też L. Moskwa, *Stosunek zewnętrzny spółki komandytowej w świetle przepisów kodeksu handlowego i kodeksu spółek handlowych (studium materialnoprawne)*, Poznań 2000, s. 86–87, którego zdaniem omawiana odpowiedzialność komandytariusza ma charakter sankcyjny i jest całkowicie niezależna od wiedzy osoby trzeciej o rzeczywistym źródle umocowania komandytariusza.

⁴⁸ Por. E. Bieniek-Koronkiewicz, J. Sieńczyło-Chlabicz, op. cit., s. 21; E. Marszałkowska-Krześ, op. cit., s. 41; P. Suski, op. cit., s. 72; Z. Żabiński, op. cit., s. 88. Nieco inaczej zasadę wiarygodności przedstawiła M. Wrzolek-Romańczuk, op. cit., s. 28, zdaniem której od zasady wiarygodności, polegającej na tym, że osoba trzecia działająca w dobrej wierze może mieć pełne zaufanie do danych ujawnionych w rejestrze, należy odróżnić domniemanie prawdziwości wpisów. Wydaje się, że z uwagi na ścisły związek między wiarygodnością a domniemaniem prawdziwości danych wpisanych do rejestru wprowadzanie takiego rozróżnienia nie znajduje uzasadnienia. Przyczyną, dla której dany rejestr cieszy się zaufaniem, jest zwykle wysokie prawdopodobieństwo prawdziwości zawartych w nim informacji. Por. też E. Norek, op. cit., s. 143, który wiarygodność rejestru wiąże z zasadą jawności materialnej wpisów. Inni z kolei utożsamiają wiarygodność rejestru z wiarą publiczną, co obecnie jednak mogłoby być mylące z uwagi na utrwalone już znaczenie pojęcia wiary publicznej; por. A. Chełmoński, op. cit., s. 211 i n.; T. Dziurzyński, Z. Fenichel, M. Honzatko, op. cit., s. 49. Tym bardziej nieuzasadnione wydaje się posługiwanie pojęciem rękojmi wiary publicznej rejestru; por. W. Pyziół, A. Szumański, I. Weiss, *Prawo spółek*, Bydgoszcz–Kraków 2002, s. 57 a na gruncie przepisów o rejestrze handlowym W. Pyziół, w: K. Kruczałak (red.), *Kodeks handlowy. Komentarz*, Warszawa 1998, s. 186; Z. Żabiński, op. cit., s. 92.

⁴⁹ Por. Z. Żabiński, op. cit., s. 89–90.

⁵⁰ Por. E. Norek, op. cit., s. 143; Z. Żabiński, op. cit., s. 91.

Zasada wiarygodności rejestru handlowego ma w polskim ustawodawstwie dosyć długą tradycję. Przewidziano ją wprost już w art. 10 dekretu o rejestrze handlowym, zgodnie z którym „wszelkie dane zarejestrowane i ogłoszone mają za sobą domniemanie wiarygodności (...)”⁵¹. Kodeks handlowy nie stanowił wprost ani domniemania wiarygodności danych zamieszczonych w rejestrze, ani nie przewidywał wyraźnie domniemania prawdziwości tych danych. Zawierał jednak przepisy, z których zasadę wiarygodności można było wyinterpretować. Dotyczy to w szczególności art. 24 § 1 k.h. stanowiącego, że „wobec osób trzecich, działających w dobrej wierze, kupiec nie może zasłaniać się zarzutem, że dane wpisane zgodnie z jego zgłoszeniem nie są prawdziwe”. Podobne rozwiązanie, tyle że w odniesieniu do danych wpisanych niezgodnie ze zgłoszeniem kupca lub bez jego zgłoszenia, uregulowano w art. 24 § 2 k.h. Pewnym uzupełnieniem zasady wiarygodności była regulacja zawarta w art. 10 k.h. Przepis ten przewidywał ogólną zasadę, zgodnie z którą wraz z wpisem do rejestru dana osoba uzyskiwała względem osób trzecich działających w dobrej wierze status kupca rejestrowego nawet wówczas, gdy nie było podstaw do wpisu. Zatem nawet w przypadku wpisania do rejestru osoby niemającej w ogóle statusu kupca, osoba taka była traktowana jako kupiec rejestrowy i to na mocy samego wpisu⁵².

Aktualnie obowiązująca zasada wiarygodności wpisów w rejestrze przedsiębiorców została wyrażona w art. 17 ustawy o KRS. W ust. 1 wymienionego przepisu ustanowiono ogólne domniemanie prawdziwości danych wpisanych do rejestru. Jest to domniemanie prawne, do którego stosuje się art. 234 k.p.c. Wiąże ono sąd, może być jednak obalone, ilekroć ustawa tego nie zabrania. Ponieważ w ustawie o KRS nie przewidziano ogólnego zakazu przeprowadzania dowodu przeciwko domniemaniu prawdziwości danych wpisanych do rejestru, należy przyjąć, iż **domniemanie wyrażone w art. 17 ust. 1 ustawy o KRS jest tzw. domniemaniem wzruszalnym**⁵³. O możliwości powołania się na wiarygodność wpisu decyduje co do zasady, podobnie jak to miało miejsce w czasie obowiązywania dekretu o rejestrze handlowym oraz pod rządami kodeksu handlowego, chwila dokonania wpisu, nie zaś chwila jego ogłoszenia⁵⁴.

Wyjątek od wskazanej wyżej zasady, ograniczający możliwość obalenia domniemania prawdziwości zarejestrowanych danych, uregulowano w art. 17 ust. 2 ustawy o KRS. W myśl tego przepisu, jeżeli dane wpisano do rejestru niezgodnie ze zgłoszeniem podmiotu lub bez tego zgłoszenia, podmiot ten nie może zasłaniać się wobec osoby trzeciej działającej w dobrej wierze zarzutem, że dane te nie

⁵¹ A. Chełmoński, op. cit., s. 207 i n.

⁵² T. Dziurzyński, Z. Fenichel, M. Honzatko, op. cit., s. 21; Z. Żabiński, op. cit., s. 93.

⁵³ A. Nowacki, op. cit., s. 36; F. Zedler, w: A. Koch, J. Napierała (red.), *Prawo handlowe. Spółki handlowe. Umowy gospodarcze*, Kraków 2002, s. 42. Podobnie SN w wyroku z 2 kwietnia 2004 r., III CK 465/02, MP 2004, nr 10, s. 439 oraz Pr. Bank. 2005, nr 1, s. 39 oraz w postanowieniu z 14 kwietnia 2003 r., I CZ 17/03, OSNC 2004, nr 9, poz. 137.

⁵⁴ T. Dziurzyński, Z. Fenichel, M. Honzatko, op. cit., s. 49; S. Janczewski, op. cit., s. 63; A. Kidyba, w: K. Kruczałak (red.), op. cit., s. 67; E. Marszałkowska-Krześ, op. cit., s. 43; P. Suski, op. cit., s. 74; Z. Żabiński, op. cit., s. 96.

są prawdziwe, jeżeli zaniedbał wystąpić niezwłocznie z wnioskiem o sprostowanie, uzupełnienie lub wykreślenie wpisu.

Należy zwrócić uwagę na posłużenie się przez ustawodawcę mało precyzyjnym pojęciem „podmiot”, użytym dwukrotnie w omawianym przepisie. Poprzestanie wyłącznie na wykładni literalnej nie pozwala na jednoznaczne ustalenie, czy chodzi tu o jakikolwiek podmiot dokonujący zgłoszenia, czy też może wyłącznie o podmiot wpisany do rejestru. Warto zauważyć, że w innych przepisach ustawy o KRS ustawodawca konsekwentnie posługuje się pojęciami „podmiot obowiązany do złożenia wniosku o wpis”⁵⁵ lub „podmiot wpisany do rejestru”⁵⁶. Wykładnia celowościowa przemawia za uznaniem, że pojęcie „podmiot”, użyte w art. 17 ust. 2 ustawy o KRS, odnosi się wyłącznie do podmiotu wpisanego do rejestru⁵⁷.

Zakres regulacji art. 17 ust. 2 ustawy o KRS dotyczy dwóch sytuacji. W pierwszej wpis nastąpił bez zgłoszenia podmiotu wpisanego do rejestru. Ma to miejsce na przykład wówczas, gdy wpisu dokonano z urzędu (np. w trybie art. 24 ust. 4 ustawy o KRS) lub gdy wniosek został złożony przez pełnomocnika działającego bez umocowania albo z przekroczeniem zakresu umocowania⁵⁸. W drugiej sytuacji wpisu dokonano niezgodnie ze zgłoszeniem. Nie jest przy tym istotna przyczyna zaistniałej niezgodności. Może ona wynikać na przykład z omyłki sądu rejestrowego⁵⁹. Ryzyko zaistnienia niezgodności obciąża więc co do zasady podmiot wpisany do rejestru, choć interes jego jest w pewien sposób chroniony dzięki nałożonemu na sąd rejestrowy obowiązowi doręczenia mu odpisu postanowienia o wpisie wydanego na posiedzeniu niejawnym (art. 357 w zw. z art. 517 k.p.c.)⁶⁰.

Ograniczenie możliwości wzruszenia domniemania prawdziwości zarejestrowanych danych, wyrażone w art. 17 ust. 2 ustawy o KRS, dotyczy wyłącznie podmiotu wpisanego do rejestru, nie odnosi się więc do osób trzecich. Jest to zgodne z intencją ustawodawcy, który wprowadził zasadę wiarygodności wpisu przede wszystkim w celu ochrony osób trzecich⁶¹. W konsekwencji osoby trzecie

⁵⁵ Art. 14 ustawy o KRS.

⁵⁶ Art. 15 ust. 1 i 2, art. 18 ust. 1 ustawy o KRS.

⁵⁷ Por. E. Bieniek-Koronkiewicz, J. Sieńczyło-Chlabicz, op. cit., s. 21; Podobnie M. Tarska, w: S. Sołtysiński, A. Szajkowski, A. Szumański, J. Szwaja, op. cit., s. 587; autorka twierdzi co prawda, że art. 17 ust. 2 ustawy o KRS dotyczy podmiotu podlegającego obowiązkowi wpisu w rejestrze, jednakże z uwagi na fakt, że przepis ten dotyczy stanu po dokonaniu wpisu, trafniejsze wydaje się odniesienie pojęcia „podmiot” do podmiotu wpisanego do rejestru.

⁵⁸ E. Marszałkowska-Krześ, op. cit., s. 41.

⁵⁹ Por. T. Dziurzyński, Z. Fenichel, M. Honzatko, op. cit., s. 49; A. Kidyba, w: K. Krucalak (red.), op. cit., s. 67; J. Szwaja, *Kodeks handlowy...*, t. I..., s. 333–334; M. Wrzolek-Romańczuk, op. cit., s. 25. Por. też orzeczenie SN z 5 września 1928 r., I C 1410/27, OSN 1928, t. II, poz. 130.

⁶⁰ E. Marszałkowska-Krześ, op. cit., s. 106. Por. też orzeczenie SN z 5 września 1928 r., I C 1410/27, OSN 1928, t. II, poz. 130.

⁶¹ E. Marszałkowska-Krześ, op. cit., s. 41; R. Skubisz, op. cit., s. 27; J. Szwaja, *Kodeks handlowy...*, t. I..., s. 329; M. Tarska, w: S. Sołtysiński, A. Szajkowski, A. Szumański, J. Szwaja, op. cit., s. 586. Por. też orzeczenie SN z 30 maja 1928 r., I C 863/27, OSN 1928, poz. 107 oraz PPH 1928, nr 8, s. 364–366.

mogą bez przeszkód przeprowadzić dowód przeciwny, obalający domniemanie prawdziwości wpisu⁶².

Nałożony na podmiot wpisany do rejestru zakaz przeprowadzania dowodu przeciwko domniemaniu prawdziwości zarejestrowanych danych nie ma charakteru bezwzględny. Ustawodawca przewidział dwa przypadki, w których dowód taki jest możliwy.

W pierwszej kolejności należy zauważyć, że omawiany zakaz dotyczy wyłącznie relacji wobec osób trzecich działających w dobrej wierze. Nie ma więc przeszkód do zasłaniania się zarzutem nieprawdziwości wpisanych do rejestru informacji względem osób trzecich będących w złej wierze. Z uwagi jednak na ustawowe domniemanie istnienia dobrej wiary, wyrażone w art. 7 k.c., to na podmiocie wpisanym do rejestru ciążyć będzie obowiązek przeprowadzenia dowodu przeciwnego, tj. wykazania złej wiary po stronie osoby trzeciej. W złej wierze jest natomiast ten, kto wiedział lub, przy zachowaniu należytej staranności, powinien był wiedzieć, że dane wpisane do rejestru nie odpowiadają rzeczywistości stanowi rzeczy⁶³.

Drugą możliwością obalenia domniemania prawdziwości wpisu przez podmiot wpisany do rejestru jest niezwłoczne wystąpienie przezeń z wnioskiem o sprostowanie, uzupełnienie lub wykreślenie wpisu. Jest to rozwiązanie podobne do przewidzianego w art. 24 § 2 k.h. z tą tylko różnicą, że ustawodawca uwzględnił obecnie również możliwość wystąpienia z wnioskiem o uzupełnienie wpisu. Obowiązująca regulacja nie jest jednak wolna od wątpliwości interpretacyjnych. Dotyczą one przede wszystkim prawidłowej wykładni pojęcia „niezwłocznie”. Wykształciły się w tym zakresie dwa odmienne poglądy.

Zgodnie z pierwszym konieczna jest natychmiastowa reakcja podmiotu wpisanego do rejestru po uzyskaniu przezeń wiadomości o niezgodności wpisu z rzeczywistym stanem prawnym. Jakikolwiek opóźnienie, nawet uzasadnione oczekiwaniem na doręczenie postanowienia sądu o wpisie, będzie działało na niekorzyść przedsiębiorcy⁶⁴.

Zwolennicy drugiego poglądu zajmują zdecydowanie bardziej liberalne stanowisko. Ich zdaniem wystarczające jest terminowe złożenie środka odwoławczego, tj. skargi na orzeczenie referendarza sądowego albo apelacji⁶⁵. Działanie takie jest bowiem podstawowym sposobem obrony przed dokonaniem wpisu niezgodnego z rzeczywistym stanem prawnym. Podzielając ten punkt widzenia, należy zgłosić postulat *de lege ferenda*, aby wśród wymienionych w treści art. 17 ust. 2

⁶² E. Norek, op. cit., s. 146.

⁶³ E. Marszałkowska-Krześ, op. cit., s. 41; E. Norek, op. cit., s. 146; J. Szwaja, *Kodeks handlowy...*, t. I..., s. 330; M. Tarska, w: S. Sołtysiński, A. Szajkowski, A. Szumański, J. Szwaja, op. cit., s. 588.

⁶⁴ T. Dziurzyński, Z. Fenichel, M. Honzatko, op. cit., s. 50; S. Grzybowski, w: S. Grzybowski (red.), *System prawa cywilnego*, t. III, cz. 2, *Prawo zobowiązań – część szczegółowa*, Ossolineum 1976, s. 854.

⁶⁵ M. Allerhand, *Kodeks handlowy. Komentarz*, t. I, Bielsko-Biała 1992, s. 43; E. Bieniek-Koronkiewicz, J. Sieńczyło-Chlabicz, op. cit., s. 21; E. Marszałkowska-Krześ, op. cit., s. 42; E. Norek, op. cit., s. 146; P. Suski, op. cit., s. 75–76; Z. Żabiński, op. cit., s. 92. Por. też M. Tarska, w: S. Sołtysiński, A. Szajkowski, A. Szumański, J. Szwaja, op. cit., s. 587–588.

ustawy o KRS przesłanek umożliwiających podmiotowi wpisanemu do rejestru obalenie domniemania prawdziwości wpisu uwzględniono również wprost fakt niezwłocznego wniesienia środka odwoławczego. Wyjątkiem jest sytuacja, gdy mimo niedoręczenia postanowienia o wpisie – z jakichkolwiek przyczyn (np. wskutek błędu sądu) – przedsiębiorca uzyska informację o treści wpisu z innych źródeł. Wówczas jedynym sposobem uniknięcia niekorzystnych skutków związanych z rejestracją nieprawdziwych danych będzie niezwłoczne wystąpienie z wnioskiem o sprostowanie, uzupełnienie albo wykreślenie wpisu⁶⁶.

Analizując art. 17 ustawy o KRS, nie sposób nie zadać pytania, dlaczego ustawodawca pominął przypadek, w którym nieprawdziwe dane zostały wpisane do rejestru zgodnie z wnioskiem podmiotu obowiązującego do dokonania wpisu. Brak ten staje się szczególnie widoczny wobec porównania obecnej regulacji z rozwiązaniem zaproponowanym na gruncie kodeksu handlowego. W kodeksie handlowym analizowanemu przypadkowi poświęcono odrębny przepis art. 24 § 1, który wyraźnie stanowił, że „wobec osób trzecich, działających w dobrej wierze, kupiec nie może zastrzekać się zarzutem, że dane, **wpisane zgodnie z jego zgłoszeniem** [podkr. – J.G.], nie są prawdziwe”. Niezamieszczenie w ustawie o KRS odpowiednika art. 24 § 1 k.h. należy traktować jako poważny błąd ustawodawcy. Nie można zgodzić się z wyrażonym w doktrynie poglądem, jakoby wniosek o braku możliwości obalenia, ze skutkiem względem osób trzecich będących w dobrej wierze, domniemania prawdziwości wpisu dokonanego zgodnie ze zgłoszeniem wynikał *a contrario* z treści art. 17 ustawy o KRS⁶⁷. Skoro ogólna zasada wzruszalności domniemania prawdziwości wpisu wynika z art. 17 ust. 1 ustawy o KRS, a wyjątki od tej zasady zostały wymienione w art. 17 ust. 2 wspomnianej ustawy, wśród których to wyjątków brak jest sytuacji, gdy wpisu dokonano zgodnie ze zgłoszeniem, to prawidłowe wnioskowanie *a contrario* prowadziłoby raczej do tezy przeciwnej, tj. dopuszczającej obalenie domniemania prawdziwości na zasadach ogólnych. Oczywiście nie sposób przyjąć, aby racjonalny ustawodawca dopuścił rozwiązanie, w którym pozbawia się dany podmiot określonego uprawnienia (do obalenia domniemania prawdziwości wpisu) z uwagi na zaistnienie przyczyn niezależnych od jego woli (dokonanie wpisu niezgodnie ze zgłoszeniem albo bez zgłoszenia), a jednocześnie przyznaje mu to samo prawo wówczas, gdy przesłanki skorzystania z tego prawa wynikają z działań podjętych przez uprawnionego (dokonanie wpisu zgodnie ze zgłoszeniem). W związku z powyższym regułą wykluczającą możliwość powołania się przez podmiot wpisany do rejestru na nieprawdziwość danych wprowadzonych do rejestru zgodnie z wnioskiem tego podmiotu należy wyprowadzić z art. 17 ustawy o KRS przy wykorzystaniu reguły inferencyjnej polegającej na wnioskowaniu według *argumentum a minori ad maius*⁶⁸. Jeżeli bowiem zakazane jest zastrzeganie się przez przedsiębiorcę rejestrowego zarzutem nieprawdziwości danych, w sytuacji gdy

⁶⁶ E. Bieniek-Koronkiewicz, J. Sieńczyło-Chlabicz, op. cit., s. 21; P. Suski, op. cit., s. 76.

⁶⁷ M. Tarska, w: S. Sołtysiński, A. Szajkowski, A. Szumański, J. Szwaja, op. cit., s. 588.

⁶⁸ Por. Z. Radwański, *Prawo cywilne – część ogólna*, Warszawa 2003, s. 76.

zostały one wprowadzone do rejestru z przyczyn od niego niezależnych, to zakaz ten powinien obowiązywać tym bardziej wówczas, gdy zarejestrowanie nieprawdziwych danych nastąpiło zgodnie z wolą tego przedsiębiorcy.

Praktyczne zastosowanie zasady wiarygodności wpisu w przypadku prokury przejawia się między innymi w sytuacjach, gdy osoba ujawniona w rejestrze jako prokurent, choć w rzeczywistości nielegitymująca się stosownym umocowaniem, dokona czynności w imieniu mocodawcy z osobą trzecią będącą w dobrej wierze. Wówczas przedsiębiorca wpisany do rejestru, nie mogąc zastrzekać się zarzutem niezgodności wpisu prokury z rzeczywistym stanem prawnym, obowiązany będzie uznać wszelkie skutki czynności dokonanej w jego imieniu⁶⁹. Zasada ta zapewnia ochronę zarówno w przypadku, gdy osoba podająca się za prokurenta nigdy nie dysponowała stosownym umocowaniem, jak i wówczas, gdy w następstwie późniejszych zdarzeń umocowanie to utraciła. W drugim z wymienionych przypadków ochronę osoby trzeciej przewiduje również art. 105 k.c.

W doktrynie panuje powszechny pogląd, że ochrona wynikająca z zasady wiarygodności rejestru nie dotyczy jednak sytuacji, gdy do rejestru wpisano informację o otwarciu likwidacji, nie wykreślając – z różnych przyczyn – informacji o udzielonych prokurach⁷⁰. Zgodnie z obowiązującymi przepisami prokura wygasa wraz z otwarciem likwidacji, a w czasie likwidacji nie może być udzielona, o czym każdy powinien wiedzieć. To samo stanowisko zajmuje już od dawna doktryna niemiecka⁷¹. Pogląd ten należy co do zasady podzielić, uzupełniając go jednak o zastrzeżenie, że wyłączenie możliwości zasłaniania się przez osobę trzecią nieznajomością faktu wpisania do rejestru informacji o otwarciu likwidacji

⁶⁹ Por. orzeczenie SN z 5 maja 1938 r., IC 674/37, OSNC 1939, nr 3, poz. 133 oraz T. Siemiątkowski, *Prokura w spółkach prawa handlowego*, Warszawa 1999, s. 57. Na ten korzystny dla kontrahentów mocodawcy aspekt wpisania prokury do rejestru zwrócono w doktrynie uwagę jeszcze w czasie obowiązywania przepisów powszechnego niemieckiego kodeksu handlowego; por. A. Doliński, A. Górski, *Zarys prawa handlowego*, t. I, cz. 1, *Nauki ogólne i prawo osobowe*, Lwów 1911, s. 257–258.

⁷⁰ B. Jasinkiewicz, w: M. Czapska-Górniewicz, B. Jasinkiewicz, E.M. Jokiel, Z. Koźma, M. Ożóg, B. Skrzycka-Pilch, G. Wróblewska-Wcisło, *Kodeks handlowy z komentarzem*, Gdańsk 1997, s. 157 oraz idem, w: Z. Koźma, M. Ożóg (red.), *Kodeks spółek handlowych. Komentarz*, Gdańsk 2005, s. 97; W. Pyzioł, w: K. Kruczałak (red.), op. cit., s. 185–186; M. Rodzyńkiewicz, op. cit., s. 125; S. Sołtysiński, w: S. Sołtysiński, A. Szajkowski, J. Szwaja, *Kodeks handlowy. Komentarz*, t. I, Warszawa 1997, s. 773 oraz idem, w: S. Sołtysiński, A. Szajkowski, A. Szumański, J. Szwaja, *Kodeks spółek handlowych. Komentarz*, t. I, Warszawa 2001, s. 413; K. Strzelczyk, w: T. Siemiątkowski, R. Potrzebszcz, J.P. Naworski, K. Strzelczyk, *Komentarz do kodeksu spółek handlowych. Spółki osobowe*, Warszawa 2001, s. 215; A. Szajkowski, w: S. Sołtysiński, A. Szajkowski, A. Szumański, J. Szwaja, *Kodeks spółek handlowych. Komentarz*, t. II, Warszawa 2002, s. 730 oraz idem, w: S. Sołtysiński, A. Szajkowski, A. Szumański, J. Szwaja, *Kodeks spółek handlowych. Komentarz*, t. IV, Warszawa 2004, s. 64. Odmienne jednak J.P. Naworski, w: T. Siemiątkowski, R. Potrzebszcz, J.P. Naworski, K. Strzelczyk, *Komentarz do kodeksu spółek handlowych, Spółka z o.o.*, Warszawa 2001, s. 595–596, którego zdaniem nawet w razie wpisania faktu otwarcia likwidacji do rejestru osoby trzecie mogą powoływać się na istniejący wpis prokury aż do czasu jego wykreślenia i ogłoszenia tego faktu w MSiG. W podobnym tonie wypowiedział się A. Kidyba, *Kodeks spółek handlowych. Komentarz*, t. II, Warszawa 2002, s. 788, twierdząc, że do czasu zgłoszenia przez likwidatorów wniosku o wykreślenie prokurenta z rejestru, „mimo że prokura wygasła, obowiązuje ochrona dobrej wiary osób trzecich co do danych wpisanych do rejestru”.

⁷¹ E.S. Puchelt, *Kommentar zum Allgemeinen Deutschen Handelsgesetzbuch*, Bd. I, Leipzig 1876, s. 97.

obowiązuje dopiero od momentu ogłoszenia tego faktu w Monitorze Sądowym i Gospodarczym.

Wzmocnieniem zasady wiarygodności wpisu do rejestru jest przewidziana w art. 18 ustawy o KRS ustawowa odpowiedzialność podmiotu wpisanego do rejestru za wszelkie szkody wyrządzone zgłoszeniem do rejestru nieprawdziwych danych (np. prokury samoistnej, gdy w rzeczywistości została udzielona prokura łączna), o ile podlegały one wpisowi na jego wniosek, jak również niezgłoszeniem w ustawowym terminie danych podlegających obowiązkowi wpisu do rejestru (np. brak ujawnienia udzielonej prokury)⁷². Ponieważ wskazana odpowiedzialność dotyczy podmiotu już wpisanego do rejestru, nie zaś podlegającego obowiązkowi wpisu, nie ma ona zastosowania do przedsiębiorcy, który nie dokonał w ustawowym terminie pierwszego zgłoszenia rejestracyjnego⁷³. Art. 18 ustawy o KRS przewiduje zaostrzony reżim odpowiedzialności, oparty na zasadzie ryzyka⁷⁴. Można się od niej uwolnić dopiero poprzez wskazanie jednej z trzech wymienionych w ustawie okoliczności egzoneracyjnych, a więc udowodnienie, że szkoda powstała 1) wskutek siły wyższej, 2) wyłącznie z winy poszkodowanego albo 3) wyłącznie z winy osoby trzeciej, za którą poszkodowany nie ponosi odpowiedzialności.

Przedmiotem ochrony gwarantowanej w ramach szeroko pojętej wiarygodności rejestru, a więc również ochrony zapewnionej na podstawie art. 18 ustawy o KRS, jest interes osób trzecich działających w dobrej wierze⁷⁵. Choć w ustawie nie zostało to wprost wyrażone, w doktrynie przyjmuje się, że zła wiara po stronie osoby trzeciej wyklucza możliwość pociągnięcia przez tę osobę przedsiębiorcy rejestrowego do odpowiedzialności, o której mowa w powołanym przepisie⁷⁶. Pogląd ten należy uznać za trafny.

V. MOŻLIWOŚĆ DYSPONOWANIA ODPISEM Z KRS JAKO DOKUMENTEM URZĘDOWYM POŚWIADCZAJĄCYM UMOCOWANIE PROKURENTA

Jednym z podstawowych celów związanych z ustawowym obowiązkiem rejestracji faktu udzielenia prokury jest umożliwienie prokurentowi dysponowania urzędowym dokumentem potwierdzającym jego legitymację do działania w imieniu mocodawcy, mającym postać odpisu bądź wyciągu z rejestru⁷⁷. Dzięki temu

⁷² Por. E. Bieniek-Koronkiewicz, J. Sieńczyło-Chlabicz, op. cit., s. 21; E. Marszałkowska-Krześ, op. cit., s. 43.

⁷³ M. Tarska, w: S. Sołtysiński, A. Szajkowski, A. Szumański, J. Szwaja, op. cit., s. 589.

⁷⁴ E. Bieniek-Koronkiewicz, J. Sieńczyło-Chlabicz, op. cit., s. 21; D. Bugajna-Sporczyk, K. Kuć-Kwaśniewicz, *Krajowy Rejestr Sądowy – uwagi praktyczne*, MP 2001, nr 4, s. 225; E. Marszałkowska-Krześ, op. cit., s. 44; E. Norek, op. cit., s. 147; A. Nowacki, op. cit., s. 42; M. Tarska, w: S. Sołtysiński, A. Szajkowski, A. Szumański, J. Szwaja, op. cit., s. 589.

⁷⁵ S. Grzybowski, *System prawa cywilnego*, t. III, cz. 2..., s. 853; J. Namitkiewicz, *Encyklopedia...*, t. IV..., s. 2049.

⁷⁶ M. Tarska, w: S. Sołtysiński, A. Szajkowski, A. Szumański, J. Szwaja, op. cit., s. 589.

⁷⁷ T. Siemiątkowski, *Prokura w spółkach...*, op. cit., s. 57–58. Por. też wyrok SN z 21 października 1949 r., Wa.C. 87/49, DPP 1950, nr 3, s. 61, w którym Sąd Najwyższy stwierdził, że osoba upoważniona według wpisu w rejestrze do reprezentowania kupca czyni zadość swemu obowiązkowi w zakresie

prokurent nie musi każdorazowo okazywać kontrahentom mocodawcy, z którymi dokonuje czynności prawnych w jego imieniu, oryginału bądź poświadczonej kopii dokumentu zawierającego oświadczenie mocodawcy o udzieleniu prokury. Pamiętać jednakże należy, że mimo ustawowego obowiązku wpisania prokury do rejestru przedsiębiorców, wpis ten ma znaczenie jedynie deklaratoryjne. Nie tworzy więc skutku prawnego w postaci powstania umocowania po stronie prokurenta, ale dokumentuje jedynie fakt powstania prokury. Do czasu wpisania prokury do rejestru prokurent może w pełni skutecznie reprezentować mocodawcę. Nie ma przy tym obowiązku legitymowania się jakimkolwiek dokumentem, oczywiście o ile ustawa nie stanowi inaczej. Co do zasady zatem, to od kontrahenta będzie zależało, czy zaufa oświadczeniu prokurenta, że przysługuje mu stosowne umocowanie, czy też dodatkowo zażąda okazania dokumentu poświadczającego fakt udzielenia prokury. Wyjątek stanowią między innymi przepisy regulujące postępowanie cywilne. Przewidziano w nich obowiązek dołączenia przez pełnomocnika do akt sprawy, przy pierwszej czynności procesowej, pełnomocnictwa z podpisem mocodawcy lub wierzytelnego odpisu pełnomocnictwa (art. 89 § 1 k.p.c.). Ponieważ ustawodawca wspomina tu jedynie ogólnie o pełnomocnictwie, nasuwa się pytanie, w jaki sposób powołany przepis zastosować w odniesieniu do prokury. Odpowiedź zdaje się być bardzo prosta. Otóż prokurent przy pierwszej czynności procesowej powinien złożyć do akt sprawy oryginał bądź uwierzytelniony odpis oświadczenia mocodawcy o udzieleniu prokury albo też – co jest w praktyce regułą – odpis lub wyciąg z rejestru przedsiębiorców. Tę oczywistą – wydawałoby się – zasadę, akceptowaną w doktrynie⁷⁸ i jak dotychczas nie kwestionowaną w orzecznictwie zaburzył w pewnym stopniu wyrok Sądu Najwyższego z dnia 20 października 2005 r.⁷⁹ Zgodnie z tezą powołanego orzeczenia „prokurent powinien bowiem przy pierwszej czynności procesowej dołączyć do akt sprawy odpis lub wyciąg z rejestru sądowego, który **zastępuje** [podkr. – J.G.] wymagane od pełnomocnika – zgodnie z art. 89 § 1 k.p.c. – pełnomocnictwo procesowe”. *Prima facie* wydawałoby się, że zdaniem Sądu Najwyższego odpis lub wyciąg z rejestru przedsiębiorców stanowi wyłączny dowód legitymujący prokurenta w postępowaniu sądowym, zastępujący dokument pełnomocnictwa (prokury)⁸⁰. Wniosek taki byłby jednak oczywiście sprzeczny z wyrażonym również w tezie tego samego wyroku oczywistym stwierdzeniem, że „prokura jest ważna, mimo że nie została wpisana do rejestru sądowego”. Nie

wykazania swej legitymacji w procesie, jeżeli przedstawi wyciąg z tego rejestru. W takim wypadku ciężar dowodu braku legitymacji ciąży na tym, kto na brak ten się powołuje.

⁷⁸ S. Machalski, *Stanowisko prokurenta według k.p.c. z uwzględnieniem prawa upadłościowego*, PPH 1936, nr 2, s. 72. Por. też T. Dziurzyński, Z. Fenichel, M. Honzatkó, op. cit., s. 71.

⁷⁹ II CK 120/05, LEX, nr 167116.

⁸⁰ Podobną ocenę komentowanego orzeczenia wyraził P. Bielski, którego zdaniem „stopień ogólności (...) poglądu Sądu Najwyższego, a zwłaszcza zaakcentowanie znaczenia ujawnienia faktu udzielenia prokury w rejestrze oraz stanowcze – jak się wydaje – stwierdzenie, że prokurent powinien (...) przy pierwszej czynności procesowej dołączyć do akt sprawy odpis lub wyciąg z rejestru sądowego (...), wydają się przemawiać za tym, iż również w jego ocenie [Sądu Najwyższego – przyp. J.G.] wykluczona jest możliwość udokumentowania statusu prokurenta w inny sposób; P. Bielski, *Glosa do wyroku SN z dnia 20 października 2005 r.*, II CK 120/05, „Prawo Spółek” 2006, nr 5, s. 57.

sposób przecież przyjąć, aby Sąd Najwyższy z jednej strony uznawał za w pełni ważną i skuteczną prokurę, w okresie pomiędzy jej udzieleniem a wpisem do rejestru, z drugiej natomiast odmawiał niezarejestrowanemu prokurentowi możliwości skutecznego wykazania przysługującego mu umocowania. Skoro prokura obejmuje z mocy ustawy umocowanie także do czynności sądowych, to prokurent już od chwili powołania powinien mieć prawo skutecznego występowania przed sądem w imieniu mocodawcy. Należy zatem uznać, że Sąd Najwyższy w rzeczywistości nie wykluczył możliwości legitymowania się w postępowaniu sądowym oryginałem albo poświadczonym odpisem dokumentu prokury, choć teza powołanego wyroku została zrehabilitowana wyjątkowo niefortunnie⁸¹. Przekonuje o tym przede wszystkim treść uzasadnienia, w którym Sąd Najwyższy podzielił co prawda decyzję sądu niższej instancji, odmawiającą dopuszczenia prokurenta jednej ze stron do udziału w postępowaniu, jednakże było to spowodowane nie tyle samym faktem okazania innego dokumentu niż odpis lub wyciąg z rejestru przedsiębiorców, ale tym, że okazany przez prokurenta dokument zawierający oświadczenie mocodawcy o udzieleniu prokury był jedynie kserokopią, nie spełniał więc wymogów formalnych, określonych w kodeksie postępowania cywilnego. Jednocześnie, jak czytamy w treści uzasadnienia, prokurent „nie zgłaszał dalszych wniosków, w szczególności nie powoływał się na zdolność występowania w charakterze prokurenta i możliwość przedstawienia dowodu na tę okoliczność w wyznaczonym przez sąd terminie”. O ile zatem rozstrzygnięcie Sądu Najwyższego w tej konkretnej sprawie zasługuje na aprobatę, o tyle sformułowana przez ten sąd teza budzi uzasadnione wątpliwości, zwłaszcza że sugeruje błędne wnioski co do charakteru prawnego wpisu prokury do rejestru oraz roli odpisu z rejestru jako dokumentu legitymującego prokurenta do występowania przed sądem. Należy raz jeszcze stanowczo podkreślić, że **brak jest jakichkolwiek podstaw do twierdzenia, że jedynym dowodem legitymującym status prokurenta w postępowaniu sądowym jest odpis lub wyciąg z rejestru przedsiębiorców**⁸². Nie ma żadnych przeszkód, aby osoba podająca się przed sądem za prokurenta wykazała swoje umocowanie, okazując sądowi oryginał lub poświadczony odpis oświadczenia mocodawcy o udzieleniu prokury⁸³.

Podstawową zaletą odpisu czy wyciągu z rejestru w porównaniu z dokumentem zawierającym oświadczenie mocodawcy jest fakt, że odpisy i wyciągi należą do dokumentów urzędowych w rozumieniu art. 244 § 1 k.p.c. czy art. 76 § 1 k.p.a.⁸⁴, natomiast oświadczenie mocodawcy jest jedynie dokumentem prywatnym. Dodatkowo warto zaznaczyć, że odpisy i wyciągi z rejestru są *de lege lata*, podobnie jak w poprzednim stanie prawnym, jedynymi dokumentami urzędowymi poświadczającymi legitymację prokurenta w obrocie gospodarczym. Sąd

⁸¹ Na niejednoznaczny charakter wypowiedzi Sądu Najwyższego zawartej w tezie omawianego orzeczenia zwrócił uwagę również P. Bielski, op. cit., s. 57.

⁸² P. Bielski, op. cit., s. 58.

⁸³ Ibidem, s. 59.

⁸⁴ J. Szwaja, op. cit., s. 276.

rejestrowy nie ma bowiem możliwości wydawania odrębnych zaświadczeń, że dana osoba pełni funkcję prokurenta⁸⁵.

THE RESULTS OF AN ENTRY OF *PROCURATION* INTO THE ENTREPRENEURS' REGISTER

The article is devoted to the issues connected with an entry into the Register of *procuration*. Such a registration is of a declaratory character, thus it is not necessary to establish the authorization. However, its significant legal consequences require a separate analysis. Since a date of a disclosure in the Entrepreneurs' Register, the *procuration* gains a broader effectiveness towards third parties, as it is connected with the binding presumptions of an openness (in its formal and material aspect) and of an authenticity of the data disclosed in the Register. The entry of *procuration* into the Entrepreneurs' Register results in a protection, which shall be considered, at least, in two aspects. It gives not only a possibility of making use of an extract from the Entrepreneurs' Register allowing to legitimize an existence of *procuration* (especially before courts and central government bodies) by its holder, but it also protects third parties, towards whom the registered entrepreneur can not question a validity of *procuration* entered into the Register. Furthermore, there are some benefits to an entrepreneur resulting from an entry of *procuration* into the Entrepreneurs' Register. Most important of them focuses on a fact that after an expiry of a period of 16 days since the data (on the *procuration* establishment) entered into the Register have been disclosed, no one can use the ignorance of that fact as an excuse.

⁸⁵ T. Siemiątkowski, *Prokura w spółkach...*, s. 57–58. Por. też orzeczenie SN z 27 maja 1947 r., III C 81/47, OSNC 1948, nr 1, poz. 17.

MICHAŁ STRZELBICKI

**PODSTAWOWE PROBLEMY FUNKCJONOWANIA SWOBODY
PRZEPLYWU USŁUG I PRÓBA ICH ROZWIĄZANIA
W DYREKTYWIE O USŁUGACH NA RYNKU WEWNĘTRZNYM**

Swoboda świadczenia usług, obok swobód przepływu towarów, pracowników, kapitału i płatności oraz przedsiębiorczości, jest podstawowym filarem tworzącym rynek wewnętrzny Wspólnoty Europejskiej. Jednocześnie jak żadna inna napotyka wciąż duże przeszkody w rozwoju. Obecnie to właśnie usługodawcy zdają się być grupą, której z największym trudem przychodzi korzystanie z dobrodziejstw gospodarczej integracji w ramach rynku wewnętrznego. Chodzi głównie nie o takie przypadki, gdy podmiot wspólnotowy podejmuje na terytorium innego państwa stałą działalność usługową, zakładając agencję, oddział lub filię czy też przenosząc tam swój ośrodek życiowy (swoboda przedsiębiorczości), ale o sytuacje, w których usługi w państwie przyjmującym świadczone są w sposób czasowy, jednorazowy, incydentalny. W taki sposób w słynnym orzeczeniu w sprawie *Gebhard*¹ korzystanie ze swobody przepływu usług, w opozycji do swobody przedsiębiorczości, scharakteryzował Europejski Trybunał Sprawiedliwości. Transgraniczne świadczenie usług we Wspólnocie Europejskiej ma swoją prawną regulację w Traktacie o Wspólnocie Europejskiej. Doniosłą rolę w interpretacji reguł rządzących korzystaniem ze swobody przepływu usług odgrywa też orzecznictwo ETS. Najnowszym aktem prawa wspólnotowego regulującym tę problematykę jest dyrektywa dotycząca usług na rynku wewnętrznym². Termin jej implementacji upłynie 28 grudnia 2009 r. Dyrektywa, z którą Polska wiązała duże nadzieje, stanowi kolejny etap budowy wewnętrznego rynku usług. Przedmiotem tego opracowania jest prezentacja jej podstawowych założeń i rozwiązań, poprzedzona krótką charakterystyką stanu rozwoju przedmiotowej swobody i pogłębioną analizą przesłanek konieczności przyjęcia dyrektywy (wraz z identyfikacją głównych problemów funkcjonowania swobody). Ich poznanie jest bowiem moim zdaniem niezbędne, by właściwie ocenić zawarte w niej unormowania.

¹ C-55/94 R. *Gebhard v. Consiglio dell'Ordine degli Avvocati e Procuratori di Milano*, Zb. Orz. 1995, s. I-4165.

² Dyrektywa 2006/123/UE z 12 grudnia 2006 r. dotycząca usług na rynku wewnętrznym (Dz.Urz. UE L 376 z 27 grudnia 2006 r.).

I. SWOBODA PRZEPLYWU USŁUG W ORZECZNICTWIE EUROPEJSKIEGO TRYBUNAŁU SPRAWIEDLIWOŚCI

Ramy i temat artykułu nie pozwalają na całościową prezentację skomplikowanej materii traktatowej swobody przepływu usług³. Największym, jednocześnie najbardziej doniosłym praktycznie problemem wiążącym się z funkcjonowaniem tej swobody jest sposób traktowania usługodawcy w państwie goszczącym. TWE w art. 50 konstytuującym swobodę przepływu usług wprowadza zasadę traktowania narodowego, mówiąc, iż świadczący usługę może przejściowo wykonywać działalność w państwie świadczenia na tych samych warunkach, jakie państwo to nakłada na własnych obywateli. Dla porównania, na warunki określone dla własnych obywateli państwa przyjmującego wskazuje też art. 43 TWE, kreujący swobodę przedsiębiorczości. Oznacza to, że w świetle literalnego brzmienia traktatu sytuacja usługodawcy w państwie goszczącym jest identyczna bez względu na to, czy wykonuje tam swoją działalność w ramach swobody przedsiębiorczości, czyli w sposób trwały, czy swobody świadczenia usług, czyli przejściowo. Zgodnie z literą traktatu w każdym z tych przypadków adekwatnym standardem traktowania jest standard traktowania narodowego⁴. Traktowanie narodowe, sprowadzające się – z punktu widzenia zakresu kompetencji organów państwa goszczącego – do zakazu dyskryminacji ze względu na przynależność państwową, oznacza z jednej strony przyznanie tych samych praw, jakie w zakresie podejmowania działalności usługowej przysługują obywatelom państwa goszczącego, z drugiej strony oznacza również obowiązek spełnienia wszystkich wymogów stawianych własnym obywatelom przez prawo państwa przyjmującego. W szczególności wymogi te muszą być spełnione bez względu na to, czy usługodawca uczynił już zadość podobnym rygorom w innym państwie członkowskim, np. w państwie swego pochodzenia.

Zarówno ETS, jak i literatura prawa wspólnotowego zgodnie twierdzą, iż takie rozumienie swobody świadczenia usług pozbawia ją praktycznej skuteczności. Nie można stawiać usługodawcy, wykonującemu w państwie goszczącym usługi jedynie sporadycznie, wszystkich tych warunków, jakie stawia się podejmującemu tam działalność na stałe. Osoba korzystająca ze swobody przedsiębiorczości trwale integruje się z rynkiem państwa goszczącego, dlatego traktowanie jej na

³ Szerzej M. Strzelbicki, *Swoboda świadczenia usług w Unii Europejskiej*, „Ruch Prawniczy, Ekonomiczny i Socjologiczny” 2003, nr 3, s. 55–74; W.H. Roth, w: M.A. Dausies (red.), *Prawo gospodarcze Unii Europejskiej*, Wydawnictwo C.H. Beck, Warszawa 1999, s. 411–461; M. Szydło *Swoboda prowadzenia działalności gospodarczej i swoboda świadczenia usług w prawie Unii Europejskiej*, Dom Organizatora, Toruń 2005, s. 77–140.

⁴ Należy pamiętać, że ze względu na brzmienie art. 43 zd. 1 TWE literatura oraz orzecznictwo ETS interpretują swobodę przedsiębiorczości jako wykraczającą poza nakaz traktowania narodowego i obejmującą także ogólny zakaz wprowadzania ograniczeń; dotyczy to zwłaszcza tych niedyskryminujących środków krajowych, które uniemożliwiają swobodę wyboru miejsca wykonywania działalności, tak: ETS C-107/83 *Ordre des avocats au barreau Paris v. O. Klopp*, Zb. Orz. 1984, s. 2971; W.H. Roth, op. cit., s. 434–435; nie zmienia to faktu, że dla swobody przedsiębiorczości standard traktowania narodowego pozostaje standardem podstawowym, tak A. Cieśliński, *Wspólnotowe prawo gospodarcze*, Wydawnictwo C.H. Beck, Warszawa 2003, s. 206.

zasadzie narodowej, w tym stawianie wszystkich niedyskryminacyjnych wymogów, jest w pełni uzasadnione. Działalność objęta swobodą przepływu usług ma jednak inną naturę – jest przejściowa, okazjonalna, sporadyczna. Ze swej istoty nie prowadzi do integracji z rynkiem państwa goszczącego. Spełnienie wszystkich rygorów nakładanych przez państwo przyjmujące byłoby wobec tego, w proporcji do stopnia integracji z rynkiem tego państwa, zbyt uciążliwe. Taka konkluzja, choć na pozór klarowna, prowadzi do licznych wątpliwości w konkretnych sytuacjach. Poza dyskusją jest fakt, że ograniczenia nakładane na usługodawców nie mogą być dyskryminacyjne. Jedyne dopuszczalne przez traktat wyjątki w tym zakresie wiążą się z wykonywaniem władzy publicznej, która to działalność w ogóle pozostaje poza zakresem przedmiotowym swobód traktatowych, albo też mogą być podyktowane względami zdrowia, bezpieczeństwa i porządku publicznego⁵. Wątpliwości budzi natomiast ocena stosowanych przez państwo przyjmujące ograniczeń niedyskryminacyjnych. Z zasady są one dopuszczalne wobec podmiotów korzystających ze swobody przedsiębiorczości⁶. Skoro jednak podmiot świadczący usługi przejściowo ma być traktowany lepiej niż wykonujący działalność na stałe, niektóre z wymogów niedyskryminacyjnych powinny być wobec niego zniesione. Zasadnicze pytanie, kluczowe w praktyce funkcjonowania swobody przepływu usług, brzmi: które? Analiza bogatego orzecznictwa ETS prowadzi do wniosku, że w stosunku do podmiotu korzystającego ze swobody przepływu usług dopuszczalne są tylko te ograniczające środki krajowe, które spełniają kumulatywnie następujące przesłanki:

- mają charakter niedyskryminacyjny ze względu na przynależność krajową, przy czym dyskryminacją według ETS jest „stosowanie różnych reguł do porównywalnych sytuacji lub stosowanie takich samych reguł do sytuacji odmiennych”⁷;
- są uzasadnione interesem ogólnym (ang. *imperative reasons relating to the public interest*, stąd doktrynę głoszącą dopuszczalność środków krajowych uzasadnionych tymi wymogami nazywa się doktryną wymogów imperatywnych); interesem tym nie mogą być wyłącznie cele gospodarcze, których skutkiem jest ochrona przedsiębiorstw krajowych⁸; zakres pojęcia interesu ogólnego jest w orzecznictwie ETS stale rozszerzany⁹;

⁵ Art. 45 i 46 TWE; szerzej M. Strzelbicki, op. cit., s. 64–67.

⁶ Z wyjątkiem ograniczeń dotyczących samego dostępu do rynku i wyboru miejsca wykonywania działalności, zob. przyp. 2.

⁷ C-279/93 *Finanzamt Koeln-Altstadt v. Schumacker*, Zb. Orz. 1995, s. 1-225; M. Szwarc, *Ograniczenia swobody zakładania przedsiębiorstw i świadczenia usług w świetle orzecznictwa Europejskiego Trybunału Sprawiedliwości*, „Studia Prawnicze” 2001, z. 2, s. 88.

⁸ W.H. Roth, op. cit., s. 454; w tej mierze jednak orzecznictwo ETS nie wydaje się konsekwentne, zob. M. Szwarc, op. cit., s. 104–107.

⁹ Przykładowe wyliczenia zob. m.in. A. Cieśliński, op. cit., s. 219–220; D.J. Dąbek, *Wolność przedsiębiorczości w świetle orzecznictwa Europejskiego Trybunału Sprawiedliwości*, w: M. Seweryński (red.), *Studia prawno-europejskie*, t. III, Wydawnictwo Uniwersytetu Łódzkiego, Łódź 1998, s. 163; szeroko na temat poszczególnych wymogów imperatywnych odnośnie do swobody świadczenia usług A. Zawadzka, *Rynek wewnętrzny Wspólnoty Europejskiej a interes publiczny*, Warszawa 2002, s. 145 i n.

- zachowują zasadę proporcjonalności, są więc z jednej strony odpowiednie i konieczne dla zrealizowania określonego celu, z drugiej zaś ingerują w traktatową swobodę w stopniu możliwie ograniczonym¹⁰;
- interes ogólny, chroniony przez państwo przyjmujące, nie może być już chroniony w państwie pochodzenia usługodawcy – państwo goszczące powinno uwzględnić kontrolę lub nadzór sprawowany nad usługodawcą w państwie jego przynależności¹¹.

Ostatnia z wymienionych przesłanek jest charakterystyczna dla omawianej swobody i odróżnia ją wyraźnie od swobody przedsiębiorczości. Wynika z niej, że ETS nakazuje państwu przyjmującemu zbadać, czy usługodawca nie spełnił już adekwatnych wymogów w innym państwie członkowskim, zwłaszcza w państwie z którego pochodzi i w którym prowadzi legalną działalność określonego rodzaju. Można więc postawić tezę, że w stosunku do swobody przepływu usług Trybunał odchodzi od zasady traktowania narodowego na rzecz standardu, który można nazwać warunkową regułą kraju pochodzenia (ang. *mutual recognition*, wzajemne uznawanie). Zgodnie z nim usługodawca jest zwolniony z obowiązku poddania się regulacjom państwa przyjmującego, jeżeli powielają (dublują) one środki, którym poddał się już wcześniej w innym państwie. Nie oznacza to bynajmniej, że państwo przyjmujące zostaje całkowicie pozbawione możliwości oddziaływania na działalność tego usługodawcy na swoim terytorium. Winno ono natomiast wykazać, że stosowane środki, poza niedyskryminacyjnym i proporcjonalnym charakterem oraz uzasadnieniem ze względu na ochronę interesu ogólnego, nie stanowią nadto podwójnego obciążenia (ang. *dual burden*). Jednocześnie takie pojmowanie swobody świadczenia usług powoduje, że swoboda ta jest obecnie kształtowana nie tyle przez prawo wspólnotowe (pierwotne czy wtórne), ale przede wszystkim przez orzecznictwo (*case law*)¹². Wynikają z tego doniosłe praktyczne konsekwencje, które będą przedmiotem rozważań w dalszej części opracowania.

Jeżeli spełnienie przez usługodawcę określonych wymogów w państwie pochodzenia zostało potwierdzone wydaniem tam aktu administracyjnego, to dzięki zasadzie kraju pochodzenia obowiązywanie tego aktu zostaje rozszerzone poza obszar państwa, gdzie akt ten był wydany. Tego typu akty są określane w dok-

¹⁰ Szerzej na ten temat, wraz ze wskazaniem bogatego orzecznictwa Trybunału, M. Szydło, op. cit., s. 196–210; o zasadzie proporcjonalności i rozmaitych sposobach jej rozumienia w orzecznictwie ETS (kryteriach proporcjonalności), a także o przejawach zasady na wielu płaszczyznach prawa wspólnotowego zob. monografia J. Maliszewskiej-Nienartowicz, *Zasada proporcjonalności w prawie Wspólnot Europejskich*, Toruń 2007.

¹¹ Ta przesłanka była już wyrażana przez ETS w orzeczeniach C-110 i 111/78 *Ministre public v. Van Wesemael*, Zb. Orz. 1979, s. 35; C-279/80 *postępowanie karne v. A.J. Webb*, Zb. Orz. 1981, s. 3305; C-205/84 *Komisja v. RFN*, Zb. Orz. 1986, s. 3755; sprawy przewodników turystycznych C-154/89, C-180/89, C-188/89 odpowiednio *Komisja v. Francja*, *Komisja v. Włochy*, *Komisja v. Grecja*, Zb. Orz. 1991, s. 1-659, 1-709, 1-727; wreszcie głośne orzeczenie w sprawie C-76/90 *M. Sager v. Dennemeyer*, Zb. Orz. 1991, s. 1-4221; późniejsze np. C-272/94 *postępowanie karne v. M. Guiot*, Zb. Orz. 1996, s. 1-1905.

¹² V. Hatzopoulos, *Recent developments of the case law of the ECJ in the field of services*, „Common Market Law Review” 2000, vol. 37, s. 48.

trynie mianem transnarodowych aktów administracyjnych. Zauważa się, że uznanie takiego aktu w innych państwach niekiedy następuje w sposób niemal automatyczny (wówczas akt ten możemy określić jako bezwarunkowy), innym razem wymagana jest współpraca organu go wydającego z Komisją Europejską albo z właściwymi organami innych państw, w szczególności państwa, w którym miałyby być on wykonany, ewentualnie konieczne jest porównanie warunków jego wydania z warunkami wydania adekwatnego aktu krajowego (wówczas byłby to akt warunkowy). Ważne jest spostrzeżenie, że tego typu akty stają się we Wspólnocie coraz powszechniejsze i są zjawiskiem charakterystycznym dla integracji europejskiej. Stanowią one ważny instrument urzeczywistniania idei rynku wewnętrznego oraz podstawowych jego swobód¹³.

Przedstawione wyżej stanowisko Trybunału wobec treści swobody przepływu usług znajduje też potwierdzenie w literaturze. Celem przepisów o swobodzie świadczenia usług jest to, aby usługodawca spełniający wszelkie wymogi wynikające z prawa państwa, w którym prowadzi przedsiębiorstwo, mógł również bez przeszkód świadczyć usługi na rzecz podmiotów pochodzących z innego państwa członkowskiego¹⁴. W.H. Roth argumentuje, iż idea wspólnego rynku urzeczywistniona zostanie tylko wtedy, gdy zapewni się świadczącym usługi, zgodnie z art. 49 i 50 TWE, możliwość wykonywania działalności na podstawie standardów kraju swego pochodzenia na obszarze całej Wspólnoty. Zdaniem tego autora w celu urzeczywistnienia wspólnego rynku nie wystarczy utrzymanie częściowych odrębności rynków narodowych, ale niezbędne jest ich przewyciężenie. Warunki wspólnego rynku urzeczywistnione są wtedy, gdy usługodawca legalnie świadczący usługi w jednym państwie członkowskim może wykonywać swą działalność na całym obszarze Unii, i to zgodnie ze standardami przyjętymi w kraju jego pochodzenia¹⁵. Nie trudno zauważyć, że ten zdecydowany pogląd wpisuje się w szerszą dyskusję nad pożądanym stopniem integracji gospodarczej państw członkowskich Unii Europejskiej. W istocie omawiany problem nie ogranicza się tylko do sytuacji grupy usługodawców, ale ma wymiar ogólniejszy.

Przeciwno takiemu pojmowaniu swobody przepływu usług formułowany jest zarzut, iż prowadzi ono do tzw. odwrotnej dyskryminacji¹⁶. W tej sprawie należy poczynić kilka uwag. Odwrotna dyskryminacja¹⁷ jest bezpośrednią konsekwencją

¹³ Szerzej na ten temat S. Biernat, *Europejskie prawo administracyjne i europeizacja krajowego prawa administracyjnego (zarys problematyki)*, w: M. Seweryński, Z. Hajn (red.), *Studia prawno-europejskie*, t. IV, Wydawnictwo Uniwersytetu Łódzkiego, Łódź 2002, s. 98 i n.

¹⁴ M. Ahlt, M. Szpunar, *Prawo europejskie*, Wydawnictwo C.H. Beck, Warszawa 2002, s. 197.

¹⁵ W.H. Roth, w: M.A. Dausies, op. cit., s. 453–454.

¹⁶ Najczęściej jest on podnoszony przez państwa członkowskie oraz ich obywateli (przedsiębiorców), którzy wobec porównywalnie „lepszego” traktowania konkurentów z innych państw Unii czują się pokrzywdzeni; zob. np. stanowisko rządu Luksemburga w sprawie C-168/98, Zb. Orz. 2000, s. I-9131, która dotyczyła wykonywania stałej praktyki przez adwokatów z innych państw Wspólnoty w świetle dyrektywy 98/5; rozwiązaniu umożliwiającemu stałą praktykę na podstawie tytułu uzyskanego przez adwokata w państwie pochodzenia zarzucono właśnie, iż prowadzi do dyskryminacji podmiotów krajowych.

¹⁷ Pojęcie to nie jest terminem traktatowym; w polskiej literaturze omawiane zjawisko (ang. *reverse discrimination*, niem. *Inländerdiskriminierung*), określane jest jako: „dyskryminacja zwrotna”, tak

zasady pierwszeństwa stosowania prawa wspólnotowego oraz zasady, że prawo wspólnotowe nie ma zastosowania do sytuacji czysto wewnętrznych. Zachodzi ona, gdy w stosunku do podmiotów z innych państw Unii państwo przyjmujące nie może zastosować wymogu formułowanego niedyskryminacyjnie, czyli obowiązującego także własnych obywateli. Stawia to własne podmioty w sytuacji gorszej (dyskryminacyjnej) w stosunku do podmiotów obcych. Dzieje się tak, ponieważ podmioty własne, w sytuacjach czysto wewnętrznych, na prawo wspólnotowe powołać się nie mogą, a w konsekwencji nie mogą uchylić się od zastosowania wobec nich wymogu dyktowanego przez prawo krajowe¹⁸. Należy zauważyć, że charakteryzowane zjawisko nie powstaje wyłącznie jako skutek zastosowania reguły kraju pochodzenia wobec obcych usługodawców. Z potencjalną możliwością powstania odwrotnej dyskryminacji mamy do czynienia zawsze, gdy prawo wspólnotowe gwarantuje standard ochrony wyższy niż traktowanie narodowe¹⁹. Innymi słowy, odwrotna dyskryminacja zajść może zawsze wtedy, gdy prawo wspólnotowe uzasadnia odmowę zastosowania przepisu prawa krajowego o charakterze niedyskryminacyjnym²⁰. Trybunał Sprawiedliwości, dostrzegając omawiane zjawisko, wydaje się stać na stanowisku, iż jedynym wyjściem dla państwa członkowskiego pozostaje uchylenie odpowiednich wymogów jako godzących w interes własnych obywateli. Państwo może oczywiście dany wymóg utrzymać, mając jednak pełną świadomość, że nie można go zastosować wobec podmiotów korzystających z traktatowych swobód. Wyrazem tego stanowiska są orzeczenia Trybunału w sprawach dotyczących swobody przepływu towarów²¹.

Reguła kraju pochodzenia zastosowana wobec obcego usługodawcy, spełniająca kryteria formułowane przez ETS, o których była wyżej mowa, rzeczywistej dyskryminacji podmiotów krajowych jednak, w moim przekonaniu, nie powoduje. Nie prowadzi ona przecież do bezwzględnego zwolnienia podmiotu obce-

J. Galster, C. Mik, *Podstawy europejskiego prawa wspólnotowego. Zarys wykładu*, Toruń 1995, s. 187 oraz M. Fryźlewicz *Dyskryminacja zwrotna w orzecznictwie Trybunału Sprawiedliwości Wspólnot Europejskich*, w: C. Mik (red.), *Studia z prawa międzynarodowego i prawa Unii Europejskiej*, Toruń 2005, s. 77 i n.; „dyskryminacja krajowców”, tak F. Emmert, M. Morawiecki, *Prawo europejskie*, Warszawa–Wrocław 2002, s. 322; „dyskryminacja w stosunkach wewnętrznych”, tak M. Szpunar, *Dyskryminacja w stosunkach wewnętrznych według prawa wspólnotowego*, w: M. Pazdan (red.), *Valeat aequitas. Księga pamiątkowa ofiarowana Księdzu Profesorowi Remigiuszowi Sobańskiemu*, Katowice 2000, s. 441 i n.; oraz „odwrotna dyskryminacja”, tak G. Druesne, *Prawo materialne i polityki Wspólnot i Unii Europejskiej*, Warszawa 1996, s. 139, A. Cieśliński, op. cit., s. 49–52, S. Biernat, w: J. Barcz (red.), *Prawo Unii Europejskiej. Zagadnienia systemowe. Prawo materialne i polityki*, Warszawa 2006, s. 237.

¹⁸ Tezę tę ETS sformułował np. w sprawie C-115/78 *J. Knoors v Staatssecretaris van Economische Zaken*, Zb. Orz. 1979, s. 399.

¹⁹ Przykładem jest tu swoboda przepływu towarów, która w świetle formuły *Cassis de Dijon* rozumiana jest jako wyrażająca regułę kraju pochodzenia towaru.

²⁰ Trybunał Sprawiedliwości, dostrzegając omawiane zjawisko, wydaje się stać na stanowisku, iż jedynym wyjściem dla państwa członkowskiego pozostaje uchylenie odpowiedniego przepisu jako godzącego w interes własnych obywateli; tak W.H. Roth, op. cit., s. 418–419.

²¹ Zob. m.in. orzeczenia C-355/85 *Driancourt v. Cognet*, Zb. Orz. 1986, s. 3231; C-98/86 *postępowanie karne v. A. Mathot*, Zb. Orz. 1987, s. 809; C-11/92 *Królowa v. Gallaher Ltd.*, Zb. Orz. 1993, s. I-3545; o odwrotnej dyskryminacji zob. też W.H. Roth, op. cit., s. 418–419, A. Cieśliński, op. cit., s. 293–294.

go z określonego obowiązku (np. obowiązku uzyskania zezwolenia na podjęcie i wykonywanie w państwie goszczącym działalności określonego rodzaju), ale uzależnia to zwolnienie od spełnienia podobnego wymogu w państwie swego pochodzenia (np. posiadania wydanego tam adekwatnego zezwolenia na tego rodzaju działalność)²². Jeśli więc sytuację tę ocenimy, nie ograniczając się wyłącznie do rynku państwa goszczącego, ale biorąc pod uwagę cały wspólny rynek, czyli wszystkie państwa członkowskie, wówczas o żadnej dyskryminacji podmiotów krajowych nie może być mowy. Przeciwnie, ponowne żądanie spełnienia takiego samego (tzn. adekwatnego do już spełnionego w państwie pochodzenia) wymogu w państwie goszczącym byłoby właśnie, w perspektywie całego wspólnego rynku, dyskryminacją podmiotu korzystającego ze swobody. Pokazuje to także, jak ułomna jest konstrukcja samego pojęcia odwrotnej dyskryminacji, która istnieje, jeśli ograniczymy analizę do obszaru jednego państwa członkowskiego, a może zniknąć, gdy ogarniemy spojrzeniem całą Wspólnotę.

Na marginesie powyższych rozważań nasuwają się jeszcze dwie uwagi. Swoboda przepływu usług, pojmowana jako nośnik zasady kraju pochodzenia, zbliża się do swobody przepływu towarów. Reguła proklamowana przez ETS w słynnym orzeczeniu w sprawie *Cassis de Dijon*²³ mówi, iż towar dopuszczony do obrotu w jednym państwie członkowskim Unii Europejskiej uznaje się za dopuszczony do obrotu we wszystkich państwach. Zarówno towar, jak i usługa są więc postrzegane jako produkty²⁴, różniące się tylko materialną bądź niematerialną postacią²⁵. Wynika stąd podobieństwo obu swobód, realizujących wspólny cel, jakim jest zapewnienie swobodnej cyrkulacji produktów na wspólnym rynku. Takie spojrzenie na swobodę przepływu usług dostarcza też dodatkowych argumentów przemawiających za zasadnością odmiennego traktowania osoby z niej korzystającej od osoby powołującej się na swobodę przedsiębiorczości. Swoboda przedsiębiorczości jest swobodą osobową, zapewniającą swobodne przenoszenie się podmiotów wykonujących działalność gospodarczą²⁶. Swoboda przepływu usług jest natomiast w pierwszym rzędzie swobodą produktu, z którą łączyć się może, ale wcale nie musi, przemieszczanie się osoby ten produkt oferującej lub

²² Zwolnienie z obowiązku nie ma więc tu charakteru automatycznego.

²³ C-120/78 *Rewe-Zentral AG v. Bundesmonopolverwaltung für Branntwein (Cassis de Dijon)*, Zb. Orz. 1979, s. 662.

²⁴ Przy czym, definiując pojęcie produktu, odwołać się tu należy do szerokiego jego rozumienia występującego np. na gruncie nauk ekonomicznych, zwłaszcza marketingu, wedle którego produktem jest wszystko, co można zaoferować nabywcy do konsumpcji lub użytkowania, a więc nie tylko obiekty fizyczne, ale też usługi, pomysły (projekty) technologiczne lub organizacyjne, H. Mruk (red.), *Podstawy marketingu*, Wydawnictwo Akademii Ekonomicznej w Poznaniu, Poznań 1999, s. 138.

²⁵ Różnica ta nie zawsze jest oczywista do ustalenia, z czego wynika podstawowa trudność rozgraniczenia zakresu swobody przepływu towarów od swobody przepływu usług; sprawę dodatkowo komplikuje interesująca koncepcja podziału usług na materialne, związane z produkcją lub przemieszczaniem dóbr, oraz niematerialne, które zaspokajają potrzebę w sposób bezpośredni; zob. M. Szydło, *Swoboda działalności gospodarczej*, Wydawnictwo C.H. Beck, Warszawa 2005, s. 28–29; spostrzeżenie to nie powinno jednak, moim zdaniem, przesłaniać zasadniczego faktu, że usługa zawsze ma postać niematerialnego świadczenia.

²⁶ Analogicznie swoboda przepływu pracowników (art. 39–42 TWE) zapewnia swobodne przenoszenie się osób poszukujących i podejmujących zatrudnienie.

osoby go nabywającej²⁷. Jej ograniczenia trzeba więc dopuszczać szczególnie restryktywnie, zwłaszcza gdy nie towarzyszy jej pobyt usługodawcy w państwie nakładającym te ograniczenia²⁸.

Powyższe uwagi nie oznaczają bynajmniej, że obie swobody „produktu” zostały całkowicie zrównane, a w konsekwencji, że w świetle prawa wspólnotowego rozróżnienie produktów materialnych (towarów) od niematerialnych (usług) straciło na znaczeniu. Ze względu na nieodzowny udział czynnika ludzkiego w procesie świadczenia usługi, dopuszczalne przez ETS ograniczenia swobody przepływu usług sięgają dalej niż w przypadku swobody przepływu towarów. Przesądza o tym szersza możliwość powołania się przez państwo członkowskie na uzasadnione względy interesu publicznego jako podstawę wprowadzanych restrykcji²⁹. Stwierdzenie podobieństwa wskazanych swobód może też prowokować do przeniesienia całego dorobku orzeczniczego Trybunału dotyczącego swobody przepływu towarów na swobodę przepływu usług. W szczególności pojawia się pytanie, czy wobec swobody przepływu usług można zastosować wypracowaną na gruncie swobodnego przepływu towarów słynną formułę Keck-Mithouard³⁰. Zagadnienie to przekracza ramy tego opracowania, warto jednak odnotować przeważające w doktrynie stanowisko przeciwne³¹. Potwierdza to, że obie swobody nadal postrzegać należy odrębnie.

Na koniec wypada zauważyć, że zasada traktowania narodowego, implikująca jedynie zakaz stosowania ograniczeń o charakterze dyskryminującym, może być postrzegana jako hamulec rozwoju nie tylko swobody przepływu usług, ale także swobody przedsiębiorczości. Sprowadzona do zasady traktowania narodowego, swoboda ta uniemożliwia korzystanie z uprawnień do wykonywania działalności gospodarczej uzyskanych w jednej geograficznej części wspólnego rynku (jednym państwie) w innych jego częściach (innych państwach). W tym przypadku uprawnienia te nie mają więc charakteru transnarodowego. Budzić to może wątpliwości co do rzeczywistej treści pojęcia „wspólny rynek” oraz pokazuje, jak daleka jeszcze droga do pełnej integracji gospodarczej. Tendencja, wynikająca w pierwszej kolejności z postępowego orzecznictwa Trybunału Sprawiedliwości oraz dalej z rozwijanej regulacji prawa wtórnego, która *nota bene* jest często formalnym usankcjonowaniem wcześniejszej judykatury³², jest dosyć wyraźna. Prawo wspólnotowe coraz śmielej dąży do przełamywania granic państw narodowych, m.in. poprzez nadawanie aktom administracyjnym wydanym przez jedno z państw charakteru transnarodowego. Nie mam wątpliwości, że ta tendencja,

²⁷ Swoboda przepływu usług obejmuje bowiem także sytuacje transgranicznego przesłania samej usługi, o czym szerzej w dalszej części opracowania.

²⁸ Tak wyraźnie ETS w cytowanej sprawie C-76/90 *M. Sager*.

²⁹ Tak trafnie zauważa A. Cieśliński, op. cit., s. 226–221.

³⁰ Sprawy połączone C-267/91 i C-268/91 *postępowania karne v. B. Keck i D. Mithouard*, Zb. Orz. 1993, s. I-6097.

³¹ Szerzej na ten temat M. Szydło, *Swoboda prowadzenia...*, op. cit., s. 186–189; odmiennie C. Mik, *Formuła Keck-Mithouard i jej znaczenie dla rozwoju europejskiego prawa wspólnotowego*, w: *Księga pamiątkowa ku czci profesora Leopolda Steckiego*, Toruń 1997.

³² Zob. dalsze uwagi o projekcie dyrektywy o usługach na rynku wewnętrznym.

także w ramach swobody przedsiębiorczości, będzie się nasilała. Zanim jednak złamany zostanie mur traktowania narodowego działalności wykonywanej na stałe, usunąć należy przeszkody działalności tymczasowej. Temu celowi służyć ma projekt dyrektywy o usługach na rynku wewnętrznym, który będzie przedmiotem analizy w dalszej części opracowania.

II. DLACZEGO POTRZEBNA JEST DYREKTYWA USŁUGOWA?

Z powyższych rozważań wynika, że istnieje dysonans między literalnym brzmieniem TWE a literaturą i orzecznictwem ETS w kwestii sposobu traktowania podmiotów korzystających ze swobody przepływu usług. Rozdźwięk ten jest tylko częściowo usuwany dyrektywami sektorowymi³³. W zdecydowanej większości dziedzin działalności usługowej nie było dotąd aktu prawa wtórnego, który mógłby tę kwestię rozstrzygnąć. Nasuwa się jednakże pytanie zasadnicze: czy rozdźwięk ten rzeczywiście w praktyce stosowania prawa wspólnotowego stanowi tak istotny problem, że wymagało to wydania aktu prawa wtórnego? Czy rzeczywiście swobodne świadczenie usług na jednolitym rynku napotykało na aż tak wiele trudności? Nawet jeżeli odpowiedź na te pytania okaże się twierdząca, to, czy prawo wspólnotowe nie zawiera mechanizmów, które pozwoliłyby te trudności skutecznie wyeliminować? Praktyka funkcjonowania swobody przepływu usług, pomimo że orzecznictwo ETS jest składnikiem *acquis communautaire*, a państwa członkowskie są zobowiązane zapewnić prawu wspólnotowemu skuteczność i pierwszeństwo stosowania, pokazuje, że napotyka ono ciągle poważne trudności. Jednocześnie prawo wspólnotowe nie dysponuje wystarczającymi mechanizmami korygującymi ten stan rzeczy. Przesądza o tym szereg czynników.

1. Rola sektora usług we współczesnej gospodarce

O praktycznej doniosłości omawianego zagadnienia decyduje, po pierwsze, rola sektora usług we współczesnej gospodarce. Nie jest to zaskoczeniem w świetle dorobku nauk ekonomicznych. Odwołajmy się w tym miejscu do gło-

³³ Poprzez wprowadzenie rozwiązań pozwalających świadczyć usługi w państwie goszczącym na podstawie pozwolenia uzyskanego na wykonywanie podobnej działalności w państwie pochodzenia usługodawcy; rozwiązanie tego typu odnajdujemy m.in. w sektorach takich jak świadczenie usług prawnych: dyrektywa 77/249/EWG z 22 marca 1977 r. w sprawie ułatwienia skutecznego korzystania przez adwokatów ze swobody świadczenia usług (Dz.Urz. WE L 78 z 26 marca 1977 r.) oraz dyrektywa 98/5/WE z 16 lutego 1998 r. mająca na celu ułatwienie stałego wykonywania zawodu prawnika w państwie członkowskim innym niż państwo uzyskania kwalifikacji zawodowych (Dz.Urz. WE L 77 z 14 marca 1998 r.), działalność ubezpieczeniowa: dyrektywa 92/49/EWG z 18 lipca 1992 r. w sprawie koordynacji przepisów ustawowych, wykonawczych i administracyjnych odnoszących się do ubezpieczeń bezpośrednich innych niż ubezpieczenia na życie oraz zmieniająca dyrektywy 73/239/EWG i 88/357/EWG (trzecia dyrektywa w sprawie ubezpieczeń innych niż ubezpieczenia na życie) (Dz.Urz. WE L 228 z 11 sierpnia 1992) czy działalność bankowa: dyrektywa 2000/12/WE z 10 marca 2000 r. odnosząca się do podejmowania i prowadzenia działalności przez instytucje kredytowe (Dz.Urz. WE L 126 z 26 maja 2000 r.).

śnej na gruncie tych nauk teorii trzech sektorów gospodarki. Próby porządkowania rozmaitych aktywności człowieka sięgają co najmniej czasów antycznych. Historycznie, pierwszym podziałem było wyróżnienie rolnictwa i rzemiosła³⁴. Genezy nowoczesnej teorii trzech sektorów doszukiwać się można w poglądach merkantylistów oraz A. Smitha³⁵. Za prekursora teorii trzech sektorów uważa się natomiast F. Lista, który wyróżnił następujące stadia rozwoju gospodarczego: dzikości, pasterstwa, rolnictwa, rolniczo-przemysłowe i rolniczo-przemysłowo-handlowe³⁶. Podział gospodarki na trzy sektory jako pierwszy przeprowadził A. Schwarz, który wyodrębnił zatrudnienie zaangażowane w pozyskiwanie zasobów naturalnych (I), przetwarzanie i uszlachetnianie wytworów natury i pracy (II) oraz handel, transport i usługi osobiste (III)³⁷. Za czołowych przedstawicieli teorii trzech sektorów uznaje się: nowozelandzkiego ekonomistę A. Fishera, angielskiego ekonomistę i statystyka C. Clarka oraz francuskiego ekonomistę i socjologa J. Fourastie³⁸. Każdy z nich do wyróżniania sektorów zastosował inne kryterium, co prowadzi do pewnych odmienności i jest też przedmiotem krytyki przeciwników omawianej koncepcji³⁹. Mimo to autorzy ci osiągnęli podobny rezultat, polegający na podziale gospodarki na trzy sektory odpowiadające rolnictwu (sektor I), przemysłowi (sektor II) i usługom (sektor III). Znamienne jest, że dokonany podział skłonił każdego z nich do sformułowania fundamentalnej tezy, że udział tych sektorów na różnych etapach rozwoju gospodarczego nie jest jednakowy. Początkowo sektorem dominującym jest rolnictwo, któremu towarzyszy nikły stopień rozwoju pozostałych sektorów. Z czasem rośnie jednak, kosztem rolnictwa, waga sektora przemysłowego, który staje się dominującym. Jego znaczenie w pewnym punkcie zaczyna jednak maleć, kosztem sektora usług. Ostatecznie to sektor usług zdobywa miano kluczowego, czemu towarzyszy stały spadek znaczenia pozostałych dwóch sektorów⁴⁰. Teoria ta doskonale tłumaczy więc różnice między gospodarkami państw będących na różnych etapach rozwoju. Nie dziwi fakt, że najbiedniejsze kraje na świecie to wciąż te silnie oparte na rolnictwie, z niewielkim udziałem przemysłu i niemalże zerowym poziomem

³⁴ K. Rogoziński, *Usługi rynkowe*, Poznań 2000, s. 91.

³⁵ E. Kwiatkowski, *Teoria trzech sektorów. Prezentacja i próba oceny*, Warszawa 1980, s. 10; merkantyliści wskazywali, że podstawą wzrostu bogactwa narodowego jest nie rozwój rolnictwa, ale manufaktur i handlu; A. Smith w pracy *Badania nad naturą i przyczynami bogactwa narodów* odróżnił pracę produkcyjną od usług pracy nieprodukcyjnej; S. Flejterski, A. Panasiuk, J. Perenc, G. Rosa (red.), *Współczesna ekonomika usług*, Warszawa 2005, s. 28.

³⁶ M. Daszkowska, *Usługi. Produkcja, rynek, marketing*, Warszawa 1998, s. 21.

³⁷ K. Rogoziński, op. cit., s. 92.

³⁸ M. Daszkowska, op. cit., s. 21; S. Flejterski, A. Panasiuk, J. Perenc, G. Rosa (red.), op. cit., s. 30–32.

³⁹ A. Fisher wykorzystał jako kryterium podziału wskaźnik dochodowej elastyczności popytu, C. Clark charakter rezultatów pracy, J. Fourastie dynamikę postępu technicznego w sektorze, M. Daszkowska, op. cit., s. 22–23.

⁴⁰ Ten uniwersalny model rozwoju gospodarczego jest jednocześnie przedmiotem ostrej krytyki, zauważa się bowiem, że przejście od stadium rolnictwa do stadium usług poprzez etap intensywnej industrializacji (choć historycznie dotyczyło w XIX w. państw europejskich) nie jest wcale konieczne, czego przykładem może być współczesny rozwój państw „trzeciego świata”, K. Rogoziński, op. cit., s. 106.

rozwoju usług. Z drugiej strony najbardziej rozwinięte gospodarki świata to te właśnie, w których usługi generują większość PKB.

Interesująca jest też problematyka wzajemnych zależności pomiędzy sektorami. Usługi jawią się tu w pierwszej chwili (przez swój pomocniczy, komplementarny charakter) jako zasilające pozostałe dwa sektory. W literaturze zauważono jednak, że obecnie udział usług w produkcji rolniczej i przemysłowej jest tak szeroki i tak ważny, że prowadzenie tej produkcji bez wsparcia ze strony usług jest praktycznie niemożliwe. Stąd formułuje się tezę, że „to nie sektor II warunkuje szybki rozwój sektora III, ale *vice versa*; to nie produkcja określa funkcję i teorię usług, ale dokładnie przeciwnie, usługi kształtują dziś produkcję”⁴¹. Stopień rozwoju sektora usługowego jest więc nie tylko cechą gospodarki danego kraju, ale także czynnikiem przesądzającym o perspektywach jej rozwoju. Wzrost jego efektywności wywiera bowiem decydujący wpływ na produktywność i konkurencyjność całej gospodarki i jej zdolność do wzrostu⁴².

J. Fourastie podkreśla też socjologiczny wymiar omawianego procesu. Stwierdza, że dopiero na etapie gospodarki usług możliwy jest pełen rozwój ludzkiej osobowości⁴³. Refleksję socjologiczną, inspirowaną teorią trzech sektorów, rozwinął D. Bell⁴⁴. Odróżnił on od siebie społeczeństwo preindustrialne, industrialne i postindustrialne. W społeczeństwie preindustrialnym życie było grą przeciw naturze, polegającą na opanowaniu i eksploataowaniu zasobów natury. Jedynymi usługami powszechnie wówczas rozwiniętymi były usługi osobiste (służący). W społeczeństwie industrialnym toczy się gra przeciw sfabrykowanej naturze. Człowiek wyzwala się z narzucanych mu przez naturę ograniczeń, ale zostaje poddany zrationalizowanemu rytmowi pracy. Prowadzi to do głębokiego podziału pracy i jednocześnie zatomizowania społeczeństwa. Podstawowym miernikiem powodzenia są kryteria ekonomicznej efektywności: maksymalizacja korzyści i optymalizacja (gromadzenie i posiadanie dóbr). W społeczeństwie postindustrialnym natomiast gra odbywa się pomiędzy osobami. W tej grze decydującą rolę odgrywają usługi. Wiedza i informacja, zamiast pracy i surowców, są w tej grze podstawowymi czynnikami wytwórczymi. Jakość życia nie jest już mierzona ilością zgromadzonych dóbr materialnych, ale właśnie usługami i korzyściami świadczonymi sobie nawzajem przez ludzi⁴⁵.

Doniosłą rolę sektora usług dostrzegano także w literaturze ekonomicznej okresu PRL. Wskazywano, że sektor ten ma istotne znaczenie dla dobrobytu ekonomicznego, a szerzej dobrobytu społecznego. Stopień zaspokojenia popytu na usługi miał decydować o poziomie dobrobytu społecznego⁴⁶. Sektor usług miał pełnić w gospodarce socjalistycznej szczególne funkcje, odmiennie niż

⁴¹ K. Rogoziński, op. cit., s. 110, który powołuje się na pracę R. Normanna i R. Ramireza, *Designing Interactive Strategy. From Value Chain to Value Constellation*, J. Wiley & Sons, Chichester 1994.

⁴² K. Kłosiński, A. Masłowski, *Globalizacja sektora usług w Polsce*, Warszawa 2005, s. 10.

⁴³ S. Flejterski, A. Panasiuk, J. Perenc, G. Rosa (red.), op. cit., s. 31.

⁴⁴ D. Bell, *The Coming Post-Industrial Society. A Venture in Social Forecasting*, New York 1973.

⁴⁵ K. Rogoziński, op. cit., s. 112–114; S. Flejterski, A. Panasiuk, J. Perenc, G. Rosa (red.), op. cit., s. 39.

⁴⁶ M. Noga, *Sektor usług a dobrobyt społeczny w socjalizmie*, Wrocław 1985, s. 30 i n.

w krajach kapitalistycznych. W tych drugich miał być jedną z gałęzi biznesu, nastawioną, jak pozostałe, na osiąganie maksimum zysków, co skutkowało miało niedostatecznym rozwojem takich usług, jak oświata, ochrona zdrowia, gospodarka mieszkaniowa. W państwach socjalistycznych sektor ten ukierunkowany miał być głównie na zaspokajanie potrzeb ludzi. Pełnił on funkcje gospodarcze i społeczno-gospodarcze (np. obsługa procesów wytwórczych, funkcje socjalne, kulturowe, oświatowe) oraz pozagospodarcze (obronne, porządku publicznego)⁴⁷. Podkreślano też jego znaczenie jako stabilizatora gospodarki w warunkach permanentnego w socjalizmie niedoboru rynkowego (nadwyżki wielkości popytu nad wielkością podaży) oraz jego zdolność do absorpcji nadwyżek siły roboczej⁴⁸. Wydaje się szczególnie ważne, że już wówczas dostrzegano zbyt wolny, nieodpowiadający warunkom społeczno-gospodarczym, rozwój sektora usług w gospodarkach socjalistycznych⁴⁹. Ubolewano, że udział zatrudnionych w tym sektorze był zdecydowanie niższy niż w krajach kapitalistycznych oraz że tendencja ta utrzymywała się już od lat 50. XX w. Zastanawiano się przy tym, dlaczego wzrost dochodów osobistych ludności Polski w pierwszej połowie lat 70. nie przełożył się na wzrost wydatków na usługi. Podnoszono, że w krajach kapitalistycznych, ze względu na wysoką elastyczność dochodową popytu⁵⁰ na usługi, znaczny wzrost wydatków na usługi był regułą⁵¹.

Ustalenia teorii ekonomii znajdują potwierdzenie w praktyce. Świat wszedł w epokę gospodarki postindustrialnej. Według badań Instytutu DIW w Kilonii udział sektora usług w skali całego świata w tworzeniu produktu społecznego w latach 1970, 1980 i 1994 wynosił odpowiednio: 54%, 55,8% i 64,6%. Ważne jest przy tym, że wzrost udziału sektora usług obserwowano we wszystkich kategoriach państw, zarówno rozwijających się, państwach średnich dochodów oraz krajów wysoko rozwiniętych⁵². Badania statystyczne dowodzą, że sektor usługowy jest odpowiedzialny za generowanie znacznej części wartości dodanej brutto państw o nowoczesnych gospodarkach rynkowych (w tym państw Unii Europejskiej). Średni udział sektora usług w generowaniu wartości dodanej w ca-

⁴⁷ C. Niewadzi, *Usługi w gospodarce narodowej*, Warszawa 1975, s. 26–27.

⁴⁸ Szerzej o funkcjach sektora usług w gospodarce socjalistycznej M. Noga, op. cit., s. 50 i n.

⁴⁹ Zjawisko to w okresie transformacji gospodarczej po 1989 r. nazwano w literaturze luką cywilizacyjną w usługach, K. Rogoziński, op. cit., s. 135, który przywołuje opracowanie R.F. Nicholls'a *The Neglected Service Industries of Eastern Europe: Some Quantitative and Qualitative Aspects*, „International Journal of Service Industry Management” 1992/3, vol. 3; dane statystyczne obrazujące to zjawisko prezentuje K. Rogoziński, op. cit., s. 138–139.

⁵⁰ Elastyczność dochodowa jest miarą opisującą wrażliwość wielkości popytu na zmianę wielkości dochodów konsumenta; o wysokiej elastyczności dochodowej popytu mówimy, gdy popyt na określone dobra zmienia się w stopniu większym niż zmiana wielkości dochodów konsumenta – gdy wielkość popytu rośnie bardziej niż wzrost dochodów albo maleje bardziej niż spadek dochodów; wysoką elastycznością popytu cieszą się dobra luksusowe oraz usługi, niską dobra o charakterze podstawowym, czyli takie, które konsument nabywa dla zaspokojenia swych podstawowych potrzeb i z których najtrudniej mu zrezygnować; wyróżnia się też przypadki ujemnej elastyczności dochodowej popytu, zachodzącej, gdy jego rozmiary rosną w miarę spadania wielkości dochodu konsumenta – charakteryzuje ona tzw. dobra podrzędne, będące najczęściej gorszymi substytutami dóbr podstawowych.

⁵¹ Szerzej, wraz z odpowiednimi danymi statystycznymi, M. Noga, op. cit., s. 51–54.

⁵² Dane przytaczam za K. Kłosiński, *Międzynarodowy obrót usługowy*, Warszawa 2002, s. 25–26.

łej Unii wynosił w 2004 r. 71,4% (w 2000 r. 69,8%)⁵³. W wielu państwach UE, takich jak Belgia, Dania, Francja, Grecja, Holandia, Szwecja i Wielka Brytania, poziom ten w 2000 r. przekroczył już 70%. Najwyższy, bo aż 80-procentowy, odnotowano w Luksemburgu⁵⁴. Dla porównania, w krajach słabiej rozwiniętych, parametr ten jest znacznie niższy (Ukraina – 46,4%, Białoruś – 50,2%, Rosja – 55,1%, Turcja – 59,4%)⁵⁵. W Polsce udział usług w wartości dodanej wynosił w latach 2000 i 2004 odpowiednio 63,4% i 63,9%⁵⁶. Innym ważnym miernikiem roli sektora usługowego we współczesnych gospodarkach jest jego udział w absorpcji siły roboczej. W Unii Europejskiej wskaźnik ten w 2000 r. wynosił 67,9%, a w 2004 r. 69,7%⁵⁷. W Belgii, Danii, Holandii czy Wielkiej Brytanii już w 2000 r. przekraczał 70%⁵⁸. W krajach słabiej rozwiniętych wskaźnik udziału usług w zatrudnieniu kształtował się na zdecydowanie niższym pułapie (Białoruś – 40,6%, Bułgaria – 44,3%, Ukraina – 47,9%)⁵⁹. W Polsce w tych samych latach osiągnął on poziom odpowiednio: 46,5% i 53,9%⁶⁰. Przedstawione dane pokazują, że mamy do czynienia z sektorem mającym decydujące znaczenie dla rozwoju gospodarczego tak całej Unii Europejskiej, jak gospodarek poszczególnych jej członków. Ustalenie to jest szczególnie ważne w obliczu celu, jaki postawiła sobie UE w słynnej Strategii Lizbońskiej, przyjętej w 2000 r. Wedle jej założeń, do 2010 r. gospodarka unijna ma być najbardziej dynamiczną, opartą na wiedzy, gospodarką na świecie. Biorąc pod uwagę niewielką już odległość tej daty, założenie to można chyba bardziej traktować w kategoriach mirażu, co nie zwalnia państw członkowskich i całej Unii z obowiązku dążenia do celów wyznaczonych w Lizbonie.

2. Szeroki podmiotowy i przedmiotowy zakres zastosowania przepisów o swobodzie świadczenia usług

Potrzeba uregulowania omawianej problematyki w odrębnej dyrektywie podyktowana jest także faktem, że przepisy o swobodzie świadczenia usług znajdują zastosowanie w bardzo dużej liczbie praktycznych przypadków, o czym świadczą wiele przesłanek. W pierwszej kolejności należy odwołać się do redakcji art. 50 ust. 1 TWE. Zgodnie z nim swoboda świadczenia usług dotyczy tylko tych sytuacji, które nie są regulowane przepisami o swobodzie przepływu osób (pracowników i przedsiębiorczości), towarów i kapitału. Ma więc ona wobec innych swobód charakter subsydiamy. Przez to jednak jej granice wydają się zarysowane

⁵³ Źródło: GUS, *Rocznik statystyczny RP*, Warszawa 2005, s. 746, przy czym dane dotyczą 25 obecnych członków Unii.

⁵⁴ Za K. Kłosiński, *Współczesne tendencje w sektorze usług w Unii Europejskiej*, Warszawa 2003, s. 104.

⁵⁵ 2003 r., źródło: GUS, *Rocznik statystyczny RP*, Warszawa 2005, s. 870.

⁵⁶ Ibidem, s. 746.

⁵⁷ Ibidem, s. 744, dane dotyczą 25 obecnych członków Unii.

⁵⁸ Za S. Flejterski, A. Panasiuk, J. Perenc, G. Rosa (red.), op. cit., s. 65.

⁵⁹ Ibidem.

⁶⁰ GUS, *Rocznik statystyczny RP*, Warszawa 2005, s. 744.

w sposób nie do końca ostry. Stąd też ETS, kwalifikując konkretny stan faktyczny, w pierwszej kolejności bada, czy nie wypełnia on przesłanek zastosowania którejs z pozostałych swobód. Dopiero w braku jednej z tych kwalifikacji, analizuje sprawę pod kątem możliwości zastosowania przepisów o swobodzie świadczenia usług. W literaturze wskazuje się jednak, że w sytuacjach wątpliwych Trybunał skłania się do dokonywania kwalifikacji z art. 49 i 50 TWE⁶¹.

Termin „swoboda świadczenia usług” oraz redakcja art. 49 TWE sugerować mogą, że swoboda ta odnosi się do sytuacji podmiotu świadczącego usługę tylko wtedy, gdy świadczenie to odbywa się w państwie innym niż państwo jego pochodzenia. Takie rozumienie zasięgu omawianej swobody okazuje się zdecydowanie zbyt wąskie. Istotą usługi jest jej dwustronny charakter; z jednej strony występuje wykonawca, którego świadczenie jest „treścią” usługi, z drugiej zaś podmiot, który świadczenie odbiera. Swoboda świadczenia usług rozciąga się więc także na osobę usługobiorcy. Po raz pierwszy tezę tę sformułował ETS w orzeczeniu w sprawie *Luisi & Carbone*⁶². W tym aspekcie mamy do czynienia z tzw. bierną swobodą świadczenia usług, którą można też nazwać swobodą dostępu do usług.

Literalne brzmienie art. 49 TWE (przynajmniej w jego polskiej wersji językowej) wyraźnie wskazuje, że swoboda świadczenia usług dotyczy sytuacji, gdy usługa świadczona jest na rzecz obywatela innego państwa niż to, w którym usługodawca ma swoje przedsiębiorstwo. Tymczasem w literaturze słusznie zauważa się, że nie chodzi tu bynajmniej o wykonywanie przez usługodawcę w państwie pochodzenia działalności gospodarczej. Warunkiem wystarczającym do skorzystania ze swobody przepływu usług jest posiadanie przez niego w jednym z państw członkowskich miejsca stałego zamieszkania (stałego pobytu, siedziby). By korzystać ze swobody świadczenia usług, nie trzeba być natomiast w państwie pochodzenia przedsiębiorcą, jak i nie trzeba świadczyć tam profesjonalnie przedmiotowych usług. Gdyby tak było, na omawianą swobodę nie mogliby się powoływać np. studenci, emeryci czy osoby w państwie pochodzenia zatrudnione, ale świadczące w państwie goszczącym czasowo określone usługi odpłatnie i samodzielnie⁶³.

Przepis art. 50 ust. 3 TWE stanowi, że swoboda świadczenia usług uprawnia usługodawcę do przejściowego wykonywania działalności w państwie świadczenia. ETS w swym orzecznictwie twierdzi jednak, że swoboda ta obejmuje wszystkie przypadki, w których występuje element transgraniczności (o ile oczywiście

⁶¹ N. Półtorak, *Świadczenie usług a zakładanie przedsiębiorstw według prawa Wspólnot Europejskich*, „Państwo i Prawo” 1999, z. 2, s. 60.

⁶² C-286/82 i 26/83 *G. Luisi i G. Carbone v. Ministerstwo Skarbu*, Zb. Orz. 1984, s. 377.

⁶³ N. Półtorak, op. cit., s. 59; M. Strzelbicki, op. cit., s. 57; sygnalizowany problem w mojej ocenie sprowadza się do błędnego tłumaczenia polskiej wersji TWE (opublikowanej w Dz.U. z 2004 r. Nr 90, poz. 864, a także dostępnej m.in. na stronie internetowej Urzędu Komitetu Integracji Europejskiej <http://www.ukie.gov.pl> oraz w wielu wydawnictwach drukowanych, np. *Polska w Unii Europejskiej. Wybór dokumentów*, Warszawa 2003, s. 596), wg której występujące w wersji angielskiej TWE w art. 49 wyrażenie *who are established* (niem. *sindansässig*) przetłumaczono na „mający swe przedsiębiorstwo”, podczas gdy chodzi właśnie o stałe przebywanie, osiedlenie się na terytorium jednego z państw Wspólnoty.

mają charakter przejściowy, ograniczony w czasie). Przepisy art. 49 i 50 TWE nie znajdują zastosowania tylko wtedy, gdy wszystkie elementy usługi odnoszą się do jednego państwa członkowskiego⁶⁴. Z tego względu swoboda świadczenia usług obejmuje przypadki, w których:

- usługodawca udaje się do państwa usługobiorcy i tam wykonuje usługę albo
- usługobiorca udaje się do państwa usługodawcy, by odebrać usługę lub dokonać zapłaty, albo
- usługodawca i usługobiorca mają miejsce zamieszkania (siedziby) w tym samym państwie członkowskim i udają się do innego państwa Wspólnoty, gdzie jest świadczona, albo
- usługodawca i usługobiorca pozostają we własnych państwach, granicę „przekracza” tylko sama usługa, np. nadawanie audycji radiowych i programów telewizyjnych z terytorium jednego państwa członkowskiego na obszar innego.

Ponieważ przepisy art. 49 i 50 TWE odnoszą się do tak różnorodnych konfiguracji, słuszne jest – moim zdaniem – posługiwanie się określeniem swoboda przepływu usług, jako lepiej oddającym rzeczywistą różnorodność sytuacji nią objętych.

Jeszcze inną przyczyną szerokiego praktycznego zastosowania swobody przepływu usług jest fakt, że podmiotami uprawnionymi do korzystania z niej są nie tylko same strony stosunku usługowego, ale także pracownicy oddelegowani do wykonania usługi. Dotyczy to zwłaszcza tych przypadków, gdy usługodawcą jest spółka w rozumieniu art. 48 TWE. Jeśli więc spółka, utworzona zgodnie z prawem jednego z państw członkowskich oraz mająca tam statutową siedzibę, zarząd lub główne przedsiębiorstwo, deleguje pracowników do wykonania usługi na obszarze innego państwa Wspólnoty, to osoby te są tam traktowane jako korzystające ze swobody przepływu usług, a nie przepływu pracowników. Jest to szczególnie istotne wtedy, gdy obywatele danego państwa nie mogą korzystać ze swobody przepływu pracowników, ze względu np. na okres przejściowy na przepływ siły roboczej⁶⁵. Wyłączenie stosowania swobody przepływu pracowników nie jest przeszkodą w delegowaniu pracowników do wykonania usługi⁶⁶.

⁶⁴ Połączone sprawy C-154/89 *Komisja v. Francja*, C-180/89 *Komisja v. Włochy*, C-188/89 *Komisja v. Grecja*, Zb. Orz. 1991, s. I-659, I-709, I-727.

⁶⁵ W takiej sytuacji są obecnie obywatele RP w niektórych państwach Unii, np. w Niemczech czy Austrii.

⁶⁶ Tak wyraźnie, na podstawie sytuacji Portugalii po akcesji do Unii, wobec której również przewidziano okresy przejściowe na swobodny przepływ portugalskiej siły roboczej, ETS w orzeczeniu 113/89 *Rush Portuguesa Lda v. Krajowy Urząd do Spraw Imigracji*; w podobnej sytuacji znajdują się polscy usługodawcy, delegujący swych pracowników do wykonania usługi w państwach członkowskich, które utrzymują, zgodnie z Traktatem Akcesyjnym, maksymalnie 7-letni okres przejściowy na przepływ polskich pracowników (np. Niemcy, Austria) – delegowani pracownicy nie są objęci swobodą przepływu pracowników, ale swobodą przepływu usług, dzięki czemu ich prawo do wykonania usługi nie może być przez państwo goszczące ograniczane z powołaniem się na okres przejściowy dotyczący siły roboczej; dodatkowego argumentu na odrębność ich sytuacji dostarcza pkt 13 cz. 2 załącznika XII do Traktatu Akcesyjnego, który wprowadza szczególny okres przejściowy dla świadczenia usług przez polskich usługodawców delegujących pracowników w niektórych branżach na obszarze Austrii i Niemiec (usługi budowlane oraz sprzątanie przemysłowe, a w Austrii także ogrodnictwo, cięcie, rzeźbienie i wykańczanie kamienia, ręczny wyrób elementów z metalu, działalność ochroniarska

W sprawie *Vander Elst*⁶⁷ ETS wskazał ponadto, że delegowani pracownicy nie muszą być obywatelami Wspólnoty. Jeśli tylko legalnie przebywają na obszarze państwa pochodzenia, państwo goszczące nie może wymagać od nich uzyskania wizy wjazdowej czy pozwolenia na pracę dla cudzoziemców. Stanowisko to Trybunał podtrzymał w orzeczeniu w sprawie *Komisja v. Luksemburg*.

Wysoka częstotliwość występowania sytuacji objętych swobodą przepływu usług wzrasta wraz z rozwojem orzecznictwa ETS, rozszerzającego zakres tej swobody na coraz więcej przypadków. Poza tymi już zaprezentowanymi wskazać można, tytułem przykładu, na inne orzeczenia Trybunału. W sprawie *Alpine Investments*⁶⁹ rozstrzygał kwestię zakazu tzw. *cold callingu*. Proceder ten polega na telefonicznym kontaktowaniu się z potencjalnymi adresatami oferty przedsiębiorcy w celu jej przedstawienia (reklamy), bez wcześniejszej zgody zainteresowanych. ETS stwierdził, że zakaz telefonicznego kontaktowania się z klientami z innych państw członkowskich Wspólnoty może stanowić ograniczenie swobodnego przepływu usług, bo pozbawia on uczestników obrotu gospodarczego środka reklamy i możliwości nawiązywania kontaktów. Zauważył przy tym, że zastosowanie swobody przepływu usług możliwe jest nawet wtedy, gdy stosunek usługowy nie został jeszcze zawiązany, a strony indywidualnie określone (znane są jedynie potencjalnie). O szerokim zakresie zastosowania przepisów o swobodzie przepływu usług świadczy też orzeczenie w sprawie *Cowan*⁷⁰. Dotyczyła ona brytyjskiego turysty, napadniętego, pobitego i obrabowanego na stacji metra we Francji. Napastnicy nie zostali ujęci. Prawo francuskie przewidywało w takich sytuacjach wypłatę odszkodowania ze środków publicznych, jeśli uzyskanie ich od sprawców nie było możliwe. Jedynym obostrzeniem w tym zakresie był wymóg posiadania obywatelstwa francuskiego. Wobec braku tej przesłanki brytyjski turysta odszkodowania nie otrzymał. Trybunał orzekł, że doszło do dyskryminacji ze względu na przynależność państwową. Pan Cowan, jako turysta korzystający z usług we Francji, uznany został za usługobiorcę w rozumieniu traktatu, korzystającego z ochrony gwarantowanej w art. 49 i 50 TWE. Konkluzji tej nie przeszkodził ani pozornie wątpliwy związek zdarzenia ze stosunkami usługowymi (usług turystycznych), ani fakt, że odszkodowanie wypłacone być miało ze środków publicznych. Orzeczenia te pokazują, że praktyczny zasięg omawianej swobody jest bardzo szeroki.

Potrzeba zapewnienia rzeczywistej realizacji omawianej swobody w sposób, jaki wynika z orzecznictwa ETS oraz z postulatów doktryny (czyli rozumianej szerzej niż tylko zakaz dyskryminacji podmiotu ze swobody korzystającego), jest tym większa, iż państwa członkowskie są niechętne takiemu jej pojmowaniu. Trudno się temu dziwić, skoro przyjęcie stanowiska ETS w znaczący sposób ogra-

oraz pielęgnowanie domu) – ponieważ ten środek dotyczy wprost delegowanych przez usługodawców pracowników, potwierdza to zarazem, że okres przejściowy na przepływ siły roboczej osób delegowanych przez nich nie dotyczy; zob. także M. Strzelbicki, op. cit., s. 73–74.

⁶⁷ C-43/93 R. *Vander Elst v. Office des Migrations Internationales*, Zb. Orz. 1994, s. I-3803.

⁶⁸ C-445/03 *Komisja v. Luksemburg*, Zb. Orz. 2004, s. I-10191.

⁶⁹ C-384/93 *Alpine Investments v. Minister Finansów*, Zb. Orz. 1995, s. I-1141.

⁷⁰ C-186/87 I. W. *Cowan v. Tresor Public*, Zb. Orz. 1989, s. 195.

nicza możliwości oddziaływania organów państwa przyjmującego na działalność podmiotu korzystającego ze swobody. Problem ten ujawnia się w szczególności w przypadkach, gdy wątpliwa jest kwalifikacja działalności usługodawcy ze względu na swobodę przedsiębiorczości i swobodę świadczenia usług. Państwa przyjmujące starają się wówczas wykazać, że określona działalność mieści się w ramach swobody przedsiębiorczości (bo takie stanowisko pozwala im na stosowanie środków niedyskryminacyjnych bez względu na to, czy dany podmiot został już poddany podobnym wymogom w państwie pochodzenia). Podmiot wykonujący działalność usługową jest natomiast zainteresowany kwalifikacją w ramach swobody świadczenia usług, bo wówczas może powołać się na kryteria, które już wcześniej spełnił (np. na uzyskanie w państwie pochodzenia pozwolenie na wykonywanie działalności określonego rodzaju, przynależność do korporacji zawodowej itp.). Przykładem takiego konfliktu była głośna sprawa *Gebhard*⁷¹. Ponieważ obie swobody dotyczą tej samej przedmiotowo działalności, realne jest niebezpieczeństwo obejścia rygorów uzasadnionych w świetle swobody przedsiębiorczości pod pozorem tymczasowej działalności w ramach swobody przepływu usług⁷². Z zagrożenia tego państwa członkowskie doskonale zdają sobie sprawę. Wobec tego powołanie się na swobodę przepływu usług budzi od razu podejrzenia o chęć obejścia regulacji dotyczących swobody przedsiębiorczości.

3. Znaczenie zasady praworządności

Należy podkreślić, że nawet gdyby administracja państwa goszczącego chciała traktować podmiot wspólnotowy zgodnie z zasadami wskazanymi przez ETS, nie mogłaby tego zrobić bez odpowiedniego umocowania w przepisach prawa krajowego. Państwa członkowskie z kolei nie wprowadzają z własnej inicjatywy do swoich porządków prawnych regulacji dających podstawę do uwzględniania kontroli sprawowanej nad ustawodawcą w państwie jego pochodzenia. Samo tylko orzecznictwo ETS nie jest natomiast do tego wystarczającą podstawą. Stąd nawet w przypadku przychylnego stanowiska władz państwa przyjmującego brakuje z reguły przepisów mogących stanowić podstawę prawną stosownego działania. Trudno natomiast byłoby oczekiwać od organów administracji, by te bez podstawy prawnej w krajowym systemie prawnym samodzielnie decydowały się np. na odstąpienie od wymagania uzyskania przez usługodawcę zezwolenia na wykonywanie działalności określonego rodzaju z tego względu, że uzyskał już on takie zezwolenie w innym państwie Unii. W orzecznictwie ETS sformułowano wprowadzić tezę, że zasadę pierwszeństwa prawa wspólnotowego przed prawem krajowym, nakazującą odmówić zastosowania normy krajowej niezgodnej ze

⁷¹ C-55/94 R. *Gebhard v. Consiglio dell'Ordine degli Avvocati e Procuratori di Milano*, Zb. Orz. 1995, s. I-4165.

⁷² Zwracał na to uwagę rzecznik generalny Leger w opinii do orzeczenia w sprawie *Gebhard* oraz ETS w orzeczeniu w sprawie C-33/74 *H.M. van Binsbergen v. Bestuur van de Bedrijfsvereniging voor de Metaalnijverheid*, Zb. Orz. 1974, s. 1299.

wspólnotową, winny realizować nie tylko sądy, ale także organy administracji⁷³. Stanowisko to jest oceniane w doktrynie, wydaje się słusznie, jako dyskusyjne⁷⁴. Trudno, by organy administracji samodzielnie odmawiały zastosowania krajowej ustawy ze względu na jej niezgodność z prawem wspólnotowym, jeśli nie mają kompetencji do analogicznej odmowy w przypadku niezgodności ustawy z krajową konstytucją. Organ administracji nie może też rozwiązać pojawiających się wątpliwości co do zgodności prawa krajowego ze wspólnotowym na drodze zapytania prejudycjalnego do ETS, bo w świetle art. 234 TWE nie jest do tego upoważniony. Ponadto brakuje na poziomie wspólnotowym rozwiązań, które budowałyby zaufanie pomiędzy państwami członkowskimi w zakresie kontroli nad usługodawcami⁷⁵. Nawet jeśli usługodawca uzyskał w państwie pochodzenia pozwolenie na wykonywanie działalności, państwo goszczące nie może mieć pewności, czy pozwolenie to rzeczywiście odpowiada temu wymaganemu na jego terytorium i czy gwarantuje należyłą ochronę określonych dóbr i wartości. Bez takiej pewności odstępianie od wymogu formułowanego w prawie krajowym nie jest możliwe.

4. Zawodność wspólnotowych mechanizmów zapewnienia efektywności swobody przepływu usług

Przedstawione wyżej dowody wielkiego znaczenia, jakie dla rozwoju wspólnego rynku ma właściwe funkcjonowanie transgranicznego przepływu usług, nie uzasadniają jeszcze nieodzownej potrzeby przyjęcia dyrektywy. Należy odpowiedzieć sobie na pytanie, czy już funkcjonujące mechanizmy prawa wspólnotowego nie pozwalają na skuteczne przezwyciężenie trudności w realizacji tej swobody. Skoro pojmowanie swobody przepływu usług jako nośnika reguły kraju pochodzenia forsowane jest na gruncie wspólnotowym przede wszystkim przez ETS, to w jego kompetencjach w pierwszej kolejności poszukiwać należy możliwości wyegzekwowania realizacji tego stanowiska przez państwa członkowskie. W dalszej kolejności sięgnąć można do kompetencji innych organów Wspólnoty (Komisji i Parlamentu Europejskiego). Analizy tej dokonać trzeba przy tym z punktu widzenia uprawnień jednostki chcącej skorzystać ze swobody przepływu usług, ponieważ to właśnie ta jednostka ponosi negatywne konsekwencje nieprzychylnego stanowiska władz państwa goszczącego.

4.1. Orzeczenia wstępne Trybunału Sprawiedliwości

Podstawową procedurą, w ramach której ETS forsuje własną (tj. opartą na warunkowej regule kraju pochodzenia) wykładnię art. 49 i 50 TWE, jest procedura zapytań wstępnych. Zagadnienie orzeczeń prejudycjalnych ETS jest w literatu-

⁷³ C-103/88 *Fratelli Costanzo SpA v. Comune di Milano*, Zb. Orz. 1989, s. 1839.

⁷⁴ S. Biernat, op. cit., s. 90 oraz idem, *Wpływ członkostwa Polski w Unii Europejskiej na polskie sądy*, „Przegląd Sądowy” 2001, nr 11–12, s. 16.

⁷⁵ Z wyjątkiem szczególnych obszarów, o których mowa – pkt 5.2.

rze szeroko prezentowane⁷⁶. W tym miejscu wskażemy jedynie najistotniejsze z punktu widzenia naszych rozważań kwestie. Zapytania wstępne są głównym (obok zasady pierwszeństwa stosowania prawa wspólnotowego przed prawem krajowym) instrumentem zapewniania jednolitości stosowania prawa wspólnotowego. Są one ponadto niezwykle ważnym czynnikiem ciągłego rozwoju prawa wspólnotowego. Wiele kluczowych dla jego ewolucji orzeczeń Trybunału zapadało właśnie w ramach tej procedury. Wydaje się jednak, że nie jest ona wystarczająco skutecznym sposobem ochrony uprawnień przyznawanych jednostkom przez prawo wspólnotowe. Uwaga ta zdaje się dotyczyć zwłaszcza usługodawców, którzy ze swobody wspólnotowej korzystają w krótkim okresie, okazjonalnie. Kilka argumentów przemawia za tą konkluzją. Możliwość (albo obowiązek) wystąpienia do ETS z zapytaniem wstępnym pojawia się dopiero na etapie postępowania sądowego. Tymczasem pierwsze trudności przed usługodawcą niemal zawsze stawiane są przez administrację. Oznacza to, że aby możliwe stało się złożenie zapytania, usługodawca musi doprowadzić sprawę przynajmniej do etapu postępowania sądowoadministracyjnego w pierwszej instancji. Jasne jest, że wymaga to nie tylko nakładu środków, ale przede wszystkim czasu, w tym przypadku zupełnie nieproporcjonalnego do przejściowego charakteru swobody świadczenia usług oraz kluczowego dla opłacalności każdej działalności gospodarczej. Co więcej, możliwość osiągnięcia stadium sądowego pojawi się praktycznie tylko wtedy, gdy jednostka naruszy wcześniej przepisy państwa przyjmującego (np. w ten sposób, że nie wystąpi o udzielenie zezwolenia na świadczenie określonych usług). Dopiero wtedy bowiem zareagują organy administracji i możliwe będzie wdanie się z nimi w spór, który po przeniesieniu na poziom sądowy pozwoli na zgłoszenie zapytania wstępnego. Często jednak administracja ma na etapie postępowania administracyjnego szereg możliwości stosowania dotkliwych środków zabezpieczających albo rozmaitych kar pieniężnych. Celowe wejście w spór jest więc obciążone dodatkowo sporym ryzykiem, niechybnie związanym też z wymiernymi kosztami. Jeśli nawet osiągnięty zostanie etap postępowania sądowego, to pamiętajmy, że jedynym podmiotem uprawnionym do wystąpienia z zapytaniem wstępnym jest sąd. Strona może co prawda składać stosowne wnioski, ale ostateczna decyzja należy tylko do sądu. Również tylko sąd decyduje o zakresie zapytania i sposobie sformułowania pytań. Jednostka, której

⁷⁶ Jak zauważa S. Biernat, literatura na ten temat jest nie do ogarnięcia, zob. S. Biernat, *Wpływ...*, op. cit., s. 26 i n. oraz cytowana tam literatura, a także m.in. A. Amull, *The European Union and Its Court of Justice*, Oxford 2006, s. 95 i n.; M. Strzelbicki, *Orzeczenia wstępne Europejskiego Trybunału Sprawiedliwości w postępowaniu przed sądem administracyjnym*, w: P. Wiliński (red.), *Prawo wobec wyzwań współczesności*, t. II, Poznań 2005, s. 393 i n.; J. Skrzydło, *Doktryna <acte clair> w orzecnictwie Trybunału Wspólnot Europejskich i sądów państw członkowskich Unii Europejskiej*, „Państwo i Prawo” 1998, z. 1, s. 49 i n.; M. Szpunar, *Organy uprawnione do składania wniosku o wydanie orzeczenia wstępnego w trybie art. 177 Traktatu ustanawiającego Wspólnotę Europejską*, „Państwo i Prawo” 1997, z. 7, s. 57 i n.; R. Ostrihansky, *Kompetencja sądów i trybunałów państw członkowskich Unii Europejskiej do zwracania się do Trybunału Sprawiedliwości o wydanie orzeczeń wstępnych*, w: E. Piontek, A. Zawadzka (red.), *Szkice z prawa Unii Europejskiej*, 1.1, *Prawo instytucjonalne*, Zakamycze, Kraków 2003, s. 225 i n.; A. Kastelik-Smaza, *Konsekwencje naruszenia obowiązku skierowania pytańprejudycjalnego do ETS*, „Europejski Przegląd Sądowy” 2007, nr 2, s. 24 i n.

sprawa dotyczy, nie jest też stroną postępowania przed ETS. Ważny jest także czynnik czasu. Postępowanie krajowe na czas procedury prejudycjalnej zostaje zawieszone. Średni czas rozpatrzenia sprawy przez ETS wynosi obecnie około 2 lat. Oznacza to, że całe postępowanie, dotyczące w gruncie rzeczy krótkotrwałego świadczenia usług, może toczyć się latami. Wpływ jednostki na jego przebieg jest natomiast, jak wskazano, bardzo ograniczony. Oczywiście, jeśli ETS w orzeczeniu przyjmie stanowisko korzystne dla jednostki, może ona liczyć na zadowalające rozstrzygnięcie sprawy przez sąd krajowy. Z przedstawionych wyżej względów podstawową wadą zapytań wstępnych jako środka ochrony praw usługodawcy jest brak praktycznej przydatności. Spełnienie dublującego środka zastosowane w państwie pochodzenia usługodawcy wymogu, stawianego przez władze państwa goszczącego, może się więc okazać mniej ryzykowne, tańsze i przede wszystkim zdecydowanie szybsze niż spór z miejscową administracją, zakończony skargą do sądu i złożeniem (przez sąd) zapytania wstępnego. Należy sądzić, że stojąc przed takim wyborem, większość usługodawców decyduje się albo spełnić dublujące wymogi (co jest dla nich trudnością nieproporcjonalną do zamierzonej w państwie goszczącym działalności), albo wybiera trzecią drogę – rezygnuje z wykonania transgranicznej usługi. Sytuacja ta kłóci się więc z ideą wspólnego rynku.

4.2. Odpowiedzialność państwa członkowskiego za uchybienie zobowiązaniom traktatowym

Inna procedura, która może potencjalnie chronić interes jednostki korzystającej ze swobody przepływu usług, to unormowana w art. 226–228 TWE odpowiedzialność państwa członkowskiego za uchybienie zobowiązaniom traktatowym⁷⁷. Podobnie jak w przypadku pytań prejudycjalnych nie jest moim celem analizowanie tej procedury, ale wskazanie jej najważniejszych aspektów z punktu widzenia ochrony praw jednostki. Nie ulega wątpliwości, że sytuacja, gdy władze państwa przyjmującego odmawiają usługodawcy uwzględnienia środków, którym poddany został w państwie pochodzenia, jest niezgodna z art. 49 i 50 TWE w rozumieniu, jakie tym przepisom nadaje w orzecznictwie ETS. Wyczerpuje więc ona przesłanki naruszenia prawa wspólnotowego, o którym mowa w art. 226–228 TWE. Tego typu sytuacje mogą zatem być podstawą przeprowadzenia omawianej procedury, której głównym celem jest nie tyle „ukaranie” państwa członkowskiego, co przywrócenie stanu zgodności z prawem wspólnotowym poprzez skłonie-

⁷⁷ Szerzej zob. np. C. Mik, *Europejskie prawo wspólnotowe. Zagadnienia teorii i praktyki*, t. I, Warszawa 2000, s. 736 i n.; A. Wyrozumska, w: J. Barcz, op. cit., s. 330 i n., J.D. Mouton, w: R. Skubisz, E. Skrzydło-Tefelska, *Prawo europejskie. Zarys wykładu*, Lublin 2005, s. 175 i n.; A. Wróbel (red.), *Wprowadzenie do prawa Wspólnot Europejskich (Unii Europejskiej)*, Zakamycze, Kraków 2004, s. 167 i n.; O. Kopiczko, *Procedura z art. 226 TWE i inne wybrane środki ochrony praw podmiotowych przyznanych przez Traktat ustanawiający Wspólnotę Europejską*, „Prawo Unii Europejskiej” 2004, nr 12, s. 8 i n.

nie go do dobrowolnego usunięcia naruszenia⁷⁸. Postępowanie toczyć się może z inicjatywy Komisji (art. 226 TWE) albo państw członkowskich (art. 227 TWE). W praktyce, o ile postępowania z wniosku Komisji zdarzają się często, o tyle art. 227 pozostaje przepisem w zasadzie martwym. Państwa członkowskie szybko nauczyły się, że w kwestii przestrzegania prawa wspólnotowego żadne z nich nie jest bez grzechu. Stąd polityczne względy przesądzają o swoistej „uczniowskiej solidarności” państw członkowskich, które powstrzymują się od wzajemnego donoszenia na siebie Komisji i Trybunałowi Sprawiedliwości. Warto podkreślić, że w świetle art. 226 TWE czynną legitymację procesową ma tylko Komisja, nie posiadają jej natomiast jednostki, także te poszkodowane naruszeniem prawa wspólnotowego. Uprawnienie do wniesienia skargi ma charakter dyskrecjonalny i oparte jest na swobodnym uznaniu, przez co żaden podmiot, w tym jednostka dotknięta naruszeniem prawa wspólnotowego, nie może skutecznie zmusić Komisji do podjęcia postępowania. W żadnym razie procedury tej nie można wobec tego postrzegać jako środka odwoławczego od niekorzystnego dla jednostki orzeczenia sądu albo organu krajowego. Pozycja jednostki jest więc w perspektywie tej procedury, podobnie zresztą jak w przypadku orzeczeń wstępnych, słaba. Możliwości dostępne jednostkom wyczerpują się właściwie na etapie poinformowania Komisji o zaistniałych naruszeniach (informacje te przekazywać można w ramach tzw. skarg nieformalnych, o których mowa niżej)⁷⁹. Z drugiej strony wszakże Komisja, jako strażnik poszanowania prawa wspólnotowego, nie musi wykazywać własnego interesu we wniesieniu skargi. Omawiana procedura jest uznawana za skuteczny środek egzekwowania prawa wspólnotowego (np. ze względu na możliwość zastosowania tzw. procedury przymuszania do wykonania wyroku ETS unormowanej w art. 228 ust. 2 TWE, która zakończyć się może przykrymi dla państwa członkowskiego konsekwencjami finansowymi)⁸⁰. Z punktu widzenia usługodawców również ją należy jednak uznać za niepraktyczną. Pomijając już wskazany aspekt ograniczonych uprawnień jednostki, zwraca uwagę długotrwały (przy nieprzejednanej postawie państwa członkowskiego) przebieg postępowania. Składa się ono bowiem z dwóch zasadniczych etapów. Pierwszy to etap postępowania administracyjnego (tzw. przedsądowego), które dalej podzielić można na część nieoficjalną, gdy przedstawiciele Komisji kontaktują się z przedstawicielami państwa celem zbadania sprawy i osiągnięcia ewentualnej ugody, oraz oficjalną, rozpoczętą od wysłania tzw. pisma ostrzegawczego, a zakończoną wydaniem tzw. opinii umotywowanej. W umotywowanej opinii Komisja przedstawia zarzuty oraz określa sposób i termin usunięcia wskazanych naruszeń. Dopiero jeśli państwo członkowskie nie zastosuje się do umotywowanej opinii, Komisja może wystąpić ze skargą do ETS (etap drugi). Ponieważ sama tylko nieoficjalna część etapu administracyjnego trwać może nawet latami, praktyczna przydatność tej procedury dla ochrony interesu usługodawcy wydaje się

⁷⁸ M. Mielecka, *Praktyczne aspekty postępowania o naruszenie prawa wspólnotowego*, „Wspólnoty Europejskie” 2004, nr 8, s. 7.

⁷⁹ Skargi obywateli są, obok własnych informacji zbieranych przez służby Komisji z urzędu, głównym źródłem jej wiedzy o naruszeniach prawa wspólnotowego; Ibidem.

⁸⁰ A. Amull, op. cit., s. 47–51.

znikoma. Ponadto realizacja wspólnego rynku nie może sprowadzać się jedynie do karania państw członkowskich za zaniechania w zakresie jego urzeczywistniania, bo taka integracja gospodarcza pozbawiona byłaby sensu.

4.3. Odpowiedzialność odszkodowawcza państwa za naruszenie prawa wspólnotowego

Prawo wspólnotowe daje też możliwość podmiotom prywatnym domagania się odszkodowania od państwa członkowskiego za jego naruszenie⁸¹. W szczególności dotyczyć to może przypadków, w których wcześniej w trybie art. 226–228 TWE orzeczono o uchybieniu zobowiązaniom traktatowym. Trzeba przyznać, że uprawnienia jednostek w zakresie dochodzenia odszkodowań są przez orzecznictwo ETS konsekwentnie rozszerzane. Prawo wspólnotowe nie daje bowiem bezpośredniej podstawy do tej odpowiedzialności. ETS wywiódł ją z art. 10 TWE, wyrażającego nakaz podejmowania wszelkich kroków służących zapewnieniu efektywności prawa wspólnotowego (tzw. zasada lojalności państw wobec Wspólnoty)⁸². Odpowiedzialność odszkodowawcza jawi się jako niezbędne uzupełnienie zasady bezpośredniego stosowania i bezpośredniej skuteczności prawa wspólnotowego. Orzeczenia ustalające jej zasady uznaje się za szczytowy punkt na drodze nadawania prawu wspólnotowemu niezbędnej skuteczności⁸³. Po raz pierwszy zasadę odpowiedzialności odszkodowawczej wyraził ETS w sprawie Francovich⁸⁴, wobec naruszenia prawa wspólnotowego polegającego na nie-

⁸¹ Literatura na temat odpowiedzialności odszkodowawczej państw za naruszenie prawa wspólnotowego jest bogata, niezależnie od ujęcia tej tematyki w niemal wszystkich podręcznikach zob. np. N. Półtorak, *Odpowiedzialność odszkodowawcza państwa w prawie Wspólnot Europejskich*, Zakamycze, Kraków 2002; M. Górka, *Zasada odpowiedzialności odszkodowawczej państwa za naruszenia prawa wspólnotowego*, „Przegląd Prawa Europejskiego” 1997, nr 1, s. 32 i n. i idem, *Zasada odpowiedzialności odszkodowawczej państwa w świetle orzecznictwa Europejskiego Trybunału Sprawiedliwości*, „Przegląd Prawa Europejskiego” 1997, nr 2, s. 111 i n.; J. Tokarzewska, *Odpowiedzialność odszkodowawcza państw członkowskich Unii Europejskiej wobec podmiotów prywatnych*, „Państwo i Prawo” 1998, z. 12, s. 64 i n.; N. Półtorak, *Odpowiedzialność odszkodowawcza państw członkowskich za naruszenie prawa Wspólnot Europejskich*, w: C. Mik (red.), *Implementacja prawa integracji europejskiej w krajowych porządkach prawnych*, Toruń 1998, s. 151 i n.; T.T. Konciewicz, *Wspólnotowa zasada odpowiedzialności odszkodowawczej państwa za działalność sądów krajowych*, w: D. Komobis-Romanowska (red.), *Stosowanie prawa wspólnotowego w prawie wewnętrznym z uwzględnieniem prawa polskiego*, Warszawa 2004, s. 195 i n.; K. Kowalik-Bańczyk, *Odpowiedzialność państwa członkowskiego za naruszenie prawa wspólnotowego spowodowane działaniem sądu*, „Prawo Unii Europejskiej” 2004, nr 2, s. 58 i n.; W. Sanetra, *W kwestii odpowiedzialności za wyrządzenie szkody przez wydanie orzeczenia niezgodnego z prawem wspólnotowym*, „Europejski Przegląd Sądowy” 2006, nr 3, s. 7 i n.; idem, *Za jakie naruszenia prawa wspólnotowego przez sąd najwyższego szczebla należy się odszkodowanie. Uwagi na marginesie wyroku ETS w sprawie Traghetti*, „Europejski Przegląd Sądowy” 2006, nr 9, s. 4 i n.; N. Półtorak, *Głosa do wyroku Europejskiego Trybunału Sprawiedliwości w sprawie C-224/01 Gerhard Köbler v. Austria*, „Kwartalnik Prawa Publicznego” 2003, nr 4, s. 175 i n.

⁸² W. Czapliński, R. Ostrihansky, P. Saganek, A. Wyrozumska, *Prawo Wspólnot Europejskich. Orzecznictwo*, Warszawa 2001, s. 233.

⁸³ S. Biernat, w: J. Barcz, op. cit., s. 265.

⁸⁴ Sprawy połączone C-6/90 i C-9/90 *Andrea Francovich i Danila Bonifaci v. Włochy*, Zb. Orz. 1991, s. I-5357.

implementowaniu dyrektywy. W orzeczeniu w sprawie *Brasserie*⁸⁵ poczyniono następny istotny krok rozszerzający zakres odpowiedzialności. Trybunał uznał, że naruszenie prawa wspólnotowego polegać może nie tylko na nieimplementowaniu dyrektywy, ale także na niepełnej/niepoprawnej implementacji oraz na każdym innym, wystarczająco poważnym, naruszeniu normy pierwotnego albo wtórnego prawa wspólnotowego przyznającego jednostkom określone prawa. Odszkodowania można się domagać, o ile istnieje związek przyczynowy między naruszeniem a powstałą szkodą. Nie jest przy tym ważne, jaki organ państwa dopuścił się tego naruszenia⁸⁶ ani czy miało ono postać działania czy zaniechania. Przez pewien czas wątpliwości budziło pytanie, czy podstawą odpowiedzialności może być naruszenie dokonane przez sąd państwa członkowskiego. Trybunał twierdząco odpowiedział na nie w głośnej sprawie *Kohler*⁸⁷. Naruszenie prawa wspólnotowego winno jednak w tym wypadku przybrać postać nie tylko „wystarczająco poważną”, ale musi być oczywiste. W sprawie *Traghetti*⁸⁸ Trybunał podkreślił natomiast, iż ograniczenia zakresu tej odpowiedzialności w prawie krajowym nie mogą być dowolne⁸⁹. Wydaje się, że z omawianych środków korzystać mogą też podmioty świadczące usługi w ramach swobody świadczenia usług. Jeśli poprzez odmowę przez państwo goszczące uznania np. zezwolenia uzyskanego w państwie pochodzenia poniosą one szkodę, będą mogły domagać się od tego państwa odszkodowania. Pamiętajmy jednak, że odszkodowanie nie zastąpi usługodawcy możliwości korzystania ze swobody przepływu usług. Sens europejskiej integracji gospodarczej przejawia się przecież w utworzeniu wspólnego rynku, czyli obszaru bez barier wewnętrznych, na którym przedsiębiorcy, pracownicy, kapitał, towary i usługi cyrkulować mogą swobodnie. W przypadku niezrealizowania warunków wspólnego rynku odszkodowania od państw członkowskich mogą tylko w części kompensować jednostkom zarówno poniesione szkody, jak i utracone korzyści. Tym dotkliwiej odczuwają to usługodawcy, których obecność w innych państwach członkowskich jest z założenia tylko przej-

⁸⁵ Sprawy połączone C-46/93 i C-48/93 *Brasserie du Pecheur S.A. v. RFN oraz Królowa v. Sekretarz Stanu do spraw Transportu ex parte: Factorame Ltd. i inni*, Zb. Orz. 1996, s. I-1029.

⁸⁶ W myśl zasady, że państwo odpowiada zarówno za władzę legislacyjną, wykonawczą czy sądowniczą, bo wszystkie one są objęte obowiązkiem lojalności wobec Wspólnoty.

⁸⁷ C-224/01 *Gerhard Köbler v. Republika Austrii*, Zb. Orz. 2003, s. I-10239.

⁸⁸ C-173/03 *Traghetti del Mediterraneo SpA v. Włochy*, Zb. Orz. 2006, s. I-5177.

⁸⁹ W szczególności ETS stwierdził, że niezgodne z prawem wspólnotowym jest ograniczanie odpowiedzialności odszkodowawczej państwa tylko do tych przypadków, gdy naruszenie prawa wspólnotowego przez sąd polegało wyłącznie na celowym lub poważnym błędzie sędziego, jeżeli ograniczenie to prowadziłoby do wyłączenia odpowiedzialności w przypadkach stanowiących, zgodnie z orzeczeniem w sprawie *Köbler*, wystarczająco poważne i oczywiste naruszenie prawa wspólnotowego; ponadto Trybunał stanął na stanowisku, że niezgodne z prawem wspólnotowym jest wyłączenie odpowiedzialności państwa za naruszenia prawa wspólnotowego, które polegają na dokonaniu przez sąd błędnej wykładni przepisów prawa lub niewłaściwej oceny faktów lub dowodów, bo błędy w wykładni lub ocenie faktów lub dowodów mogą prowadzić do wystarczająco poważnych i oczywistych naruszeń prawa wspólnotowego, czyli rodzić odpowiedzialność państwa w świetle tezy postawionej w sprawie *Köbler*, szerzej W. Sadowski, *Granice odpowiedzialności odszkodowawczej państw członkowskich za orzeczenia sądów – glosa do wyroku ETS z 13.06.2006 r. w sprawie C-173/03 Traghetti del Mediterraneo*, „Europejski Przegląd Sądowy” 2006, nr 11, s. 41 i n. oraz W. Sanetra, *Za jakie naruszenia...*, op. cit., s. 6 i n.

ściowa i krótkotrwała. Uzyskane, często po upływie nieporównywalnie dłuższego czasu, odszkodowanie, nie może w pełni zrekompensować utraconej możliwości swobodnej działalności. Sama idea wspólnego rynku byłaby przecież istotnie wypaczona, gdyby jej znaczenie zredukować do wypłacania przez państwa odszkodowań. Swobody wspólnego rynku muszą rzeczywiście funkcjonować, bo w innym razie integracja gospodarcza staje się fikcją. Dochodzone od państw członkowskich odszkodowania za naruszenie prawa wspólnotowego nie mogą w konsekwencji być uznane za środek dostatecznie chroniący sytuację podmiotu korzystającego ze swobody przepływu usług.

4.4. Nieformalne skargi do Komisji Europejskiej

Ostatnim środkiem, na który warto zwrócić uwagę, są nieformalne skargi do Komisji Europejskiej⁹⁰. Instytucja ta pozwala Komisji na bieżąco gromadzić informacje o potencjalnych naruszeniach prawa wspólnotowego przez państwa członkowskie. W tym sensie nieformalne skargi pełnią służebną rolę wobec procedury odpowiedzialności za uchybienie zobowiązaniom traktatowym (art. 226–228 TWE). Skargi wносить można w dowolnej formie, w szczególności na formularzu dostępnym w Internecie⁹¹. Zgodnie z załączoną do formularza informacją skarga dotyczyć musi naruszenia prawa wspólnotowego przez państwo członkowskie, w rozmaitych wszakże formach, tj. zarówno aktu generalnego, jak i indywidualnego wydanego przez organ państwa członkowskiego, a także niezgodnej z prawem wspólnotowym praktyki sądowej albo administracyjnej. Uprawnionym do wniesienia skargi jest każdy, bez względu na wykazanie interesu prawnego w jej rozpatrzeniu. Jednocześnie zaleca się, by przed wniesieniem skargi (ewentualnie wraz z nim) jednostka wykorzystwała krajowe środki procesowe (w tym odwoławcze). Nie jest to jednak warunek *sine qua non*. Każdej wniesionej skardze nadaje się sygnaturę, o której informuje się skarżącego. Nadanie sygnatury nie jest jednoznaczne ze wszczęciem postępowania. Komisja winna podjąć decyzję co do skargi w terminie 12 miesięcy od jej wpływu. Skarżący powinien być informowany o przebiegu sprawy oraz o zamiarze jej zamknięcia. Merytoryczna decyzja co do podjęcia postępowania należy jednak do Komisji. Ponieważ jest to jej uprawnieniem dyskrecyjnym, skarżący nie może skutecznie domagać się wszczęcia postępowania z art. 226 TWE. W przypadku zamknięcia sprawy nie przysługują mu też środki odwoławcze⁹². Jak już zauważyłem, instytucja ta może być jedynie wstępem do procedury odpowiedzialności państwa za naruszenie prawa wspólnotowego. Z powodów przedstawionych powyżej jej przydatność dla osoby korzystającej ze swobody świadczenia usług jest więc ograniczona.

⁹⁰ Na temat tej instytucji także C. Mik, op. cit., s. 739–740; M. Wiktorowicz, op. cit., s. 16 i n.; O. Kopiczko, op. cit., s. 9–10.

⁹¹ Pod adresem http://ec.europa.eu/community_law/complaints/form/.

⁹² A. Amull, op. cit., s. 35; SPI T-47/96, Zb. Orz. 1996, s. 11-1159.

Prawo wspólnotowe przyznaje obywatelom Unii prawo wnoszenia petycji do Parlamentu Europejskiego oraz zwracania się do Europejskiego Rzecznika Praw Obywatelskich (art. 21 i 194–195)⁹³. Możliwości te są tu tylko sygnalizowane, bo zdaniem autora nie rekompensują one usługodawcy trudności ze swobodnym transgranicznym świadczeniem usług⁹⁴.

Przedstawione względy przesądzają, że realizacja swobody świadczenia usług napotyka ciągle istotne trudności. Wykazano, że swoboda ta znajduje zastosowanie w bardzo licznych i różnorodnych sytuacjach. Ich specyfika, tzn. tymczasowość, powoduje, że szczególnie istotna dla usługodawcy jest możliwość powołania się na regułę kraju pochodzenia. Pomimo że regułę tę jako odpowiedni standard traktowania usługodawców uznaje ETS, państwa członkowskie niechętnie godzą się na jej stosowanie. Praktyka pokazuje, iż wyegzekwowanie od organów państwa przyjmującego zasady kraju pochodzenia napotyka liczne trudności. Jednocześnie prawo wspólnotowe nie zawiera instrumentów dostatecznie chroniących usługodawcę. Podstawową wadą orzeczeń wstępnych Trybunału Sprawiedliwości, skarg na niewykonanie zobowiązań traktatowych czy skarg wnoszonych przez jednostki do Komisji Europejskiej jest fakt, że w sytuacji transgranicznego świadczenia usług okazują się one niepraktyczne. Również uzyskiwanie odszkodowań od państw goszczących za naruszenie prawa wspólnotowego nie zabezpiecza interesu usługodawców w dostateczny sposób. Cierpią na tym nie tylko sami usługodawcy, ale cały wspólny rynek. Opierać się on ma na efektywnym funkcjonowaniu swobód, a nie na wypłacaniu odszkodowań, nakładaniu kar, przymuszaniu do stosowania prawa wspólnotowego i nade wszystko przeprowadzaniu długotrwałych i kosztownych procedur z tym związanych.

5. Potrzeba legislacyjnego zapewnienia skuteczności swobody przepływu usług

Wobec powyższego, oczywista jest potrzeba precyzyjniejszego uregulowania sytuacji podmiotów korzystających ze swobody przepływu usług aktem prawa wspólnotowego. Optymalnym rozwiązaniem byłaby zmiana traktatu (była ku temu okazja choćby przy okazji prac nad projektem Traktatu ustanawiającego Konstytucję dla Europy), polegająca na klarownym wskazaniu zasady kraju pochodzenia jako adekwatnego standardu traktowania usługodawcy w państwie goszczącym. Zważywszy jednak na zajadłe spory, jakich wokół projektu dyrektywy o usługach na rynku wewnętrznym byliśmy świadkami, nowelizacja traktatu w tym zakresie jest praktycznie niemożliwa. Pozostaje więc uregulowanie tej kwestii w drodze wydania dyrektywy.

⁹³ Szerzej A. Łazowski, *Ochrona praw jednostek w prawie Wspólnot Europejskich. Pozasądowe mechanizmy ochrony praw przed instytucjami i organami Wspólnot Europejskich*, Zakamycze, Kraków 2002, s. 95 i n.

⁹⁴ Na temat praktycznych aspektów korzystania z tych procedur zob. A. Łazowski, op. cit., zwłaszcza strony 107 i n., 140 i n. oraz 177 i n.; a także M. Wiktorowicz, *Procedury składania skarg na naruszenie prawa przez państwa członkowskie i instytucje UE*, „Prawo Unii Europejskiej” 2004, nr 3, s. 17 i n.

5.1. Przeszkody

Wcześniejsze rozwiązanie omawianego problemu poprzez skuteczne oparcie swobody przepływu usług na zasadzie kraju pochodzenia nie było możliwe z wielu względów, natury zarówno obiektywnej, jak subiektywnej. Obiektywną przeszkodę stanowi niewątpliwie charakter usługi, nierozzerwalnie związanej z osobą, która ją świadczy. W przypadku towarów (produktów materialnych) wprowadzenie jednolitej standaryzacji jest stosunkowo proste, i wiele aktów prawa wspólnotowego taką standaryzację przewiduje. To dzięki niej możliwa jest następnie realizacja zasady kraju pochodzenia towarów w ramach swobody przepływu towarów. Towar dopuszczony do obrotu w jednym państwie Unii spełnia bowiem ujednolicone standardy wymagane we wszystkich krajach. Podobny zabieg odnośnie do usług jest zdecydowanie trudniejszy, ponieważ to sam usługodawca w znacznym stopniu przesądza o sposobie (i jakości) wykonania usługi. Standaryzacja w tym zakresie obejmować musi więc nie tylko usługi jako produkt finalny procesu usługowego, ale także osobę usługodawcy jako jego uczestnika.

Subiektywnymi przeszkodami rozwoju swobody przepływu usług są obawy niektórych (zwłaszcza bogatszych) państw Unii o sytuację na ich rynkach pracy. Należy zauważyć, że o ile swoboda przedsiębiorczości wywołuje dla rynku pracy państwa przyjmującego najczęściej efekt pozytywny, bo podmiot z niej korzystający tworzy tam własne przedsiębiorstwo, czemu często towarzyszy zatrudnianie lokalnej siły roboczej, to swoboda przepływu usług wywołuje skutek odwrotny. Powoduje ona napływ pracowników, którzy w państwie przyjmującym jedynie przejściowo wykonują usługi, będąc na stałe zatrudnionymi przez podmioty funkcjonujące w państwach pochodzenia. Zjawisko to negatywnie oddziałuje na rynek pracy państwa goszczącego, zwłaszcza wówczas, gdy usługodawca obcy jest w stanie przedstawić korzystniejszą ofertę niż lokalny przedsiębiorca. Możliwość taka istnieje szczególnie wtedy, gdy koszty stałej działalności w państwie pochodzenia są niższe niż w państwie przyjmującym. Stąd omawiana swoboda wspomaga kierunek przepływu usług od państw „tańszych”, do tych zamożniejszych. Nie dziwi wobec tego, że właśnie najbogatsi członkowie Unii (Niemcy, Francja) sprzeciwiają się zasadzie kraju pochodzenia, a biedniejsi (np. Polska) wiążą z jej egzekwowaniem duże nadzieje. Reguła kraju pochodzenia doprowadzi też niechybnie do konkurencji państw członkowskich o siedziby usługodawców. Będą oni mogli swobodnie wybrać na stałą siedzibę państwo oferujące najkorzystniejsze warunki wykonywania stałej działalności i następnie stamtąd „eksportować” usługi na zasadzie kraju pochodzenia. Wydaje się, że proces ten może przynieść dla wspólnego rynku (a szczególnie dla odbiorców usług) wymierne korzyści. Jednocześnie dla gospodarek państw bogatszych może stanowić źródło negatywnych (przynajmniej w krótkim okresie) konsekwencji.

Subiektywną barierą rozwoju swobody przepływu usług opartej na zasadzie kraju pochodzenia jest też brak wzajemnego zaufania państw co do systemu kontroli i nadzoru nad usługodawcami prowadzącymi swą działalność w innych państwach członkowskich. Jest to czynnik z pewnością istotny. Jeśli do działań

ności na rynku państwa goszczącego ma być dopuszczona osoba dysponująca analogicznym pozwoleniem wydanym w państwie jej pochodzenia, to powstaje problem weryfikacji „jakości” tego pozwolenia. Winno ono przecież odpowiadać pozwoleniu wymaganemu przez państwo przyjmujące (w innym przypadku nie będzie zapewniało dostatecznej ochrony interesu publicznego będącego podstawą jego wymagania). Różnice między państwami dotyczyć mogą tu zarówno merytorycznych przesłanek jego udzielania (wskazany już problem braku standaryzacji), jak i zagadnień czysto proceduralnych (np. skuteczności ich uprzedniej weryfikacji). Wątpliwości nie kończą się na samym udzieleniu pozwolenia, powstaje bowiem problem rzeczywistego i efektywnego nadzoru (kontroli) organów państwa macierzystego nad tą działalnością. Te doniosłe kwestie, nieuregulowane dotąd przez prawo wspólnotowe, skutecznie powstrzymują państwa członkowskie od respektowania zasady kraju pochodzenia w obszarze transgranicznego świadczenia usług.

5.2. Dotychczasowe pozytywne rozwiązania

Należy wskazać, iż wprowadzenie zasady kraju pochodzenia w zakresie swobody przepływu usług nie jest niemożliwe. Zasada ta nie tylko nie jest żadnym *novum* w prawie wspólnotowym⁹⁵, ale jest już trwale obecna w szeregu dyrektyw odnoszących się do poszczególnych sektorów działalności usługowej. Jako przykład wskazać można sektor bankowy. Transgraniczne wykonywanie działalności w sektorze bankowym reguluje dyrektywa 2000/12/WE z dnia 10 marca 2000 r. odnosząca się do podejmowania i prowadzenia działalności przez instytucje kredytowe⁹⁶. W świetle jej postanowień instytucja kredytowa⁹⁷ z jednego państwa członkowskiego może w państwie goszczącym nie tylko założyć nowy bank, ale także utworzyć oddział lub prowadzić tzw. działalność transgraniczną. Istotne jest, że w dwóch ostatnich formach instytucja kredytowa działa w państwie goszczącym na podstawie (i w granicach) zezwolenia uzyskanego w państwie macierzystym, bez konieczności ubiegania się o zezwolenie w państwie przyjmującym⁹⁸. Rozwiązanie to jest urzeczywistnieniem zasady kraju pochodzenia na gruncie swobody świadczenia usług. Na marginesie zauważmy, że zasadę tę odniesiono także do utworzenia oddziału, czyli do formy stałej działalności należącej do zakresu swobody przedsiębiorczości. Dyrektywa wprowadza

⁹⁵ Wskazano już na jej funkcjonowanie w ramach swobody przepływu towarów, jest ona też obecna np. w dyrektywach dot. handlu elektronicznego, ochrony danych osobowych czy tzw. „telewizji bez granic”; O. Kopiczko, *Zasada państwa pochodzenia a system prawny stosowany do obcych usługodawców*, „Prawo i Podatki Unii Europejskiej” 2005, nr 4, s. 30.

⁹⁶ Dz.Urz. WE L 126 z 26 maja 2000 r.

⁹⁷ Zgodnie z art. 1 dyrektywy 2000/12 pojęcie instytucja kredytowa oznacza:

a) przedsiębiorstwo, którego działalność polega na przyjmowaniu depozytów lub innych funduszy podlegających zwrotowi od ludności oraz na przyznawaniu kredytów na swój własny rachunek, lub

b) instytucję pieniądza elektronicznego w rozumieniu dyrektywy 2000/46/WE Parlamentu Europejskiego oraz Rady z dnia 18 września 2000 r. w sprawie podejmowania i prowadzenia działalności przez instytucje pieniądza elektronicznego oraz nadzoru ostrożnościowego nad ich działalnością.

⁹⁸ Art. 18, 20 i 21 dyrektywy 2000/12.

również rozwiązania dotyczące nadzoru nad działalnością instytucji kredytowych, powierzając go niemal w całości organom państwa macierzystego⁹⁹. Zawiera jednak także przepisy określające formy efektywnej współpracy organów nadzoru bankowego ze wszystkich państw członkowskich¹⁰⁰. W dyrektywie znalazły się też regulacje ujednolicające zasady udzielania zezwoleń na wykonywanie działalności bankowej (w tym minimalne warunki, które trzeba spełnić, by zezwolenie otrzymać)¹⁰¹. Przepisy te zinterpretować można jako wprowadzenie standaryzacji warunków świadczenia usług bankowych. Mają one też pogłębiać zaufanie państw członkowskich do systemów nadzoru sprawowanych nad instytucjami kredytowymi. Dyrektywa odpowiada więc na wskazane wcześniej podstawowe problemy funkcjonowania zasady kraju pochodzenia w obszarze swobody przepływu usług. Można ją też traktować jako swoisty wzorzec wprowadzania zasady kraju pochodzenia w innych obszarach działalności usługowej (w tym wzorzec dla projektu dyrektywy ogólnej o usługach na rynku wewnętrznym).

Należy również zauważyć, że w podobnym duchu (tzn. zasady kraju pochodzenia) utrzymane są dyrektywy sektorowe regulujące możliwość wykonywania odpowiednich zawodów, m.in. dyrektywa 85/384/102 dotycząca architektów lub dyrektywa 77/249/103 odnosząca się do adwokatów. Szczególne rozwiązania w nich przyjęte pozwalają powołać się tym osobom na uprawnienia uzyskane w państwie swego pochodzenia, w celu świadczenia usług w państwie przyjmującym. Na niczym innym, jak na regule kraju pochodzenia, oparty jest ponadto wspólnotowy system uznawania kwalifikacji zawodowych. Czym jest bowiem nostryfikacja dyplomu jak nie umożliwieniem wykonywania w państwie przyjmującym uprawnienia uzyskanego w innym państwie członkowskim? Jeśli tak, to państwo goszczące, uznając dyplom, odwołuje się do reguły kraju pochodzenia, ponieważ rezygnuje ze stosowania własnego wymogu posiadania dyplomu, z tego względu że dana osoba uczyniła już wcześniej zadość adekwatnemu wymogowi w innym państwie członkowskim. Co więcej, nowa dyrektywa regulująca tę materię¹⁰⁴ wyodrębnia uznawanie kwalifikacji na użytek swobody przepływu usług. W myśl tej regulacji uznanie kwalifikacji osoby, która w kraju swego pochodzenia wykonuje w sposób zgodny z prawem działalność w zakresie tego

⁹⁹ Przepisy Tytułu V dyrektywy 2000/12.

¹⁰⁰ Rozwiązania dyrektywy w istotny sposób rzutują też na zakres kompetencji (a szerzej funkcji) polskiej Komisji Nadzoru Bankowego; szerzej na ten temat M. Strzelbicki, *Świadczenie usług przez podmioty wspólnotowe w Polsce – wpływ zasady traktowania narodowego i zasady kraju pochodzenia na funkcje administracji gospodarczej*, w: B. Popowska (red.), *Funkcje współczesnej administracji gospodarczej*, Poznań 2006, s. 243 i n.

¹⁰¹ Przepisy Tytułu II dyrektywy 2000/12.

¹⁰² Dyrektywa Rady z dnia 10 czerwca 1985 r. w sprawie wzajemnego uznawania dyplomów, świadectw i innych dowodów posiadania kwalifikacji w dziedzinie architektury, łącznie ze środkami ułatwiającymi skuteczne korzystanie z prawa przedsiębiorczości i swobody świadczenia usług, Dz.Urz. EWG 1985, L 223/15.

¹⁰³ Dyrektywa Rady z 22 marca 1977 r. mająca na celu ułatwienie skutecznego korzystania przez prawników ze swobody świadczenia usług, Dz.Urz. EWG 1977, L 78/17.

¹⁰⁴ Dyrektywa 36/2005/UE Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 7 września 2005 r. w sprawie uznawania kwalifikacji zawodowych (Dz.Urz. UE L 255 z 30 września 2005 r.); termin jej implementacji przez państwa członkowskie ustalono w art. 63 na 20 października 2007 r.

samemu zawodu, następuje automatycznie, bez przeprowadzenia w tej sprawie w państwie goszczącym szczególnego postępowania i w szczególności bez wydania przez władze tego państwa decyzji o uznaniu posiadanych kwalifikacji¹⁰⁵. Jedyne, czego można żądać od usługodawcy, to przedstawienia stosownych dokumentów, takich jak wcześniejsze oświadczenie (informacja) o zamiarze świadczenia usług, dokumentu potwierdzającego obywatelstwo czy zaświadczenia, że dana osoba rzeczywiście wykonuje zgodnie z prawem określony zawód w państwie swego pochodzenia¹⁰⁶. Należy stwierdzić, że zasada państwa pochodzenia w zakresie dostępu do rynku państwa goszczącego została tu zrealizowana w bardzo dużym stopniu.

III. DYREKTYWA JAKO ODPOWIEŹ NA POTRZEBĘ ZAPEWNIENIA EFEKTYWNOŚCI W SWOBODZIE PRZEPIYU USŁUG

Dyrektywa 2006/123/WE, dotycząca usług na rynku wewnętrznym, jest niewątpliwie dokumentem ważnym (bez względu na ostateczną ocenę jej rozwiązań), ale także bardzo obszernym, regulującym szereg kwestii związanych ze świadczeniem usług we Wspólnocie Europejskiej. Celem tej części opracowania jest odpowiedź na pytanie, czy, a jeśli tak, to w jaki sposób, dyrektywa rozwiązuje problemy funkcjonowania swobody przepływu usług, wskazane powyżej.

1. Zakres dyrektywy

W preambule dyrektywy (pkt 7) podniesiono, że akt ten ustanawia ogólne ramy prawne, które mają z jednej strony przynieść korzyści dla szerokiej gamy usług, a z drugiej uwzględniać specyficzne cechy każdego rodzaju działalności lub zawodu. Ramy te opierać się mają na „zrównoważonym zestawie środków”, obejmującym ukierunkowaną harmonizację, współpracę administracyjną, przepis dotyczący swobody świadczenia usług (art. 16 dyrektywy) oraz zachęcanie do opracowywania kodeksów postępowania (np. tzw. etyk zawodowych). Zgodnie z tymi szerokimi założeniami, w art. 1 ust. 1 zakresem dyrektywy objęto korzystanie przez usługodawców ze swobody przedsiębiorczości oraz swobodny przepływ usług. Wynika stąd, że postanowienia dyrektywy nie ograniczają się jedynie do swobody przewidzianej w art. 49 i 50 TWE, ale mają objąć każdą samodzielną i odpłatną działalność, której przedmiotem jest świadczenie usług. Dalsze ustalenia pozwolą na stwierdzenie, że dyrektywa nie ogranicza się jedynie do sytuacji transgranicznych, ale reguluje także wykonywanie działalności usługowej w sytuacjach czysto wewnętrznych (tj. przez obywateli i spółki na obszarze państwa, do którego przynależą), czyli gdy przepisy TWE o swobodach gospodarczych z zasady nie mogą być powołane. Wedle art. 2 ust. 1 ma ona zastosowanie do usług świadczonych przez usługodawców prowadzących przedsiębiorstwo

¹⁰⁵ Art. 5 dyrektywy 2005/36/WE.

¹⁰⁶ Art. 7 dyrektywy 2005/36/WE.

w państwie członkowskim. Sformułowanie to nawiązuje do komentowanego wcześniej w pkt II.2, niefortunnego w mojej ocenie, brzmienia art. 49 polskiej wersji TWE. Uwagi tam zgłoszone należy w moim przekonaniu podtrzymać także w tym przypadku. Potencjalne dylematy interpretacyjne są jednak możliwe, ponieważ kryterium „prowadzenia przedsiębiorstwa na obszarze Wspólnoty” zawiera też definicje usługodawcy i usługobiorcy, ujęte w art. 4 pkt 2 i 3 dyrektywy. Zgodnie z nimi, termin „usługodawca” oznacza każdą osobę fizyczną będącą obywatelem państwa członkowskiego lub każdą osobę prawną, o której mowa w art. 48 traktatu, prowadzącą przedsiębiorstwo w państwie członkowskim, która oferuje lub świadczy usługę, a termin „usługobiorca” – każdą osobę fizyczną będącą obywatelem państwa członkowskiego lub korzystającą z praw przyznanych jej na mocy wspólnotowych aktów prawnych albo każdą osobę prawną, o której mowa w art. 48 traktatu, prowadzącą przedsiębiorstwo w państwie członkowskim, która do celów zawodowych lub pozazawodowych korzysta z usługi bądź pragnie z niej skorzystać. Nie ulega stąd wątpliwości, że dyrektywa odnosi się do wszystkich przypadków (w praktyce zdaje się najczęstszych), gdy usługodawca świadczy w państwie przyjmującym usługi mieszczące się w zakresie działalności, którą wykonuje legalnie w państwie swego pochodzenia. Raz jeszcze podkreślmy wszakże, że uzależnianie możliwości skorzystania ze swobody przepływu usług od tego, czy usługodawca, a zwłaszcza usługobiorca, prowadzi na obszarze Wspólnoty przedsiębiorstwo, jest nieuzasadnione. Interpretację tę zdaje się potwierdzać pkt 36 preambuły dyrektywy 2006/123, wedle którego pojęcie usługodawcy winno obejmować każdą osobę fizyczną będącą obywatelem państwa członkowskiego Unii. Wydaje się więc, że postanowienia dyrektywy rozciągnąć można także na te osoby, które świadczą w państwie goszczącym usługi poza zakresem działalności prowadzonej przez nie w państwie swego pochodzenia¹⁰⁷. Pojęcie usługodawcy ma przy tym obejmować nie tylko osobę działającą w ramach swobody świadczenia usług, ale także swobody przedsiębiorczości, co stanowi logiczną konsekwencję unormowania zawartego w art. 1 ust. 1 dyrektywy. Całkowitym nieporozumieniem wydaje się natomiast przypisanie wymogu prowadzenia przedsiębiorstwa osobie usługobiorcy. Wyłączałoby to z zakresu swobody ogromną liczbę osób, ograniczając jednocześnie zakres zastosowania dyrektywy jedynie do usług świadczonych pomiędzy przedsiębiorcami (profesjonalistami), co przeczyłoby, w mojej opinii, deklaracji o jej ramowym charakterze. Na gruncie TWE wniosek taki nie ma ponadto żadnych podstaw¹⁰⁸. Utwierdza mnie to jednocześnie w przekonaniu, że wymóg posiadania przedsiębiorstwa należy interpretować jako wymóg stałego zamieszkiwania na obszarze Wspólnoty, a nie dosłownie.

¹⁰⁷ I to zarówno wtedy, gdy działalność prowadzona przez te podmioty w państwie pochodzenia ma inny zakres, jak i wtedy, gdy nie prowadzą one w tym państwie żadnej działalności usługowej.

¹⁰⁸ Jak wskazano, TWE w art. 49 i 50 w ogóle nie wypowiada się na temat odbiorców usług; ETS z kolei, w szeregu orzeczeń dotyczących praw odbiorców usług, nie uzależniał ich prawa od prowadzenia działalności gospodarczej – przeciwnie, potwierdzał możliwość traktowania jako usługobiorców np. turystów.

Usługa z kolei, zgodnie ze słowniczkiem zawartym w art. 4 (pkt 1), oznacza wszelką działalność gospodarczą prowadzoną na własny rachunek, zwykle świadczoną za wynagrodzeniem, zgodnie z art. 50 traktatu. Dyrektywa odwołuje się zatem nie tylko do brzmienia przepisu TWE, ale także do dorobku orzecznictwa ETS i doktryny, akcentując nie tylko odpłatny (jak to ma miejsce w TWE), ale także samodzielny charakter świadczenia usługi¹⁰⁹. Pojęcie działalności gospodarczej nie jest natomiast w dyrektywie definiowane. Należy zatem sięgnąć do dotychczasowego dorobku prawa wspólnotowego. Pojęcie to nie ma na gruncie wspólnotowym prawnej regulacji. W literaturze wskazuje się, że należy przez nią rozumieć rzemieślniczą, przemysłową i pozostałą działalność gospodarczą, w tym także artystyczną lub w wolnym zawodzie, wykonywaną przez osoby fizyczne lub prawne na własny rachunek i na własne ryzyko, która prowadzić ma do uzyskania pieniędzy lub dochodów o wartości pieniężnej¹¹⁰. Najważniejszymi aspektami tak rozumianej działalności gospodarczej jest samodzielność (wyrażająca się w ponoszonym ryzyku) oraz zarobkowy charakter, którego przejawem jest nie tyle nastawienie na zysk, ale sam fakt odpłatności za wykonywaną czynność¹¹¹. Już w tym miejscu zauważmy, że przed polskim ustawodawcą implementującym omawianą dyrektywę stanie konieczność ustalenia relacji pojęć działalności gospodarczej, o której mowa w dyrektywie oraz w ustawie o swobodzie działalności gospodarczej. Szczególnych problemów upatruję w rozwiązaniu kwestii traktowania przez u.s.d.g. (w ślad zresztą za jej poprzedniczką, ustawą p.d.g.) działalności gospodarczej jako ciągłej, podczas gdy świadczenie usług w ramach swobody świadczenia usług cechuje się w państwie goszczącym (w tym przypadku w Polsce) przejściowością. O ile problem kwalifikacji działalności usługodawcy jako działalności gospodarczej w świetle u.s.d.g. nie budzi wątpliwości, gdy podmiot ten podejmuje w Polsce stałą działalność (tzn. w ramach swobody przedsiębiorczości), o tyle w przypadku swobody przepływu usług wymaga w mojej ocenie wyraźnego rozstrzygnięcia ustawowego. Interpretacja funkcjonalna niekoniecznie prowadzi tu do zadowalających rezultatów¹¹².

Tak szeroko zakreślony obszar zastosowania dyrektywy, potwierdzający jej ramowy charakter, został w kolejnych przepisach ograniczony. Postanowienia dyrektywy nie dotyczą liberalizacji usług świadczonych w ogólnym interesie gospodarczym (art. 1 ust. 2). Dyrektywa nie ogranicza też państw członkowskich w kompetencji zdefiniowania tych usług i określania sposobu ich świadczenia oraz finansowania, pod warunkiem zgodności z innymi przepisami wspólnotowymi, ani też nie nakłada na państwa obowiązku prywatyzacji podmiotów publicznych

¹⁰⁹ Ang. *self-employed economic activity normally provided for remuneration, as referred to in Article 50 of the Treaty*; niem. *jede von Artikel 50 des Vertrags erfasste selbstständige Tätigkeit, die in der Regel gegen Entgelt erbracht wird*.

¹¹⁰ F. Emmert, M. Morawiecki, *Prawo europejskie*, Warszawa–Wrocław 1999, s. 343–344.

¹¹¹ W.H. Roth, w: M.A. Dausen (red.), op. cit., s. 426.

¹¹² Problem ten, ze względu na dużą złożoność i daleko sięgające konsekwencje, dotyczące np. problemu objęcia usługodawcy obowiązkiem rejestracji oraz poddania jego działalności reglamentacji, wymaga odrębnego opracowania.

świadczących takie usługi (art. 1 ust. 3 i pkt 8 preambuły)¹¹³. Z zakresu dyrektywy wyłączono szereg działalności usługowych ze względu na ich przedmiot, m.in. usługi finansowe, usługi w dziedzinie transportu, usługi audiowizualne czy ochrony osobistej (art. 2 ust. 2). Wyłączenia te podyktowane są najczęściej istnieniem odrębnej regulacji wspólnotowej w tych obszarach. Przykładowo transport, zgodnie z art. 70 TWE, objęty jest wspólną polityką transportową, transgraniczny przepływ usług finansowych unormowano stosownymi dyrektywami sektorowymi. Inną przesłanką to wykonywanie, w ramach świadczonych usług, władzy publicznej, co stało się podstawą wyłączenia działalności notariuszy i komorników. Dyrektywa nie ma zastosowania w dziedzinie podatków (art. 2 ust. 3)¹¹⁴ oraz nie dotyczy zasad międzynarodowego prawa prywatnego, w tym zwłaszcza przepisów ustalających prawo właściwe dla zobowiązań umownych i pozaumownych (art. 3 ust. 2)¹¹⁵. Dyrektywa nie ma też wpływu na przepisy prawa karnego państw członkowskich, z tym zastrzeżeniem, że nie powinny one obchodzić przepisów dyrektywy poprzez stosowanie tychże przepisów do ograniczenia swobody świadczenia usług (art. 1 ust. 5)¹¹⁶. Ponadto nie wpływa ona na prawo pracy ani na przepisy dotyczące zabezpieczenia społecznego poszczególnych państw (art. 1 ust. 6). Dyrektywa nie nakłada na państwa członkowskie obowiązków znoszenia istniejących monopolii w zakresie świadczenia usług (art. 1 ust. 3). Ogólny (ramowy) charakter dyrektywy przejawia się w tym, że gdyby nastąpiła kolizja między postanowieniami dyrektywy a przepisami innych aktów prawa wspólnotowego, regulującymi wykonywanie działalności usługowej w określonych dziedzinach, pierwszeństwo należy przyznać tym aktom prawnym (art. 3 ust. 1), a więc w duchu zasady *lex specialis derogat legi generali*. Jednocześnie postanowienia dyrektywy należy stosować zgodnie z postanowieniami traktatu dotyczącymi swobód przedsiębiorczości i świadczenia usług (art. 3 ust. 3).

Określając zakres zastosowania dyrektywy, posłużono się więc szeroką klauzulą, zarówno jeśli chodzi o zakres podmiotowy, czyli sposób określenia pod-

¹¹³ Szerzej na temat tego wyłączenia S. Dudzik, *Usługi w ogólnym interesie gospodarczym w projekcie dyrektywy o usługach na rynku wewnętrznym*, „Wspólnoty Europejskie” 2005, nr 10, s. 22 i n.; choć państwa członkowskie zachowują prawo do samodzielnego ustalania, które usługi kwalifikują do tej kategorii, tradycyjnie zalicza się do nich telekomunikację, energetykę, transport, usługi pocztowe oraz wodociągowe i kanalizacyjne; J. Knast, *Usługi w ogólnym interesie gospodarczym w Unii Europejskiej na przykładzie telekomunikacji*, „Wspólnoty Europejskie” 2004, nr 3, s. 21 i n.; szerszą listę, popartą wskazaniem odpowiednich orzeczeń ETS i rozstrzygnięć Komisji zaliczających daną działalność do usług świadczonych w ogólnym interesie gospodarczym zawiera opracowanie S. Dudzika, *Pomoc państwa dla przedsiębiorstw publicznych w prawie Wspólnoty Europejskiej. Między neutralnością a zaangażowaniem*, Kraków 2002, s. 340–341.

¹¹⁴ Przede wszystkim ze względu na niedostateczną na gruncie wspólnotowym harmonizację w tym zakresie.

¹¹⁵ Przepis ten, wyraźnie wyłączający zagadnienia prawa prywatnego międzynarodowego z zakresu dyrektywy, dodano, by nie ulegało wątpliwości, że zasady traktowania usługodawców w państwie przyjmującym, w tym ewentualne odniesienie do ich sytuacji zasady kraju pochodzenia, nie przenosi się automatycznie na prawo właściwe dla stosunku wiążącego z usługobiorcą (zwłaszcza konsumentem); podnoszono bowiem, wydaje się słusznie, że bezwzględne poddanie stosunku usługowego prawu pochodzenia usługodawcy stawia w niekorzystnej sytuacji usługobiorcę, zwłaszcza gdy jest on konsumentem.

¹¹⁶ W tym kontekście interesująca może być ocena prawnokamej regulacji np. prostytucji.

miotów uprawnionych do powoływania się na jej postanowienia, jak też przedmiotowy, czyli obszary działalności usługowej objętej regulacją. Zrezygnowano jednocześnie z enumeratywnego wyliczania dziedzin działalności usługowej, do której dyrektywa miałaby się odnosić. Przykładowe wyliczenie zawarto jedynie w pkt. 33 preambuły¹¹⁷, zaznaczając przy tym, że mogą być to zarówno usługi świadczone na rzecz innych przedsiębiorców, jak i konsumentów, polegać mogą zarówno na przemieszczeniu się usługodawcy lub usługobiorcy, jak też na przesłaniu usługi na odległość (np. poprzez Internet) oraz że rodzaje tej działalności stale się zmieniają.

2. Rozwiązania dyrektywy a sytuacja usługodawców

Spróbujmy odpowiedzieć w tym miejscu na pytanie, w jaki sposób rozwiązania dyrektywy służyć mogą rzeczywistej poprawie sytuacji osób powołujących się na swobodę przepływu usług we Wspólnocie Europejskiej, a przez to na poprawę funkcjonowania samej swobody i w konsekwencji rynku wewnętrznego. Z tak określonego punktu widzenia rozwiązania zawarte w projekcie dyrektywy podzielić można na trzy grupy: uproszczenie procedur, regulacje dotyczące transgranicznej działalności usługodawców oraz regulacje dotyczące wyłącznie swobody świadczenia usług¹¹⁸. Ponadto dyrektywa zawiera rozwiązania, których charakter ocenić można jako wspomagający te trzy główne grupy przepisów. W literaturze zauważono, że jej postanowienia oparto na podejściu dynamicznym i selektywnym. Oznacza to, że dyrektywa nakazuje usunąć niektóre bariery szybko (tj. do chwili upływu terminu implementacji), inne zaś po przeprowadzeniu przez państwo członkowskie stosownych analiz, a nawet szczególnej procedury wzajemnej oceny, w której udział oprócz innych państw Wspólnoty bierze także Komisja¹¹⁹.

2.1. Uproszczenie procedur

Pierwszą z wyróżnionych grup przepisów, określoną w Rozdziale II „Uproszczenie procedur administracyjnych”, stanowią rozwiązania służące pobudzeniu działalności w sektorach usługowych, bez względu na to, czy jest to działalność transgraniczna (czyli wykonywana w ramach swobód przedsiębiorczości

¹¹⁷ Wskazując na takie usługi, jak doradztwo w dziedzinie zarządzania, certyfikacja i testowanie, zarządzanie obiektami, reklama, usługi rekrutacji, pośrednictwo handlowe, doradztwo prawne lub podatkowe, agencje nieruchomości, usługi budowlane i architektoniczne, dystrybucja, organizacja targów, wynajem samochodów i usługi biur podróży, usługi rekreacyjne oraz usługi pomocy domowej.

¹¹⁸ Materię regulowaną dyrektywą dzielić można także na inne sposoby; T. Skoczny wyróżnia środki służące eliminacji barier swobody zakładania i prowadzenia przedsiębiorstw usługowych, środki służące eliminacji barier swobodnego świadczenia usług, środki służące zapewnieniu jakości usług i metody zapewnienia wzajemnego zaufania między państwami członkowskimi, T. Skoczny, *Projekt wspólnotowej dyrektywy ramowej o usługach*, „Wspólnoty Europejskie” 2004, nr 2, s. 33.

¹¹⁹ T. Skoczny, op. cit., s. 32; R.K. Szulc, *Usługi bez granic. Dyrektywa Parlamentu Europejskiego i Rady dotycząca usług na rynku wewnętrznym UE (część pierwsza)*, „Przegląd Ustawodawstwa Gospodarczego” 2006, nr 6, s. 4.

i świadczenia usług), czy nie (czyli wykonywana w aspekcie czysto wewnętrznym). Tym samym dyrektywa wykracza poza realizację celów art. 43 i 49 TWE, jako że zmierza nie tylko do pobudzenia transgranicznej wymiany usługowej, ale także do rozwoju rynku usług każdego z państw członkowskich z osobna. Dyrektywa nawiązuje w preambule do Strategii Lizbońskiej, przyjętej przez Radę Europejską w marcu 2000 r., zgodnie z którą do 2010 r. gospodarka Unii ma być najbardziej konkurencyjną, dynamiczną, opartą na wiedzy gospodarką na świecie¹²⁰. Kluczowa rola sektora usług w tym zakresie, ze względu na przywołane wcześniej dane statystyczne i teorie ekonomiczne, nie podlega dyskusji. Była ona już dostrzeżona w dwóch dokumentach wspólnotowych: strategii rynku wewnętrznego dla usług¹²¹ oraz raporcie Komisji Europejskiej nt. stanu rynku wewnętrznego usług¹²². Dyrektywa o usługach jest kolejnym ogniwem procesu ożywiania wspólnotowego rynku usług, którego głównym celem, przynajmniej w założeniu, jest stworzenie generalnego systemu prawnego dla całego sektora¹²³.

Dążąc do rozwoju i umocnienia sektora usługowego, dyrektywa zobowiązuje państwa członkowskie do zapewnienia usługodawcom i usługobiorcom prawa do informacji w szczególności o stawianych usługodawcom wymogach niezbędnych do podjęcia i wykonywania działalności na ich terytorium (oraz informacji, jak te wymogi są na ogół interpretowane i stosowane), o sposobach dostępu do

¹²⁰ Na temat Strategii Lizbońskiej oraz postępów (lub ich braku) w jej wprowadzaniu zob. F. Jasiński, *Przegląd Strategii Lizbońskiej podczas wiosennego szczytu Rady Europejskiej*, „Wspólnoty Europejskie” 2003, nr 3, s. 4 i n.; A. Władyniak, *Strategia Lizbońska: założenia, cele, stopień realizacji*, „Wspólnoty Europejskie” 2003, nr 5, s. 47 i n.; A. Władyniak, *Strategia Lizbońska na półmetku realizacji*, „Wspólnoty Europejskie” 2005, nr 3, s. 4 i n.; J. Piotrowski, *Droga do Lizbony – raport J. Pisani-Ferry’ego i A. Sapira*, „Wspólnoty Europejskie” 2006, nr 3.

¹²¹ Komunikat Komisji dla Rady i Parlamentu Europejskiego – Strategia rynku wewnętrznego usług, COM (2000) 888 finał, Bruksela 29 grudnia 2000 r.; celem strategii było inicjowanie zarówno transgranicznej, jak i krajowej działalności usługowej, a jego najważniejszą cechą horyzontalne (tj. globalne) podejście do całego sektora usługowego, odmienne od wcześniejszego fragmentarycznego jego traktowania; strategia przewidywała dwa etapy: identyfikację barier rozwoju rynku usługowego oraz stworzenie instrumentów mających je wyeliminować; szerzej na temat przyjętych w niej założeń M. Sikorska, D. Sielski, *Strategia rynku wewnętrznego w obszarze usług*, „Wspólnoty Europejskie” 2001, nr 3, s. 30 i n.

¹²² *Report from the Commission to the Council and the European Parliament on the State of the Internal Market for Services – presented under the first stage of the Internal Market Strategy for Services*, COM (2002) 441 finał, Bruksela 30 lipca 2002 r.; raport identyfikował szereg barier prawnych rozwoju rynku usług, do których zaliczał m.in. monopole i ograniczenia ilościowe, wymogi dotyczące obywatelstwa i rezydencji, procedury autoryzacji i rejestracji, ograniczenia działalności interdyscyplinarnej, wymogi dot. kwalifikacji zawodowych, ograniczenia reklamy i dystrybucji usług; wskazywał ponadto główne ich cechy wspólne, jak fakt, że nie wynikają one jedynie z samych przepisów, ale często z praktyki administracyjnej; wyliczono także bariery mające charakter pozaprawny, takie jak brak informacji o zasadach działalności usługowej w innych państwach oraz kształcie tamtejszych rynków, nieznajomość uprawnień przyznawanych przez prawo wspólnotowe (w tym zwłaszcza przyjmowanego w orzecznictwie ETS sposobu pojmowania swobody przepływu usług jako zakazu ograniczeń, a nie tylko zakazu dyskryminacji) czy różnice językowe między stronami transakcji; szerzej I.W. Woicka, *Raport Komisji Europejskiej nt. stanu rynku wewnętrznego usług*, „Wspólnoty Europejskie” 2003, nr 1, s. 46 i n.

¹²³ D. Lutońska, *Projekt dyrektywy o usługach na rynku wewnętrznym*, „Przegląd Prawa Europejskiego” 2005, nr 2, s. 55.

rejestrów publicznych dotyczących usługodawców, środkach prawnych przysługujących w razie sporu z administracją państwa goszczącego lub innym usługodawcą lub usługobiorcą, danych kontaktowych właściwych organów oraz danych kontaktowych stowarzyszeń lub organizacji, które mogą udzielić usługodawcy lub usługobiorcy praktycznej pomocy. Organy winny informować usługodawcę, w jaki sposób wymogi te są na ogół interpretowane i stosowane¹²⁴, co może nawet przybierać postać przewodnika wskazującego „krok po kroku” przebieg procedury. Informacje te mają być przekazywane w sposób jasny i jednoznaczny, prostym i zrozumiałym językiem, także drogą elektroniczną i winny być uaktualniane (art. 7).

Dostęp do informacji ma być zapewniony poprzez pojedyncze punkty kontaktowe (nawiązanie do idei tzw. jednego okienka), których ustanowienie przewiduje art. 6 dyrektywy. Za ich pośrednictwem usługodawca może nie tylko uzyskiwać informacje, ale także ma mieć możliwość dokonania wszelkich formalności związanych z podjęciem działalności, w tym złożenia wszelkich oświadczeń, notyfikacji i wniosków dotyczących wpisu do rejestru, wykazu bądź bazy danych oraz rejestracji w zrzeczeniach lub stowarzyszeniach zawodowych. Za pośrednictwem pojedynczego punktu kontaktowego możliwe być też powinno uzyskanie stosownego zezwolenia na wykonywanie działalności usługowej, przy czym przez to szerokie pojęcie rozumie się każdą „formalną lub dorozumianą decyzję dotyczącą podjęcia lub prowadzenia działalności usługowej” (art. 4 pkt 6). Takie ujęcie „zezwoleń” jest uzasadnione dużą różnorodnością środków o podobnym charakterze, stosowanych wobec usługodawców w państwach Unii. Wydaje się stąd, że niekoniecznie musi tu chodzić jedynie o decyzję administracyjną. Jednocześnie utworzenie pojedynczych punktów kontaktowych nie wpływa na podział obowiązków i kompetencji między organy państw członkowskich. Organ pełniący rolę punktu kontaktowego nie musi (a nawet nie powinien, bo nie musi przecież być do tego przygotowany) przejmować kompetencji o charakterze nadzorczym czy reglamentacyjnym. Chodzi natomiast o to, by pełnił funkcję pośrednika, zwalniającego usługodawcę z konieczności kontaktowania się z szeregiem organów.

Zobowiązano też państwa członkowskie do zapewnienia obsługi na odległość i obsługi elektronicznej procedur związanych z podejmowaniem i wykonywaniem działalności usługowej (art. 8). Wymóg ten nie dotyczy kontroli lokalu i sprzętu wykorzystywanego przez usługodawcę, fizycznego sprawdzania możliwości wykonania przez niego usługi oraz osobistej uczciwości jego i personelu. Komisja może podjąć środki zmierzające do ułatwienia korzystania z procedur realizowanych drogą elektroniczną pomiędzy państwami członkowskimi.

Państwa członkowskie zostały wezwane do przeanalizowania procedur podejmowania i wykonywania działalności usługowej pod kątem możliwości ich uproszczenia (art. 5). Uproszczenie to, poza ułatwieniami wskazanymi powyżej, polegać ma także na uwzględnianiu przez organy administracji państwa goszczą-

¹²⁴ Co nie oznacza jednak nałożenia na te organy obowiązku udzielania porad prawnych w indywidualnych sprawach (art. 7 ust. 6).

cego certyfikatów czy zaświadczeń wydanych w innych państwach członkowskich, a jasno potwierdzających spełnienie wymogu stawianego usługodawcy w państwie przyjmującym. Dodatkowo możliwość żądania uwierzytelnionych tłumaczeń tych dokumentów ograniczono do przypadków przewidzianych szczególnym przepisem wspólnotowym albo uzasadnionych nadrzędnym interesem publicznym. Nie wyłącza to jednak możliwości żądania tłumaczeń niepoświadczonych i nie dotyczy wymienionych w art. 5 ust. 4 dokumentów, m.in. potwierdzających zarejestrowanie adwokata przez właściwe władze państwa pochodzenia. Upoważniono wreszcie Komisję do wprowadzania jednolitych formularzy, mających zastąpić certyfikaty lub zaświadczenia wymagane od usługodawców.

Zgodnie z preambułą dyrektywy, ustanowienie dla wszystkich państw członkowskich jednego celu – uproszczenia procedur podejmowania i wykonywania działalności gospodarczej, jest niezbędne dla rozwoju rynku wewnętrznego w sektorze usługowym (pkt 46). Akcentuje się doniosłą rolę zarówno prawa do jasnej i wszechstronnej informacji, jak i możliwości elektronicznego dokonywania formalności, zwłaszcza pomiędzy państwami członkowskimi. Szczególnie duże nadzieje prawodawca wspólnotowy zdaje się wiązać z pojedynczymi punktami kontaktowymi (pkt 48). Preambuła sugeruje nawet sposoby ich organizacji. Wskazuje się, że gdy dla działalności usługodawcy na poziomie regionalnym lub lokalnym właściwych jest kilka organów, rolę punktu kontaktowego (i koordynatora) może przejąć jeden z nich. Rolę punktów kontaktowych przejąć może nie tylko organ administracji, ale także izba handlowa lub rzemieślnicza, a nawet organizacja zawodowa czy podmiot prywatny, któremu państwo członkowskie powierzy tę funkcję. Biorąc pod uwagę, że rola punktu kontaktowego nie ogranicza się tylko do pośrednictwa między usługodawcą a administracją, ale obejmuje także udzielanie informacji i innego wsparcia usługodawcom, otwierają się nowe możliwości współpracy administracji publicznej z podmiotami prywatnymi w realizacji jej zadań.

2.2. Swoboda przedsiębiorczości dla usługodawców

Kolejną grupą rozwiązań, unormowaną w Rozdziale III „Swoboda przedsiębiorczości dla usługodawców”, są rozwiązania odnoszące się do traktowania podmiotów z innych państw Unii podejmujących w państwie goszczącym działalność usługową na stałe. W tej grupie wskazać można dwa rodzaje przepisów: unormowania dotyczące udzielania zezwoleń na wykonywanie działalności usługowej oraz katalogi wymogów niedozwolonych i podlegających ocenie.

2.2.1. Udzielanie zezwoleń

Szereg przepisów Rozdziału III dotyczy udzielania zezwoleń¹²⁵. Przepis art. 9 przewiduje, że państwa członkowskie z zasady nie mogą uzależniać podjęcia

¹²⁵ Pamiętajmy, że ich definicja jest szersza niż tylko zezwolenia w świetle u.s.d.g., stąd regulacje te dotyczą, wydaje się, wszystkich form reglamentacji, o których mowa w Rozdziale 4 u.s.d.g., czy-

działalności usługowej od uzyskania zezwolenia (w szerokim rozumieniu wskazanym powyżej, czyli obejmującego każdą formalną lub dorozumianą decyzję dotyczącą podjęcia lub prowadzenia działalności usługowej). Wprowadzenie zezwoleń jest dopuszczalne tylko w sytuacji łącznego spełnienia następujących warunków: zezwolenie jest niedyskryminujące, jego wymaganie uzasadnione jest nadrzędnym interesem publicznym¹²⁶, który nie może być dostatecznie chroniony za pomocą mniej restrykcyjnych środków, zwłaszcza tych przewidujących kontrolę następczą¹²⁷. Państwa członkowskie zobowiązano do przygotowania i przesłania Komisji sprawozdań, w których przedstawia swoje systemy zezwoleń wraz z uzasadnieniem ich zgodności ze wskazanymi warunkami (art. 9 ust. 2 i art. 39). Termin ich przedstawienia ustalono na 28 grudnia 2009 r. Będą one następnie przesłane pozostałym państwom członkowskim w celu zajęcia przez nie stanowiska (stąd procedurę tę nazwano w dyrektywie „wzajemną oceną”), by ostatecznie stać się podstawą sprawozdania podsumowującego, które Komisja przedłoży Radzie i Parlamentowi Europejskiemu do 28 grudnia 2010 r. Dokument ten może mieć w przyszłości doniosłe znaczenie. Komisja uzyska szerokie informacje o rodzajach działalności usługowej poddanych reglamentacji w poszczególnych państwach oraz o formach tej reglamentacji. Materiał ten, dzięki procesowi wzajemnej wymiany, będzie miał walor porównawczy. Może to, moim zdaniem, być doskonałą podstawą do podjęcia działań zmierzających do ujednolicenia tak obszarów działalności usługowej poddanych reglamentacji, jak i jej form stosowanych przez poszczególne państwa¹²⁸. Byłby to kolejny krok w stronę pogłębienia rynku wewnętrznego i zarazem ułatwienia usługodawcom działalności transgranicznej.

Kryteria udzielania zezwoleń powinny wykluczać możliwość korzystania przez organy administracji z przyznanego im uznania w sposób arbitralny (art. 10 ust. 1)¹²⁹. Powinny one być niedyskryminacyjne, uzasadnione nadrzędnym interesem publicznym, proporcjonalne do przyjętego celu, jasne, jednoznaczne,

li koncesji (art. 46 i n.), wpisu do rejestru działalności regulowanej (art. 64 i n.), zezwolenia (art. 75 ust. 1), licencji (art. 75 ust. 3) oraz zgody (art. 75 ust. 4).

¹²⁶ W tym zakresie zachodzą potencjalnie ciekawe relacje z art. 22 Konstytucji RP, mówiącym, że ograniczenie wolności działalności gospodarczej dopuszczalne jest tylko ze względu na ważny interes publiczny.

¹²⁷ W polskich warunkach chodziłoby o sytuację objęcia danej działalności wymogiem wpisu do rejestru działalności regulowanej zamiast uzyskania zezwolenia albo koncesji (które z zasady przewidują kontrolę uprzednią); kontrola następcza nie zawsze będzie bowiem wystarczająca, nie wszystkie wady danych usług mogą bowiem być ustalone w sposób następczy, ponadto ryzyko związane z dopuszczeniem określonych usług może uzasadniać przeprowadzenie kontroli usługodawcy przed podjęciem działalności.

¹²⁸ Preambuła w pkt 54 stwierdza wprost, że wyniki wzajemnej oceny będą podstawą określenia na poziomie wspólnotowym rodzajów działalności, dla których należy znieść zezwolenia.

¹²⁹ W polskich warunkach dotyczyć to może zwłaszcza koncesjonowania, ponieważ koncesje na podjęcie działalności gospodarczej ustawodawca w u.s.d.g. ukształtował jako decyzję uznaniową; wydaje się wszakże, że omawiany przepis nie wyklucza istnienia uznaniowych „zezwoleń”, wymaga tylko, by kryteria wykluczały skorzystanie z uznania w sposób arbitralny; ostateczne konkluzje są jednak trudne do przyjęcia, dopóki w sprawie konkretnego koncesjonowania w Polsce nie wypowie się ETS.

obiektywne, przejrzyste, podane do publicznej wiadomości z wyprzedzeniem i łatwo dostępne (art. 10 ust. 2).

Szczególną uwagę należy zwrócić na przepis art. 10 ust. 3 dyrektywy. Wedle niego warunki udzielenia zezwolenia nie mogą powielać wymogów ani kontroli równoważnych lub zasadniczo porównywalnych w odniesieniu do celu, którym usługodawca podlega już w innym lub tym samym państwie członkowskim. Na gruncie tego unormowania nasuwają się dwie ważne uwagi. Po pierwsze, przepis nie zobowiązuje państw członkowskich do ujednolicenia warunków wykonywania działalności usługowej określonego rodzaju i w konsekwencji rezygnacji z warunków stawianych przez prawo krajowe. Jeżeli warunki te spełniają wymogi określone w art. 10 ust. 1 i 2 dyrektywy, mogą być egzekwowane. Rozwiązanie takie byłoby zresztą na obecnym etapie integracji gospodarczej trudne do przeprowadzenia (a niemożność wypracowania ujednoliconych wymogów stała się jedną z przyczyn rezygnacji z reguły kraju pochodzenia, o czym dalej w pkt. 2.3). Powstaje jednak pytanie, czy w tym przepisie wprowadzono zasadę kraju pochodzenia w traktowaniu usługodawców korzystających ze swobody przedsiębiorczości? W moim przekonaniu nie. Czym innym jest bowiem uznanie faktu, że podobne wymogi uzyskania zezwolenia zostały spełnione, czym innym natomiast uznanie samego zezwolenia za ekwiwalentne i zastępujące zezwolenie krajowe¹³⁰. Podmiot wspólnotowy, powołując się na komentowany przepis, nie może domagać się uchylecia wymogu uzyskania w państwie przyjmującym zezwolenia z tego względu, że uzyskał już podobne zezwolenie w państwie swego pochodzenia. Może natomiast, i to należy uznać za ważne udogodnienie, żądać, by organ państwa przyjmującego, rozstrzygając w kwestii udzielenia zezwolenia, wziął pod uwagę warunki spełnione w innym państwie i w tym zakresie nie domagał się ponownego wykazania ich spełnienia¹³¹. Taka interpretacja znajduje dodatkową podstawę w pkt. 61 preambuły dyrektywy. Oczywiście przyjęcie tego rozwiązania wymaga dużej dozy zaufania organów państwa przyjmującego do środków zastosowanych w innym państwie, stąd w jego wprowadzeniu w życie pomóc ma, przewidziana w art. 28 ust. 2 dyrektywy, instytucja punktów łącznikowych. Punkty te tym różnią się od pojedynczych punktów kontaktowych, że nie pośredniczą między usługodawcami a administracją, ale służą wzajemnej pomocy pomiędzy administracjami państw członkowskich. Głównym ich celem jest wspomaganie nadzoru nad usługodawcami i świadczonymi przez nich transgranicznie usługami (art. 28 ust. 1). W tym przypadku jednak ich zadaniem jest gromadzenie i wymiana informacji na temat wymogów stawianych usługodaw-

¹³⁰ Nadanie mu przez to charakteru transnarodowego aktu administracyjnego.

¹³¹ Przykładowo, jeśli warunkiem wydania zezwolenia w Polsce jest posiadanie stosownego certyfikatu, a wnioskujący o wydanie zezwolenia usługodawca wspólnotowy uzyskał już adekwatny (równoważny, porównywalny) certyfikat w innym państwie Unii, w szczególności państwie swego pochodzenia, to organ polskiej administracji powinien odstąpić od wymogu przedstawienia certyfikatu wydanego w Polsce i poprzestać na uwzględnieniu certyfikatu obcego, co nie oznacza jednak, że nie może rozstrzygać o udzieleniu zezwolenia (i ewentualnej odmowie, nawet jeśli ten sam usługodawca uzyskał w innym państwie członkowskim porównywalne zezwolenie); kompetencję tę, nawet w przedstawionych warunkach, polski organ nadal zachowuje.

com w poszczególnych państwach. Dzięki ich działalności ustalenie, czy środek podobny do wymaganego w państwie goszczącym został już przez usługodawcę spełniony w innym państwie (w szczególności tam, gdzie prowadzi stałą działalność), powinno być łatwiejsze i budzić większe zaufanie.

Zezwolenia powinny nadto z zasady dawać możliwość wykonywania działalności na całym obszarze państwa, także poprzez tworzenie agencji, spółek zależnych, oddziałów czy biur, chyba że zezwolenie dla każdego poszczególnego zakładu czy ograniczenie terytorialne ważności zezwolenia ma uzasadnienie w nadrzędnym interesie publicznym (art. 10 ust. 4). Zezwolenia muszą być udzielane na czas nieoznaczony, z wyjątkiem przypadków automatycznego ich odnawiania, udzielenia ograniczonej ich liczby albo uzasadnienia ich czasowości nadrzędnym interesem publicznym (art. 11). Nie pozbawia to jednak państw członkowskich możliwości cofania zezwoleń przed upływem okresu, na jaki zostały wydane, ani możliwości zobowiązania usługodawcy do podjęcia działalności w określonym terminie od uzyskania zezwolenia pod sankcją jego cofnięcia.

Poza wskazanymi powyżej gwarancjami, które określić można mianem materialnych, dyrektywa formułuje też zalecenia odnośnie do postępowań w sprawach wydawania zezwoleń (art. 13). Procedury ich udzielania mają być przejrzyste, podane do publicznej wiadomości z wyprzedzeniem (wraz z terminem wydania rozstrzygnięcia, liczonym od momentu przedłożenia całej wymaganej dokumentacji) i gwarantować bezstronne i obiektywne rozpatrzenie wniosków. Nie mogą one być nadmiernie skomplikowane, nie powinny zniechęcać do podjęcia działalności ani opóźniać tego momentu. Złożenie wniosku powinno zostać potwierdzone, a potwierdzenie wskazywać termin, o którym była mowa, oraz dostępne wnioskodawcy środki procesowe (art. 10 ust. 5). Ponośzone przez wnioskodawców opłaty winny być rozsądne i proporcjonalne do kosztów postępowań, jednocześnie kosztów tych nie przekraczając. W przypadku ustalenia, że wnioskodawca spełnia warunki, należy niezwłocznie udzielić zezwolenia (art. 10 ust. 4). Niewydanie rozstrzygnięcia we wskazanym terminie ma skutkować domniemaniem, że zezwolenia udzielono. Z przyczyn uzasadnionych nadrzędnym interesem publicznym lub uzasadnionym interesem stron trzecich dopuszcza się odmienne postanowienia w tym względzie (art. 13 ust. 4). Odmowa udzielenia zezwolenia oraz późniejsze jego cofnięcie musi zawierać pełne uzasadnienie, wraz z możliwością odwołania do sądu lub innych instancji odwoławczych (art. 10 ust. 6).

W przypadkach gdy możliwe jest udzielenie ograniczonej liczby zezwoleń, zasady wyboru spośród wnioskodawców mają być bezstronne i przejrzyste (art. 12)¹³². Szczególną wagę przywiązuje się tu do odpowiedniego podania do wiadomości publicznej informacji na temat rozpoczęcia, przeprowadzania i za-

¹³² Przepis ten mówi wprost jedynie o takich przypadkach udzielenia ograniczonej liczby zezwoleń, które wynikają z ograniczonych zasobów naturalnych albo ograniczonych możliwości technicznych, w preambule (pkt 62) wskazano, że państwa mogą wprowadzać ograniczenia w liczbie zezwoleń także z innych przyczyn, zawsze jednak do ich udzielania należy zastosować reguły określone w art. 12 dyrektywy.

kończenia procedury. Zezwolenie udzielone w tych warunkach musi mieć ograniczoną ważność czasową, jak też podlegać automatycznemu odnowieniu. Warto zwrócić uwagę, że wybór usługodawcy ma być podyktowany względami wyliczonymi w art. 12 ust. 3 dyrektywy, tj. względami zdrowia publicznego, polityki społecznej, zdrowia i bezpieczeństwa pracowników lub osób prowadzących działalność na własny rachunek, ochrony środowiska naturalnego, zachowania dziedzictwa kulturowego oraz innymi względami nadrzędnego interesu publicznego, zgodnie z prawem wspólnotowym¹³³.

Wskazane powyżej regulacje odnoszą się bezpośrednio do zezwoleń udzielanych podmiotom korzystającym ze swobody przedsiębiorczości (tak sugeruje tytuł rozdziału, w którym przepisy te się znalazły). Nie wiążą więc państw członkowskich w zakresie ustalania warunków reglamentacji działalności własnych podmiotów. Pośrednio jednak będą na te warunki z pewnością oddziaływały, z tego choćby względu, że państwa z pewnością nie będą zainteresowane utrzymaniem stanu odwrotnej dyskryminacji, tzn. poddania własnych podmiotów bardziej restrykcyjnej reglamentacji niż podmiotów obcych (korzystających ze swobody przedsiębiorczości).

Zgodnie z preambułą dyrektywy, wszystkie te rozwiązania mają doprowadzić do zniwelowania podstawowych biurokratycznych trudności łączących się z podejmowaniem działalności usługowej (pkt 43). Podkreślono, że utrudnienia te są szczególnie dotkliwe dla małych i średnich przedsiębiorców, których znaczenie dla rozwoju sektora usługowego jest kluczowe. Przyjęte unormowania doprowadzić mają do ograniczenia uzyskiwania zezwolenia do przypadków, w których jest to rzeczywiście konieczne. Mają też służyć wyeliminowaniu opóźnień, kosztów i innych przeszkód zniechęcających do podejmowania i wykonywania działalności, poprzez ograniczenie arbitralności decyzji i powielania procedur. Przyspieszenie postępowań ma zostać osiągnięte głównie poprzez ustalenie przewidywanego terminu jego zakończenia wraz z domniemaniem, że w razie braku rozstrzygnięcia do tego momentu usługodawca może rozpocząć działalność. Skutecznym sposobem niwelowania barier dostępu do działalności usługowej powinny być też przepisy regulujące udzielanie ograniczonej liczby zezwoleń. Wydaje się, że omówione postanowienia będą skutecznym narzędziem poprawy sytuacji usługodawców i stanowią niewątpliwie sukces twórców dyrektywy.

2.2.2. Wymogi niedozwolone i podlegające ocenie

Poza regulacjami dotyczącymi wydawania zezwoleń, Rozdział III dyrektywy zawiera także katalogi wymogów, od których spełnienia państwa członkow-

¹³³ Powstaje wątpliwość, czy takim, zgodnym z prawem wspólnotowym, nadrzędnym względem interesu publicznego jest zadeklarowanie wyższej (niż kontrkandydat) opłaty za udzielenie „zezwolenia” – tym wątpliwym, nie tylko prawnie, ale i etycznie, kryterium jako ostatecznie rozstrzygającym o wyborze kandydata posłużył się polski ustawodawca ustalając zasady udzielania ograniczonej liczby koncesji (art. 54 ust. 1 u.s.d.g.); na temat tej procedury szerzej A. Treła, *Postępowanie w sprawie udzielenia ograniczonej liczby koncesji*, RPEiS 2005, nr 4, s. 51 i n.

skie nie mogą uzależniać podjęcia działalności na swym terytorium (ponieważ są sprzeczne z przepisami o swobodzie przedsiębiorczości; art. 14 dyrektywy), oraz wymogów, które nie są bezwzględnie niedopuszczalne, ale powinny zostać przez państwa zweryfikowane pod kątem wskazanych kryteriów (art. 15 dyrektywy). Oba wykazy stanowią swoiste podsumowanie dotychczasowego bogatego orzecznictwa ETS w obszarze swobody świadczenia usług.

Wśród środków krajowych bezwzględnie zakazanych znalazły się rozwiązania takie jak: a) wymogi dyskryminujące bezpośrednio albo pośrednio ze względu na przynależność państwową (tak osób fizycznych, jak i spółek), w tym wymogi co do przynależności państwowej usługodawcy, jego personelu, wspólników, członków zarządu lub władz nadzorczych (dyskryminacja bezpośrednia) czy też co do miejsca zamieszkania tych osób na danym terytorium państwowym (dyskryminacja pośrednia), b) zakaz wykonywania działalności, wpisu do rejestru bądź przynależności do organizacji zawodowych w więcej niż jednym państwie członkowskim, c) zobowiązanie do prowadzenia na terytorium państwa goszczącego zakładu głównego, d) ograniczenie możliwości wyboru między wykonywaniem działalności w formie agencji, oddziału czy spółki zależnej, e) środki uzależniające możliwość wykonywania działalności usługowej od istnienia wzajemności w tym zakresie¹³⁴, f) uzależnienie od pomyślnego przejścia testu ekonomicznego¹³⁵ czy też wymagania przedstawienia szczególnych gwarancji finansowych czy wykupienia szczególnego ubezpieczenia dla podejmowanej działalności, innych niż gwarancje i ubezpieczenia wymagane niedyskryminacyjnie od członków zrzeszeń i organizacji zawodowych, od podmiotów mających siedzibę na terytorium państwa przyjmującego. Niedozwolone jest też uzależnianie możliwości podjęcia działalności usługowej od wstępnej rejestracji na określony czas ani od wcześniejszej działalności innego rodzaju w państwie goszczącym. Jak wskazano, każde z tego rodzaju ograniczeń jest bezwzględnie zakazane. Oznacza to, że w sytuacji, gdyby tego typu środek był przewidziany przez prawo krajowe, prawdopodobieństwo stwierdzenia przez ETS jego niezgodności z prawem wspólnotowym w wyniku zapytania wstępnego jest praktycznie pewne. Daje to usługodawcy mocną podstawę do dochodzenia swoich praw. Co więcej, istnienie takich przepisów krajowych może być podstawą, omawianej już w tym opracowaniu, odpowiedzialności państwa za naruszenie prawa wspólnotowego, dochodzonej przed ETS z wniosku Komisji lub (co mniej prawdopodobne) innego państwa członkowskiego (art. 226–228 TWE). Oznacza to zarazem, że regulacje krajowe tego typu mogą być przedmiotem nieformalnych skarg (zwłaszcza skarg obcych usługodawców) do Komisji, które w konsekwencji doprowadzić mogą do wszczęcia przeciwko państwu je stosującemu procedury z art. 226 TWE.

¹³⁴ Tj. analogicznej możliwości wykonywania działalności tego rodzaju przez podmioty z państwa goszczącego na obszarze państwa pochodzenia usługodawcy; nie dotyczy to przypadków wzajemności przewidzianych przez wspólnotowe prawo dotyczące energii (art. 14 pkt 4 dyrektywy).

¹³⁵ Czyli testu oceniającego ekonomiczną potrzebę lub popyt rynkowy na usługi oferowane przez obcego usługodawcę, oceny potencjalnych ekonomicznych skutków jego działalności dla rynku państwa goszczącego (protekcjonizm) czyjej stosowności w świetle przyjętych celów planowania ekonomicznego przyjętych przez właściwe organy państwa przyjmującego.

Przepis art. 14 dyrektywy daje więc usługodawcom narzędzie walki z najbardziej oczywistymi naruszeniami swobody przedsiębiorczości i swobody świadczenia usług. Z jednej strony, jako normatywne wyrażenie tez formułowanych dotąd w orzecznictwie Trybunału Sprawiedliwości, zwiększa ono pewność prawa i tym samym poprawia sytuację usługodawców. Z drugiej wszakże jest ono obarczone wszystkimi niedostatkami wymienionych procedur, na które wskazałem wyżej w pkt. II opracowania.

Odmienny charakter ma katalog środków zawarty w art. 15 dyrektywy. Obejmuje on rozwiązania takie jak: a) ilościowe lub terytorialne limity liczby usługodawców ustalone w relacji do liczby ludności lub minimalnej odległości geograficznej między usługodawcami, b) obowiązek przyjęcia określonej formy prawnej, c) wymogi dotyczące własności udziałów lub akcji w spółce, d) zakaz posiadania więcej niż jednego przedsiębiorstwa na obszarze państwa goszczącego, e) wymogi określające minimalną liczbę pracowników, f) minimalne lub maksymalne taryfy, do których usługodawca musi się dostosować, czy g) zobowiązanie go, by wraz ze świadczoną usługą wykonywał też inne szczególne usługi. Stosowanie tego typu środków przez państwa członkowskie nie jest zakazane. Ich stosowanie nie pociąga za sobą automatycznie skutków, o których mowa w poprzednim akapicie. Państwa członkowskie mają jednak obowiązek sprawdzić, czy ich systemy prawne przewidują tego rodzaju wymogi, a w razie odpowiedzi twierdzącej – zweryfikować ich zgodność z kryterium niedyskryminacji¹³⁶, konieczności¹³⁷ i proporcjonalności¹³⁸. Ograniczenia te mają zastosowanie do usług świadczonych w ogólnym interesie gospodarczym tylko wtedy, gdy nie zakłóci to wykonywania zadań, którym usługi te służą (art. 15 ust. 4). Sprawdzenie zasadności stosowania wymogów wskazanych w art. 15 zostało sformalizowane poprzez ujęcie go w procedurę wzajemnej oceny (art. 39 dyrektywy), omówioną już wcześniej przy okazji prezentacji zasad udzielania zezwoleń w pkt. 2.2.1). Ponadto od dnia 28 grudnia 2006 r. w omawianym zakresie przyjęto klauzulę *standstill* (art. 15 ust. 6). Wedle niej od wskazanej daty wprowadzanie nowych środków, mieszczących się w katalogu objętym tym przepisem, jest dopuszczalne tylko wobec łącznego spełnienia przesłanek niedyskryminacji, konieczności i proporcjonalności. Musi mu też towarzyszyć zawiadomienie Komisji wraz z podaniem przyczyn ich wprowadzenia. Komisja informuje o tym fakcie inne państwa członkowskie, a następnie, w terminie 3 miesiące, bada, czy nowe rozwiązania są zgodne z prawem wspólnotowym. Jeśli ocena ta okaże się negatywna, Komisja podejmuje decyzję wzywającą państwo do odstąpienia od ich przyjęcia lub do ich uchylenia (w przypadku gdy akt prawny już wszedł w życie). Dyrektywa nie rozstrzyga jednoznacznie, jaka jest relacja tej procedury

¹³⁶ Środki nie mogą prowadzić do bezpośredniej lub pośredniej dyskryminacji ze względu na przynależność państwową osoby fizycznej lub statutową siedzibę spółki.

¹³⁷ Środki muszą być uzasadnione nadrzędnym interesem publicznym.

¹³⁸ Muszą być odpowiednie dla zapewnienia wyznaczonego celu, nie mogą wykraczać poza to, co niezbędne dla jego osiągnięcia, oraz nie można ich zastąpić innymi środkami o mniej restrykcyjnym charakterze, a prowadzącymi do osiągnięcia tego samego skutku.

do postępowania o naruszenie prawa wspólnotowego przewidzianego w TWE. Wydaje się, że decyzja ta nie zastępuje umotywowanej opinii, o której mowa w art. 226 TWE. Sądzę, że można ją natomiast traktować jako substytut otwierającego oficjalną fazę części administracyjnej (przedsądowej) tego postępowania, tzw. pisma ostrzegawczego. Rozwiązania przyjęte w art. 15 dyrektywy, poprzez połączenie procedury wzajemnej oceny oraz klauzuli *standstill*, powinny poprawić pozycję usługodawców wobec działań organów państwa goszczącego, które choć nie noszą znamion jawnej dyskryminacji, to jednak mogą czynić transgraniczne świadczenie usług mniej atrakcyjnym.

2.3. Swoboda świadczenia usług

Ostatnia grupa przepisów (Rozdział IV), z punktu widzenia tematyki artykułu najbardziej interesująca, a wzbudzająca w toku prac nad projektem największe kontrowersje, dotyczy działalności w ramach swobody przepływu usług. Kluczowy dla prezentowanego rozdziału, jak i dla całego projektu dyrektywy, art. 16 w pierwotnej wersji stanowił, że państwa członkowskie zapewniają, iż usługodawca będzie objęty jedynie przepisami państwa swego pochodzenia¹³⁹. W szczególności chodziło o przepisy dotyczące dostępu do działalności usługowej oraz jej wykonywania, jakość i przedmiot usługi, reklamę, umowy oraz odpowiedzialność usługodawcy¹⁴⁰. Od tej zasady przewidywano szereg wyjątków (sektorowych oraz przedmiotowych), z których większość miała charakter nieograniczony w czasie (np. sektorowe: usługi pocztowe, dystrybucja energii elektrycznej, dystrybucja gazu, przedmiotowe: usługi wymagające uczestnictwa notariusza, usługi, których świadczenie w państwie przyjmującym jest całkowicie zakazane), ale niektóre wprowadzone miały być jedynie na okres przejściowy (np. odzyskiwanie długów, organizacja loterii i hazardu). Wprowadzoną w art. 16 dyrektywy zasadę podejmowania i wykonywania działalności usługowej zamierzano wzmocnić dodatkowo regulacją, wedle której nadzór nad działalnością usługodawcy miał być w całości sprawowany przez władze państwa jego pochodzenia¹⁴¹. Dyrektywa, w swej pierwotnej wersji, wprowadzała więc zasadę kraju pochodzenia jako podstawowy standard traktowania usługodawcy. Główna odmienność od dotychczasowego orzecznictwa ETS w zakresie swo-

¹³⁹ Dokładna treść pierwotnego przepisu: 1. Państwa Członkowskie zapewniają, aby usługodawcy podlegali wyłącznie przepisom krajowym swojego Państwa Członkowskiego pochodzenia, wchodzącym w obszar koordynowany. Ust. 1 obejmuje przepisy krajowe dotyczące dostępu do działalności usługowej i jej prowadzenia, w szczególności wymogi odnoszące się do zachowań usługodawcy, jakości lub treści usługi, reklamy, umów oraz odpowiedzialności usługodawcy [...].

2. Państwo Członkowskie pochodzenia jest odpowiedzialne za nadzorowanie usługodawcy i świadczonych przez niego usług, w tym usług świadczonych przez niego w innym Państwie Członkowskim.

¹⁴⁰ Trzeba pamiętać, że gdy początkowo zakresem dyrektywy objęty był także obszar prawa prywatnego, zasada kraju pochodzenia odnosić się też miała do takich kwestii, jak zasady odpowiedzialności czy wybór prawa właściwego, stąd pisano o niej publicznoprawnym i prywatnoprawnym aspekcie; O. Kopiczko, *Zasada...*, op. cit., s. 31.

¹⁴¹ Co stanowiłoby analogiczne rozwiązanie do przyjętego np. w dyrektywie bankowej.

body przepływu usług polegała na tym, że Trybunał stosuje regułę kraju pochodzenia w sposób warunkowy (tzn. usługodawca jest zwolniony z wymogów stawianych mu w państwie przyjmującym tylko o tyle, o ile poddany został analogicznym środkiem w państwie swego pochodzenia), dyrektywa formułowała ją natomiast bezwarunkowo (czyli poddawała usługodawcę prawu państwa jego pochodzenia bez względu na relację wymogów tam formułowanych do wymogów stawianych w państwie goszczącym). Na obecnym stadium rozwoju rynku wewnętrznego przeformułowanie tej regulacji okazało się niemożliwe. Nie dziwi to jednak, skoro już orzecznictwo ETS, łagodniejsze w swej wymowie, nie mogło doczekać się konsekwentnego respektowania. W toku prac nad projektem, w ogniu miazdzącej krytyki ze strony głównie bogatszych państw Unii (zwłaszcza Francji i Niemiec), reguła kraju pochodzenia zastąpiona została rozwiązaniami dużo „ostrożniejszymi”, co doprowadziło do nadania dyrektywie miana „rozwodnionej”. Podstawowym zarzutem formułowanym przez te państwa pod adresem omawianego rozwiązania było oskarżenie o promowanie tzw. „dumpingu socjalnego”, który miałby polegać na wypieraniu rodzimych przedsiębiorców usługowych przez zalew usługodawców mających swoją siedzibę w państwach, w których koszty działalności, zwłaszcza ze względu na niższy poziom ochrony socjalnej, są niższe. Pośrednio, poprzez zaostrenie konkurencji ze strony tańszych dostawców usług, prowadziłyby to natomiast do obniżenia płac w sektorach usługowych w bogatszych państwach Unii¹⁴². Należy podzielić pogląd, że te właśnie okoliczności, a nie np. wskazywane wcześniej względy ochrony konsumentów, stały się główną przyczyną fiaska dyrektywy (czy też jej „rozwodnienia”). W moim przekonaniu, jest to symptomem poważniejszego kryzysu, który dotknął integrację europejską w ostatnich latach, polegającego nie tylko na braku jasnej wizji dalszego przebiegu tego procesu (czego dowodem są problemy z wypracowaniem możliwej do zaakceptowania przez wszystkich „konstytucji” Unii, a nawet uzgodnieniem treści dokumentów o czysto deklaratoryjnym charakterze, jak np. rocznicowa Deklaracja Berlińska), ale także na niezdolności zaakceptowania naturalnych konsekwencji jego pogłębiania. Wskazałem już, i podtrzymuję tę tezę, że ostatecznym celem rynku wewnętrznego jest doprowadzenie do sytuacji, w której przedsiębiorca wykonujący legalnie działalność gospodarczą w jednej jego części (jednym państwie) będzie mógł wykonywać ją w całej Wspólnocie właśnie dlatego, że w jednym państwie robi to w sposób legalny. Końcowym celem rynku wewnętrznego winno być więc wprowadzenie reguły kraju pochodzenia, i to w jej mocniejszej (tzn. bezwarunkowej) wersji, tj. tak, jak czynił to art. 16 dyrektywy. Trafne jest spostrzeżenie, że przyjęcie takiego rozwiązania doprowadziłoby do konkurencji państw członkowskich o przedsiębiorców i ich siedziby. Przedsiębiorcy znaleźliby się bowiem w sytuacji adresatów ofert poszczególnych państw, dotyczących warunków (kosztów,

¹⁴² M. Paszyński, *Dyrektywa usługowa – czy zmierzamy w stronę liberalizacji rynku?*, „Wspólnoty Europejskie” 2006, nr 3, s. 42–43; stanowisko to jest też postrzegane w szerszej perspektywie jako kryzys integracji europejskiej dotyczący najważniejszego jej obszaru, czyli budowy rynku wewnętrznego, ibidem i wskazane tam publikacje.

obciążeń publicznoprawnych, obciążeń biurokratycznych, zarówno legislacyjnych jak i związanych z praktyką funkcjonowania aparatów administracji, stopniem niejasności przepisów, tempem i jakością ich zmian, stopniem korupcji i innych patologicznych zjawisk w otoczeniu biznesu, itp.) wykonywania działalności usługowej. Kierując się walorami tych ofert, dokonywaliby następnie stosownego wyboru, lokalizując swą stałą działalność tam, gdzie wydałoby im się to najatrakcyjniejsze. Następnie, korzystając z dobrodziejstwa swobody świadczenia usług opartej na regule kraju pochodzenia, mogliby oferować swe usługi na obszarze całej Unii. Wówczas idea rynku wewnętrznego byłaby w pełni zrealizowana. Okazuje się jednak, że na przyjęcie takich, rewolucyjnych wciąż rozwiązań większość państw (zwłaszcza bogatszych) nie może sobie pozwolić. Zdają się one nie rozumieć, że integracja gospodarcza to nie tylko możliwość ułatwionej ekspansji kapitałowej w państwach o słabiej rozwiniętej gospodarce, ale także konieczność dopuszczenia na własne rynki tańszych i często lepszej jakości towarów i (zwłaszcza) usług z tychże państw. Z ekonomicznego punktu widzenia intensyfikacja wymiany gospodarczej *summa summarum* służy przecież gospodarkom wszystkich partnerów. Bez zrozumienia i zaakceptowania tego faktu dalszy rozwój rynku wewnętrznego stoi pod znakiem zapytania. Dotarliśmy bowiem do punktu, w którym sam brak dyskryminacji obcych podmiotów czy usług nie gwarantuje rozwoju gospodarczego.

Zgodnie z przyjętym brzmieniem art. 16 ust. 1, państwa członkowskie uznają prawo usługodawców do świadczenia usług w innym państwie Wspólnoty niż to, z którego podmioty te pochodzą¹⁴³. Państwa te zapewniają możliwość swobodnego podjęcia działalności na swym obszarze. Jednocześnie nie mogą uzależniać tej możliwości od spełnienia przez usługodawcę wymogów dyskryminacyjnych, nieuzasadnionych nadrzędnym interesem publicznym i nieproporcjonalnych. Wyliczenie to nawiązuje do katalogu przesłanek formułowanych w orzecznictwie ETS, z tą różnicą, że, jak wskazałem w pierwszej części opracowania, Trybunał formułuje jeszcze jedną przesłankę, eliminującą możliwość stosowania wymogów dublujących te stawiane usługodawcy w państwie jego pochodzenia. W dyrektywie przesłanka ta nie została jednak bezpośrednio wyrażona. Jak ma się więc ten przepis do dotychczasowego orzecznictwa ETS? Czy powoduje jego unieważnienie? Wydaje się, że nie. Orzecznictwo ETS dotyczy przecież w tym wypadku wprost przepisu traktatu, a akty prawa wtórnego nie mogą automatycznie zmieniać jego treści (ani sposobu interpretacji). Orzecznictwo, zakazujące państwu goszczącemu stawiania wymogów powielających środki, którym usługodawca poddał się w państwie swego pochodzenia, jako oparte na art. 49 i 50 TWE, a nie na akcie prawa wtórnego, należy w konsekwencji uznać za nadal wiążące.

Wedle art. 16 ust. 3 ograniczenia przewidziane w ust. 1 (a także ust. 2, o czym niżej) nie mają zastosowania wobec środków stosowanych przez państwo przyj-

¹⁴³ W świetle art. 49 i 50 TWE, będących jasnym, bezpośrednio stosowanym zobowiązaniem państw członkowskich do zapewnienia możliwości świadczenia usług i odpowiedniego standardu ochrony usługodawców i zarazem przyznających usługodawcom bezpośrednio skuteczne uprawnienia, stwierdzenie to jest truizmem i nie powoduje nowych konsekwencji prawnych.

mujące ze względów zdrowia, bezpieczeństwa i porządku publicznego oraz ochrony środowiska. Z tych przyczyn usługodawca może być więc traktowany w sposób nawet dyskryminacyjny. Rozwiązanie to nawiązuje pośrednio do art. 46 TWE, rozszerzając wszakże zawarty tam katalog o ochronę środowiska. Bogate orzecznictwo Trybunału dotyczące zasad powoływania się przez państwa członkowskie na wyjątek z art. 46 TWE zachowuje, wobec powyższego, swoją aktualność.

Bardzo istotny dla sytuacji usługodawców jest przepis art. 16 ust. 2 dyrektywy. Przetrwał on burzę wokół zasady kraju pochodzenia, chociaż wprowadza rozwiązania stanowiące bardzo istotne jej konsekwencje (dlatego zdaje się nie pasować do rozwiązań ostatecznie przyjętych i powoduje niejasności). Wskazano w nim, że państwo goszczące nie może ograniczać swobody usługodawcy wspólnotowego poprzez stawianie wymogu prowadzenia przedsiębiorstwa na swoim terytorium¹⁴⁴, zakaz tworzenia tam infrastruktury (np. biura, kancelarii)¹⁴⁵, a także obowiązek uzyskania przez usługodawcę zezwolenia od jego (tzn. państwa przyjmującego) właściwych organów, w tym wpisu do rejestru lub rejestracji w zrzeszeniu lub stowarzyszeniu zawodowym na jego terytorium, z wyjątkiem przypadków przewidzianych w niniejszej dyrektywie lub innych aktach prawa wspólnotowego. Regulacja dotycząca zezwoleń (art. 16 ust. 2 pkt b) musi rodzić poważne wątpliwości. Gdyby traktować ją bezwarunkowo, stanowiłaby realizację tezy ETS, że tego typu ograniczenia w przypadku swobody przepływu usług są niedopuszczalne. Trybunał uzależnia jednak tę konkluzję od stwierdzenia okoliczności, że w danym stanie faktycznym usługodawca poddał się podobnym środkom w państwie swego pochodzenia (ewentualnie innym państwie Wspólnoty), wobec czego ponowne ich żądanie byłoby podwójnym obciążeniem (ang. *dual burden*). Stąd osoba, która stosownego pozwolenia nie posiada, bo nie jest ono w kraju jej pochodzenia wymagane albo ze względu na fakt, że podobnej działalności w ogóle nie prowadzi, nie może domagać się, w ocenie ETS, zwolnienia jej ze stosownego obowiązku w państwie goszczącym. Uchylenie obowiązku uzyskania pozwolenia od państwa goszczącego ma więc, według Trybunału, charakter *stricte* warunkowy (reguła kraju pochodzenia w wersji warunkowej). Takiej klauzuli (warunku) komentowany przepis art. 16 ust. 2 pkt b dyrektywy nie zawiera, co znaczyłoby, że zakaz żądania np. zezwolenia istniałby także wtedy, gdy usługodawca nie posiada adekwatnego pozwolenia uzyskanego w państwie pochodzenia (reguła kraju pochodzenia w wariantcie bezwarunkowym). Wykładnia ta oznaczałaby prawdziwą rewolucję w zasadach traktowania usługodawców, na którą z pewnością państwa członkowskie by nie przystały (wobec generalnego sprzeciwu co do wprowadzenia zasady kraju pochodzenia).

¹⁴⁴ Wymóg taki by oznaczał w istocie zmianę kwalifikacji tej działalności na korzystanie ze swobody przedsiębiorczości i dawał w konsekwencji jeszcze szerszą możliwość ingerencji w sytuację usługodawcy.

¹⁴⁵ Nawiązano w ten sposób do tezy wyrażonej przez ETS w orzeczeniu w sprawie *Gebhard*, że przejściowy charakter świadczenia usługi nie wyklucza dysponowania przez usługodawcę na terytorium państwa goszczącego urządzeniami takimi jak biuro czy kancelaria; C-55/94 *R. Gebhard*, op. Clt.

Wydaje się więc, że klucz do interpretacji tkwi w zawartym w art. 16 ust. 2 pkt b odesłaniu do wyjątków przewidzianych w samej dyrektywie i w innych aktach prawa wspólnotowego. Odesłanie to parlament Europejski dodał do omawianego przepisu na posiedzeniu 16 lutego 2006 r., czyli w tym samym dniu, w którym „upadła” reguła kraju pochodzenia. Znaczenie tego zwrotu należy stąd interpretować właśnie w kontekście tej zasadniczej zmiany. Poszukiwanie wyjątków od zakazu egzekwowania zezwoleń rozpoczniemy od odwołania się do innych postanowień art. 16 dyrektywy. Po pierwsze, wskazany już art. 16 ust. 1 nie wymaga, by państwo goszczące, kształtując sytuację usługodawcy, brało pod uwagę wymogi spełnione w państwie pochodzenia (co jednocześnie ujawnia sprzeczność tych dwóch regulacji i jest źródłem prezentowanej niejasności). Ten sam przepis w ust. 3 upoważnia państwa członkowskie do nakładania własnych wymogów (w tym, jak się wydaje, zezwoleń), gdy jest to uzasadnione względami porządku publicznego, bezpieczeństwa publicznego, zdrowia publicznego i ochrony środowiska. Ponadto innymi aktami prawa wspólnotowego, o których mowa, może być także TWE, który w art. 50 mówi przecież o zasadzie traktowania narodowego i nawet w przytoczonej interpretacji ETS (tj. forsującej warunkową regułę kraju pochodzenia) jest niezgodny z komentowanym art. 16 ust. 2 dyrektywy. Co więcej, na posiedzeniu PE 16 lutego 2006 r. wykreślono przepis zakazujący państwu goszczącemu stawiania obcemu usługodawcy wymogów, które stawiane są usługodawcom trwale działającym w tym państwie (były art. 16 ust. 2 pkt e). Wymogiem takim mogłoby być także zezwolenie. Skreślenie tego przepisu sugeruje wolę umożliwienia państwu goszczącemu stosowania tego typu środków także w ramach swobody przepływu usług. Odwołać się trzeba wreszcie także do art. 17 dyrektywy, który zawiera obszerną listę wyjątków od wszystkich postanowień art. 16, obejmującą m.in. usługi świadczone w ogólnym interesie gospodarczym, usługi prawnicze, sądową windykację należności, czynności, których dokonanie wymaga udziału notariusza, kwestie związane z uznawaniem kwalifikacji zawodowych oraz ze swobodnym przepływem osób. Faktem jest jednak, że wyjątki te nie obejmują wszystkich dziedzin, które np. w Polsce poddane są reglamentacji, przez co nie wyłączają całkowicie możliwości powoływania się przez obcych usługodawców na art. 16 ust. 2. Można odnieść wrażenie, że ta niekonsekwentna (a przez to niejasna) regulacja jest wynikiem burzliwych debat nad kształtem projektu, stanowiąc pozostałość jego wersji pierwotnej. Przepis art. 16 ust. 2 pkt b byłby bowiem spójny z pierwotnym brzmieniem art. 16 ust. 1, ale wobec jego gruntownej zmiany prowadzi do trudnych do wyjaśnienia wątpliwości. Sygnalizowany tu problem wymaga z pewnością jasnego rozstrzygnięcia, które jednak na podstawie tekstu dyrektywy nie wydaje się możliwe. Niewykluczone, że do jego ostatecznego rozwiązania niezbędne będzie odwołanie się do stanowiska Europejskiego Trybunału Sprawiedliwości.

Rozdział IV dyrektywy zawiera ponadto regulacje kształtujące sytuację odbiorców usług. Państwa goszczące nie mogą w szczególności nakładać na usługobiorców obowiązku uzyskania zezwolenia na korzystanie z usług (art. 19) ani korzystać z innych środków o charakterze dyskryminacyjnym (art. 20). Są one,

zgodnie z art. 21, zobowiązane zapewnić im stosowną pomoc, w tym informacje o wymogach dotyczących ochrony konsumentów, stawianych obcym usługodawcom w państwach ich pochodzenia, oraz środkach prawnych przysługujących usługobiorcom w przypadku sporu z dostawcami usług.

2.4. Rozwiązania wspomagające

Przedstawione powyżej trzy grupy rozwiązań służących rozwojowi wewnętrznego rynku usług uzupełnione zostały w dyrektywie o wiele rozwiązań, których znaczenie określić można jako pomocnicze. Zostaną one w tym miejscu zaledwie zasygnalizowane. Podstawową ich funkcją jest budowa zaufania między państwami członkowskimi w zakresie jakości usług świadczonych przez usługodawców z innych państw Wspólnoty. Zaufanie to jest niezbędne, by efektywnie realizować postanowienia dyrektywy, zwłaszcza dotyczące swobody świadczenia usług. Stąd Rozdział V „Jakość usług” zawiera regulacje odnoszące się do: zakresu informacji, które usługodawca winien udzielić usługobiorcy (wraz ze sposobem ich udzielenia), wymagań w kwestii ubezpieczeń od odpowiedzialności zawodowej oraz zniesienia całkowitych zakazów informacji handlowych (w tym reklamy) dostarczanych przez podmioty wykonujące zawody regulowane. Wprowadzono także przepisy normujące tzw. działalność wielodyscyplinarną (art. 25), tzn. wykonywaną przez podmiot, który jednocześnie wykonuje działalność w innych obszarach (działalność o innym przedmiocie). Wprowadzanie wymogów prowadzenia działalności jedynie określonego rodzaju albo ograniczeń łączenia jej z innymi rodzajami możliwe jest jedynie w przypadku przedstawicieli zawodów regulowanych oraz w zakresie certyfikacji, akredytacji, monitorowania technicznego, badań lub prób i tylko gdy jest to niezbędne do zapewnienia bezstronności i niezależności osób świadczących te usługi. Zakres i uzasadnienie stosowanych przez państwa członkowskie w tym względzie ograniczeń poddano procedurze wzajemnej oceny (art. 39 dyrektywy).

Postanowienia Rozdziału VI normują z kolei zasady współpracy administracyjnej państw członkowskich w monitorowaniu rynku usług. Zgodnie z preambułą, współpraca administracyjna ma zasadnicze znaczenie dla zapewnienia prawidłowego funkcjonowania rynku wewnętrznego usług, a jej brak skutkuje z jednej strony mnożeniem przepisów i powielaniem kontroli nad transgraniczną działalnością usługową, z drugiej zaś może być wykorzystany przez nieuczciwych przedsiębiorców do uchylania się od nadzoru lub obchodzenia przepisów krajowych. To trafne spostrzeżenie podkreśla wagę należytej współpracy administracyjnej, która właściwie prowadzona sprzyja usługodawcom, eliminując jednocześnie zjawiska patologiczne. Państwa w celu jej realizacji zobowiązane są powołać tzw. punkty łącznikowe, które zapewniają kontakt nie tylko pomiędzy nimi, ale także kontakt z Komisją (art. 28 ust. 2). Kluczowe znaczenie ma rozdzielenie kompetencji nadzorczych. Wprowadzeniu reguły kraju pochodzenia towarzyszy zazwyczaj powierzenie nadzoru nad działalnością usługodawcy w całości organom państwa jego pochodzenia, nawet gdy jest ona wykonywana w państwie

goszczącym¹⁴⁶. Rola organów państwa przyjmującego jest wówczas zaledwie pomocnicza; nie sprawują one natomiast nadzoru samodzielnie¹⁴⁷. Skoro zasady kraju pochodzenia nie przyjmuje dyrektywa 2006/123, również problematyka nadzoru uregulowana została odmiennie. Nadzór nad działalnością usługodawcy sprawuje organ państwa, z którego usługodawca pochodzi (art. 30). Nie wyłącza to jednak nadzoru stosowanego przez administrację państwa goszczącego w zakresie warunków wykonywania działalności, stawianych przez to państwo (art. 31). W pozostałym zakresie, tzn. poza zapewnieniem realizacji warunków stawianych przez państwo przyjmujące, administracja tego państwa uczestniczy w wykonywaniu nadzoru przez organ państwa pochodzenia, w szczególności może, na jego wniosek, dokonywać kontroli i weryfikacji działalności usługodawcy. Państwa członkowskie winny ponadto informować się nawzajem o postępowaniach dyscyplinarnych dotyczących usługodawców (art. 33) oraz o wynikających z ich działalności poważnych zagrożeniach dla zdrowia i bezpieczeństwa odbiorców lub środowiska naturalnego (art. 32).

Wspomagający charakter ma także zobowiązanie państw członkowskich, by we współpracy z Komisją opracowywały na szczeblu wspólnotowym kodeksy postępowania w zakresie świadczenia określonych usług (kodeksy etyki zawodowej). Podkreślono rolę zrzeszeń, organizacji i stowarzyszeń zawodowych w tym zakresie (art. 37). Zobowiązano także państwa członkowskie do przedstawienia Komisji w ramach procedury wzajemnej oceny (art. 39) raportów dotyczących: utrzymywanych systemów reglamentacji działalności usługowej oraz wymogów krajowych, które w myśl art. 15 dyrektywy podlegać muszą wnikliwej ocenie pod kątem zgodności ze swobodą przedsiębiorczości, systemów zezwoleń na podjęcie działalności usługowej wraz z uzasadnieniem ich stosowania (art. 9 ust. 2) oraz ograniczeń w zakresie działalności wielodyscyplinarnej (art. 25 ust. 3). Znaczenie wzajemnej oceny omówiłem wcześniej.

3. Podsumowanie

Jednoznaczna ocena rozwiązań nowej dyrektywy nie jest zadaniem łatwym. W toku prac nad projektem znacznie ograniczono bowiem zakres jego regulacji. Dobitym przykładem jest wykreślenie przepisów dotyczących delegowania pracowników do wykonania usługi w innym państwie Unii¹⁴⁸. Powoływano się przy tym na istnienie odrębnej regulacji w tym obszarze, pomijając fakt, że nie zapewnia ona dostatecznej ochrony praw usługodawców¹⁴⁹. Znacznym ograniczeniem

¹⁴⁶ Por. stosowne rozwiązania Tytułu V dyrektywy 2000/12/WE odnośnie do sektora bankowego.

¹⁴⁷ Szerzej M. Strzelbicki, *Świadczenie...*, op. cit., s. 261 i n.

¹⁴⁸ Warto wskazać, że praktyczny zasięg tych regulacji byłby znaczny, jako że korzystanie ze swobody przepływu usług przez podmioty inne niż osoby fizyczne (podmioty wskazane w art. 48 TWE) najczęściej polega na oddelegowaniu własnych pracowników w celu wykonania świadczenia.

¹⁴⁹ Dyrektywa 96/71/WE z 16 grudnia 1996 r. dotycząca delegowania pracowników w ramach świadczenia usług (Dz.Urz. WE L 18 z 21 stycznia 1997 r.); zarzuca się, że poddaje ona oddelegowanych pracowników przepisom prawa państwa goszczącego, także w zakresie np. płacy minimalnej, co znacząco ogranicza opłacalność transgranicznego świadczenia usług w ten sposób.

zasięgu oddziaływania dyrektywy było jednoznaczne wykluczenie z zakresu jej regulacji przepisów prawa prywatnego międzynarodowego, zwłaszcza tych dotyczących wyznaczenia prawa właściwego dla zobowiązań oraz zasad odpowiedzialności za ich niewłaściwe wykonanie. Wydaje się wszakże, że ograniczenie dyrektywy jedynie do aspektów publicznoprawnych nie musi być postrzegane negatywnie. Przeciwnie, liberalizacja zasad świadczenia usług nie wymaga koniecznie zmian w obszarze prawa prywatnego (które to zmiany mogłyby zarazem nadmiernie osłabić pozycję odbiorcy świadczenia). Dyrektywa nie ingeruje też w obszar usług świadczonych w ogólnym interesie gospodarczym. Biorąc jednak pod uwagę specyfikę tego rodzaju działalności, nie jest to w moim odczuciu znaczącą wadą.

Szereg rozwiązań wprowadzonych w dyrektywie zasługuje na aprobatę. Uproszczenie procedur podejmowania działalności usługowej, ich informatyzacja oraz oparcie na idei jednego okienka powinno sprzyjać rozwojowi tej gałęzi gospodarki. Doniosłe znaczenie mają przepisy regulujące warunki, jakie spełniać powinny instrumenty reglamentacji działalności usługowej przez państwa członkowskie. Znaczenie tych rozwiązań wykracza poza swobodę przedsiębiorczości i swobodę świadczenia usług, i będzie w mojej ocenie wpływać także na sposób regulacji przez państwo sytuacji przedsiębiorcy w tzw. sytuacji czysto wewnętrznej, tzn. także w odniesieniu do działalności rodzimych podmiotów. Oparcie zasad tego oddziaływania na idei związania administracji (w opozycji do uznaniowych form działania) oceniam dodatnio. Przepisy art. 14 i 15 dyrektywy również są warte uwagi, ponieważ podsumowują dotychczasowe orzecznictwo ETS odnoszące się do dopuszczalnych ograniczeń swobód rynku wewnętrznego w zakresie działalności usługowej. Wyartykułowanie tych zasad w dyrektywie powinno sprzyjać ich upowszechnieniu i dyscyplinować państwa członkowskie w ich przestrzeganiu.

Najwięcej wątpliwości budzą przepisy dyrektywy dotyczące korzystania ze swobody świadczenia usług. Nie udało się unormować sytuacji usługodawcy w państwie przyjmującym w sposób jasny i klarowny, tj. na podstawie reguły kraju pochodzenia. Rozwiązania dyrektywy są niekonsekwentne i wzajemnie sprzeczne, co nie będzie służyło efektywnej ochronie usługodawców. Dyrektywa nie rozstrzyga bowiem jasno, w jakim zakresie administracja państwa goszczącego jest związana zezwoleniem udzielonym usługodawcy w państwie jego pochodzenia. Powoduje to, że najpoważniejsze trudności dotyczące efektywnego funkcjonowania swobody świadczenia usług, przedstawione w niniejszym artykule, pozostają nierozwiązane. Należy mieć nadzieję, że orzecznictwo ETS rozstrzygnie rodzące się dylematy, zwłaszcza dotyczące problemu uznawania w państwie przyjmującym zezwoleń wydanych w państwie pochodzenia, w którym świadczący usługi wykonuje swoją stałą działalność.

**BASIC DIFFICULTIES CONCERNING THE FUNCTIONING
OF THE FREEDOM TO PROVIDE SERVICES
AND AN ATTEMPT TO SOLVE THEM IN THE DIRECTIVE
ON SERVICES IN THE INTERNAL MARKET**

On 12 th December 2006 the Council and the European Parliament adopted the long expected Directive on services in the internal market (2006/123/EC). The main objective of the directive is to facilitate the free circulation of services by removing key barriers to the freedom of establishment for providers of services and to the free movement of services itself. This paper deals with several crucial issues concerning this new Community development. First, it briefly summarizes the present State of the freedom to provide services, taking into account both Community doctrine and the ECJ's jurisprudence and showing main problems connected with practical operation of this freedom. Then the main reasons of growing importance of the services' sector, namely its economic importance and the broad scope of the freedom to provide services are identified and examined. It is later pointed out, that facing this increasing significance of the free movement of services, Community law does not guarantee enough protection for those who want to provide cross-border services. This leads to the conclusion that a community secondary legislation is highly necessary. From this perspective, the arrival of the new Community legislation is highly appreciated. Thorough analysis conducted in this paper leads to the conclusion that the new directive does not solve all the problems relating to the freedom to provide services. Much will depend on the way of its implementation and on the forthcoming jurisprudence of the ECJ.

MARIA TALIK

ORGANIZMY GENETYCZNIE ZMODYFIKOWANE W AMERYKAŃSKIM PRAWIE FEDERALNYM NA TLE PRAWNOPORÓWNAWCZYM

I. WPROWADZENIE

„Dylematy biotechnologii sytuują się pomiędzy biegunem wielkich oczekiwań i nadziei a biegunem równie ogromnych niepewności i obaw. (...) Odpowiednie regulacje prawne nie tylko warunkują rozwój biotechnologii, ale powinny gwarantować właściwe jej wykorzystanie”¹. Organizmy genetycznie zmodyfikowane (*genetically modified organisms* – GMO) są komercyjnie wykorzystywane w wielu sektorach² i od kilkunastu lat uprawiane na szeroką skalę³, nadal jednak nie cichną kontrowersje wokół ich regulacji.

W Polsce pierwsze unormowania dotyczące GMO wprowadzone zostały w 1997 r.⁴, co związane było z realizacją przewidzianego w Układzie o stowarzyszeniu między Polską a Wspólnotami Europejskimi obowiązku dostosowania prawa polskiego do prawa wspólnotowego. W 2001 r. przyjęta natomiast została pierwsza ustawa kompleksowo normująca problematykę związaną z GMO⁵. Obecnie jednak prowadzone są prace nad nową ustawą, która zastąpić ma ustawę dotychczas obowiązującą. Projekt nowej ustawy – Prawo o organizmach gene-

¹ T. Twardowski, A. Michalska, *Dylematy współczesnej biotechnologii z perspektywy biotechnologa i prawnika*, Toruń 2000, s. 16 i 9.

² Opracowanie niniejsze koncentruje się przede wszystkim na tych GMO, które wykorzystywane są w sektorze rolnym i żywnościowym, a więc na obszarze tzw. „zielonej” biotechnologii (agrobiotechnologii). Odnosnie do innych jeszcze „kolorów” biotechnologii – zob. przyp. 19.

³ W 1996 r. światowe uprawy roślin transgenicznych wynosiły 1,7 mln ha. W 1997 r. wyniosły one już 11 mln ha, a w 1998 r. – 27,8 mln ha (w samych tylko USA – 20,5 mln ha). Zob. C. James, *Global Status of Commercialized Transgenic Crops 1999*, ISAAA Briefs 1999, nr 12, oraz pozostałe raporty ISAAA (*The International Service for the Acquisition of Agri-biotech Applications*), dostępne www.isaaa.org. Zob. też m.in. C. James, A.F. Krattiger, *Global Review of the Field Testing and Commercialization of Transgenic Plants: 1986 to 1995. The First Decade of Crop Biotechnology*, ISAAA Briefs 1996, nr 1 (na temat początków komercyjnej uprawy roślin transgenicznych – zob. zwłaszcza s. v, 21 i 23). Dane dotyczące upraw w 2006 r. – podane w przyp. 29 i 215.

⁴ Był to artykuł 37a ustawy o ochronie i kształtowaniu środowiska z 31 stycznia 1980 r. – wprowadzony 29 sierpnia 1997 r. i obowiązujący od 1 stycznia 1999 r. Zob. szerzej E. Kwapich, T. Twardowski, *Biotechnologia a prawo. Zbiór przepisów*, Poznań 2003, s. 26; B. Iwańska, *Prawo techniki genetycznej – koncepcja horyzontalna a koncepcja wertykalna – wybór metody regulacji*, „Prawo i Środowisko” 2000, nr 1, s. 68–70 i C. Mik, *Regulacje w dziedzinie zastosowań GMO w prawie Wspólnoty Europejskiej*, w: T. Twardowski (red.), *Rozwój biotechnologii. Projekt rozwiązań prawnych dotyczących stosowania organizmów genetycznie modyfikowanych*, Poznań 1997, s. 106.

⁵ Ustawa o organizmach genetycznie zmodyfikowanych z 22 czerwca 2001 r. (Dz.U. Nr 76, poz. 811).

tycznie zmodyfikowanych Rada Ministrów przyjęła 13 lutego 2007 r.⁶ Zakłada on, że ogólny zakaz uprawy roślin genetycznie zmodyfikowanych (GM) powinien być w Polsce utrzymany⁷. Zakaz taki wprowadzono w maju 2006 r., dokonując nowelizacji ustawy o ochronie roślin i ustawy o nasiennictwie⁸. Od ogólnego zakazu przewiduje się jednak w projektowanej ustawie wyjątek w postaci możliwości tworzenia specjalnych „stref wskazanych do prowadzenia upraw roślin GM” (strefy takie mogłyby być tworzone na mocy decyzji, które wydawałby minister do spraw rolnictwa w porozumieniu z ministrem do spraw środowiska i po zasięgnięciu opinii właściwej rady gminy)⁹. W świetle projektowanych rozwiązań regulacja GMO będzie w naszym kraju przedmiotem ożywionej debaty¹⁰. Interesującego wkładu do tej dyskusji dostarczyć może analiza rozwiązań, jakie w odniesieniu do GMO przyjmowane są w innych systemach prawnych. Niniejsze opracowanie poświęcone jest rozwiązaniom przyjętym przez Stany Zjednoczone Ameryki. Zostaną one poddane szczegółowej analizie i następnie porównane z podejściem do regulacji przyjmowanym przez Kanadę, Argentynę (krótko zarysowane zostanie również podejście Brazylii) oraz Wspólnotę Europejską.

II. EWOLUCJA REGULACJI GMO W STANACH ZJEDNOCZONYCH AMERYKI¹¹

Zadanie regulacji inżynierii genetycznej podjęte zostało w Stanach Zjednoczonych już w połowie lat 70. XX w., u progu rozwoju tej nowatorskiej technologii¹².

⁶ Zob. www.kprm.gov.pl (Kancelaria Prezesa Rady Ministrów) oraz www.gmo.mos.gov.pl (Ministerstwo Ochrony Środowiska). Projekt ten wpłynął do Sejmu dnia 17 kwietnia 2007 r., jednak prace nad nim zostały wstrzymane do 17 września tegoż roku, w związku ze zgłoszeniem przez Komisję Europejską szczegółowych uwag do tego projektu; zob. komunikat PAP z dnia 7 sierpnia 2007 r. (powołujący się na oświadczenie biura prasowego Ministerstwa Środowiska), *Resort środowiska: prace nad ustawą o GMO wstrzymane, KE ma uwagi*, zob. www.naukawpolsce.pap.pl i www.biotechnolog.pl.

⁷ Zob. art. 176 ust. 1 projektu ustawy w wersji przyjętej przez Radę Ministrów 13 lutego 2007 r.

⁸ Ustawa o zmianie ustawy o nasiennictwie oraz ustawy o ochronie roślin z 27 kwietnia 2006 r. (Dz.U. Nr 92, poz. 639). Szerzej M. Talik, *Wspólnotowy system śledzenia i znakowania GMO*, „Prawo i Środowisko” 2006, nr 3, s. 69.

⁹ Zob. art. 176 ust. 2 projektu ustawy.

¹⁰ Projektowana ustawa przyciąga uwagę wielu różnych środowisk i opinii publicznej. 15 stycznia 2007 r. w Senacie odbyła się konferencja pt. *GMO – szansą rozwoju dla polskiego rolnictwa? – fakty i mity* (zob. www.senat.gov.pl oraz www.mos.gov.pl). Projekt jest również dyskutowany na łamach prasy; zob. np. M. Kręskawiec, *Genetyczne manipulacje rządu*, „Newsweek Polska” 2007, nr 8, s. 22–25.

¹¹ Przedmiotem analizy jest regulacja GMO na gruncie amerykańskiego prawa federalnego. Na temat inicjatyw odnoszących się do biotechnologii, w tym do GMO, podejmowanych w poszczególnych stanach – zob. opracowania przygotowywane przez Pew Initiative on Food and Biotechnology, *State Legislative Activity Related to Agricultural Biotechnology in 2006* (oraz *in 2005, in 2004, in 2003*), www.pewagbiotech.org. Inicjatywy takie podejmowane są także w poszczególnych hrabstwach (*counties*). Kilka z nich budzi szczególne kontrowersje, bowiem ma na celu ustanowienie obszarów „wolnych od GMO”. Przykładem może być akcja, jaką podjęto w hrabstwie Mendocino, w stanie Kalifornia (zob. www.gmofreemendo.com).

¹² Na temat pierwszych inicjatyw dotyczących regulacji inżynierii genetycznej i jej produktów zob. szerzej Pew Initiative on Food and Biotechnology, *Guide to U.S. regulation of genetically modi-*

W 1975 r. w centrum Asilomar (Pacific Grove) w Kalifornii odbyła się słynna konferencja naukowa w całości poświęcona inżynierii genetycznej i wyzwaniom, jakie postawił jej szybki rozwój¹³. Przyjęte przez uczestników konferencji wspólne stanowisko stało się podstawą do wydanych rok później, pierwszych w skali światowej, obszernych wytycznych ustanawiających zasady prowadzenia badań z wykorzystaniem technik rekombinacji DNA (wydał je amerykański Narodowy Instytut Zdrowia – NIH)¹⁴. Przyjęte tam rozwiązania służyły wielu państwom za wzór dla własnych regulacji w tej dziedzinie¹⁵. Wytyczne przewidywały zamknięte użycie (*contained use*) organizmów uzyskiwanych za pomocą nowych technik, pierwotnie bowiem nie zezwalały na przeprowadzanie badań zakładających uwalnianie GMO do środowiska. Choć początkowo restrykcyjne, pozwalały jednak na kontynuowanie prac w dziedzinie rekombinacji DNA. Z czasem, na podstawie pozyskanej wiedzy i doświadczenia, zdecydowano się na znaczną liberalizację pierwotnych restrykcji¹⁶.

Nowoczesna biotechnologia¹⁷ szybko zaczęła się kształtować jako ważny sektor przemysłu. W 1976 r. w Kalifornii założona została pierwsza na świecie spółka biotechnologiczna (Genentech), która zapoczątkowała komercyjne stosowanie inżynierii genetycznej (wykorzystując tę technologię do produkcji insuliny¹⁸, a więc w obrębie tzw. „czerwonej” biotechnologii¹⁹). Niezwykle

fied food and agricultural biotechnology products, wrzesień 2001, dostępne www.pewagbiotech.org, s. 4–6; D.L. Uchtmann, *StarLink™ – a case study of agricultural biotechnology regulation*, „Drake Journal of Agricultural Law” 2002, vol. 7, s. 163–170.

¹³ Na temat konferencji zob. P. Berg, D. Baltimore, S. Brenner, R.O. Roblin, M.F. Singer, *Asilomar Conference on Recombinant DNA Molecules*, „Science” 1975, vol. 188, nr 4192, s. 991–994. Też J.D. Watson, A. Berry, *DNA. Tajemnica życia*, Warszawa 2005, s. 110–114.

¹⁴ National Institute of Health (NIH), *Guidelines for Research Involving Recombinant DNA Molecules*, originally published 7 lipca 1976. Obowiązek stosowania się do wytycznych nałożony został tylko na podmioty finansowo wspierane przez NIH. Jednak na zasadzie dobrowolności wytyczne były stosowane szeroko również przy badaniach prowadzonych przez pozostałe podmioty. Zob. D.L. Uchtmann, *StarLink...*, op. cit., s. 164–165.

¹⁵ Z. Chen, A. McDermott, *International comparisons of biotechnology policies*, „Journal of Consumer Policy” 1998, nr 21, s. 531.

¹⁶ Z. Chen, A. McDermott, *International comparisons...*, op. cit., s. 53; D.L. Uchtmann, *StarLink...*, op. cit., s. 165; W.L. Anderson, N. Bryson, W. Cohen i in., *Biotechnology Deskbook*, „Environmental Law Institute”, Washington DC 2001, s. 2.

¹⁷ Termin „nowoczesna biotechnologia” (*modern biotechnology*) stosowany jest dla odróżnienia od tzw. „biotechnologii tradycyjnej”. Na ten temat T. Twardowski, A. Michalska, *Dylematy współczesnej...*, op. cit., s. 14–15, 28–29, 34. W opracowaniach poświęconych regulacji GMO nowoczesna biotechnologia utożsamiana jest przede wszystkim z inżynierią genetyczną i jej produktami (co przyjęte będzie również tutaj, choć stanowi to pewne uproszczenie). GMO są określane mianem „produktów biotechnologicznych” (*biotech products*) również przez same Stany Zjednoczone; tak m.in. w sprawie EC – *Measures Affecting the Approval and Marketing of Biotech Products* (zob. raport panelu na www.wto.org).

¹⁸ „Genentech wystartował na giełdzie we wrześniu 1980 r. W ciągu kilku minut wartość jego akcji wzrosła z 35 do 89 dolarów. W tym czasie był to najszybszy skok notowań w historii Wall Street”; zob. J.D. Watson, A. Berry, *DNA...*, op. cit., s. 128. Zob. też A. Gore, *Planning anew biotechnology policy*, „Harvard Journal of Law and Technology”, vol. 5, wyd. jesień 1991, s. 21–22.

¹⁹ Na temat tzw. „kolorów” biotechnologii zob. np. T. Twardowski, *Legal and social aspects of biotechnology in Poland*, „Acta Biochimica Polonica” 2005, vol. 52, nr 3, s. III (www.actabp.pl). Więcej „kolorów” wyróżnia E. Da Silva, w: *The colours of biotechnology: science, development and human-kind*, „Electronic Journal of Biotechnology” 2004, vol. 7, wyd. 3. Na temat tzw. „czarnej biotechnolo-

istotnym czynnikiem determinującym rozwój sektora biotechnologicznego było zagwarantowanie możliwości uzyskania skutecznej ochrony patentowej dla wynalazków tworzonych z zastosowaniem metod inżynierii genetycznej. Drogę do patentowania GMO otworzyło wydane w 1980 r. orzeczenie Sądu Najwyższego w sprawie *Diamond v. Chakrabarty* (zawierające często cytowane stwierdzenie, że „zdolność patentową posiada wszystko pod słońcem, co zostało stworzone przez człowieka”, nie wykluczając żywych organizmów)²⁰, natomiast w 1988 r. United States Patent and Trademark Office (USPTO) przyznał pierwszy na świecie patent obejmujący transgeniczne zwierzę (słynna „Mysz Harvardzka” lub „Onkomysz”)²¹. W 1982 r. naukowcy z University of California (Berkeley) złożyli wniosek o wydanie zezwolenia na przeprowadzenie pierwszej próby polowej z GMO (tzw. *ice-minus bacteria*)²². Wydane wówczas przez NIH zezwolenie stało się przedmiotem wielu kontrowersji i zapoczątkowało długą batalię prawną przed sądami i instytucjami federalnymi prowadzoną pomiędzy naukowcami a przeciwnikami inżynierii genetycznej (np. Jeremy Rifkin²³) i grupami ekologicznymi (zob. sprawa *Foundation on Economic Trends v. Heckler*)²⁴. Kolejne

gii” zob. M. Talik, *Czarna biotechnologia – prawo międzynarodowe wobec zagrożeń związanych z jej rozwojem*, „Prawo i Środowisko” 2007, nr 2, s. 73–85.

²⁰ *Patentable subject matter includes anything under the sun that is made by man* – United States Supreme Court, *Diamond v. Chakrabarty*, 447 U.S. 303, 308–309 oraz 206 USPQ 193, 197 (1980). Szerzej np. B.R. Dom, *Chakrabarty in the era of genomics: Diamond v. Chakrabarty*, 447 U.S. 303 (1980), „Journal of Technology Law and Policy” 2001, vol. 1, wyd. 6 (<http://grove.ufl.edu>). Też K. Schneider, *New Animal Forms Will Be Patented*, „New York Times”, 17 kwietnia 1987 i J.D. Watson, A. Berry, *DNA...*, op. cit., s. 135.

²¹ U.S. Patent Nr 4,736,866. Szerzej np. L.J. Deftos, *Patenting life: the Harvard Mouse that has not roared*, „The Scientist” 2000, vol. 14, wyd. 23, s. 6 (www.the-scientist.com); World Intellectual Property Organization (WIPO), *Bioethics and Patent Law: The Case of the Oncomouse*, „The WIPO Magazine” 2006, nr 3 (www.wipo.int).

²² Szerzej D.L. Uchtmann, *StarLink...*, op. cit., s. 166; D.J. MacKenzie, *International comparison of regulatory frameworks for food products of biotechnology*, The Canadian Biotechnology Advisory Committee, grudzień 2000 (www.cbac-cccb.ca), s. 36. Zob. też P. David, *How bacteria can protect plants*, „Nature”, 22 września 1983 i P.J. Hilt, *NIH Weighing Plans to Release Altered Bacteria*, „The Washington Post”, 20 września 1983.

²³ Jeremy Rifkin, założyciel i przewodniczący Foundation on Economic Trends (FoET), należy do czołowych oponentów rozwoju biotechnologii (J.D. Watson określa go mianem „najbardziej zacieklego wroga biotechnologii”; zob. J.D. Watson, A. Berry, *DNA...*, op. cit., s. 146). Organizowane przez niego kampanie protestacyjne, oprócz opisanej powyżej, dotyczyły również np. żywności genetycznie zmodyfikowanej, rekombinowanych hormonów wzrostu stosowanych dla zwiększenia mleczności krów czy klonowania. Jego działalność nie koncentruje się jednak wyłącznie na biotechnologii, lecz odnosi się również do innych jeszcze kwestii związanych z rewolucją naukową i techniczną, globalizacją i wpływem, jaki te zjawiska wywierają na środowisko, gospodarkę, społeczeństwo, styl życia czy kulturę. Na temat prezentowanych przez niego poglądów szerzej np. T. Woźniak, *Mit mitem zwyciężaj? Jeremy Rifkin w poszukiwaniu alternatywy dla American Dream*, „Studia Socjologiczne” 2006, nr 4, s. 127–147. Jeśli chodzi o poglądy na temat biotechnologii zob. np. J. Rifkin, *The Biotech Century: Harnessing the Gene and Remaking the World*, New York 1998.

²⁴ Zob. szerzej The Foundation on Economic Trends, *Release of the First Genetically Modified Organism (GMO)*, www.foet.org; D.L. Uchtmann, *StarLink...*, op. cit., s. 167–169 i W.L. Anderson i in., *Biotechnology Deskbook...*, op. cit., s. 10. Zob. też P. David, *Suit Filed Against NIH*, „Nature”, 22 września 1983 lub C. Norman, *Legal Threat, Cold Delay UC Experiment*, „Nature”, 21 października 1983 i C. Norman, *Judge halts gene-splicing experiment*, „Science”, vol. 224, 1 czerwca 1984, s. 962–963 (dostępne www.foet.org).

GMO przygotowywane były do przyszłego eksperymentalnego uwolnienia ich do środowiska i w dalszej perspektywie – wprowadzenia do obrotu. Zadanie regulacji inżynierii genetycznej nie mogło już dłużej spoczywać jedynie na NIH. Wobec perspektywy komercyjnego wykorzystania nowej technologii w wielu obszarach, m.in. w sektorze rolnym i żywnościowym (tzw. „zielona” biotechnologia), nieodzowne stało się wytyczenie dla jej produktów jasnej ścieżki regulacyjnej „od laboratorium po rynek”.

Wyzwanie to podjęto i powołano specjalną interdyscyplinarną grupę roboczą do spraw regulacji biotechnologii, funkcjonującą pod auspicjami Office of Science and Technology Policy (OSTP)²⁵. Efektem jej prac był opublikowany w 1984 r. projekt, przyjęty następnie 26 czerwca 1986 r. pod nazwą *Coordinated Framework for Regulation of Biotechnology*²⁶. Dokument ten od dwudziestu lat określa obowiązujące w Stanach Zjednoczonych podejście do regulacji nowoczesnej biotechnologii. Biotechnologia została uznana za ważny obszar gospodarki USA, a utrzymanie pozycji Stanów Zjednoczonych jako światowego lidera w tej dziedzinie – za kluczowy cel przyświecający federalnej regulacji biotechnologii, obok zapewnienia bezpieczeństwa jej produktów dla zdrowia ludzkiego i środowiska naturalnego²⁷.

Na podstawie zarysowanego w *Coordinated Framework* modelu regulacji wiele produktów nowoczesnej biotechnologii mogło zostać wprowadzonych na rynek amerykański, w tym pierwszy na świecie dopuszczony do obrotu transgeniczny produkt żywnościowy, który trafił na półki sklepowe (w 1994 r. – pomidor „FlavrSavr” firmy Calgene)²⁸. Obecnie Stany Zjednoczone są największym producentem i eksporterem GMO, a na terytorium USA przypada największy w skali świata areał upraw transgenicznych²⁹.

²⁵ Zob. Pew Initiative on Food and Biotechnology, *Guide to U.S. regulation...*, op. cit., s. 5–6 i W.L. Anderson i in., *Biotechnology Deskbook...*, op. cit., s. 1.

²⁶ 51 Federal Register 23302 (26 czerwca 1986). Tekst w: W.L. Anderson i in., *Biotechnology Deskbook...*, s. 94–101 oraz na stronie *United States Regulatory Agencies Unified Biotechnology Website*, <http://usbiotechreg.nbii.gov>.

²⁷ Zob. w: *Coordinated Framework for Regulation of Biotechnology*.

²⁸ Zob. Food and Drug Administration (FDA) – Center for Food Safety and Applied Nutrition (CFSAN), *First Biotech Tomato Marketed*, wrzesień 1994 oraz *Biotechnology of Food*, maj 1994, www.cfsan.fda.gov. Zob. też D.J. MacKenzie, *International comparison...*, op. cit., s. 38–39; H.A. Melendez-Juarbe, O. Rivera-Torres, *Labeling of genetically modified food in the United States: the roads not taken*, w: P.B. Hutt, *Food and drug law: an electronic book of student papers*, „Harvard Law School” 2002, s. 26–36 (www.law.harvard.edu); J.A. Thelen, *FDA regulation of food and drug biotechnology*, w: P.B. Hutt, *Food and...*, op. cit.; The Congressional Research Service (CRS), *Food Biotechnology in the United States: Science, Regulation, and Issues*, Report for Congress, 2001, www.ncseonline.org, s. 4, 9 i J.D. Watson, A. Berry, *DNA...*, op. cit., s. 162–163.

²⁹ Areał ten w 2006 r. wyniósł 54,6 mln ha (czyli 53% światowego areału upraw GM, wynoszącego 102 mln ha). C. James, *Global Status of Commercialized Biotech/GM Crops 2006*, ISAAA Briefs 2007, nr 35, raport przygotowany przez ISAAA, dostępny na stronie www.isaaa.org. Zob. też informacje na stronie www.biotechnolog.pl.

III. AMERYKAŃSKI SYSTEM REGULACJI GMO

1. Podstawowe założenia i zasady

Kształtując system kontroli nad organizmami i produktami transgenicznymi, konieczne było udzielenie odpowiedzi na pytanie, jakie podejście do regulacji jest właściwe: podejście horyzontalne, oparte na metodzie produkcji (*process-based approach*), czy podejście wertykalne (sektorowe), oparte na samym produkcie, jego właściwościach i zastosowaniach (*product-based approach*)³⁰. W Stanach Zjednoczonych inżynierii genetycznej samej w sobie nie traktuje się jako potencjalnego zagrożenia i to właśnie założenie determinuje kształt przyjętego tam systemu regulacji³¹. System ten opiera się na dwóch kluczowych i powiązanych ze sobą zasadach. Po pierwsze, przedmiotu regulacji nie stanowi proces modyfikacji genetycznej, lecz będący efektem tego procesu produkt³². Po drugie, produkty inżynierii genetycznej nie wymagają nowych ustaw federalnych, lecz mogą podlegać ustawom dotychczas obowiązującym (*existing federal statutes*). Przyjęcie modelu regulacji nowoczesnej biotechnologii zorientowanego na produkt i opartego na podejściu wertykalnym oznacza, że produkty GM są w Stanach Zjednoczonych regulowane przez kilka różnych agencji federalnych i według postanowień kilku różnych ustaw federalnych³³. Brak jest agencji o horyzontalnym mandacie oraz horyzontalnego ustawodawstwa, które ustanawiałoby jednolite procedury i standardy dla produktów tworzonych z wykorzystaniem metod inżynierii genetycznej. Działalność każdej z istniejących agencji koncentruje się na innej kategorii produktów oraz na innej kategorii potencjalnych zagrożeń. Kategorię, do której produkt należy, wyznaczają zatem jego zastosowania

³⁰ Zob. na temat *product- i process-based approach*: J.E. Hobbs, W.A. Kerr, J.D. Gaisford, G. Isaac, K.K. Klein, *Conflict and consensus-building: international commercial Policy and agricultural biotechnology*, w: R. Evenson, V. Santaniello, *The regulation of agricultural biotechnology*, CAB International, 2004, s. 60; B. Iwańska, *Prawo techniki genetycznej – koncepcja horyzontalna a koncepcja wertykalna – wybór metody regulacji*, „Prawo i Środowisko” 2000, nr 1, s. 64–73. Zob. też G. Isaac, *Agricultural biotechnology and transatlantic trade. Regulatory barriers to GM crops*, CAB International, 2002, s. 144–145; L.A. Patterson, T. Josling, *Regulating biotechnology: comparing EU and US approaches*, „European Policy Papers”, maj 2002, nr 8, University of Pittsburgh, s. 3 (www.ucis.pitt.edu/euce) i D. Lynch, D. Vogel, *The regulation of GMOs in Europe and the United States: a case study of contemporary European regulatory politics*, „Council of Foreign Relations Press” 2001, s. 4 (www.cfr.org).

³¹ To założenie stanowi *the central principle underlying the American government's existing biotech regulations*; zob. D. Lynch, D. Vogel, *The regulation of GMOs...*, op. cit., s. 6. Zob. też L. Val Giddings, *Biotechnology regulation in the United States*, w: F. Nicklisch, G. Schettler, *Regelungsprobleme der Gen- und Biotechnologie sowie der Humangenetik*, Heidelberg 1990, s. 80–81 i M. Mansour, J.B. Bennett, *Regulation of biotech foods: obstacles and opportunities*, „Washington Legal Foundation” 2000, vol. 15, nr 38, Council for Biotechnology Information (www.whybiotech.com). Zob. też wnioski zawarte w dwóch raportach: National Research Council (NRC), *Genetically Modified Pest-Protected Plants*, „The National Academies Press”, Washington 2000 i National Academy of Sciences (NAS), *Introduction of Recombinant DNA – Engineered Organisms into the Environment: Key Issues*, „The National Academies Press”, Washington 1987.

³² *Jurisdiction over the varied biotechnology products is determined by their use, as has been the case for traditional products*; zob. Coordinated Framework for Regulation of Biotechnology.

³³ W.L. Anderson i in., *Biotechnology Deskbook...*, op. cit., s. 1–3.

i indywidualne właściwości, a nie metoda jego produkcji (*product-based*, a nie *process-based approach*). Sprawowana w odniesieniu do każdej z tych kategorii kontrola oparta jest na odmiennych zasadach, innych ustawach i powierzona innym instytucjom.

Zadanie regulacji produktów GM spoczywa przede wszystkim na trzech agencjach federalnych³⁴: Inspekcji Zdrowia Roślin i Zwierząt, funkcjonującej w ramach Departamentu Rolnictwa (APHIS-USDA)³⁵, Agencji Ochrony Środowiska, posiadającej status niezależnej agencji (EPA)³⁶, oraz Agencji Żywności i Leków (FDA)³⁷, podlegającej Departamentowi Zdrowia i Usług Społecznych (USDHHS). Kluczowymi ustawami, na których opierają one swe działania w odniesieniu do produktów GM, są: Federal Plant Protection Act (FPPA), Federal Insecticide, Fungicide and Rodenticide Act (FIFRA), Toxic Substances Control Act (TSCA) oraz Federal Food, Drug and Cosmetic Act (FFDCA)³⁸.

W żadnej z wyżej wymienionych ustaw federalnych nie odnajdziemy postanowień, które odnosiłyby się bezpośrednio do produktów inżynierii genetycznej³⁹. Produkty te normowane są na podstawie tych samych uregulowań ustawowych, co pozostałe produkty należące do danej kategorii (np. żywność, środki ochrony roślin, organizmy potencjalnie szkodliwe dla roślin). Korzenie tych unormowań sięgają okresu, gdy problem kontroli nad uwalnianiem do środowiska i komercyjnym wykorzystaniem produktu inżynierii genetycznej jeszcze nie istniał⁴⁰. Jednak Kongres w swoich ustawach określa jedynie ogólne zasady, na których powinna się opierać regulacja w poszczególnych sektorach, zadanie doprecyzowania tych ogólnych unormowań i dostosowania ich do potrzeb regulowania różnorodnych produktów powierza zaś wyżej wymienionym instytucjom federalnym. Przysługują im zatem kompetencje prawotwórcze i w ramach zakresu delegowanego im przez Kongres mogą wydawać one akty normatywne⁴¹. Elastyczne po-

³⁴ *The Coordinated Framework assigns authority for the regulation of biotechnology to three agencies of the federal government* – L.J. Butler, *The regulation of agricultural biotechnology in the USA*, „Biotechnology and Development Monitor” 1995, nr 24, s. 3. *Three agencies currently share responsibility for the regulation of GM crops* – G.E. Isaac, *Agricultural biotechnology...*, op. cit., s. 184. *A tripartite regulatory scheme composed of the FDA, the USDA and the EPA* – H.A. Melendez-Juarbe, O. Rivera-Torres, *Labeling of genetically...*, op. cit., s. 16.

³⁵ Zob. www.aphis.usda.gov. Zob. też <http://usbiotechreg.nbii.gov> (*United States Regulatory Agencies Unified Biotechnology Website*) i D.L. Uchtmann, *StarLink...*, op. cit., s. 170–174.

³⁶ Zob. www.epa.gov i <http://usbiotechreg.nbii.gov>.

³⁷ Zob. www.fda.gov i <http://usbiotechreg.nbii.gov>.

³⁸ FPPA – 7 United States Code (U.S.C.) §§7701 et seq; FIFRA – 7 U.S.C. §§136 et seq; TSCA – 15 U.S.C. §2601 et seq; FFDCA – 21 U.S.C. § 301 et seq. Zob. też *U.S. law and regulations* – <http://usbiotechreg.nbii.gov>.

³⁹ Pojęcie „produkt inżynierii genetycznej” stosowane będzie zamiennie z pojęciem organizmu bądź produktu genetycznie zmodyfikowanego.

⁴⁰ Rok przyjęcia FPPA – 2000 r. (FPPA bazuje jednak na rozwiązaniach wypracowanych na gruncie dwóch wcześniejszych aktów: Federal Plant Pest Act z 1957 r. oraz Plant Quarantine Act z 1912 r.); FFDCA – 1938 r. (z późniejszymi zmianami, m.in. w 1994 r. w oparciu o Food Quality Protection Act); FIFRA – 1972 r. (z późniejszymi zmianami); TSCA – 1976 r. (z późn. zm.).

⁴¹ Zob. szerzej na ten temat: K.K. Warda, *Agencja do spraw Żywności i Leków a Europejski Urząd Bezpieczeństwa Żywności – podobieństwa i różnice między amerykańskim i europejskim modelem bezpieczeństwa żywności*, „Przegląd Prawniczy Uniwersytetu Warszawskiego” 2005, nr 3, s. 100–112.

dejsie do delegacji kompetencji akceptowane w systemie amerykańskim umożliwia tworzenie federalnych agencji regulacyjnych, wyposażonych w szeroki zakres kompetencji. W systemie tym nie obowiązuje zasada ścisłego instytucjonalnego rozdziału pomiędzy dwoma funkcjami: funkcją oceny (*risk assessment*) oraz zarządzania ryzykiem (*risk management*). Obie funkcje wypełniane są przez te same agencje federalne⁴². Zadaniem tych agencji nie jest zatem jedynie wydawanie opinii naukowych czy dostarczanie naukowego i technicznego wsparcia dla decyzji podejmowanych przez inne podmioty. Agencje wypełniają funkcję regulacyjną i sprawują nadzór nad wykonywaniem ustaw federalnych. Dysponują licznymi instrumentami działania, w tym mają możliwość podejmowania działań o charakterze władczym. W szczególności dotyczy to FDA, która określana jest nawet mianem „najpotężniejszej agencji administracyjnej na świecie”⁴³.

Podstawę działań podejmowanych przez agencje federalne w odniesieniu do produktów inżynierii genetycznej oraz innych produktów stanowi zasada racjonalnego naukowego podejścia i uzasadnienia (*sound science*)⁴⁴. Tylko rezultaty czysto naukowej oceny ryzyka mogą być brane pod uwagę na etapie zarządzania ryzykiem. Zasady inne niż zasada naukowego uzasadnienia (np. zasada przezorności) oraz czynniki inne niż naukowe (np. czynniki społeczne, etyczne) natomiast nie mogą legitymizować podejmowanych działań, jeżeli działania te nie znajdują naukowego uzasadnienia⁴⁵. Przezorność (*precaution*) nie jest w systemie amerykańskim postrzegana jako odrębna zasada, lecz jedynie pewne ogólne i niedookreślone podejście (*precautionary approach*), które nie nadaje się do wyraźnego i bezpośredniego powoływania w postanowieniach aktów prawnych i nie może znajdować zastosowania na etapie zarządzania ryzykiem⁴⁶. Jednak

Zob. też R. Tokarczyk, *Prawo amerykańskie*, Zakamycze, Kraków 2006, s. 79–85 oraz porównanie agencji amerykańskich i wspólnotowych, w: D. Geradin, *The development of European regulatory agencies: what the EU should learn from American experience*, „Columbia Journal of European Law” 2004, vol. 11, zwłaszcza s. 3, 17–18, 6–61, 67 i X. Yatağan, *Delegation of regulatory authority in the European Union. The relevance of the American model of independent agencies*, „The Jean Monnet Working Papers” 2001, nr 3 (www.jeanmonnetprogram.org), zwłaszcza s. 21 i n.

⁴² A. Alemanno, *The contested governance of European food safety. Why the European Food Safety Authority is not an EU-style FDA?*, „Harvard Law School” 2004, s. 52–53 (www.law.harvard.edu/faculty/hutt/); K.K. Warda, *Agencja do spraw Żywności i Leków...*, op. cit., s. 110.

⁴³ *The most powerful administrative agency in the world – A. Alemanno, The contested governance of European...*, op. cit., s. 52.

⁴⁴ *U.S. continues to rely on ‘sound science’, considering neither ‘other factors’ nor the precautionary principle – A. Alemanno, The contested governance of European...*, op. cit., s. 45.

⁴⁵ K.K. Warda, *Agencja do spraw Żywności i Leków...*, op. cit., s. 109 i 112.

⁴⁶ Szerzej D. Vogel, *Ships Passing in the Night: GMOs and the Politics of Risk Regulation in Europe and the United States*, „European University Institute Working Paper” 2001, nr 16, s. 2–3; D. Lynch, D. Vogel, *The regulation of GMOs...*, op. cit., s. 2–3; D. Vogel, *The politics of risk regulation in Europe and the United States*, w: H. Somsen, T. Etty, J. Scott, L. Kramer (red.), „Yearbook of European Environmental Law” 2004, vol. 3, s. 10–11 i 34–40 (dostępne również <http://faculty.haas.berkeley.edu/vogel>) oraz A. König, *Negotiating the precautionary principle: regulatory and institutional roots of divergent US and EU positions*, „International Journal of Biotechnology” 2002, vol. 4, nr 1, s. 73–76. Na temat zasady przezorności zob. również M. Talik, *Zasada przezorności w prawie i polityce ochrony środowiska naturalnego Wspólnot Europejskich*, „Kwartalnik Prawa Publicznego” 2005, nr 3, s. 41–74 i M. Talik, *Zasada przezorności a model podejmowania decyzji w obszarze ochrony środowiska*, „Prawo i Środowisko” 2005, nr 3, s. 132–147.

przezorność pojmowana jako ogólna koncepcja o charakterze bardziej filozoficznym niż prawnym jest w systemie amerykańskim głęboko zakorzeniona⁴⁷.

Konkludując, wobec braku ustawy, która w sposób kompleksowy normowałaby tę problematykę, sprawowanie kontroli w odniesieniu do produktów inżynierii genetycznej podzielone jest na szereg regulacji sektorowych (kontrola fitosanitarna, środki ochrony roślin, żywność). Konieczne jest zatem prześledzenie kilku różnych ścieżek regulacyjnych, jakie w systemie amerykańskim wytyczone zostały dla produktów nowoczesnej biotechnologii. Należy przy tym zaznaczyć, że nie zawsze jeden produkt podlega jednej tylko agencji⁴⁸. Niektóre z produktów mogą być regulowane przez dwie, a nawet przez wszystkie trzy agencje równoległe. Przykładem takiego produktu transgenicznego jest genetycznie modyfikowana odmiana kukurydzy o właściwościach pestycydalnych (kukurydza Bt).

2. Regulacja w poszczególnych sektorach

2.1. Regulacja przez APHIS (USDA)

APHIS⁴⁹, opierając się na FPPA⁵⁰, sprawuje kontrolę nad wprowadzaniem nowych⁵¹ organizmów do środowiska i czuwa, by organizmy te nie były szkodliwe dla roślin, ekosystemów i rolnictwa⁵². Dotyczy to również GMO i oznacza, że ich uprawa na terytorium Stanów Zjednoczonych wymaga akceptacji ze strony APHIS (APHIS zapewnia, by GMO były bezpieczne do uprawy – *safe to grow*).

⁴⁷ Ironically, notwithstanding strong American criticisms of the EU's use of the precautionary principle to prevent or delay approval of GMOs, 'no country has so fully adopted the essence of the precautionary principle in domestic law as the United States. While the precautionary principle has no legal status in the US and has relatively little explicit role (...) elements of the precautionary principle are firmly entrenched in US environmental law – D. Lynch, D. Vogel, *The regulation of GMOs...*, op. cit., s. 2 i D. Vogel, *The politics of risk regulation...*, op. cit., s. 11–12.

⁴⁸ D.L. Uchtmann, *Regulating foods derived from genetically modified crops*, University of Illinois, Farm Decision Outreach Central (Farmdoc) Project, 2000, s. 3–1 (www.farmdoc.uiuc.edu). Zob. też *United States Regulatory Agencies Unified Biotechnology Website*, <http://usbiotechreg.nbi.gov>.

⁴⁹ Pełna nazwa – zob. s. 99.

⁵⁰ Pełny tytuł omawianego aktu – zob. s. 99.

⁵¹ Zakresem pojęcia „nowe organizmy” objęte są nie tylko GMO, lecz również organizmy tzw. gatunków obcych (*alien species*), w tym zwłaszcza te, z którymi wiązać się może ryzyko inwazji biologicznej (*invasive alien species*). Szerzej na temat takich organizmów zob. np. M. Talik, *Alien plant invasions, living modified organisms (LMOs) and biodiversity protection. International, the EU and Polish legal framework*, „Problemy Ekologii” 2006, nr 4, s. 170, 183, 219–223. Zob. też na stronach APHIS: www.aphis.usda.gov.

⁵² Na temat regulacji GMO przez APHIS (USDA), EPA oraz FDA zob. w szczególności D.L. Uchtmann, *StarLink...*, op. cit., s. 160–211; W.L. Anderson i in., *Biotechnology Deskbook...*, op. cit., zwłaszcza strony 15–24 (USDA), 25–32 (FDA), 33–65 (EPA); Pew Initiative on Food and Biotechnology, *Guide to U.S. regulation...*, op. cit., s. 7–26; G.E. Isaac, *Agricultural biotechnology...*, op. cit., s. 179–194; H.A. Melendez-Juarbe, O. Rivera-Torres, *Labeling of genetically...*, op. cit., zwłaszcza s. 9–26, 56–64; D.J. MacKenzie, *International comparison...*, op. cit., s. 36–15; N.A. Belson, *US regulation of agricultural biotechnology: an overview*, „AgBioForum” 2000, vol. 3, nr 4, s. 268–280. Też J. Jendrośka, *Prawne aspekty kontroli nad GMO*, w: K. Kamieniecki, P. Kossobudzki, I. Nurzyńska (red.), *Genetycznie modyfikowane organizmy. Kto ma rację?*, Raport Instytutu na rzecz Ekorozwoju (InE) i Fundacji na rzecz Rozwoju Polskiego Rolnictwa (FPPA), 2003 r., rozdział V (www.ine-isd.org.pl).

Akceptacja ta udzielana jest dwuetapowo – przed rozpoczęciem i po zakończeniu prób polowych (*field testing*) z danym GMO.

Po przeprowadzeniu badań laboratoryjnych nad nową odmianą transgeniczną kolejnym krokiem jest przeprowadzenie uwolnienia GMO do środowiska w celach eksperymentalnych (próby polowe). Na tym etapie kluczową rolę w sprawowaniu kontroli nad GMO pełni właśnie APHIS. Uwolnienie do środowiska (*release into the environment*) nowego organizmu, który może być organizmem szkodliwym (*plant pest*), a także jego import oraz międzystanowe przemieszczenie, wymaga bądź uzyskania zezwolenia (*permit*), bądź jedynie notyfikacji i uzyskania jej potwierdzenia (*notification and acknowledgement*), w zależności od stopnia potencjalnych zagrożeń związanych z uwalnianym organizmem. Podejście do regulacji GMO, początkowo bardziej restrykcyjne, zostało znacznie zliberalizowane w 1997 r.⁵³ Obecnie, jeśli tylko spełnione są pewne określone przepisami APHIS kryteria i zachowywane pewne standardy (*eligibility criteria and performance standards*)⁵⁴, GMO uwolnić można zgodnie z procedurą notyfikacji, a więc bez konieczności uzyskiwania formalnego zezwolenia. Ta właśnie procedura znajduje zastosowanie w większości przypadków uwalniania GMO do środowiska w USA⁵⁵ (zezwoleń wymagane jest natomiast nadal dla tych przypadków, które by wspomnianym wyżej kryteriom i standardom nie odpowiadały – np. w przypadku roślin zmodyfikowanych na potrzeby produkcji leków lub przemysłowych substancji chemicznych⁵⁶).

Po przeprowadzeniu prób polowych i pozyskaniu w ich toku danych wskazujących, że określony GMO nie stanowi organizmu szkodliwego i może być bezpiecznie uprawiany, składany jest wniosek o jego deregulację (*petition for deregulation*). Deregulacja oznacza, że GMO nie traktuje się już dłużej jako niosącego ze sobą zagrożenia i że będzie on mógł być swobodnie przewożony oraz uprawiany na szeroką skalę, co otwiera drogę do jego komercjalizacji.

Misją USDA, w ramach którego funkcjonuje APHIS, jest wspieranie rozwoju rolnictwa amerykańskiego⁵⁷. Jego działalność nakierowana jest zatem na promowanie amerykańskich produktów rolnych, w tym produktów agrobiotechnologicznych. Departament jest również podmiotem współpracującym z patentów

⁵³ Kryteria, od których spełnienia uzależniona jest możliwość zastosowania procedury notyfikacji, w 1997 r. zostały przez APHIS zmodyfikowane – tak, iż możliwe stało się objęcie tą procedurą większości aktualnie uwalnianych GMO. Zob. N.A. Belson, *US regulation of agricultural...*, op. cit., s. 2.

⁵⁴ Odnoszą się one do pewnych właściwości i cech organizmu oraz materiału genetycznego, który został doń wprowadzony (*eligibility criteria*), jak również do sposobu przeprowadzania uwolnienia (*performance standards*). Zob. APHIS 7 Code of Federal Regulations part 340 (7CFR340 Regulations), p. 3 (340.3 – Notification for the introduction of certain regulated articles). Wymieniają je też W.L. Anderson i in., *Biotechnology Deskbook...*, op. cit., s. 18 oraz N.A. Belson, *US regulation of agricultural...*, op. cit., s. 2–3.

⁵⁵ D. Lynch, D. Vogel, *The regulation of GMOs...*, op. cit., s. 5.

⁵⁶ *Pharmaceutical or industrial crops*. Zob. szerzej APHIS, *Permitting genetically engineered plants that produce pharmaceutical compounds*, Biotechnology Regulatory Services (BRS) Factsheet, lipiec 2005 oraz luty 2006, www.aphis.usda.gov.

⁵⁷ W.L. Anderson i in., *Biotechnology Deskbook...*, op. cit., s. 15.

(*patent holder*), które odnoszą się do technik inżynierii genetycznej oraz GMO⁵⁸. Odpowiada jednocześnie za zapewnienie odpowiedniego poziomu ochrony przed potencjalnymi zagrożeniami związanymi z uprawą GMO. Rola instytucji odpowiedzialnych za ochronę środowiska (EPA) jest natomiast w tym zakresie ograniczona. Taki stan rzeczy może stanowić przedmiot krytyki⁵⁹.

2.2. Regulacja przez EPA

Produkty inżynierii genetycznej regulowane są przez EPA⁶⁰ na podstawie dwu ustaw federalnych: FIFRA⁶¹ oraz TSCA⁶². W odniesieniu do obszaru „zielonej” biotechnologii zastosowanie znajduje FIFRA. Jej zakresem objęte są wszystkie pestycydy, również te pozyskiwane z wykorzystaniem metod nowoczesnej biotechnologii. EPA nie uczestniczy w regulacji wszystkich GMO uwalnianych do środowiska i wprowadzanych do obrotu w USA. FIFRA reguluje jedynie ich wąską, ściśle określoną kategorię: GMO o właściwościach pestycydalnych. Należą do niej głównie transgeniczne odmiany roślin uprawnych wyposażone w gen kodujący toksynę Bt⁶³. Regulacji EPA nie podlega jednak roślina GM jako taka, lecz jej pestycydalne właściwości, do których określenia stworzone zostało specjalnie pojęcie „zabezpieczeń wbudowanych w rośliny” (*plant incorporated protectants* – P/P)⁶⁴. Pojęcie to obejmuje substancję pestycydalaną produkowaną i wykorzystywaną przez roślinę GM, jak również materiał genetyczny niezbędny do produkcji takiej substancji. GMO, które są objęte zakresem FIFRA, stanowią wprawdzie wąską kategorię, jednak znaczącą pod względem powierzchni upraw w Stanach Zjednoczonych, drugą najczęściej występującą modyfikację genetyczną obok odporności na herbicydy⁶⁵.

EPA ma zapewnić, by podlegające jej GMO były bezpieczne dla środowiska (*safe for the environment*), co obejmuje również bezpieczeństwo dla zdrowia człowieka⁶⁶. Cechuje ją bardziej rygorystyczne niż pozostałych dwóch agencji

⁵⁸ N.S. Bryson, R.J. Mannix, *Biotechnology Regulation, Round II*, „Environmental Quality Management” wiosna 2000, vol. 9, wyd. 3, John Wiley & Sons, Inc., s. 115. Zob. też *Corn Growers Meet With Secretary Glickman to Urge USDA to Abandon Terminator Technology*, PR Newswire – New York, 1 listopada 1999.

⁵⁹ G. Jaffe, *Regulating transgenic crops: a comparative analysis of different regulatory processes*, „Transgenic Research” 2004, nr 13, s. 16 i K. Goldman Herman, *Issues in the regulation of bioengineered food*, „Berkeley Technology Law Journal”, wiosna 1992, vol. 7, wyd. 1, w pkt. VI.

⁶⁰ Pełna nazwa agencji – zob. s. 99.

⁶¹ Pełny tytuł tego aktu – zob. s. 99.

⁶² Pełny tytuł – zob. s. 99.

⁶³ Na temat takich roślin zob. szerzej np. T. Twardowski, A. Michalska, *Dylematy współczesnej...*, op. cit., s. 31 i 79.

⁶⁴ *Plant incorporated protectants* określane były uprzednio mianem *plant pesticides*. Zob. 66 Fed. Reg. 37772–37778, 19 lipca 2001 (*Final PIP Rule*). Na temat terminów *biopesticides*, *plant incorporated protectants* oraz *plant pesticides* zob. szerzej W.L. Anderson i in., *Biotechnology Deskbook...*, op. cit., s. 36–38. Zob. też T. Twardowski, J. Zimny, A. Twardowska, *Biobezpieczeństwo*, Poznań 2003, s. 155.

⁶⁵ Zob. *The U.S. approach to the regulation of biotechnology products* – www.agbios.com.

⁶⁶ Por. FIFRA, 7 U.S.C. § 136a(c)(5).

podejście do regulacji GMO⁶⁷. Wszystkie pestycydy, by mogły być przedmiotem obrotu i stosowania w USA, muszą być uprzednio zarejestrowane przez EPA. Akceptacji ze strony EPA (w postaci specjalnego zezwolenia – *experimental use permit* – w przypadku prób obejmujących co najmniej 10 akrów) wymaga również testowanie nowego pestycydu w środowisku w celu pozyskania danych niezbędnych do jego rejestracji. Rejestrując pestycyd, EPA ma prawo nałożyć ograniczenia dotyczące sposobu jego stosowania. Ponadto zgodnie z FFDCA EPA odpowiada za ustalanie poziomów tolerancji dla pozostałości pestycydów w żywności (w odniesieniu do GMO EPA korzystała jak dotąd z przysługującej jej możliwości ustanawiania wyłączeń od wymogu ustalenia takich poziomów)⁶⁸.

EPA podlega jeszcze jedna kategoria GMO. Agencja, opierając się na TSCA, jako „nowe substancje chemiczne” reguluje genetycznie zmodyfikowane mikroorganizmy, które są wykorzystywane w przemyśle oraz ochronie środowiska (obszar tzw. „białej” biotechnologii)⁶⁹.

2.3. Regulacja przez FDA

FDA⁷⁰ stoi na czele systemu kontroli bezpieczeństwa żywności w USA i czuwa, by obecna na rynku żywność była bezpieczna do spożycia oraz prawidłowo oznakowana⁷¹. Dotyczy to również żywności transgenicznej.

Agencję cechuje liberalne podejście do regulacji produktów GM. Regulacja tych produktów opiera się na tej samej ustawie, co pozostałych kategorii produktów – FFDCA⁷². Ustawa przyjmuje za zasadę, że wprowadzanie żywności do obrotu nie wymaga uzyskania zezwolenia. Jednocześnie podkreśla, że na przedsiębiorcach spoczywa prawny obowiązek zapewnienia bezpieczeństwa produktów wprowadzanych przez nich do obrotu. Obowiązkiem uprzedniego uzyskania zezwolenia objęte są jedynie produkty, które zawierają nowe substancje dodatkowe (*food additives*). Żywność transgeniczna mogłaby zostać zaliczona do tej kategorii. Procedurze takiej i gruntownej kontroli FDA poddany został pierwszy transgeniczny produkt żywnościowy wprowadzony do obrotu (pomidor „FlavrSavr”)⁷³. Jednakże obecnie większość transgenicznych produktów żywnościowych wprowadzanych do obrotu korzysta ze statusu „powszechnie uznanych za bezpieczne” (GRAS – *generally recognized as safe*)⁷⁴. Przyznanie takiego statusu oznacza wyłączenie z zakresu pojęcia produktu zawierającego

⁶⁷ Zob. *The U.S. approach to the regulation...*, op. cit.

⁶⁸ Por. FFDCA, 21 U.S.C. § 346a(a)(1).

⁶⁹ Szerzej W.L. Anderson i in., *Biotechnology Deskbook...*, op. cit., s. 43–51 i Pew Initiative on Food and Biotechnology, *Guide to U.S. regulation...*, op. cit., s. 17–18.

⁷⁰ Pełna nazwa agencji – zob. s. 99.

⁷¹ Zob. <http://usbiotechreg.nbi.gov> i www.cfsan.fda.gov.

⁷² Pełny tytuł omawianego aktu – zob. s. 99.

⁷³ Zob. przyp. 28.

⁷⁴ Por. FDA, Statement of Policy: Foods Derived from New Plant Varieties, 57 Fed. Reg. (22984 i n.), 29 maja 1992. Zob. też Pew Initiative on Food and Biotechnology, *Guide to U.S. regulation...*, op. cit., s. 20–21; W.L. Anderson i in., *Biotechnology Deskbook...*, op. cit., s. 25–28 i V. Nanda,

nową substancję dodatkową i tym samym z obowiązku uzyskiwania zezwoleń. Żywność transgeniczna może zatem obecnie być legalnie wprowadzona na rynek amerykański bez poddania jej uprzedniej kontroli FDA.

FDA opiera swoje podejście do regulacji produktów GM na zasadzie „zasadniczej (składnikowej) równoważności” (*substantial equivalence*)⁷⁵. Tylko produkty równoważne z produktami konwencjonalnymi (niemodyfikowanymi genetycznie) mogą korzystać ze statusu GRAS. „Zasadnicza równoważność” jest koncepcją, która ma swoją genezę w dokumentach OECD z początku lat 90. Odnosi się do sposobu oceny nowego produktu żywnościowego. Produkt GM może zostać uznany za równoważny wtedy, gdy jego skład nie różni się istotnie pod względem poziomu substancji odżywczych, alergenów lub toksyn od składu odpowiadającego mu produktu konwencjonalnego (np. transgeniczna odmiana pomidora może zostać uznana za równoważną odmianom tradycyjnym)⁷⁶. Produkt równoważny może być traktowany tak samo jak produkt konwencjonalny, ponieważ oba produkty uznaje się za jednakowo bezpieczne. Większość transgenicznych produktów żywnościowych wprowadzanych na rynek amerykański traktowanych jest właśnie w ten sposób. Tym samym według FDA brak jest podstaw, by produkty te poddawać szczególnym rygorom i odrębnym procedurom. Koncepcja „zasadniczej równoważności” i jej stosowanie w odniesieniu do produktów GM budzi jednak kontrowersje. Jednym z zarzutów wysuwanych w tym zakresie jest jej niedookreślony charakter. Nie została ona zdefiniowana w żadnym akcie prawnym. Również naukowcy nie są zgodni w jej ocenie (niektórzy krytykują ją jako „pseudonaukową koncepcję, stosowaną niewłaściwie w procesie regulacyjnym” i postulują zarzucenie jej stosowania⁷⁸).

Żywność transgeniczna „powszechnie uznana za bezpieczną” nie wymaga zezwolenia. Ustalenia, czy może ona korzystać z tego statusu, nie dokonuje jednak

Genetically modified food and international law – the Biosafety Protocol and regulations in Europe, „Denver Journal of International Law and Policy” 2003, nr 28, s. 245–246.

⁷⁵ Zob. V. Nanda, *Genetically modified...*, op. cit., s. 240 i 246. Zob. też J. Jendrośka, *Prawne aspekty kontroli...*, op. cit.

⁷⁶ Zob. Organizacja Współpracy Gospodarczej i Rozwoju (OECD), *Safety evaluation of foods derived by modern biotechnology*, Paris 1993 (www.oecd.org). Koncepcja ta znalazła wyraz także w dokumentach FAO i WHO. Zob. P. Keams, *The concept of substantial equivalence – the rise of a decision tool*, w: A. Spók, S. Kamer, H. Gaugitsch, *Evaluating substantial equivalence. A step towards improving the risk/safety evaluation of GMOs*, Umweltbundesamt, Wien 2002 (www.umweltbundesamt.at), s. 11–14 i T. Christoforou, *The regulation of genetically modified organisms in the European Union: the interplay of science, law and politics*, „Common Market Law Review” 2004, nr 41, s. 652.

⁷⁷ Por. T. Twardowski, J. Zimny, A. Twardowska, *Biobezpieczeństwo...*, op. cit., s. 155 i G.E. Isaac, *Agricultural biotechnology...*, op. cit., s. 132–135, 183–184. Zob. też W. Grajek, *Żywność modyfikowana genetycznie a bezpieczeństwo konsumenta*, referat prezentowany podczas konferencji naukowej *Analiza ryzyka zdrowotnego żywności – czynniki żywieniowe* organizowanej przez SGGW w Warszawie w dniach 19–20 listopada 2001 r. (<http://gastrona.pl>), s. 3.

⁷⁸ *Pseudo-scientific concept misapplied within the regulatory process* – E. Millstone, E. Brunner, S. Mayer, *Beyond 'substantial equivalence' „Nature”*, 7 października 1999, vol. 401, nr 6753, s. 525–526 i E. Millstone, *The limitations and potential utility of substantial equivalence*, w: A. Spók, S. Kamer, H. Gmgitsch, *Evaluating substantial...*, op. cit., s. 32–41. Zob. też N. Salmon, *What's 'noveT about it? Substantial equivalence, precaution and consumer protection 1997–2004*, „Environmental Law Review” 2005, nr 7, s. 141–142 i V. Nanda, *Genetically modified...*, op. cit., s. 240.

FDA, lecz przedsiębiorca wprowadzający produkt do obrotu. Agencja stworzyła natomiast specjalną procedurę konsultacji, która ma ułatwić przedsiębiorcom prawidłowe wywiązanie się z tego zadania⁷⁹. Procedura ta jest jednakże dobrowolna (*voluntary*), tym samym nie ma prawnego obowiązku przeprowadzenia konsultacji z FDA przed wprowadzeniem produktu do obrotu. Ponadto w toku konsultacji FDA analizuje jedynie materiały dostarczone przez przedsiębiorcę i opiera się wyłącznie na przedstawionych przez niego wynikach badań. Jednakże należy pamiętać, że FFDCA nakłada na przedsiębiorców obowiązek zapewnienia, że wprowadzona przez nich na rynek żywność będzie bezpieczna⁸⁰. Jeżeli przedsiębiorca nie wywiąże się z tego obowiązku i jego produkt nie będzie odpowiadał ustanowionym przez FFDCA standardom (*adulterated product*), FDA może skorzystać z przysługujących jej instrumentów działania i podjąć kroki zmierzające do wycofania produktu z rynku⁸¹. Podmiot, który dokonał wprowadzenia produktu do obrotu, pociągnięty może zostać wówczas do odpowiedzialności karnej. Ponadto musi liczyć się z ponoszeniem odpowiedzialności cywilnej (*liability*) za wyrządzone przez jego produkt szkody⁸². W systemie amerykańskim zakres takiej odpowiedzialności może być znaczny, czego przykładem może być głośny incydent związany z transgeniczną odmianą kukurydzy „StarLink”⁸³. Był to produkt koncernu Aventis, który ze względu na potencjalne ryzyko wywoływania reakcji alergicznych u ludzi miał być wykorzystywany wyłącznie w charakterze paszy dla zwierząt. Jednak „StarLink” odnaleziona została w produktach żywnościowych, co oznaczało, że produkty te zawierały niedozwoloną substancję dodatkową i były niezgodne ze standardami wyznaczonymi przez FFDCA. „StarLink”, jak również zanieczyszczone nią produkty żywnościowe musiały zostać niezwłocznie wycofane z rynku. Przeciwno przedsiębiorcom złożone zostały pozwy zbiorowe (*class-action lawsuits* – zob. np. *Merri Place v. Kraft Foods*)⁸⁴. Konkludując, reżim odpowiedzialności cywilnoprawnej w istotny sposób uzupełnia system kontroli regulacyjnej. Odpowiedzialność cywilnoprawna i ryzyko jej poniesienia (*liability risks*) to czynniki każdorazowo brane pod uwagę przez przedsiębiorcę przy podejmowaniu decyzji odnośnie do komercjalizacji nowego

⁷⁹ FDA, Guidance On Consultation Procedures: Foods Derived From New Plant Varieties, czerwiec 1996 (poprawione październik 1997), www.cfsan.fda.gov.

⁸⁰ Pew Initiative on Food and Biotechnology, *Guide to U.S. regulation...*, op. cit., s. 21.

⁸¹ Szerzej zob. K.K. Warda, *Agencja do spraw Żywności i Leków...*, op. cit., s. 101–105 oraz W.L. Anderson i in., *Biotechnology Deskbook...*, op. cit., s. 31–32.

⁸² W USA nie ma szczególnego reżimu odpowiedzialności za szkodę odnoszącego się do GMO. Odpowiedzialność ta opiera się na ogólnych zasadach. Zob. na ten temat R.G. Lattimore, *Symposium: Liability for Farming?*, „Richmond Journal of Law and Technology” 2004, vol. X, wyd. 2 (<http://law.richmond.edu/jolt>). Też J. Jendrośka, *Prawne aspekty kontroli...*, op. cit.

⁸³ Szerzej D. Nelkin, E. Marden, *The StarLink controversy: the competing frames of risk disputes*, „International Journal of Biotechnology” 2004, vol. 6, nr 1, s. 20–42; D.L. Uchtmann, *StarLink...*, op. cit., s. 159–211; D. Uchtmann, *Symposium: Liability Issues: Lessons from StarLink*, „Richmond Journal of Law and Technology” 2004, vol. X, wyd. 2 oraz D. Hegwood, *Symposium: Remarks on Regulating Genetically Modified Foods in the United States*, „Richmond Journal...”, op. cit.

⁸⁴ Szerzej W.L. Anderson i in., *Biotechnology Deskbook...*, op. cit., s. 65–68. Zob. też D. Uchtmann, *Symposium: Liability...*, op. cit., oraz *Iowa farmer files StarLink lawsuit against Aventis*, 8 lutego 2001, Iowa State University – www.extension.iastate.edu.

produktu transgenicznego w USA⁸⁵. Z tego powodu przedsiębiorcy podejmują kroki mające na celu zabezpieczenie się przed potencjalną odpowiedzialnością prawną. Takim krokiem jest przeprowadzenie konsultacji z FDA przed wprowadzeniem produktu do obrotu⁸⁶. Proces ten, choć formalnie dobrowolny, postrzegany jest jednak jako standard należytej staranności i dlatego wszystkie produkty GM dotąd wprowadzone na rynek amerykański takim konsultacjom zostały poddane⁸⁷. W 2001 r. FDA opublikowała natomiast w Rejestrze Federalnym (*Federal Register*) propozycję ustanowienia obowiązkowej procedury powiadamiania przed wprowadzeniem produktu GM do obrotu (*premarket biotechnology notice*), jednak nie została ona jeszcze ostatecznie przyjęta⁸⁸. Obecny system dobrowolny przekształcony zostałby w obowiązkowy (*mandatory*).

Kolejnym kluczowym problemem regulacyjnym, który wymaga rozważenia w odniesieniu do żywności transgenicznej, jest jej znakowanie (*labeling*). Problematykę znakowania żywności normują postanowienia sekcji 403(a) oraz sekcji 201(n) FFDCA⁸⁹. W świetle tych unormowań zakazane jest wprowadzanie do obrotu żywności nieprawidłowo oznakowanej (*mislabeled*). Oznakowanie jest nieprawidłowe, jeżeli jest nieprawdziwe (*false*) lub wprowadza w błąd (*misleading*)⁹⁰. Prawidłowe powinno ujawniać wszystkie istotne fakty (*material facts*). Pominięcie takich faktów przez producenta jest oznakowaniem, które wprowadza w błąd („oznakowanie wprowadza w błąd bądź z powodu poczynionych stwierdzeń, bądź z powodu pominięcia istotnych informacji”)⁹¹. Obowiązek znakowania produktów może zostać nałożony tylko w odniesieniu do faktów określanych mianem istotnych⁹². W systemie amerykańskim przyjmuje się, że znakowanie powinno odnosić się jedynie do właściwości produktu oraz jego bezpieczeństwa

⁸⁵ Por. D. Uchtmann, *Symposium: Liability...*, o p. cit. Zob. też M.D. Stovsky, *Product liability barriers to the commercialization of biotechnology: improving the competitiveness of the U.S. biotechnology industry*, „Berkeley Technology Law Journal”, jesień 1991, vol. 6, s. 363 (<http://btjl.boalt.org>).

⁸⁶ FDA wydała wytyczne dotyczące tych konsultacji – zob. FDA, *Guidance on Consultation Procedures: Foods Derived*, op. cit.

⁸⁷ *Part of the standard of care expected of industry* – D.L. Uchtmann, *Regulating foods...*, op. cit., s. 8 i W.L. Anderson i in., *Biotechnology Deskbook...*, op. cit., s. 28.

⁸⁸ FDA, *Proposed Rule: Premarket Notice Concerning Bioengineered Foods*, 66 Fed. Reg. 4706, 18 stycznia 2001, www.cfsan.fda.gov.

⁸⁹ Zob. na ten temat H.A. Melendez-Juarbe, O. Rivera-Torres, *Labeling of genetically...*, op. cit., s. 1–75; Z. Makuch, *TBT or not TBT, that is the question: the international trade law implications of European Community GM traceability and labelling legislation*, „European Environmental Law Review” 2004, s. 235–236; G. Conko, J.H. Adler, J. Halloran, *Symposium: Remarks on Regulating Genetically Modified Foods: Is mandatory labeling the right answer?*, „Richmond Journal of Law and Technology” 2004, vol. X, wyd. 2; V. Nanda, *Genetically modified food and international law – the Biosafety Protocol and regulations in Europe* (pkt III p.t. *The U.S. regulatory framework*), „Denver Journal of International Law and Policy” 2003, nr 28, s. 246–248; W.L. Anderson i in., *Biotechnology Deskbook...*, op. cit., s. 28–30 i J.A. Thelen, *FDA regulation...*, op. cit.

⁹⁰ *Food shall be deemed to be misbranded if its labeling is false or misleading in any particular manner* – Section 403 (a)(1) FFDCA.

⁹¹ *Labeling is misleading either because of the statements made or the omission of material Information* – W.L. Anderson i in., *Biotechnology Deskbook...*, op. cit., s. 29.

⁹² *Material facts*. Zob. Section 201 (n) FFDCA. Zob. też sprawy *Stauber v. Shalala*, 895 F. Supp. (Federal Supplement) 1178 (1995) United States District Court for the District of Western Wisconsin (D.D.C.) oraz *Alliance for Bio-Integrity v. Shalala*, 116 F. Supp. 2d 166 (2000) United States District

{*product and safety-based*). Zastosowanie określonej metody produkcji nie stanowi faktu istotnego, o ile metoda ta nie wywiera wpływu na właściwości i bezpieczeństwo finalnego produktu⁹³. Jak już wspomniano, produkty transgeniczne uznawane są za „zasadniczo równoważne” i jednakowo bezpieczne jak pozostałe produkty. Nie ma zatem podstaw, by wprowadzać szczególny obowiązek znakowania dla tej kategorii produktów. Produkty GM podlegają znakowaniu według tych samych zasad, co pozostałe produkty. Nie wymagają znakowania, chyba że nie są „zasadniczo równoważne” i różnią się od produktów konwencjonalnych (mogą stanowić zagrożenia dla zdrowia konsumentów lub mają zmienioną wartość odżywczą). Przykładowo, jeżeli produkt transgeniczny (np. pomidor) zawiera białko pochodzącą ze znanego źródła alergenu (np. orzeszek ziemny), należy poinformować o tym konsumentów poprzez odpowiednie oznakowanie produktu⁹⁴.

Rozważenia wymaga również obowiązek znakowania uzasadniany prawem konsumenta do informacji oraz do dokonywania świadomego wyboru (*consumer's right to know and right to choose*). Problem ten rozpatrzeć należy w świetle orzecznictwa Federalnego Sądu Najwyższego (dalej SN) i innych sądów federalnych odnoszącego się do Pierwszej Poprawki do Konstytucji Stanów Zjednoczonych⁹⁵. Gwarantuje ona swobodę wypowiedzi (*freedom of expression*), co obejmuje też swobodę wypowiedzi handlowej (*commercial speech*)⁹⁶. Ochronie podlega nie tylko prawo do wypowiadania się (*right to speak*), lecz również prawo do powstrzymania się od wypowiedzi (*right not to speak* – por. np. *United States v. United Foods*)⁹⁷. Konieczne jest zatem ustalenie, kiedy prawo federalne lub stanowe może w zgodzie z Konstytucją nakładać na producentów obowiązek ujawniania określonych informacji na etykiecie ich produktów. Prawo takie powinno przejść określony przez SN test konstytucyjności (por. *Central Hudson Gas and Electric Corp. v. Public Service Commission*)⁹⁸. Musi być uzasadnione ważnym interesem (*substantial governmental interest*), bezpośrednio służyć jego ochronie i być konieczne do jego należytego zabezpieczenia. Uzasadnienie wskazujące jedynie na obawy i oczekiwanie konsumentów (zob. *International*

Court for the District of Columbia (W.D. Wis.). Szerzej H.A. Melendez-Juarbe, O. Rivera-Torres, *Labeling...*, op. cit., s. 11–15, 37–56.

⁹³ *When considered independently of the product, the method of manufacture is not material. The act requires no disclosure concerning it* – U.S. Supreme Court (sprawa *United States v. Ninety-Five Barrels, More or Less, Alleged Apple Cider Vinegar*), cyt. za H.A. Melendez-Juarbe, O. Rivera-Torres, *Labeling of genetically...*, op. cit., s. 42. *There is no general right to know that a food has been produced using genetic engineering* – Ibidem, s. 24.

⁹⁴ FDA, Statement of Policy: Foods Derived from New Plant Varieties, 57 Fed. Reg. 22984, 29 maja 1992. Też T. Twardowski, J. Zimny, A. Twardowska, *Biobezpieczeństwo...*, op. cit., s. 155.

⁹⁵ Zob. szerzej G. Conko, J.H. Adler, J. Halloran, *Symposium: Remarks on Regulating Genetically...*, op. cit.

⁹⁶ *The Supreme Court has made clear that commercial speech is protected speech* – G. Conko, J.H. Adler, J. Halloran, *Symposium: Remarks on Regulating Genetically...*, op. cit.

⁹⁷ 533 U.S. 405 (2001) U.S. Supreme Court. Zob. G. Conko, J.H. Adler, J. Halloran, *Symposium: Remarks on Regulating Genetically...*, op. cit.

⁹⁸ 447 U.S. 557 (1980) U.S. Supreme Court. Zob. ibidem.

Dairy Foods Association v. Amestoy) nie jest wystarczające⁹⁹. Konieczne jest bowiem wsparcie w postaci danych naukowych wskazujących na istnienie określonego ryzyka dla zdrowia i bezpieczeństwa konsumentów (*Health and safety risk*). W taki sposób rozstrzygnięta została sprawa wprowadzonego przez stan Vermont i zaskarżonego przez producentów obowiązku znakowania produktów mlecznych pochodzących od krów, którym aplikowano rekombinowany hormon wpływający na wzrost produkcji mleka (rBST)¹⁰⁰. FDA stwierdziła, że produkty te nie różnią się niczym od produktów tradycyjnych. Jako uzasadnienie dla nałożonego na producentów obowiązku znakowania prawodawca stanowy powołał zatem konieczność zapewnienia konsumentom możliwości podejmowania świadomych decyzji (*making informed decisions*). Jednak sąd uznał, że nie stanowi to wystarczająco ważnego w świetle wymogów konstytucyjnych interesu, który uzasadniałby ograniczenie swobody wypowiedzi handlowej przysługującej producentom. Producenci musieliby ujawniać informacje, których ujawniać nie chcieli i które nie odnosiły się do bezpieczeństwa produktów. Bez należytego uzasadnienia ograniczono by ich konstytucyjnie chronione prawo do niewypowiadania się wbrew własnej woli¹⁰¹. Sąd uznał racje producentów, podkreślając jednocześnie, że obowiązek znakowania nie może opierać się wyłącznie na oczekiwaniach konsumentów. Akceptacja takiego uzasadnienia oznaczałaby bowiem, że możliwość nakładania na producentów obowiązku ujawniania różnorodnych informacji byłaby praktycznie nieograniczona („jeżeli interesy konsumentów same w sobie byłyby wystarczające, nie byłoby wówczas żadnych granic, jeśli chodzi o informacje na temat stosowanych metod produkcji, których ujawniania można byłoby wymagać od producentów”¹⁰²). Przedmiotem skargi sądowej stało się również stanowisko FDA dotyczące znakowania wyrażone w oświadczeniu z 1992 r., lecz sąd potwierdził prawidłowość i słuszność tego stanowiska (*Alliance for Bio-Integrity v. Skalała*)¹⁰³. W systemie amerykańskim nie ma zatem obowiązku powszechnego znakowania produktów GM.

Problematyka ta budzi jednak ciągle kontrowersje. Podejmowane były inicjatywy ustawodawcze zmierzające do ustanowienia obowiązku znakowania produktów transgenicznych (np. *The Genetically Engineered Food Right to Know Act* – projekt wniesiony pod obrady Kongresu USA przez deputowane-

⁹⁹ *International Dairy Foods v. Amestoy*, 92 F.3d 67 (1996) U.S. Court of Appeals for the Second Circuit.

¹⁰⁰ *International Dairy Foods Association v. Amestoy*. Na ten temat H.A. Melendez-Juarbe, O. Rivera-Torres, *Labeling of genetically...*, op. cit., s. 49–56 i V. Nanda, *Genetically modified...*, op. cit., s. 248.

¹⁰¹ *Manufacturers' constitutional right not to speak is a serious one (International Dairy Foods Association v. Amestoy*, pkt 71–72).

¹⁰² *Were consumer interest alone sufficient, there is no end to the information that States could require manufacturers to disclose about their production methods – International Dairy Foods Association v. Amestoy*. Zob. Z. Makuch, *TBTor not TBT...*, op. cit., s. 235 i G. Conko, J.H. Adler, J. Halloran, *Symposium: Remarks on Regulating Genetically...*, op. cit.

¹⁰³ Zob. szerzej H.A. Melendez-Juarbe, O. Rivera-Torres, *Labeling of genetically...*, op. cit., s. 37 i n. Zob. też www.centerforfoodsafety.org.

go Dennisa Kucinicha)¹⁰⁴. Jednak obowiązkowe etykiety wskazujące na zastosowanie inżynierii genetycznej mogłyby być traktowane przez konsumentów jako swoiste znaki ostrzegawcze (*warning labels*). Takie oznakowanie produktu mogłoby wprowadzać przeciętnego konsumenta w błąd, sugerując mu, że żywność GM wymaga oznakowania, bo jest bardziej niebezpieczna od innych produktów. Kierując się tą obawą, obowiązkowego systemu znakowania nie uznano w Stanach Zjednoczonych za prawidłowy. Uznano natomiast możliwość dobrowolnego znakowania produktów (*voluntary labeling*). Aby ułatwić wypracowanie odpowiedniego systemu takiego znakowania producentom, którzy chcą uczynić zadość oczekiwaniom konsumentów, FDA wydała specjalne wytyczne¹⁰⁵. Położono w nich nacisk na to, by oznakowanie dobrowolnie stosowane przez producenta nie wprowadzało w błąd. Z tego powodu FDA nie akceptuje znakowania słowami „wolny od GMO” (*GMO free*), czy „nie zmodyfikowany genetycznie” (*not genetically modified*). Termin „produkt wolny od GMO” sugeruje, iż poziom materiału transgenicznego w tym produkcie jest równy zeru, tym samym że produkt nie zawiera żadnych, nawet śladowych i ubocznych jego ilości (*adventitious presence*), czego w praktyce zagwarantować nie można¹⁰⁶.

GMO są uprawiane w USA na szeroką skalę. Podczas uprawy, zbioru, transportu czy przetwarzania odmiany transgeniczne oraz konwencjonalne nie muszą podlegać segregacji. Ciężar ustanowienia systemu segregacji spoczywa jedynie na producentach, którzy mają zamiar znakować swoje produkty jako „nie wyprodukowane z zastosowaniem inżynierii genetycznej” (*not genetically engineered, not developed using biotechnology*)¹⁰⁷ lub jako „ekologiczne” (*organie*)¹⁰⁸. Z koniecznością ustanowienia takiego systemu w szczególności muszą się liczyć producenci, którzy chcą eksportować na rynek wspólnotowy¹⁰⁹. Jak trudno taki system w praktyce ustanowić tam, gdzie GMO są szeroko uprawiane i uznawane za równoważne z innymi produktami, pokazuje przykład „StarLink”¹¹⁰. Po wprowadzeniu GMO do obrotu utrzymanie odmiany transgenicznej i odmian konwencjonalnych przez cały łańcuch uprawy i produkcji (*from farm to fork*)

¹⁰⁴ H.R. (House of Representatives) 3377, 106th Congress, 1st Session, Nov. 16, 1999. Szerzej V. Nanda, *Genetically modified...*, op. cit., s. 246–248.

¹⁰⁵ FDA, Draft Guidance for Industry. Voluntary Labeling Indicating Whether Foods Have or Have Not been Developed Using Bioengineering, 66 Fed. Reg. 4839, 18 stycznia 2001, dostępne www.cfsan.fda.gov. Zob. też W.L. Anderson i in., *Biotechnology Deskbook...*, op. cit., s. 28–30 i Z. Makuch, *TBT or not TBT...*, op. cit., s. 236.

¹⁰⁶ FDA, Draft Guidance..., op. cit., Z. Makuch, *TBT or not TBT...*, op. cit., s. 236.

¹⁰⁷ FDA, Draft Guidance..., op. cit.

¹⁰⁸ Żywność oznakowana jako „ekologiczna” nie może być produkowana z wykorzystaniem biotechnologii. Zob. szerzej USDA, *National Organic Program*, Final Rule 65 Fed. Reg. 80548, 21 grudnia 2000 (www.ams.usda.gov/NOP).

¹⁰⁹ Wprowadzenie do obrotu obejmuje także przywóz. Produkty zawierające i/lub składające się z GMO nie mogą być przywożone do Wspólnoty, jeżeli nie spełniają przepisów wspólnotowych (por. ustęp 11 dyrektywy nr 2001/18). Zob. szerzej M. Talik, *Wspólnotowy system śledzenia...*, op. cit., s. 65.

¹¹⁰ *We cannot segregate these products to meet zero tolerance (...) and that was the lesson from Starlink – once you've commercialized something, it's in the system, you can't keep it out, not to a zero tolerance.* – D. Hegwood, *Symposium: Remarks on...*, op. cit.

w osobnych kanałach jest zadaniem trudnym i kosztownym. W systemie takim jak amerykański zagwarantowanie bliskiego zera poziomu zawartości materiału transgenicznego w produktach jest praktycznie niemożliwe, dlatego konieczność wypełniania wymogów wspólnotowych stanowi duży problem dla producentów amerykańskich pragnących eksportować swoje produkty na rynek wspólnotowy.

Podsumowując, w systemie amerykańskim większość transgenicznych produktów żywnościowych jest obecnie regulowana jako produkty „zasadniczo równoważne” i „powszechnie uznane za bezpieczne”, nie wymaga zezwolenia na wprowadzenie do obrotu i nie podlega obowiązkowi znakowania ani segregacji. To liberalne podejście przyjęte w systemie amerykańskim fundamentalnie różni się od podejścia do regulacji produktów transgenicznych przyjętego przez Wspólnotę Europejską i jej państwa członkowskie. Kluczowe różnice w tym zakresie zostaną zarysowane poniżej. Wpierw jednak regulacja GMO w systemie amerykańskim porównana zostanie z regulacją GMO w Kanadzie oraz w Argentynie. Państwa te, podobnie jak Stany Zjednoczone, należą do głównych światowych producentów oraz eksporterów GMO¹¹¹. Na arenie międzynarodowej zajmują stanowisko bliskie stanowisku Stanów Zjednoczonych: występowały jako członkowie „Grupy Miami” w negocjacjach nad Protokołem Kartageńskim¹¹², a następnie wystąpiły obok USA na forum WTO ze skargami przeciwko moratorium i restrykcjom utrzymywanym we Wspólnocie w odniesieniu do GMO (spór *European Communities – Measures Affecting the Approval and Marketing of Biotech Products* – raport panelu w tej sprawie, stwierdzający naruszenie przez Wspólnotę jej zobowiązań związanych z członkostwem w WTO, został przyjęty przez panel 29 września 2006 r. i następnie zatwierdzony 21 listopada 2006 r. przez Organ Rozstrzygania Sporów WTO¹¹³). Podejście do regulacji GMO w tych trzech państwach wykazuje wiele podobieństw (szczególnie w przypadku USA i Kanady), choć wskazać można również różnice. Podkreślone zostaną elementy wspólne dla systemu amerykańskiego oraz systemów regulacji GMO w Kanadzie oraz Argentynie, jak również te, które dla każdego z tych systemów są specyficzne.

IV. REGULACJA GMO W KANADZIE

System regulacji GMO w Kanadzie, podobnie jak w Stanach Zjednoczonych, oparty został na podejściu zorientowanym na produkt (*product-based approach*). Podejście to jest jednak w przypadku Kanady szczególne („Kanada przyjmuje

¹¹¹ C. James, *Global Status of Commercialized...*, op. cit. Zob. przyp. 29 i 215.

¹¹² W skład *Miami Group* weszły oprócz Stanów Zjednoczonych, Argentyny i Kanady także Australia, Chile i Urugwaj. Na temat negocjacji nad Protokołem oraz stanowiska USA i pozostałych członków *Miami Group* zob. C. Bail, R. Falkner, H. Marquard (red.), *The Cartagena Protocol on Biosafety. Reconciling trade in biotechnology with environment and development?*, Londyn 2002.

¹¹³ Skargi złożone w maju 2003 r. przez USA – WT/DS291, Kanadę – WT/DS292 oraz Argentynę – WT/DS293. Raport Panelu oraz pozostałe dokumenty związane ze sprawą www.wto.org. Na temat sporu zob. szerzej M. Talik, *Transatlantycki spór o regulację produktów nowoczesnej biotechnologii w świetle prawa WTO*, „Kwartalnik Prawa Publicznego” 2006, nr 2, s. 129–168.

odmienne, i możliwe, że unikalne, podejście zorientowane na produkt¹¹⁴), opiera się bowiem na pojęciu „nowości” (*novelty*). Pojęcie to definiowane jest szeroko i obejmować może organizmy oraz produkty wyprodukowane w bardzo różny sposób, zarówno metodami tradycyjnymi (tradycyjne techniki hodowli roślin, takie jak selekcja i krzyżowanie), jak również metodami inżynierii genetycznej. Produkt „nowy” (*novel product*) podlega szczególnej regulacji prawnej¹¹⁵. W odniesieniu do „nowej” żywności ustanowiony został obowiązek notyfikacji przed jej wprowadzeniem do obrotu (*pre-market mandatory notification*), co jest równoznaczne z koniecznością przedstawienia właściwemu federalnemu departamentowi (Health Canada) odpowiednich danych pozwalających na ocenę bezpieczeństwa produktu. Nie ma natomiast szczególnych unormowań, które odnosiłyby się do samych GMO¹¹⁶. Produkt inżynierii genetycznej może jednak zostać zakwalifikowany do kategorii produktów „nowych” (roślina GM może zostać uznana za „roślinę z nową cechą” – *plant with a novel trait*) a wyprodukowana z niej żywność za „nową żywność” – *novel food*¹¹⁸). Uznaje się przy tym, iż zastosowanie określonej metody produkcji samo w sobie nie determinuje poziomu ryzyka związanego z końcowym produktem. Statusu GMO nie określa się zatem na podstawie metody jego produkcji *per se*, lecz na podstawie „nowości” jego cech i właściwości (*novel traits of a plant or novel attributes of a food*)¹¹⁹. GMO regulowane są w taki sam sposób jak inne „nowe” produkty (także te wyprodukowane metodami tradycyjnymi). Przy ocenie produktu ważną rolę pełni koncepcja „zasadniczej równoważności” (odwołano się do niej *expressis verbis*, definiując

¹¹⁴ *Canada takes a different, and possibly unique, product-based approach* – L. Głowka, *Law and modern biotechnology. Selected issues of relevance to food and agriculture*, Food and Agriculture Organisation (FAO) Legislative Study, Rzym 2003.

¹¹⁵ Zob. m.in. *Novel Foods Regulations* (Division 28 of Food and Drugs Regulations), Canada Gazette (oficjalny organ publikacyjny Federalnego Rządu Kanady), 6 października 1999, www.canadagazette.gc.ca. Zob. też Health Canada, *Guidelines for the Safety Assessment of Novel Foods Derived from Plants and Microorganisms*, revised in 2006, www.hc-sc.gc.ca oraz Canadian Food Inspection Agency (CFIA), *Regulatory Directive 94-08, Assessment Criteria for Determining Environmental Safety of Plants with Novel Traits*, revised in 2004, www.inspection.gc.ca.

¹¹⁶ W Kanadzie przez pojęcie organizmów genetycznie zmodyfikowanych rozumie się organizmy, których materiał genetyczny zmieniono, niezależnie od zastosowanej w tym celu metody. Może to być zarówno metoda tradycyjna (*genetic modification by traditional techniques*), jak również inżynieria genetyczna (*genetic modification by modern techniques*). Odróżnia się pojęcie „modyfikacji genetycznej” (*genetic modification*), które jest pojęciem szerszym, od pojęcia „inżynierii genetycznej” (*genetic engineering*). Akty prawne posługują się pierwszym z tych pojęć, nie uznaje się bowiem za zasadne wyodrębniania inżynierii genetycznej i jej produktów i traktowania ich w sposób szczególny.

¹¹⁷ *A GMO may be a PNT (plant with a novel trait) but a PNT is not always a GMO*. Wszystkie rośliny GM zatwierdzone do tej pory w Kanadzie regulowane były jako *plants with novel traits* – CFIA, strona www.inspection.gc.ca.

¹¹⁸ *Most of the novel foods falling under the scope of regulation are derived from genetic engineering* – E. Moore, *Food Safety, Labelling and the Role of Science: Regulating Genetically Modified Crops in Canada and the United States*, Paper for the ECPR Joint Sessions Workshop on the Politics of Food, Copenhagen, 14–19 kwietnia 2000, s. 20.

¹¹⁹ *Canada is the only country where regulatory oversight is triggered solely by the novelty of traits expressed by plants or the novel attributes of foods or food ingredients, irrespective of the means by which the novel traits were introduced* – zob. *The Canadian Regulatory System*, www.agbios.com.

pojęcie *plant with a novel trait*¹²⁰). Cechy i właściwości produktu, który ma być wprowadzony do obrotu, porównywane są z cechami i właściwościami produktów podobnych, które uznane już zostały za bezpieczne („odpowiedników, które posiadają historię bezpiecznego stosowania w rolnictwie lub bezpiecznej konsumpcji”¹²¹). Fakt, że produkt został wyprodukowany z zastosowaniem metod inżynierii genetycznej nie wystarcza, aby poddać go odrębnej, szczególnej regulacji prawnej¹²². Uznaje się jednak wyraźnie możliwość regulowania takich produktów jako produktów „nowych” (z uwagi na związany z nimi „potencjał nowości”¹²³). Obowiązek prawidłowego określenia statusu produktu spoczywa na podmiocie wprowadzającym ten produkt do obrotu. W przypadku wątpliwości powinien on skonsultować się z odpowiednią instytucją (Canadian Food Inspection Agency bądź Health Canada¹²⁴). W praktyce znaczną część spośród zatwierdzonych w Kanadzie w ciągu minionej dekady „nowych” roślin i żywności stanowiły właśnie produkty inżynierii genetycznej. Regulacja produktów „nowych” nie jest jednakże nadmiernie restryktywna (tworząc unormowania dotyczące „nowej” żywności spośród dwóch rozważanych opcji – zezwolenia na wprowadzenie do obrotu oraz notyfikacji – zdecydowano o wyborze opcji mniej restryktywnej, czyli notyfikacji), a inżynierii genetycznej nie traktuje się jako źródła szczególnego ryzyka, wobec czego wiele takich produktów może być w Kanadzie zatwierdzanych.

Podejście do regulacji nowoczesnej biotechnologii jest nieco bardziej restryktywne w przypadku Kanady niż w przypadku Stanów Zjednoczonych¹²⁵, choć nadal jest to podejście liberalne (*permissive*) i sprzyjające rozwojowi nowoczesnej biotechnologii. System kanadyjski, oparty na „nowości” (*novelty-based*), wydaje

¹²⁰ Koncepcja „zasadniczej równoważności” stosowana jest zazwyczaj jedynie w odniesieniu do oceny produktów żywnościowych, jednak w Kanadzie jej zakres zastosowania jest szerszy. P. Andree, *The biopolitics of genetically modified ...*, s. 20: *This particular use of substantial equivalence in environmental reviews is unique to Canada.*

¹²¹ *Counterparts with a history of safe use in agriculture or safe consumption.*

¹²² Por. B.E. Ellis, *From concept to practice: evaluating substantial equivalence in North America*, w: A. Spók, S. Kamer, H. Gaugitsch, *Evaluating substantial...*, op. cit., s. 28.

¹²³ *Because of their potential for novelty.*

¹²⁴ CFIA podlegają produkty takie jak: nasiona i rośliny, w tym rośliny „nowe”, zwierzęta oraz pasza, Health Canada: żywność, w tym żywność „nowa”, a także leki oraz kosmetyki. Oprócz tego, należy też wspomnieć o Environment Canada (temu departamentowi poddano produkty nieobjęte zakresem działania innych departamentów i agencji, a mogące mieć wpływ na środowisko – np. nowe substancje i mikroorganizmy). Szerzej zob. *The Canadian Regulatory System...*, op. cit., s. 3 oraz P. Andree, *The biopolitics of genetically modified...*, op. cit., s. 10.

¹²⁵ *Canada has a more restrictive biotechnology policy than the United States. (...) American biotechnology policies are therefore even more permissive than those of Canada* – E. Montpetit, *A policy network explanation of biotechnology policy differences between the United States and Canada*, „Journal of Public Policy” 2005, nr 25, s. 339. *Although generally permissive, the Canadian biotechnology policy is more restrictive than that of the United States in several respects* – E. Montpetit, F. Garon, *Biotechnology divergence despite economic proximity: a comparison of American and Canadian policy networks*, Paper presented at the Annual Meeting of the American Political Science Association, wrzesień 2004, s. 2. Także Ch. Rothmayr Allison, A. L’Esperance, *Courts and the Biotechnology Revolution: Policy-making in Canada, the USA and Switzerland*, Paper presented at the 2006 CPSA Annual Conference at York University, Toronto, czerwiec 2006, s. 8 (o podejściu Stanów Zjednoczonych: *more permissive than in Canada*).

się też bardziej elastyczny, daje bowiem możliwość szybszego odpowiedniego reagowania na ewentualne zmiany w postrzeganiu ryzyka związanego z GMO¹²⁶. Pomiędzy obydwoma systemami dostrzegalne są różnice w podejściu do kontroli sprawowanej przed wprowadzeniem produktu do obrotu. W Kanadzie przyjmuje się, że żywność GM może być regulowana jako żywność „nowa” i podlegać obowiązkowej (*mandatory*) kontroli sprawowanej przez Health Canada. W USA tylko jeden transgeniczny produkt żywnościowy został poddany gruntownej analizie i kontroli FDA przed jego wprowadzeniem na rynek (pomidor „Flavr Savr”). Po jego zatwierdzeniu agencja doszła do wniosku, że żywność GM można generalnie uznać za „zasadniczo równoważną” żywności konwencjonalnej¹²⁷ i nie ma konieczności poddawania jej szczególnej kontroli. Wystarczającą rękojmią jest spoczywający na producentach ogólny obowiązek zapewnienia bezpieczeństwa produktów wprowadzanych przez nich do obrotu¹²⁸. Nowość inżynierii genetycznej i związanych z nią potencjalnych zagrożeń w większym stopniu znajduje zatem odzwierciedlenie w systemie kanadyjskim, niż ma to miejsce w systemie amerykańskim (por. przytoczone w przypisie cytaty¹²⁹). Ponadto dzięki pojęciu „nowości” wprowadzane do środowiska i uprawy rośliny GM w pewnych przypadkach mogą podlegać kontroli, której w systemie amerykańskim by nie podlegały¹³⁰.

Mimo wskazanych różnic podejście obu państw do regulacji GMO jest zbliżone. Różnice te można określić jako stosunkowo niewielkie, zwłaszcza w porównaniu z podejściem do regulacji GMO przyjętym przez Wspólnotę Europejską, co nie znaczy jednak, że są one bez znaczenia. Podejście obu państw jest liberalne, Stanów Zjednoczonych jednakże bardziej, w związku z czym GMO są tam wprowadzane do obrotu szybciej i w większej liczbie niż ma to miejsce w Kanadzie¹³¹. Oba systemy wykazują jednak generalnie więcej podobieństw niż różnic. Opierają się na podobnych przesłankach (przyświecające im cele są do siebie zbliżone i kompatybilne¹³²). W obu w bardzo podobny sposób podchodzi

¹²⁶ Z jednej strony *Should doubts about safety of GMOs multiply and public acceptability change suddenly, (...) Canada is better equipped than the United States to apply quickly risk assessments standards to GMOs* – E. Montpetit, *A policy network explanation...*, op. cit., s. 364. Z drugiej *It establishes a built in flexibility that reduces regulatory oversight as scientific evidence accumulates* – E. Moore, *Food Safety, Labelling...*, op. cit., s. 3.

¹²⁷ FDA, Statement of Policy: Foods Derived From New Plant Varieties, 57 Fed. Reg. 22984, 29.05.1992. Zob. W.L. Anderson, N.S. Bryson i in., *Biotechnology Deskbook...*, op. cit., s. 28. Zasadnicza równoważność stanowi tutaj *a decision threshold*, a nie jedynie *a comparative tool* – E. Montpetit, *A policy network explanation...*, op. cit., s. 348, 363.

¹²⁸ Szerzej E. Montpetit, *A policy network explanation...*, op. cit., s. 343, 347, 358.

¹²⁹ *American regulators have been more forceful in downplaying the novelty of genetic engineering and its potential risks* – E. Montpetit, *A policy network explanation...*, op. cit., s. 347 – cytując E. Moore, *Food Safety, Labelling...*, op. cit., s. 18. Podczas gdy *Canadian regulators acknowledged the novelty of genetic engineering in the details of their policy choices* – E. Moore, *Food Safety, Labelling...*, op. cit., s. 2 i 17.

¹³⁰ Zob. szerzej E. Montpetit, *A policy network explanation...*, op. cit., s. 344–345, 361.

¹³¹ Zob. www.agbios.com. Zob. też E. Montpetit, *A policy network explanation...*, op. cit., s. 348.

¹³² *The United States and Canada have a harmonious and compatible set of goals* – S.A. Coffield, *Biotechnology, food, and agriculture disputes or food safety and international trade*, Canada – „United States Law Journal” 2000, Vol. 26, s. 238.

się do problematyki znakowania. Obowiązek znakowania powstaje tylko w odniesieniu do faktów uznawanych za istotne. Istotne jest nie to, co konsument chciałby wiedzieć, lecz co powinien wiedzieć (znakowanie z uwagi na *consumer's need to know*, a nie *consumer's right to know*). Produkty należy zatem znakować wówczas, gdy istnieje naukowo uzasadniona konieczność poinformowania konsumentów o określonych faktach mogących mieć istotny wpływ na ich zdrowie. Obowiązku znakowania nie można uzasadniać samym tylko prawem konsumentów do informacji. W Kanadzie nie ma zatem obowiązku powszechnego znakowania GMO ani szczególnego systemu służącego ich segregacji. Podobnie jak w Stanach Zjednoczonych w procesie zarządzania ryzykiem problemy regulacyjne są definiowane wąsko. Zarządzanie ryzykiem ma na celu wyłącznie eliminację lub ograniczenie naukowo zidentyfikowanego ryzyka (a nie „łagodzenie obaw nieuzasadnionych, związanych jedynie ze sposobem postrzegania ryzyka przez społeczeństwo”¹³³). Zgodnie z zasadą „rozsądnego podejścia naukowego” (*sound science*)¹³⁴ uzasadnienia dla podejmowanych decyzji dostarczać mogą jedynie rezultaty uprzednio przeprowadzonej naukowej oceny ryzyka, a nie obawy i oczekiwania konsumentów bądź też inne względy społeczne lub etyczne. Takie podejście do analizy ryzyka związanego z GMO określane jest w literaturze mianem „podejścia racjonalności naukowej” (*scientific rationality trajectory*), w odróżnieniu od „podejścia racjonalności społecznej” (*social rationality trajectory*) – podejścia, którego przykładem ma być Wspólnota Europejska¹³⁵. Konkludując, Stany Zjednoczone oraz Kanada regulują GMO w bardzo zbliżony sposób, choć oczywiście dostrzegalne są również różnice. W obu tych państwach regulacja GMO jest jednak odzwierciedleniem tego samego paradygmatu i opiera się na tych samych fundamentalnych założeniach i zasadach. Ponadto USA i Kanada podejmują kroki w kierunku osiągnięcia dalej jeszcze idącej harmonizacji¹³⁶. Podkreślając to podobieństwo, mówi się nawet o „północnoamerykańskim” podejściu do regulacji GMO¹³⁷ i podkreśla kontrast pomiędzy tym podejściem a podejściem Wspólnoty Europejskiej oraz jej państw członkowskich.

¹³³ *And not assuaging unsubstantiated public risk perceptions* – G.E. Isaac, J.E. Elobbs, *GM food regulations: Canadian debates*, Policy Research, jesień 2002, dostępne www.isuma.net.

¹³⁴ *Another way to typify the trans-Atlantic divide is to see the different regulatory models as being based in 'sound science' versus 'precaution'* – P. Andree, *An analysis of efforts to improve genetically modified food regulation in Canada*, „Science and Public Policy”, czerwiec 2006, vol. 33, nr 5, s. 378.

¹³⁵ Szerzej G. Isaac, W. Kerr, *Genetically modified organisms at the World Trade Organization: a harvest of trouble*, „Journal of World Trade” 2003, nr 37, s. 1086–1089 oraz G.E. Isaac, *Agricultural biotechnology and transatlantic trade. Regulatory barriers to GM crops*, CAB International 2002 r., s. 125–152.

¹³⁶ United States and Canada Bilateral Agreement on Agricultural Biotechnology; zob. więcej na stronie www.inspection.gc.ca oraz www.aphis.usda.gov.

¹³⁷ *The United States and Canada support a particular 'North American' regulatory approach to biotechnology-based products* – G. Isaac, W. Kerr, *Genetically modified...*, op. cit., s. 1083 i n. oraz G.E. Isaac, *Agricultural biotechnology...*, op. cit., s. 202.

V. REGULACJA GMO W ARGENTYNIE

Podobnie jak Stany Zjednoczone oraz Kanada, Argentyna nie przyjęła odrębnej ustawy poświęconej GMO (*organismos genéticamente modificados*)¹³⁸. Produkty inżynierii genetycznej są zatem regulowane zgodnie z tymi samymi unormowaniami ustawowymi, co produkty niewyprodukowane z zastosowaniem metod inżynierii genetycznej. Mimo to GMO, zanim zostaną wprowadzone do obrotu, podlegają jednak w Argentynie szczególnemu systemowi kontrolnemu. System ten utworzony został na mocy rezolucji wydanych przez Sekretarza do spraw Rolnictwa, Zwierząt, Rybołówstwa i Żywności (*Secretano de Agricultura, Ganaderia, Pesca y Alimentos* – SAGPyA) oraz przez podlegające mu jednostki (*Servicio Nacional de Sanidad y Calidad Agroalimentaria*¹³⁹ – SENASA). Utworzono go specjalnie dla GMO i nie obejmuje on organizmów i produktów innych niż genetycznie zmodyfikowane (argentyński system prawnej regulacji GMO stanowi więc *a combination of preexisting laws and GMO-specific resolutions*). Szczegółowo określone zostały procedury uprzedniej oceny i zatwierdzania przeprowadzanych z GMO operacji (*experimentación, liberación al medio, comercialización*). Przepisy te wydane zostały przez organy egzekutywy w ramach przysługującego im ogólnego upoważnienia do regulowania sektora rolno-spożywczego. Szczególnych unormowań dotyczących GMO nie zawiera zatem aktualnie żaden akt o randze ustawy, lecz wyłącznie rezolucje SAGPyA i SENASA¹⁴⁰. Postuluje się jednak przyjęcie specjalnego aktu ustawowego (a więc „podniesienie systemu regulacji, opartego obecnie na rezolucjach SAGPyA, do wyższej kategorii legislacyjnej”¹⁴¹) i podjęto nawet kroki w tym kierunku, jed-

¹³⁸ Odrębne akty ustawowe bezpośrednio poświęcone GMO przyjęte zostały m.in. przez Wspólnotę Europejską (dyrektywa nr 90/219, dyrektywa nr 2001/18, rozporządzenie nr 1830/2003, rozporządzenie nr 1829/2003 – zob. ec.europa.eu/environment/biotechnology) oraz jej państwa członkowskie (np. polska ustawa o GMO z 22 czerwca 2001 r., zob. Dz.U. z 2001 r. Nr 811, poz. 76 lub na www.mos.gov.pl), Australię (Gene Technology Act z 21 grudnia 2000 r., zob. www.austlii.edu.au i www.ogtr.gov.au) czy Brazylię (Lei de Biossegurança z 24 marca 2005 r. – ustawa ta obejmuje nie tylko GMO, lecz również inne problemy regulacji nowoczesnej biotechnologii, jak wykorzystywanie embrionalnych komórek macierzystych czy klonowanie, zob. www.ctnbio.gov.br).

¹³⁹ *National Agrifood Health and Quality Service* (Narodowa Służba Bezpieczeństwa i Jakości Żywności Rolniczej).

¹⁴⁰ *Regulations specifically related to GMOs (...) emanate from the Executive Branch. The regulatory requirements for the genetically modified organisms have not been incorporated into laws; they were incorporated into the farming sector general regulatory system (SAGPyA, Revision of Argentina's national biosafety framework, UNEP-GEF Project, www.unep.ch/biosafety). Argentyński system prawnej regulacji GMO stanowi part of the broader regulatory system governing the agricultural sector; in particular the laws related to the protection of plant and animal health and seed registration (M. Bucharik, P.T. Traynor, *Analysis of a national...*, op. cit., s. 17). System ten opiera się na specific administrative (non-legislative) resolutions issued by SAGPyA and SENASA, that is norms emanated from the Executive Power (...) this regulation builds on preexisting laws and decrees (A.M. Vara, *Argentina, GMnation...*, op. cit.).*

¹⁴¹ *Elevating the regulatory framework, currently based on Secretary of SAGPyA Resolutions, to a higher legislative category – M. Bucharik, P.T. Traynor, *Analysis of a national...*, s. 31. The system currently needs a broader legal basis, because the lack of a specific law limits the possibility of imposing sanctions for lack of compliance with those rules. The regulation made by the Executive Branch is exclusively limited, therefore the provisions mentioned above fail to complete the legal shaping because although they prescribe duties (obligations to do, not to do and to give something), they fail to*

nakże nie zostały one dotychczas sfinalizowane¹⁴². Potrzeba przyjęcia takiej ustawy uzasadniana jest koniecznością określenia systemu sankcji dla przypadków, gdy operacje z GMO przeprowadzane są w sposób niezgodny z obowiązującymi wymogami i procedurami. W obecnym stanie prawnym możliwości nakładania takich sankcji brakuje¹⁴³ (w systemie opartym jedynie na rezolucjach nie ma prawnej możliwości wyegzekwowania przestrzegania wspomnianych wymogów i procedur¹⁴⁴).

Argentyna poddaje GMO przed ich wprowadzeniem do obrotu szczególnym procedurom, równocześnie przyjmując jednak, że produkt inżynierii genetycznej może zostać uznany za równoważny produktowi konwencjonalnemu. Jeśli produkt zostanie zatwierdzony, nie ma już podstaw, aby poddawać go szczególnemu traktowaniu z uwagi na jego metodę produkcji¹⁴⁵. Obecne na rynku produkty GM nie muszą być specjalnie oznakowane. Argentyna nie ustanowiła żadnych szczególnych unormowań dotyczących znakowania takich produktów. Nie ma zatem obowiązku informowania konsumentów o tym, czy produkt wyprodukowany został z zastosowaniem metod inżynierii genetycznej, a wprowadzane do obrotu produkty nie muszą być segregowane¹⁴⁶. Ustanowienie powszechnego systemu znakowania i segregowania produktów GM byłoby w Argentynie zadaniem trudnym¹⁴⁷. Podobne stanowisko odnośnie do problematyki znakowania, zbliżone do stanowiska Stanów Zjednoczonych, Argentyna zajmuje konsekwentnie również na arenie międzynarodowej (np. na forum Komisji Codex Alimentarius). Obowiązkowe systemy znakowania postrzegane są przez te państwa jako po-

establish expressly the sanctions resulting in case of violation of such duties (SAGPyA, *Revision of Argentinas...*, op. cit.).

¹⁴² Projekt takiej ustawy (Biosafety Law) przygotowywany był począwszy od 2000 r. Pod obrady Kongresu miał on trafić w 2002 r., co jednak okazało się niemożliwe z uwagi na instytucjonalny i gospodarczy kryzys, który ujawnił się w grudniu 2001 r. Dyskusja nad projektem została wznowiona w 2005 r. Zob. A.M. Vara, *Argentina, GMnation...*, op. cit.; M. Bucharik, P.T. Traynor, *Analysis of a national...*, op. cit., s. 31 i 39 oraz A. Yankelevich, *Biotechnology – Argentina Annual Report 2006*, USDA Foreign Agricultural Service, Global Agriculture Information Network (GAIN), www.fas.usda.gov.

¹⁴³ Szerzej: SAGPyA, *Revision of Argentinas...*, op. cit. Zob. też M. Bucharik, P.T. Traynor, *Analysis of a national...*, op. cit., s. 39 i 47 oraz A. Yankelevich, *Biotechnology – Argentina...*, op. cit.

¹⁴⁴ *Compliance is not legally enforceable* – M. Bucharik, P.T. Traynor, *Analysis of a national...*, op. cit., s. 39.

¹⁴⁵ *Argentinas position acknowledges the total equivalence of both kind of products [GM and non-GM], as well as the total innocuous character of the GMOs approved in accord to the usual risk assessment practices, therefore rejecting any commercial discrimination against them based on the methodology or production processes.* – E. Ablin, S. Paz, *Productos transgénicos y exportaciones agrícolas: reflexiones en torno de un dilema argentino*, Buenos Aires 2000, dostępne na stronie www.netamericas.net – cyt. za A.M. Vara, *Argentina, GMnation...*, op. cit.

¹⁴⁶ *As there is no requirement for labeling and the commodities are not segregated, consumers may be unaware that they may be eating GMO-derived foods;* zob. M. Bucharik, P.T. Traynor, *Analysis of a national...*, op. cit., s. 34 i 42. Zob. też A. Yankelevich, *Biotechnology – Argentina...*, op. cit.

¹⁴⁷ *Segregating GM crops would represent a significant challenge for Argentina, as the country is not prepared to segregate them in any efficient way;* szerzej M. Bucharik, P.T. Traynor, *Analysis of a national...*, op. cit., s. 5, 9 i A.M. Vara, *Argentina, GMnation...*, op. cit.

zbawione naukowego uzasadnienia źródło potencjalnych barier w handlu oraz nadmiernego zwiększenia kosztów produkcji.

Głównym organem odpowiedzialnym za kontrolę wprowadzania GMO do środowiska i do obrotu jest Sekretarz do spraw Rolnictwa (SAGPyA), funkcjonujący w ramach Ministerstwa Gospodarki (*Ministerio de Economía y Producción de la Nación Argentina*)¹⁴⁸. Podobnie jest w Stanach Zjednoczonych, gdzie ważną rolę w regulacji GMO pełni instytucja powołana do promowania i wspierania rozwoju rolnictwa (USDA). Instytucje te tym samym pełnią jednocześnie podwójną rolę (*of a promotor and also a regulator*)¹⁴⁹. Odmienne rozwiązanie natomiast przyjmuje Unia Europejska oraz jej państwa członkowskie. Wiodącą rolę pełnią tam instytucje zajmujące się sprawami ochrony środowiska¹⁵⁰. W Argentynie jednak, inaczej niż w USA, utworzone zostały w ramach SAGPyA specjalne ciała do spraw biotechnologii i GMO¹⁵¹. Pierwszym była *Comisión Nacional Asesora de Biotecnología Agropecuaria* (CONABIA¹⁵²), utworzona w 1991 r., złożona zarówno z przedstawicieli sektora publicznego, jak również prywatnego. Nie jest ona agencją regulacyjną, lecz ciałem o charakterze doradczym, jednak pełniącym istotną rolę. W 2004 r. powstał nowy urząd – *Oficina de Biotecnología*¹⁵³. Żywność, w tym żywność GM, jest z kolei regulowana przez SENASA, agencję regulacyjną wyposażoną w kompetencje normotwórcze, przy której w 1999 r. powołane zostało specjalne doradcze ciało do spraw GMO – *Comite Tecnico Asesor sobre el Uso de Organismos Genéticamente Modificados* (TAC¹⁵⁴). Organem podejmującym decyzję w przedmiocie wprowadzenia GMO¹⁵⁵ do obrotu jest SAGPyA.

Przed wprowadzeniem do obrotu GMO musi zostać poddany ocenie składającej się z trzech niezależnych elementów. Ocena ryzyka dla środowiska przeprowadzana jest przez CONABIA, ocena skutków spożycia dla zdrowia ludzi

¹⁴⁸ A.M. Vara, *Argentina, GMnation...*, op. cit.

¹⁴⁹ Powierzenie jednej instytucji obu wymienionych funkcji, promocyjnej i kontrolnej, jest krytykowane, bowiem potencjalnie może to prowadzić do osłabienia sprawowanej w odniesieniu do GMO kontroli. Zob. szerzej G. Jaffe, *Regulating transgenic crops: a comparative analysis of different regulatory processes*, „Transgenic Research” 2004, nr 13, s. 16.

¹⁵⁰ Np. dyrekcja nr XI Komisji Europejskiej (określana mianem *chef de file* tego obszaru regulacji; zob. G.E. Isaac, *Agricultural biotechnology...*, op. cit., s. 215, 220 i L.A. Patterson, T. Josling, *Regulating biotechnology...*, op. cit., s. 7), czy ministrowie środowiska w poszczególnych państwach członkowskich (w tym w Polsce; zob. w ustawie o GMO z 22 czerwca 2001 r.).

¹⁵¹ Szczegółowo na ten temat zob. A.M. Vara, *Argentina, GM nation...*, op. cit.; M. Bucharik, P.T. Traynor, *Analysis of a national...*, op. cit., zwłaszcza s. 12–15, 17, 21–22, 27–29, 38–40, 43, czy J. Cohen, J. Komen, J. Verastegui, *Plant biotechnology research in Latin American countries: overview, strategies and development policies*, IV Latin American Plant Biotechnology Meeting, Goiania (Brazil), 2001, www.redbio.org.

¹⁵² *National Advisory Commission on Agricultural Biotechnology* (Narodowa Komisja Doradcza do spraw Biotechnologii Rolniczej).

¹⁵³ *Biotechnology Office* (Urząd do spraw Biotechnologii). Jego Głównym Koordynatorem i Sekretarzem Wykonawczym został Moises Bucharik.

¹⁵⁴ *Technical Advisory Committee on the Use of GMO* – Techniczny Komitet Doradczy do spraw Stosowania GMO.

¹⁵⁵ Genetycznie modyfikowanego organizmu roślinnego (*genetically modified plant organism* – GMPO), chodzi bowiem o obszar „zielonej” biotechnologii (agrobiotechnologii).

i zwierząt – przez SENASA (TAC), a ocena wpływu wprowadzenia do obrotu na handel zagraniczny Argentyny – przez kolejną podlegającą SAGPyA jednostkę, *Direccion Nacional de Mercados Agropecuarios* (DNMA¹⁵⁶). CONABIA i SENASA rozważają, czy wpływ organizmu genetycznie zmodyfikowanego na środowisko oraz zdrowie ludzkie nie będzie znacząco różny od wpływu wywieranego przez podobne organizmy niezmodyfikowane¹⁵⁷. DNMA przeprowadza następnie analizę rynkową (*market impact assessment*), przede wszystkim biorąc pod uwagę sytuację panującą na rynkach państw będących głównymi handlowymi konkurentami Argentyny oraz państw będących głównymi importerami pochodzących z Argentyny towarów, w tym przyjęte w tych państwach regulacje oraz nastawienie konsumentów (*market position of competitors and the situation in client countries in terms of regulatory status and consumer acceptability*). Każda z trzech instytucji przygotowuje raport z przeprowadzonej przez siebie oceny. Wszystkie trzy raporty ujmowane są następnie w jedną całość przez CONABIA i przedkładane SAGPyA, który na podstawie zawartych tam rekomendacji podejmuje ostateczną decyzję (zob. szerzej rezolucja SAGPyA nr 39/03 z 2003 r.¹⁵⁸).

W Argentynie naukowa ocena ryzyka dla środowiska oraz zdrowia ludzi i zwierząt nie stanowi wystarczającego uzasadnienia dla decyzji zatwierdzających wprowadzenie GMO do obrotu bądź odmawiających udzielenia takiego zatwierdzenia. Czynnikiem ostatecznie determinującym taką decyzję jest bowiem wpływ wprowadzenia do obrotu na handel zagraniczny Argentyny. Nawet jeśli GMO zostanie pozytywnie oceniony przez CONABIA i SENASA jako niestwarzający naukowo uzasadnionych obaw odnośnie do jego bezpieczeństwa, nie będzie mógł zostać wprowadzony na rynek bez pozytywnej opinii DNMA (raport DNMA stanowi „element ostatecznie determinujący komercjalizację”¹⁵⁹). Przy formułowaniu tej opinii uwzględnia się regulacje przyjmowane przez głównych handlowych partnerów oraz konkurentów Argentyny.

Argentyna jako pierwsze spośród państw Ameryki Łacińskiej określiła prawne i instytucjonalne ramy regulacji GMO i rozpoczęła ich uprawę na szeroką skalę (obecnie około 98% uprawianej tam soi, której Argentyna jest jednym z głównych światowych producentów, to odmiany GM¹⁶⁰). Z podejściem Argentyny kontrastuje podejście konkurującej z nią na rynkach światowych Brazylii, długo odkła-

¹⁵⁶ *National Directoriat of Agri-food Markets* (Narodowy Dyrektoriat Rynków Rolno-żywnościowych).

¹⁵⁷ *Argentina, Canada and the United States (...) in these three countries food safety analysis is undertaken largely through the principle of substantial equivalence* – D. Pachico, *Regulation of transgenic crops: an international comparison*, International Conference on Public Policy for Agricultural Biotechnology, International Consortium on Agricultural Biotechnology Research (ICABR), Ravello (Italy), 2003. Zob. też M. Bucharik, P.T. Traynor, *Analysis of a national...*, op. cit., s. 19; *that release of the GMPO will not cause an impact significantly different from that which would be caused by the non-genetically modified homologous organism*; A.M. Vara, *Argentina, GMnation...*, op. cit.

¹⁵⁸ Obowiązuje od września 2005 r. Tekst dostępny www.sagpya.mecon.gov.ar.

¹⁵⁹ *A final determinant on commercialization*.

¹⁶⁰ *Biotechnology law approved by the Argentine senate*, CropBiotech Update, 3 marca 2006 – www.isaaa.org oraz www.seedquest.com.

dającej decyzję w sprawie zalegalizowania komercyjnej uprawy GMO. W 1998 r. zezwolono wprowadzić na wprowadzenie transgenicznej soi do obrotu, jednakże decyzja ta została niezwłocznie zaskarżona do sądu i na mocy sądowego nakazu wstrzymano jej wykonanie¹⁶¹. Niektóre regiony ogłosiły się „wolnymi od GMO” (np. stan Parana)¹⁶², co przypomina sytuację zaistniałą w Unii Europejskiej¹⁶³. Podłożem takiego podejścia w dużej mierze było właśnie dążenie do utrzymania dostępu do rynków europejskich. Podobnie jak Wspólnota Europejska, Brazylia zdecydowała się regulację GMO oprzeć na metodzie produkcji i za konieczne uznała przyjęcie unormowań ustawowych o charakterze horyzontalnym (pierwsza horyzontalna ustawa odnosząca się do GMO przyjęta została w 1995 r.¹⁶⁴). Ustanowiła ponadto obowiązek znakowania produktów żywnościowych wyprodukowanych z zastosowaniem inżynierii genetycznej. Próg zawartości materiału GM, powyżej którego produkt powinien być oznakowany jako produkt GM, początkowo ustalony na poziomie 4%, w 2003 r. obniżony został do poziomu 1%¹⁶⁵ (i tym samym zbliżony do wartości progowej, jaką przyjęła wówczas WE, wynoszącej 0,9%¹⁶⁶). Przyjęcie tych regulacji wywołało zaniepokojenie Argentyny obawiającej się barier w eksporcie swoich produktów (pod wpływem negocjacji z Argentyną Brazylia zdecydowała się jednak zawiesić ich stosowanie)¹⁶⁷. Mimo że uprawa GMO pozostawała w Brazylii przez długi czas nielegalna, były one tam od kilku lat szeroko uprawiane, szczególnie w prowincjach sąsiadujących

¹⁶¹ *Judicial injunction*. Zob. szerzej L.K. McAllister, *Judging GMOs: judicial application of the precautionary principle in Brazil*, „Ecology Law Quarterly” 2005, vol. 32, nr 1, s. 151, 160–169 i 171–174.

¹⁶² Szerzej J.J. Griffin, M. McNulty, W. Schoeffler, *Shaping Brazil's emerging GMO Policy: opportunities for leadership*, „Journal of Public Affairs” 2005, nr 5, s. 287–298.

¹⁶³ V. Pelaez, L. Albergoni, *External and international trade barriers to GMOs in Brazil*, „International Journal of Biotechnology” 2004, vol. 6, nr 2–3, s. 219. Zob. streszczenie artykułu, dostępne www.inderscience.metapress.com. Zob. też *Brazil's key farming State stands firm against GM*, 23 marca 2006, www.gmo-free-regions.org.

¹⁶⁴ Ustawa nr 8.974 z 5 stycznia 1995 r. o biobezpieczeństwie (*Lei de Biossegurança*). Na jej mocy utworzono CTNbio – Narodowy Techniczny Komitet do spraw Biobezpieczeństwa (*Comissão Técnica Nacional de Biossegurança*). Ustawa z 1995 r. została zastąpiona przez ustawę z 2005 r. Zob. na stronie www.ctnbio.gov.br.

¹⁶⁵ Zob. szerzej J.J. Griffin, M. McNulty, W. Schoeffler, *Shaping Brazil's...*, op. cit.

¹⁶⁶ Przy czym zaznaczyć należy, iż próg 0,9% odnosi się tylko do tych GMO, które zostały we Wspólnocie zatwierdzone (*authorized GMO*). Ponadto na okres przejściowy (okres trzech lat od wejścia w życie rozporządzenia nr 1829/2003) ustanowiony został próg 0,5% w odniesieniu do GMO, które wprowadzić nie uzyskały jeszcze we Wspólnocie zezwolenia na wprowadzenie do obrotu, jednak uzyskały już pozytywną opinię naukową. GMO nieposiadające wspólnotowego zatwierdzenia ani pozytywnej opinii naukowej (*unauthorized GMO*) nie są natomiast w ogóle tolerowane (próg wynosi 0%). Szerzej na ten temat zob. M. Talik, *Wspólnotowy system śledzenia...*, op. cit., s. 60–73, zwłaszcza s. 64 i 72.

¹⁶⁷ Zob. K. Grazina, *Brazil's rules for modified food alarms Argentina*, Reuters News Service z 8 maja 2003. Na forum Mercosur (Wspólny Rynek Południa, międzynarodowa organizacja gospodarcza oprócz Argentyny i Brazylii zrzeszająca obecnie również Paragwaj, Urugwaj oraz Wenezuelę) Argentyna określiła te regulacje mianem pozataryfowych barier w handlu; zob. H. Baumiiller, *Domestic import regulations for genetically modified organisms and their compatibility with WTO rules. Some key issues*, International Centre for Trade and Sustainable Development (ICTSD), sierpień 2003, s. 12, dostępne www.tradegenetnetwork.net.

z Argentyną (np. w stanie Rio Grande do Sul)¹⁶⁸. Opisana sytuacja uległa zmianie dopiero w 2003 r., kiedy to rozpoczęto prace nad nową ustawą i tymczasowo zezwolono na uprawę transgenicznej soi¹⁶⁹. Uchwalona 24 marca 2005 r. ustawa poświęcona GMO (oraz innym aspektom nowoczesnej biotechnologii)¹⁷⁰ otworzyła drogę do zwiększenia areалу upraw GM i szybszego rozwoju sektora biotechnologicznego w Brazylii. Obecnie Brazylia znajduje się pod względem światowego areалу upraw GM na trzecim miejscu, po Stanach Zjednoczonych oraz Argentynie¹⁷¹.

Dla Argentyny, podobnie jak dla Brazylii, ważnym partnerem handlowym¹⁷² i odbiorcą wielu jej produktów jest Wspólnota Europejska. Ze względu na utrzymanie dostępu do rynków europejskich dla swoich produktów rolnych, Argentyna początkowo przyjmowała strategię, zgodnie z którą zatwierdzano wprowadzenie kolejnego GMO do obrotu jedynie w przypadku równoległego udzielenia takiego zatwierdzenia przez Wspólnotę Europejską (strategia określana mianem „lustrzanej” – *mirror policy with the European Union*)¹⁷³. Jednakże nasilająca się w Europie niechęć wobec GMO¹⁷⁴ i ustanawiane tam restrykcje skłoniły Argentynę do odejścia od tej strategii. Towary jej napotykały więc na bariery w dostępie do rynków europejskich, nieuzasadnione z punktu widzenia Argentyny akceptującej GMO. W 2003 r. Argentyna zdecydowała się na wystąpienie na forum WTO, obok Stanów Zjednoczonych i Kanady, ze skargą zmierzającą do przełamania utrzymywanego we Wspólnocie moratorium¹⁷⁵, a w 2005 r. na wprowadzenie nowych, niezatwierdzonych jeszcze we Wspólnocie, GMO do obrotu¹⁷⁶ (podejmowane przez Argentynę kroki świadczą o tym, że „Argentyna ma zamiar walczyć na wszystkich frontach, aby bronić obecnego i przyszłego

¹⁶⁸ Na ten temat zob. T. Smith, *Farmers help deliver modified crops to Brazil*, „New York Times”, 14 października 2003. Rolnicy brazylijscy na „czarnym rynku” nabywali w dużych ilościach nasiona GM szmuglowane głównie z Argentyny; zob. G. Traxler, *The GMO experience in North and South America*, „International Journal of Technology and Globalisation” 2006, vol. 2, nr 1/2, s. 58.

¹⁶⁹ Zob. L.K. McAllister, *Judging GMOs...*, op. cit.; J.J. Griffin, M. McNulty, W. Schoeffler, *Shaping BraziTs...*, op. cit., s. 291 oraz *Brazil suspends GM ban, but only for this season (GMO News)*, Oil and Fats International, 1 lipca 2003.

¹⁷⁰ *Lei de Biossegurança* – ustawa nr 11.105 z 24 marca 2005 r., tekst dostępny www.ctnbio.gov.br. Zob. też *Legislation and regulatory decisions on biosafety in Brazil*, 24 marca 2005, www.gmo-guidelines.info Brazil signs biotech safety law, St. Lois Business Journal, 24 marca 2005 oraz *Brazil passes biosafety law*, Oil and Fats International, maj 2005, dostępne www.allbusiness.com.

¹⁷¹ C. James, *Global Status of Commercialized...*, op. cit.

¹⁷² J.C. Czerewauz, *Folityka ochrony środowiska Dnu Europejskiej w transatlantyckich relacjach handlowych*, w: E.K. Czech, *Uwarunkowania ochrony środowiska. Aspekty krajowe, unijne, międzynarodowe*, Warszawa 2006, s. 62–63.

¹⁷³ A.M. Vara, *Argentina, GMnation...*, op. cit. i A. Yankelevich, *Biotechnology – Argentina...*, op. cit. i M. Bucharik, R.T. Traynor, *Analysis of a national...*, op. cit., s. 5.

¹⁷⁴ Przykładem może być akcja skierowana przeciwko sprowadzaniu do Polski pochodzącej z Argentyny soi przeprowadzona w listopadzie 2005 r. przez działaczy Greenpeace. U wejścia do portu w Gdyni blokowali oni przewożący argentyńską transgeniczną soję statek „Flope”. Szerzej <http://gmo-eko.net>.

¹⁷⁵ Zob. na s. 16 i 29 oraz w przyp. 113 i 219.

¹⁷⁶ A.M. Vara, *Argentina, GMnation...*, op. cit. i A. Yankelevich, *Biotechnology – Argentina...*, op. cit.

go przyjmowania i stosowania GMO¹⁷⁷). Jednocześnie rozważana jest możliwość harmonizacji określonych aspektów regulacji GMO pomiędzy Argentyną a Stanami Zjednoczonymi i Kanadą¹⁷⁸.

Stany Zjednoczone, a także Kanada oraz Argentyna, zaakceptowały GMO i wcześniej rozpoczęły ich komercyjną uprawę, zwiększając z roku na rok jej areał. W państwach tych inżynierii genetycznej nie traktuje się jako źródła szczególnych zagrożeń, lecz promuje się jej rozwój. Produkt GM wprowadzony do obrotu zgodnie z prawem uznaje się za równoważny produktom wyprodukowanym w konwencjonalny sposób. Znajduje to wyraz w sposobie regulacji produktów inżynierii genetycznej, która nie należy raczej do rygorystycznych. Najbardziej liberalne podejście w odniesieniu do regulacji GMO przyjmują Stany Zjednoczone, światowy lider w ich produkcji. Z podejściem tym silnie kontrastuje podejście Wspólnoty Europejskiej oraz jej państw członkowskich, oparte na odmiennym paradygmacie niż przyjmowany po drugiej stronie Atlantyku¹⁷⁹.

VI. GMO W PRAWIE WSPÓLNOT EUROPEJSKICH – KLUCZOWE RÓŻNICE POMIĘDZY WSPÓLNOTOWYM ORAZ AMERYKAŃSKIM SYSTEMEM REGULACJI

System wspólnotowy opiera się na założeniu, że produkt inżynierii genetycznej stanowić może źródło szczególnego ryzyka, odmiennego i potencjalnie większego niż w przypadku produktów stworzonych z wykorzystaniem innych metod produkcji. Kontrola nad GMO jest zatem problemem wymagającym szczególnego podejścia i odrębnej, ponadsektorowej regulacji prawnej. Podejście sek-

¹⁷⁷ *Argentina is going to fight in all fronts to defend current and future adoption of GM crops* – A.M. Vara, *Argentina, GMnation...*, op. cit.

¹⁷⁸ *CONABIA made consistent efforts to get to a regulatory harmonization with the US and Canada, in context of the US-Canada agreement on molecular biology data standardization (US-Canada Agreement, zob. przyp. 136); M. Bucharik, P.T. Traynor, Analysis of a national...*, op. cit., s. 8; A.M. Vara, *Argentina, GMnation...*, op. cit.

¹⁷⁹ *The two paths taken by the EU and the U.S. in the area of biotech regulation could hardly be more different*; A. Prakesh, K.L. Kollman, *Biopolitics in the EU and the U.S.: a race to the bottom or convergence to the top?*, „International Studies Quarterly” 2003, nr 47, s. 626; *The USA and the EU, which are the two protagonists of world trade, have adopted completely opposite legal strategies* – L.B. de Chazoumes, M.M. Mbengue, *GMOs and trade: issues at stake in the EC biotech dispute*, RECIEL 2004, nr 13, s. 289; *The United States and the European Union have implemented widely divergent regulatory systems to govern the production and consumption of GM agricultural crops. (...) The divergence in regulatory approaches is puzzling; Europe and the United States have chosen to regulate identical technologies in such a dissimilar fashion* – D. Vogel, *Ships Passing in the Night...*, op. cit., s. 1; *Substantial regulatory differences between the US and the EU in the area of biotechnology (...) divergence and polarization (...) two different alternative models of biotechnology regulation (...) the clash between the two different philosophies of regulation* – L.A. Patterson, T. Josling, *Regulating biotechnology...*, op. cit., s. 2–3; *significant differences in systemic principles and frameworks that provide the foundation for GMO regulations exist with the United States and Canada on one side of the spectrum and the EU on the other* – G. Isaac, W. Kerr, *Genetically modified...*, op. cit., s. 1091; *The EU and the USA have taken quite different positions on almost every aspect of how to regulate GMOs* – E. Meijer, R. Stewart, *The GM cold war: how developing countries can go from being dominos to being players*, „Review of European Community and International Environmental Law” (RECIEL) 2004, nr 13.

torowe nie jest w odniesieniu do GMO wystarczające z uwagi na ich specyfikę¹⁸⁰. Konieczne jest zatem, aby wszystkie GMO, niezależnie od ich rodzaju, poddane zostały jednolitym standardom mającym zapewnić ich bezpieczeństwo. Zastosowana metoda produkcji (inżynieria genetyczna) decyduje o wyodrębnieniu tychże produktów i poddaniu ich szczególnym, dodatkowym rygorom. Jasno widać tym samym, że założenia, na których postanowiono oprzeć system wspólnotowy, są przeciwstawne do założeń, które legły u podstaw systemu amerykańskiego (por. wyżej – pkt III.1).

Główną zasadą wspólnotowego systemu regulacji nowoczesnej biotechnologii i jej produktów jest zasada przezorności¹⁸¹. Stany Zjednoczone i Wspólnota Europejska postrzegają tę zasadę odmiennie¹⁸². We Wspólnocie jest ona traktowana jako narzędzie zarządzania ryzykiem. Wspólnota uznaje i podkreśla w przyjmowanych przez siebie aktach prawnych, że naukowa ocena ryzyka nie zawsze może samodzielnie dostarczać wszystkich informacji, na których należy opierać podejmowane decyzje¹⁸³. Nauka jest jednym z czynników, który należy uwzględniać podczas zarządzania ryzykiem, jednak nie czynnikiem jedynym. Oprócz wyników naukowej oceny ryzyka należy brać pod uwagę również zasadę przezorności oraz inne uzasadnione czynniki (*other legitimate factors*), w tym względy społeczne i etyczne¹⁸⁴ (można w tym celu zasięgać opinii specjalnej wspólnotowej grupy do spraw etyki¹⁸⁵). Takie podejście oznacza porzucenie pozytywistycznej koncepcji nauki. Nauka nie jest już postrzegana jako ostateczny, najwyższy arbiter każdego przypadku i jedyne źródło uzasadnienia dla podejmowanych działań¹⁸⁶.

¹⁸⁰ Zob. ust. 4 i 5 preambuły dyrektywy nr 2001/18.

¹⁸¹ Odwołują się do niej wyraźnie wspólnotowe akty prawne dotyczące GMO; zob. np. ust. 8 preambuły dyrektywy nr 2001/18 (OJ L 106/1 z 17 kwietnia 2001 r.). Szerzej K. Forsman, *Community regulation of genetically modified organisms: a difficult relationship between law and science*, „European Law Journal” 2004, vol. 10, nr 5, s. 580–594 i M. Talik, *Zasada przezorności w prawie i polityce...*, op. cit., s. 67–74.

¹⁸² *The precautionary principle (...) has emerged as a source of conflict between the EU and the US; the precautionary principle has become a source of trans-Atlantic tensions; the US frustration over the EU's use of the precautionary principle to delay the approval of GMOs* – D. Vogel, *The politics of risk regulation...*, op. cit., zwłaszcza s. 4, 34–39.

¹⁸³ Ust. 19 preambuły rozporządzenia nr 178/2002 (rozporządzenie Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 28 stycznia 2002 r. ustanawiające ogólne zasady i wymagania prawa żywnościowego, powołujące Europejski Urząd ds. bezpieczeństwa żywności oraz ustanawiające procedury w zakresie bezpieczeństwa żywności, OJ L 31/1 z 1 lutego 2002 r.).

¹⁸⁴ Zob. ust. 8 preambuły i artykuł 6 ust. 3 rozporządzenia 178/2002: *other factors relevant to the matter under consideration should legitimately be taken into account including societal, economic, traditional, ethical and environmental factors; risk management shall take into account the results of risk assessment, other factors legitimate to the matter under consideration and the precautionary principle*. Zob. też A. Alemanno, *The contested governance of European...*, op. cit., s. 40–41.

¹⁸⁵ Europejska Grupa ds. Etyki w Nauce i Nowych Technologiach (http://ec.europa.eu/european_group_ethics). Zob. ust. 57 preambuły i art. 29 ust. 1 dyrektywy nr 2001/18.

¹⁸⁶ *A positivist view of science as a powerful and neutral tool capable of predicting risk and causality almost always in no longer valid; Scientific legitimacy is not a sufficient basis for the exercise of public authority in the regulation of risk* – T. Christoforou, *The regulation of genetically...*, op. cit., s. 686 i 681. Zob. też orzeczenie Sądu Pierwszej Instancji w sprawie T-13/99 *Pfizer Animal Health S.A. v. Council* [2002] ECR II-3305, § 201.

W systemie wspólnotowym swój normatywny oraz instytucjonalny wyraz znajduje zasada ścisłego rozdziału pomiędzy oceną oraz zarządzaniem ryzykiem, w szczególności w obszarze bezpieczeństwa żywności¹⁸⁷. W obszarze tym funkcja oceny ryzyka powierzona została specjalnie utworzonej agencji wspólnotowej (Europejski Urząd Bezpieczeństwa Żywności – EFSA)¹⁸⁸. Urząd przeprowadza ocenę ryzyka transgenicznej żywności i paszy przed jej wprowadzeniem na rynek wspólnotowy. Może jednak wydawać opinie również odnośnie do GMO, które nie są przeznaczone do spożycia¹⁸⁹. Zarządzanie ryzykiem pozostaje natomiast zastrzeżone dla Komisji i państw członkowskich w ramach komitetu regulacyjnego oraz Rady (procedura komitologii – zob. dalej)¹⁹⁰. W początkowej fazie debaty nad jego utworzeniem EFSA określano mianem „europejskiej FDA”¹⁹¹. Nie było to jednak właściwe, amerykański model agencji nie mógłby bowiem zostać przyjęty na gruncie wspólnotowym. Wynika to z zasady równowagi instytucjonalnej (wyrażonej w artykule 7 TWE) i wyprowadzanej w nawiązaniu do niej doktryny restryktywnego podejścia do możliwości delegowania kompetencji do agencji wspólnotowych¹⁹². W porównaniu z FDA EFSA wyposażono w stosunkowo wąski zakres kompetencji (stąd odnoszące się do EFSA określenia *paper FDA* lub *weakFDA*)¹⁹³. W przeciwieństwie do agencji amerykańskiej EFSA nie posiada kompetencji normotwórczych, decyzyjnych, władczych. Głównym zadaniem agencji wspólnotowej jest wydawanie opinii naukowych, które nie są wiążące¹⁹⁴. Również pod względem zasobów, z których korzysta w swojej dzia-

¹⁸⁷ A. Alemanno, *The contested governance of European...*, op. cit., s. 23, 37, 55–57 i 76; K.K. Warda, *Agencja do spraw Żywności i Leków...*, op. cit., s. 110 i E. Vos, *Reforming the European Commission: what role to play for EU agencies?*, „Common Market Law Review” 2000, nr 37, s. 1132 (*The Commission insists on a strict division into risk assessment (scientific advice), to be carried out by the agency, and risk management (policy-making), to be carried out by the Commission itself*).

¹⁸⁸ EFSA utworzono na mocy rozporządzenia nr 178/2002. W 2007 r. personel EFSA wyniósł ok. 300 osób, a jej budżet ok. 57 mln euro (zob. dane przytoczone w projekcie opinii Komisji Ochrony Środowiska Naturalnego, Zdrowia Publicznego i Bezpieczeństwa Żywności dla Komisji Budżetowej w sprawie projektu budżetu ogólnego Unii Europejskiej na rok budżetowy 2008 z 28 czerwca 2007 r., s. 8; zob. też w sprawozdaniu EFSA Management Board Meeting, Financial Perspectives – PDB 2007, 20 czerwca 2006, s. 2). Na temat EFSA zob. szerzej A. Alemanno, *The contested governance of European...*, op. cit., s. 1–84; K.K. Warda, *Agencja do spraw Żywności i Leków...*, op. cit., s. 101, 106–112 i K. Kańska, *Wolves in the clothing of sheep? The case of the European Food Safety Authority*, „European Law Review” 2004, nr 29, s. 711–727 oraz na stronie www.efsa.europa.eu.

¹⁸⁹ Zob. ust. 38 preambuły i art. 22 ust. 3 pkt c rozporządzenia 178/2002.

¹⁹⁰ Zob. następne strony (w tym w przyp. 202–204 i 206).

¹⁹¹ A. Alemanno, *The contested governance of European...*, op. cit., s. 6, 28, 52.

¹⁹² D. Geradin, *The development of European...*, op. cit., zwłaszcza s. 1, 3–4, 6, 13–17, 21, 32, 61 i 74; X. Yatağan, *Delegation of regulatory authority...*, op. cit., s. 18–21, 26–29, 53–57; E. Vos, *Reforming the European...*, op. cit., s. 1120–1124; A. Alemanno, *The contested governance of European...*, op. cit., s. 56. Zob. też orzeczenia ETS w sprawach nr 9/56 i 10/56 *Meroni & Co. S.p.A. v. High Authority of the ECSC* [1958] ECR 133 et seq. i 157 et seq. oraz nr 98/80 *Giuseppe Romano v. Institut national d'assurance maladie-invalidité* [1981] ECR 3887 (tzw. *Meroni doctrine*).

¹⁹³ K.K. Warda, *Agencja do spraw Żywności i Leków...*, op. cit., s. 100–101 i A. Alemanno, *The contested governance of European...*, op. cit., s. 75.

¹⁹⁴ *The EFSA has not been vested with any regulatory powers, which remain with the Commission and the Member States* – K. Kańska, *Wolves in the clothing...*, op. cit., s. 711–712; A. Alemanno, *The contested governance of European...*, op. cit., s. 55–58, 67–69, 75–77, 83 i K.K. Warda, *Agencja do*

łalności, EFSA różni się znacznie od FDA¹⁹⁵. Konkludując, w systemie wspólnotowym nie odnajdziemy charakterystycznych dla systemu amerykańskiego agencji regulacyjnych, takich jak FDA, czy EPA, uprawnionych do określania zasad wprowadzania produktów inżynierii genetycznej do obrotu i podejmowania wiążących decyzji w tym zakresie. Z uwagi na prawne, instytucjonalne i polityczne warunki funkcjonowania Wspólnot nie było możliwe powierzenie agencji wspólnotowej podobnych kompetencji.

Jak już wspomniano, GMO są postrzegane we Wspólnocie jako źródło szczególnych potencjalnych zagrożeń dla zdrowia ludzkiego oraz środowiska naturalnego¹⁹⁶.

Wyrazem takiego podejścia jest obowiązujący we Wspólnocie system regulacji organizmów i produktów transgenicznych. System ten określany jest aktualnie mianem „najbardziej rygorystycznego na świecie”¹⁹⁷. Rozwiązania wspólnotowe w zasadniczy sposób różnią się od opisanych powyżej rozwiązań amerykańskich niemal w każdym aspekcie regulacji GMO. Kontrola dotycząca GMO na etapie przed jego wprowadzeniem do obrotu (*pre-marketing phase*) w systemie wspólnotowym jest rozbudowana znacznie bardziej niż w systemie amerykańskim. Większość operacji z GMO wymaga we Wspólnocie uprzedniego uzyskania zezwolenia. W przypadku uwalniania do środowiska w celu innym niż wprowadzenie do obrotu¹⁹⁸ decyzja podejmowana jest na poziomie krajowym (przez właściwy organ państwa¹⁹⁹, na terytorium którego uwolnienie ma nastąpić, przy czym organ ten powinien rozważyć uwagi innych państw członkowskich, o ile zostały one poczynione). Warunkiem wydania zezwolenia na wprowadzenie do obrotu jest osiągnięcie porozumienia na poziomie wspólnotowym, w procedurze, w której uczestniczą państwa członkowskie oraz instytucje Wspólnot²⁰⁰. W przypadku zatem uwalniania w celu wprowadzenia do obrotu²⁰¹, jeżeli państwo, na terytorium

spraw Żywności i Leków..., op. cit., s. 106–110. Zob. art. 22 (Misja Urzędu) i 23 (Zadania Urzędu) rozporządzenia 178/2002.

¹⁹⁵ FDA zatrudnia ponad dziewięć tysięcy osób, a jej roczny budżet wynosi blisko 2 bln USD – A. Alemanno, *The contested governance of European...*, op. cit., s. 53 i www.fda.gov.pl.

¹⁹⁶ Zob. np. ust. 4 i 5 preambuły dyrektywy nr 2001/18.

¹⁹⁷ Zob. np. *European legislative framework for GMOs is now in place*, IP/03/1056, Brussels 22 lipca 2003 – <http://europa.eu>.

¹⁹⁸ Głównie dotyczy to celów badawczo-rozwojowych. Uwalnianie to unormowane zostało w części B dyrektywy nr 2001/18 (art. 5–11).

¹⁹⁹ W Polsce na przykład organem tym jest minister właściwy do spraw środowiska (na mocy ustawy z 2001 roku – zob. przyp. 5).

²⁰⁰ Zob. dyrektywa nr 2001/18 z 12 marca 2001 r. w sprawie zamierzonego uwalniania do środowiska organizmów zmodyfikowanych genetycznie i uchylająca dyrektywę nr 90/220 (OJ L 106/1 z 17 kwietnia 2001 r.) i rozporządzenie nr 1829/2003 z 22 września 2003 r. w sprawie zmodyfikowanej genetycznie żywności oraz paszy (OJ L 268/1 z 18 października 2003). Zob. szerzej na ten temat E. Brosset, *The prior authorisation procedure adopted for the deliberate release into the environment of genetically modified organisms: the complexities of balancing Community and national competence*, „European Law Journal” 2004, nr 5, s. 555–579. Zob. też M. Talik, *Kompetencje państw członkowskich Unii Europejskiej w obszarze regulacji organizmów genetycznie zmodyfikowanych*, „Studia Prawnicze” 2006, nr 2, s. 85–115 i A. Erechemla, *Regulacje wspólnotowe dotyczące organizmów genetycznie zmodyfikowanych*, „Prawo i Środowisko” 2006, nr 4, s. 87–113.

²⁰¹ Zob. część C dyrektywy nr 2001/18 (art. 12–24).

którego dany GMO ma być uwolniony po raz pierwszy, opowie się za jego uwolnieniem, ale pozostałe państwa członkowskie się temu sprzeciwia, decyzja podjęta musi zostać w procedurze komitologii²⁰² (procedura ta zakłada udział: Komisji, odpowiedniego tzw. komitetu regulacyjnego²⁰³, a także Rady – jeżeli komitet nie wyda wymaganej opinii lub gdy będzie ona niezgodna z propozycją Komisji²⁰⁴). Rygorystycznej regulacji poddana została również żywność transgeniczna (oraz pasza). Uproszczony tryb wprowadzania „zasadniczo równoważnych” produktów do obrotu został bowiem w odniesieniu do transgenicznych produktów żywnościowych we Wspólnocie zarzucony. Przed wprowadzeniem takiego produktu na rynek wspólnotowy konieczne jest w każdym przypadku przeprowadzenie pełnej oceny jego bezpieczeństwa²⁰⁵. Decyzja podejmowana jest na poziomie wspólnotowym, w procedurze komitologii, po uprzednim uzyskaniu opinii EFSA²⁰⁶.

Również na etapie po wprowadzeniu produktu do obrotu (*post-marketing phase*) między systemem wspólnotowym a systemem amerykańskim występuje szereg fundamentalnych różnic. Na podmiocie wprowadzającym transgeniczny produkt do obrotu we Wspólnocie spoczywają szczegółowo określone prawem wspólnotowym obowiązki. Należy do nich obowiązek znakowania produktów wyprodukowanych z zastosowaniem metod inżynierii genetycznej²⁰⁷. W odniesieniu do wyprodukowanej w taki sposób żywności oraz paszy Wspólnota Europejska uznała za konieczne ustanowienie szczególnego systemu znakowania. Jego głównym uzasadnieniem jest prawo konsumentów do informacji i do dokonywania świadomego wyboru. Wszystkie produkty żywnościowe, które zawierają materiał genetycznie zmodyfikowany w ilości przekraczającej określoną prawem wspólnotowym wartość progową, muszą być zatem odpowiednio oznakowane. Koniecznością staje się tym samym zapewnianie ścisłej segregacji GMO oraz innych upraw i produktów podczas całego procesu ich produkcji, przetwarzania, transportu i dystrybucji.

²⁰² Zob. decyzję Rady nr 1999/468 z 28 czerwca 1999 r. ustanawiającą warunki wykonywania uprawnień wykonawczych przyznanych Komisji (OJ L 184 z 17 lipca 1987 r. zmienioną decyzją Rady nr 2006/512 z 17 lipca 2006 r.) oraz art. 18, art. 23 i art. 30 ust. 2 dyrektywy 2001/18 i art. 35 rozporządzenia nr 1829/2003.

²⁰³ W Komitecie takim zasiadają przedstawiciele wszystkich państw członkowskich, a przewodniczy mu przedstawiciel Komisji (który jednak nie głosuje). Zob. art. 5 ust. 1 i ust. 2 decyzji Rady nr 1999/468.

²⁰⁴ Zob. w art. 5 decyzji Rady nr 1999/468. Gdy opinia nie jest zgodna z propozycją Komisji, informowany jest również Parlament Europejski, który może wyrazić swoje stanowisko odnośnie do ewentualnego przekroczenia uprawnień wykonawczych; zob. art. 5 ust. 4 i 5.

²⁰⁵ Zob. rozporządzenie nr 1829/2003 – ust. 6 i 9 preambuły. Uproszczony tryb wprowadzania „zasadniczo równoważnych” produktów GM do obrotu, który obowiązywał na mocy rozporządzenia nr 258/1997, był we Wspólnocie źródłem wielu kontrowersji; zob. np. sprawa C-236/01 *Monsanto Agricoltura Italia SpA and Others v. Presidenza del Consiglio dei ministri and Others* [2003] ECR I-8105, orzeczenie ETS z 9 września 2003 r.

²⁰⁶ Zob. art. 7 i 35 rozporządzenia nr 1829/2003.

²⁰⁷ Zob. rozporządzenie nr 1830/2003 Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 22 września 2003 r. w sprawie możliwości śledzenia i znakowania organizmów zmodyfikowanych genetycznie i możliwości śledzenia produktów żywnościowych i paszowych produkowanych ze zmodyfikowanych genetycznie organizmów (OJ L 268/24 z 18 października 2003 r.). Szerzej M. Talik, *Wspólnotowy system śledzenia i znakowania...*, op. cit.

Traktowanie GMO jako źródła szczególnych zagrożeń znalazło swój wyraz również w postanowieniach dyrektywy nr 2004/35 w sprawie odpowiedzialności za środowisko²⁰⁸. Operacje z GMO (zamknięte użycie, zamierzone uwalnianie do środowiska, w tym wprowadzanie do obrotu) zostały tam wyraźnie wymienione wśród rodzajów działalności zawodowej, które uznano za stwarzające ryzyko szkody w środowisku i objęto odpowiedzialnością na zasadzie ryzyka (*strict liability*)²⁰⁹.

Regulacja wspólnotowa jest rygorystyczna, co podkreślono ostatnio w projekcie przygotowywanej w Parlamencie Europejskim rezolucji poświęconej wykorzystywaniu biotechnologii w rolnictwie²¹⁰. W przyjętym przez Komisję Rolnictwa i Rozwoju Wsi projekcie stwierdzono: „obecna procedura uzyskiwania zezwolenia jest powolna i zbiurokratyzowana, przez co UE pozostaje w tyle za swoimi światowymi konkurentami” oraz „długotrwała procedura zatwierdzania przed wprowadzeniem wynalazków na rynek stwarza faktyczną przeszkodę dla europejskich badań naukowych i może prowadzić do przeniesienia działalności badawczej i zasobów ludzkich poza terytorium UE”. Projekt powołuje się na komunikat Komisji Europejskiej z 2002 r. „Nauki o życiu i biotechnologia – Strategia dla Europy”²¹¹, który podkreślił rolę biotechnologii dla realizacji celów określonych w strategii lizbońskiej. Projekt rezolucji, który promuje nowoczesną biotechnologię oraz jej produkty (w tym GMO), budzi jednak kontrowersje²¹² i nie został jeszcze poddany pod plenarne głosowanie w Parlamencie Europejskim.

VII. ZAKOŃCZENIE

Różnice w podejściu do regulacji GMO znajdują bezpośredni wyraz na arenie międzynarodowej.

Stany Zjednoczone nie zostały stroną Protokołu Kartageńskiego o Bezpieczeństwie Biologicznym (CPB), podobnie Kanada oraz Argentyna, w prze-

²⁰⁸ Dyrektywa nr 2004/35 Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 21 kwietnia 2004 r. w sprawie odpowiedzialności za środowisko w odniesieniu do zapobiegania i zaradzania szkodom wyrządzonym środowisku naturalnemu (OJ L 143/56 z 2004 r.).

²⁰⁹ Zob. ust. 8 preambuły, art. 3 ust. 1 lit. a oraz Aneks III pkt 10–11 dyrektywy nr 2004/35. Natemat dyrektywy szerzej M. Kenig-Witkowska, *Prawo ochrony środowiska Unii Europejskiej. Zagadnienia systemowe*, Warszawa 2005, s. 230–245.

²¹⁰ Projekt Rezolucji Parlamentu Europejskiego w sprawie biotechnologii: perspektywy i wyzwania dla rolnictwa w Europie (2006/2059(INI)), Komisja Rolnictwa i Rozwoju Wsi (projekt został przez nią przyjęty 24 stycznia 2007 r.), sprawozdawca K. Yrrankoski, zob. na stronie www.europarl.europa.eu.

²¹¹ *Life Sciences and biotechnology – a strategy for Europe*, Communication from the Commission to the European Parliament and to the Council, the Economic and Social Committee and the Committee of the Regions, Brussels, 23.01.2002, COM (2002) 27final, <http://ec.europa.eu/biotechnology>.

²¹² Akcję przeciwko projektowi rezolucji podjęły NGO, m.in. International Coalition to Protect the Polish Countryside – ICPPC (www.icppc.pl), Friends of The Earth Europe – FoEE (www.foeeurope.org), zob. FoEE, *EU Biotach Strategy: MEP's pro-biotech proposal blocked*, Biotech Mailout, grudzień 2006, s. 13–14), czy International Federation of Organic Agriculture Movements – IFOAM (www.ifoam.org). Z kolei za rezolucją opowiada się EuropaBio (The European Association for Bioindustries), *Position on the European Parliament's Biotechnology: Prospects and Challenges for Agriculture in Europe* (www.europabio.org).

ciwieństwie do Wspólnoty Europejskiej oraz jej państw członkowskich (w tym Polski)²¹³. Stany Zjednoczone nie są nawet stroną macierzystą wobec Protokołu Konwencji o Różnorodności Biologicznej (CBD). Protokół określa zasady i procedury międzynarodowego obrotu żywymi GMO (w terminologii Protokołu: *LMO* – *living modified organisms*)²¹⁴. Nie ma jednak mocy wiążącej wobec państw, które są ich największymi światowymi producentami i eksporterami (w 2006 r. 76,6% światowych upraw GMO to uprawy przypadające na USA, Argentynę i Kanadę²¹⁵), z wyjątkiem Brazylii (która stroną CPB została w 2004 r.)²¹⁶. Na Protokół powołuje się Wspólnota Europejska, uzasadniając przyjmowane przez siebie podejście do regulacji GMO²¹⁷. Z kolei Stany Zjednoczone stoją na stanowisku, że handlowy wymiar przyjmowanych w odniesieniu do GMO środków oceniany być powinien wyłącznie w świetle porozumień WTO²¹⁸, co znalazło wyraz w skargach na forum WTO złożonych przez Stany Zjednoczone, jak również Kanadę i Argentynę, przeciwko Wspólnocie Europejskiej (*European Communities – Measures Affecting the Approval and Marketing of Biotech Products*)²¹⁹. Różnice w podejściu do regulacji GMO uwiadcniają się również w odmiennym sposobie interpretacji poszczególnych porozumień WTO i zawartych w nich pojęć. Przykładem jest rozbieżność stanowisk odnośnie do kwestii, czy produkty inżynierii genetycznej i produkty konwencjonalne uznawać należy za produkty podobne (*like products*)²²⁰. Za takie uznają je Stany Zjednoczone, przeciwnego zdania jest Wspólnota Europejska. Również różnice w postrzeganiu zasady przezorności znajdują swój wyraz na forum WTO²²¹. Podobnie na forum

²¹³ Protokół Kartageński o Bezpieczeństwie Biologicznym do Konwencji o Różnorodności Biologicznej został przyjęty 29 stycznia 2000 r. w Montrealu, wszedł w życie 11 września 2003 r. Tekst i informacje na temat Protokołu na stronie www.biodiv.org/biosafety.

²¹⁴ Zob. definicję w art. 3 CPB. Szerzej R. Mackenzie, F. Burhenne-Guilmin, A.G.M. La Vina, J.D. Werksman in cooperation with A. Ascencio, J. Linderlerer, K. Kummer, R. Tapper, *An explanatory guide to the Cartagena Protocol on Biosafety*, IUCN – The World Conservation Union 2003 r., s. 45–51.

²¹⁵ 76,6% (78,7 mln ha), w tym USA – 53% (54,6 mln ha), Argentyna – 17,6% (18 mln ha), Kanada – 6% (6,1 mln ha). Zob. C. James, *Global Status of Commercialized...*, op. cit.

²¹⁶ www.biodiv.org/biosafety.

²¹⁷ Zob. ust. 13 preambuły dyrektywy nr 2001/18. Zob. też Oral Statement by the European Communities at the First Meeting of the Panel (2 czerwca 2004), s. 3, 7–8, 19 i First Written Submission by the European Communities (17 maja 2004), s. 36–14 (na stronie <http://trade.ec.europa.eu>). Na ten temat też S. Suppan, *Background on WTO dispute: U.S. vs. EC Biotech Products Case*, The Institute for Agriculture and Trade Policy (IATP), wrzesień 2005, s. 3–4, 9–10 (www.iatp.org lub www.tradeobservatory.org).

²¹⁸ Zob. m.in. U.S. Oral Statement at the First Panel Meeting (2 czerwca 2004), s. 4, pkt 11; U.S. Rebuttal Submission (19 lipca 2004), s. 5–9, pkt 16–26 i Comments of the United States on the EC's Responses to the Questions Posed by the Panel after the Second Substantive Meeting (18 marca 2005), s. 4, pkt 13 (na stronie www.ustr.gov).

²¹⁹ Skargi: USA – WT/DS291, Kanady – WT/DS292 oraz Argentyny – WT/DS293. Raport Panelu (przyjęty przez panel dnia 29 września 2006 r., zatwierdzony przez Organ Rozstrzygania Sporów WTO dnia 21 listopada 2006 r.) oraz pozostałe dokumenty związane ze sporem na stronie www.wto.org. Szerzej na temat sporu M. Talik, *Transatlantycki spór o regulację produktów nowoczesnej biotechnologii w świetle prawa WTO*, „Kwartalnik Prawa Publicznego” 2006, nr 2, s. 129–168.

²²⁰ Zob. M. Talik, *Transatlantycki spór o regulację...*, op. cit., s. 141–144.

²²¹ Zob. sprawę EC – measures concerning meat and meat products (hormones), skargi złożone przeciwko WE przez USA (WT/DS26) i Kanadę (WT/DS48), na stronie www.wto.org.

innych organizacji międzynarodowych osiągnięcie porozumienia w przedmiocie różnych aspektów regulacji GMO było znacznie utrudnione (np. na forum Komisji Codex Alimentarius w przedmiocie znakowania i śledzenia produktów żywnościowych²²²).

Mimo to jednak należy nadal prowadzić dialog i podejmować kroki zmierzające do wypracowania szerszego konsensusu na arenie międzynarodowej, pamiętając, że GMO są problemem globalnym i wymagają globalnych rozwiązań.

GENETICALLY MODIFIED ORGANISMS IN AMERICAN FEDERAL LAW AGAINST A COMPARATIVE LEGAL BACKGROUND

What constitutes an appropriate approach towards GMO regulation continues to be a subject of much controversy. This paper analyses the approach adopted by the United States, the global leader in the field of GMO development, commercialization, production and export. Under the 1986 US Coordinated Framework the primary responsibility to regulate biotechnology products, which includes GMO, is shared by three different federal regulatory agencies (USDA-APHIS, EPA and FDA). Each of them derives its authority from different federal statutes and focuses on different product categories. GMO have not been singled out as a separate category of products for purpose of their regulation, but fitted into existing product categories, depending on their traits and intended uses. Each of the three regulatory pathways needs therefore to be examined in detail. Further, to place the approach adopted by the US in a broader context the paper discusses the approaches adopted in several other jurisdictions, namely Canada and Argentina as well as the European Community, and seeks to compare them with the American regulatory approach. The United States, Canada and Argentina, all three being major global producers and exporters of GMO, share certain regulatory goals, concepts and principles. They base their regulatory frameworks on a premise that modern biotechnology used as a production method is not inherently risky. The similarities as well as the Solutions specific to each of these countries are discussed in the paper. Finally, the American approach towards GMO regulation is contrasted with the approach of the European Community. The two approaches differ significantly and the clash between them has become evident in the international arena, most clearly within the recent WTO dispute (between the US, Canada and Argentina being on one side of the dispute and the EC – on the other). Analysis and comparison of these regulatory systems may appear to be a valuable input into the discussion on how to regulate GMO, currently taking place in many countries, also in Poland – in particular in context of the current legislative steps taken to adopt a new Polish act on GMO.

²²² Szerzej S. Poli, *The European Community and the adoption of international food standards within the Codex Alimentarius Commission*, „European Law Journal”, vol. 10, nr 5, s. 613, 619–630.

INFORMACJE DLA AUTORÓW

Prosimy o nadsyłanie artykułów w formie elektronicznej (na dyskietkach bądź e-mailem) oraz w formie komputerowych wydruków na adres:

KWARTALNIK „STUDIA PRAWNICZE”
INSTYTUT NAUK PRAWNYCH POLSKIEJ AKADEMII NAUK
UL. NOWY ŻWIAT 72
00-330 WARSZAWA

e-mail: inp@inp.pan.pl

Komputerowy wydruk winien być podpisany własnoręcznie przez Autora.

Artykuły powinny spełniać następujące warunki formalne:

abstrakt: tekst powinien być poprzedzony nie dłuższym niż 200 słów streszczeniem, zawierającym informacje o tematyce i głównych tezach artykułu. Abstrakt, łącznie z tytułem, należy przetłumaczyć na język angielski;

tekst: objętość artykułu nie powinna przekraczać dwóch arkuszy wydawniczych (ok. 44 strony znormalizowane, 80 000 znaków typograficznych). Cytowanie i powołania innych autorów powinny być oznaczone w tekście w formie przypisów, umieszczonych na dole odnośnej strony i mieć formę przyjętą w ostatnich zeszytach kwartalnika. Pełną bibliografię należy dołączyć na osobnej stronie na końcu artykułu.

Autor jest zobowiązany podać swoją afiliację i tytuł naukowy oraz adres korespondencyjny: stacjonarny i mailowy.

Recenzje: o przyjęciu bądź nieprzyjęciu artykułu do druku decyduje opinia dwóch recenzentów.

Nadesłane materiały nie będą zwracane.

Cena 18,00 zł (VAT 0%)

ISSN 0039-3312



9 770039 331000

INDEKS 376620