

PRZEGLĄD USTAWODAWSTWA GOSPODARCZEGO BUSINESS LAW JOURNAL

NR 1 STYCZEŃ PL ISSN 0137-5490

MIESIĘCZNIK

Redaktor naczelny:

Dr hab. **Bartłomiej Nowak**

Prof. Akademii Leona Koźmińskiego w Warszawie

Sekretarz redakcji: Mariusz Gorzka

Rada naukowa:

Prof. dr hab. **Jan Bleszyński** (Uniwersytet Warszawski)

Prof. dr nauk prawnych **Oleg Gorodow**

(Państwowy Uniwersytet w Sankt Petersburgu, Rosja)

Prof. **Heibert Hirte** (Uniwersytet w Hamburgu, Niemcy)

Dr hab. **Robert Jastrzębski**

Prof. Uniwersytetu Warszawskiego

Dr hab. **Beata Kozłowska-Chyla**

Prof. Uniwersytetu Warszawskiego

Doc. **Oleg P. Lichichan** (Dyrektor Instytutu Prawa

Państwowego Uniwersytetu w Irkucku, Rosja)

Prof. dr hab. **Jacek Mazurkiewicz**

(Uniwersytet Zielonogórski)

Prof. dr hab. **Peter-Christian Müller-Graff**

(Uniwersytet w Heidelbergu, Niemcy)

Dr hab. **Edyta Rutkowska-Tomaszewska**

(Uniwersytet Wrocławski)

Prof. dr hab. **Elżbieta Skowrońska-Bocian**

(Uniwersytet Warszawski)

Prof. dr hab. **Marek Szydło** (Uniwersytet Wrocławski)

Prof. **Ruth Taplin** (University of Leicester,

Wielka Brytania)

Dr **Ryszard Tupin** (Uniwersytet Warszawski)

Adres Redakcji

00-252 Warszawa, ul. Podwale 17, lok. 2

tel. 795 155 583

E-mail: pug@pwe.com.pl

Wydawca

Polskie Wydawnictwo Ekonomiczne SA

E-mail: pwe@pwe.com.pl

WARUNKI PUBLIKACJI:

<http://www.pug.pl>

PRENUMERATA na 2019 r.:

„RUCH” SA

Zamówienia na prenumeratę w wersji papierowej i na e-wydania można składać bezpośrednio na stronie www.prenumerata.ruch.com.pl

Ewentualne pytania prosimy kierować na adres e-mail: prenumerata@ruch.com.pl lub kontaktując się z Centrum Obsługi Klienta „Ruch” pod numerami 22 693 70 00 lub 801 800 803 — czynne w dni robocze w godzinach 7⁰⁰–17⁰⁰. Koszt połączenia wg taryfy operatora

Garmond Press SA — Dział Prenumeraty

tel. (22) 837 30 08

<http://www.garmondpress.pl/prenumerata>

Kolporter SA — Departament Dystrybucji Prasy

tel. (22) 355 04 72 do 75

<http://www.kolporter.com.pl>

GLM Sp. z o.o. — Dział Dystrybucji Prasy

tel. (22) 649 41 61

e-mail: prenumerata@glm.pl

<http://www.glm.pl>

As Press — tel. (22) 750 84 29, (22) 750 84 30

Poczta Polska SA — infolinia 801 333 444

<http://www.poczta-polska.pl/prenumerata>

Sigma-Not — Zakład Kolportażu

tel. (22) 840 30 86

e-mail: bok_kol@sigma-not.pl

Terminy prenumeraty:

- do 30 listopada dla prenumeraty realizowanej od 1 stycznia następnego roku;
- do końca lutego dla prenumeraty realizowanej od II kwartału bieżącego roku;
- do końca maja dla prenumeraty realizowanej od III kwartału bieżącego roku;
- do końca sierpnia dla prenumeraty realizowanej od IV kwartału bieżącego roku.

Cena prenumeraty 2019

Roczna — 718,80 zł Półroczna — 359,40 zł

Prenumerata u Wydawcy:

Polskie Wydawnictwo Ekonomiczne SA

00-252 Warszawa, ul. Podwale 17, lok. 2

bialek@pwe.com.pl

Prenumerata roczna — 25% rabatu.

Prenumerata półroczna — 10% rabatu.

Nakład: 850 egzemplarzy

Cena 1 egz. — 59,90 zł (w tym 5% VAT)

Skład i łamanie:

Zdzisław Wasilewski, Warszawa, ul. Resorowa 28, tel. 605 105 574

Druk:

Sowa Sp. z o.o.

TREŚĆ NUMERU

ARTYKUŁY

Magdalena Fedorowicz, Adam Mickiewicz University

Anna Zalcewicz, Warsaw University of Technology

An Analysis of EBA Soft Law on the Payment Services Market

Analiza soft law EBA na rynku usług płatniczych

2

Magdalena Paleczna, Uniwersytet Wrocławski

Obowiązki informacyjne konsumentów wobec kredytodawców jako przejaw odpowiedzialnego udzielania kredytów

Information obligations provided by consumers to creditors as a manifestation of responsible lending

8

Krystyna Patora, Uniwersytet Łódzki

Ograniczenia możliwości zastosowania znamienia pochodzenia „korzyści związanych z popełnieniem czynu zabronionego” z art. 299 § 1 Kodeksu karnego

Restrictions on the applicability of the origin of the “benefits associated with the commission of a prohibited act” under Art.299 § 1 of the Criminal Code

13

PRAWO WŁASNOŚCI INTELEKTUALNEJ

Katarzyna Bleszyńska, Uniwersytet Warszawski

Cel informacyjny w prasie jako podstawa dozwolonego użytku utworów w społeczeństwie informacyjnym

Information purpose in the press as the basis for fair use of works in the information society

25

Z PRAKTYKI GOSPODARCZEJ

Tomasz Szczurowski, Uniwersytet Kardynała Stefana Wyszyńskiego

Zastosowanie art. 210 Kodeksu spółek handlowych przy zmianie umowy spółki komandytowej

Using art. 210 of Commercial companies code in amendments the provisions of the articles of association of limited partnerships

31

Szanowni Czytelnicy i Autorzy

Archiwalne artykuły z 2018 r. dostępne na stronie internetowej naszego pisma.

Co miesiąc wraz z nowym numerem PUG-u kolejny numer archiwalny:

<http://www.pug.pl/archiwum>

W najbliższych numerach:

- Istota zobowiązania wekslowego w prawie polskim
- Pozycja prawna inżyniera kontraktu w świetle warunków kontraktowych FIDIC

„Przeгляд Ustawodawstwa Gospodarczego”

jest czasopismem naukowym punktowanym przez

Ministerstwo Nauki i Szkolnictwa Wyższego (8 punktów)

An Analysis of EBA Soft Law on the Payment Services Market

Analiza soft law EBA na rynku usług płatniczych

dr hab. Magdalena Fedorowicz

E-mail: mafed@amu.edu.pl; nr orcid: 0000-0002-5578-5170

dr hab. Anna Zalcewicz

E-mail: a.zalcewicz@ans.pw.edu.pl; nr orcid: 0000-0002-2459-4398

Summary

The objective of this paper, entitled “An Analysis of EBA Soft Law on the Payment Services Market” is firstly to reconstruct the substantive content of the main types of EBA soft law for the payment services market and group the resulting findings according to thematically classified procedural standards and principles (as related, for example, to data aggregation) specified by EBA both for payment services providers, consumers and supervisory authorities. The second aim is to identify and classify the functions and roles arising therefrom and fulfilled by EBA soft law for the payment services market. The third research goal of this project is to answer the following question: is it possible to argue that EBA soft law on the payment services market has a special or distinct character compared to soft law from other segments of the European Union’s financial market?

Key words:

payment services market, EBA, soft law, customer protection on the payment services market, EBA functions on the payment services market.

Streszczenie

Celem opracowania „Analiza soft law EBA na rynku usług płatniczych” stało się po pierwsze, dokonanie materialnej rekonstrukcji głównych typów *soft law* EBA dla rynku usług płatniczych i pogrupowanie powstałej stąd materii w oparciu o wyodrębnione tematycznie określone przez EBA standardy i wzorce postępowania, tak dla dostawców usług płatniczych, jak i dla konsumenta rynku usług płatniczych oraz nadzorców (np. w zakresie agregacji danych). Po drugie, celem przedstawianego artykułu było również wyodrębnienie i nazwanie wynikających stąd funkcji i roli, jakie *soft law* EBA pełni na rynku usług płatniczych. Trzecim zamierzeniem badawczym stało się udzielenie odpowiedzi na pytanie czy w porównaniu do *soft law* z pozostałych segmentów rynku finansowego UE można w odniesieniu do *soft law* EBA na rynku usług płatniczych argumentować o istnieniu szczególnej specyfiki czy podziału.

Słowa kluczowe:

rynek usług płatniczych, EBA, *soft law*, ochrona klienta na rynku usług płatniczych, funkcje EBA na rynku usług płatniczych.

1. Preliminary remarks

When surveying the European System of Financial Supervision (ESFS), the literature proposes that soft law legislated by EU micro-supervisors (EBA¹, ESMA² and EIOPA³) should serve to clarify the meaning of terms and specify in more detail the method of operation of institutions established under mandatory legal provisions⁴. As a matter of fact, the importance of the so-called functional sources of public bank law was not lost on jurists even before the rise of ESFS⁵.

The payment services market is a section of the financial service market⁶. This means that the conclusions drawn regarding soft law on the payment services market also apply to soft law on the financial market, even though the former displays strongly technical tendencies, which is apparently a distinguishing trait of the sources of law for the financial market discussed in this paper.

Of course, it may be asked why the objectives and functions of soft law on the payment services market should be different from its role or significance for the entire

financial market. The conclusions drawn concerning soft law for the entire financial market hold true to a large extent for the payment services market⁷. The nature of the payment services market, its heavy exposure to technological risk and reliance on technical innovation mean that soft law also has an explanatory function in relation to that market.

The objective of this paper is firstly to reconstruct the substantive content of the main types of EBA soft law for the payment services market and group the resulting findings according to thematically classified procedural standards and principles (as related, for example, to data aggregation) specified by EBA both for payment services providers, consumers and supervisory authorities. The second aim is to identify and classify the functions and roles arising therefrom and fulfilled by EBA soft law for the payment services market. The third research goal that this project hopes to achieve is to answer the following question: is it possible to argue that EBA soft law on the payment services market has a special or distinct character compared to soft law from other segments of the European Union’s financial market?

The areas in which the guidelines apply to the payment services market may be classified according to their subject matter. Specifically, EBA soft law as a wide-ranging provision to protect the stability and security of the financial market comprises soft law relating to:

- consumer protection on the payment services market,
- protection of the stability and security of the payment market understood as the stability and security of payment services providers within the meaning of PSD2⁸,
- payment market protection from criminal activity.

This classification is conventional, for it is impossible to precisely separate certain regulatory areas. This is due to the fact that, on one hand, regulations (and consequently also soft law itself) are usually designed to accomplish multiple legislative goals and, on the other, all of them serve to protect the overriding value of trust in the financial market⁹. This classification will therefore be used to organize the considerations that will come further on in this paper. It is also noteworthy that the analysed guidelines are addressed to supervisory authorities or payment services providers. It is worth remembering that the legal grounds for issuing guidelines are provided by Article 16 of Regulation No. 1093/2010 of the European Parliament and of the Council (EU) of 24 November 2010 establishing a European Supervisory Authority (European Banking Authority), amending Decision No. 716/2009/EC and repealing Commission Decision 2009/78/EC¹⁰. Under Article 16 paragraph 3 of the ESA Regulation, the competent authorities and financial institutions shall make every effort to comply with the guidelines. Even though these guidelines are not legally binding (the EBA Regulation mandates only that national supervisory authorities declare whether or not they intend to apply the guidelines), the immense prestige and importance of EBA, and indeed of the entire legislative framework within which ESFS operates, mean that they are transposed into nationally applicable law as a matter of course. This allows ESFS soft law to be viewed as a set of self-enforcing new-generation guidelines¹¹.

This work is based on the dogmatic legal method.

2. EBA soft law on the payment services market, relating to consumer protection

The EBA guidelines of 5 December 2017 on the procedure for filing complaints in connection with possible violations of the provisions of the second Payment Services Directive are of fundamental importance for consumer protection on the payment services market¹². These guidelines are applicable to complaints filed with the competent authorities in connection with possible violations by payment services providers of the provisions of PSD2. These specify, firstly, the methods of filing complaints about possible violations of PSD2, whereby one of the channels through which complaints may be lodged must be a digital channel accessible online, and — secondly — the information that consumers should include in their complaints (the subject matter of a complaint, followed by the principles relating to responding to complaints and documentation of procedures for filing and comprehensive processing

of complaints with a view to detecting violations and taking action to ensure and monitor effective compliance with the provisions of PSD2). The legislation in question also sets out the rules of procedure to allow payment services users and other interested parties (for example, consumer associations) to file complaints with the competent authorities, against the alleged payment services providers.

It should be remembered, however, that as of 1 May 2019, these will be replaced by EBA guidelines of 4 October 2018 on processing complaints in the securities and banking sector¹³, with the aim of strengthening consumer protection on the financial service market, including on the payment services market, by specifying the expectations for the organization of enterprises in the field of complaint processing; posting advice on providing information to complaining parties and on procedures for responding to complaints. These guidelines will standardize the arrangements at enterprises for processing all complaints received and assure a minimum level of convergence of supervisory practices in the European Union in terms of complaint processing arrangements for enterprises. Among provisions with particular importance for customers are, firstly, those that introduce a supervisory authority standard for responding to customers without undue delay or — as a minimum — within a time-limit set at the national level, and where a response cannot be provided within the prescribed time-limit, the enterprise should notify the complaining party of the reasons for the delay and indicate the expected time when such enterprise will complete the procedure, and secondly, those providing clear, accurate and up-to-date information on the procedure for complaint processing. The guidelines under discussion are consistent with the tendency in supervision toward a close and desirably more inter-sectoral substantive convergence, marking a long-awaited step forward in the efforts of EU supervisory bodies towards maximum standardization and consolidation of guidelines to benefit more than just a single sector of the EU's financial market. These efforts materialize through complaint processing recommendations addressed to national supervisory authorities, which rightly extend the scope of supervisory powers of national supervisors in such a way as to incorporate the requirement for enterprises to provide and record in writing complaint processing rules and establish a complaint processing centre, and for the governing bodies of such enterprises to provide supervisors and consumer rights advisors with information on complaints and complaint processing. Provision has also been made for enterprises to undergo an internal audit of their complaint processing procedures, including in particular a review of recurrent or systemic problems. These guidelines are applicable on the payment services market mainly to payment institutions within the meaning of Article 4 point 4 of PSD2 and electronic money institutions within the meaning of Article 2 point 1 of the Directive on electronic money¹⁴. This means that customer protection on the payment services market will continue to be a valid concern for payment services providers (EBA guidelines of 5 December 2017), payment institutions as

well as electronic money institutions (EBA guidelines of 4 December 2018).

Further guidelines with fundamental importance for customer/consumer protection are those of 19 December 2014 on Internet payment security (EBA/GL/2014/12_Rev1)¹⁵. It should be emphasized that the guidelines specify minimum requirements. Therefore, they do not limit the responsibility of payment services providers for monitoring and assessment of risks relating to their payment operations. They allow for developing detailed internal security policies and implementing measures with regard to contingency planning, incident management and business continuity arrangements, as commensurate with the risks connected with the payment services provided. While these guidelines allow considerable freedom of self-regulation, they definitely succeed in laying down common minimum requirements relating to Internet payment services (such as Internet card payments, Internet transfer order, Internet money order, electronic money) regardless of the access device. The main thrust of these guidelines is to put in place appropriate security mechanisms, demonstrated in practice through the supply by payment services providers of processes to ensure adequate tracking of all transactions and money order status, scrupulous recording of details relating to transactions and money orders as well as customer identification, information and strong customer authentication, while also assuring protection for sensitive payment data. The guidelines support good supervisory practices forming part of ESFS, which can be realized both by substantive and institutional convergence (in case of a change in the legal or supervisory framework).

It should also be remembered that the guidelines of 12 January 2018 on security measures relating to operational risks and security risks for payment services under PSD2 are also relevant to customer/consumer protection on the payment services market¹⁶. Even though neither the title nor the text of these guidelines makes direct reference to the payment services market, the guidelines have an indirect impact on the security of the customers of payment services providers. This is demonstrated mainly by the fact that the guidelines set out requirements that payment services providers should implement in order to limit operational risk and security threats arising from the provision of payment services. Also, importantly for the financial market, the guidelines make reference to the principle of proportionality which should form a yardstick, also for the activities undertaken and services offered by payment services providers. These guidelines lay down the requirement that payment services providers should create a framework system for risk management and establish models of risk management, control as well as address security concerns relating to the outsourcing of payment services. The idea of protection expressed in these guidelines is important, relating as it does to what is referred to as “protection in depth” by introducing multi-layer controls for persons, processes and technologies, which simply means defining more than a single control for the same risk (e.g. “four eyes” principle, two-stage authentication, network segmentation and multiple firewalls). These guidelines also include monitoring, detecting and reporting operational or security-

related incidents, management of the continuity of operations, continuity plans based on scenarios, including testing and communication in emergency situations; testing security measures and management of relations with payment services users (PSU).

It is also noteworthy that customer/consumer protection on the payment services market, just as in other segments of the EU's financial market, is ensured mainly by enforcing information obligations with respect to such customers/consumers¹⁷. This tendency is also visible in the present guidelines whereby payment services providers execute specific transparent standards of information for the benefit of their customers.

3. EBA soft law on the payment services market, relating to the stability and security of the payment services market

Among the measures intended to ensure the stability and security of the financial market is to identify the requirements with respect to conducting business professionally and in a manner that does not interfere with the functional order of the market, including by limiting the group of entities authorized to provide payment services to those that comply with such requirements. PSD2 lays down the relevant conditions, as well as other legislative measures, by empowering EBA to develop standards of supervisory practice within the European System of Financial Supervision or to specify how to apply EU law within a given area. The guidelines falling within this group include those relating to:

1) the information which should be submitted by payment and electronic money institutions in order to obtain an authorization and register account information services providers, in accordance with Article 5 paragraph 5 of PSD2¹⁸;

2) criteria for establishing the minimum monetary amount of professional indemnity insurance or other comparable guarantee under Article 5 paragraph 4 of PSD2¹⁹.

The guidelines on authorizations can be divided as to their subject matter into four groups. The guidelines refer respectively to payment institutions (PI), access information service providers (AISP), electronic money institutions (EMI) and competent authorities (CA). It should be borne in mind, however, that these are further differentiated within the groups, depending on the scope of their business activity (e.g. payment institutions acting only as account information service providers are subject to a special group of guidelines which cover providers providing that type of service). Depending on the provider category and the scope of services provided, the guidelines relate to information data, operational plans, business plans, organizational structure charts, proof of ownership of share capital, protective measures for payment services user funds, security policy, principles of management and internal audit mechanisms, including those consistent with obligations related to anti-money laundering and combating the financing of terrorism (AML/CFT requirements²⁰) and solutions ensuring business continuity arrangements, while also specifying the scope of information to be submitted and the degree of detail

required, or the type of documents confirming compliance with PSD2 requirements, to be submitted to the competent supervisory authorities together with the requisite application form (application for an authorization for a payment institution, application for account information services provider registration, application for an authorization for an electronic money institution).

The guidelines under discussion are also addressed to supervisory authorities tasked to evaluate the completeness and accuracy of the application (information and data reviewed for factual and legal compliance and for complete disclosure as required by legal regulations, including soft law).

In its guidelines on professional indemnity insurance, EBA establishes the premises underlying payment services provider assessment by supervisory authorities for PSD2 compliance of specific payment services providers applying for the grant of an authorization to provide payment services or applying for registration to provide payment services²¹ (specifically, the requirements indicated in Article 5, paragraphs 2 and 3 of PSD2). In this case, the intention of soft law is to standardize supervisory practices under the European System of Financial Supervision with respect to requirements allowing to ensure performance of services in case of an event provided for in the agreement (unauthorized payment transaction²², non-performance, improper or delayed performance²³, compensation for losses incurred or amounts paid in accordance with Articles 73 and 89 of PSD2²⁴). The capability of payment services providers mentioned in Article 5 paragraphs 2 and 3 of PSD2 (providing payment initiation services — PIS — and account information services — AIS) to fulfill their obligations is to be safeguarded, among other things, by entering into a specific agreement with an entity that will undertake — within the scope of its business activity — to perform a specific service in case an event foreseen in the agreement should occur. Supervisory authorities would only be responsible for ensuring that such an agreement provides for a specific level of insurance cover/guarantee. According to the instructions set out in the form of nine guidelines, supervisory authorities should specify the minimum monetary amount of professional indemnity insurance (PII) or a comparable guarantee held by providers of payment services, taking into account the risk profile criterion, the size and type of activities, and in conformity with the EBA template.

4. EBA soft law on the payment services market, relating to the protection of the payment market against criminal activity

Protection from criminal activity within the scope of EBA's authority relates to supervisory standards related to reporting various types of abuses that may take place on the payment services market in connection with, for example, the loss, theft or misappropriation of payment data, in particular protected data, or a payment instrument, as well as fraud. According to PSD2, supervisory authorities should classify serious incidents as appropriate and in a standardized manner (this refers to incident report con-

tents, incident report forms and procedure for incident reporting). These issues are regulated by the guidelines on the requirements for reporting financial abuses under Article 96 paragraph 6 of the second payment services directive (PSD2). These guidelines relate not only to payment services providers reporting financial abuses to the competent statistical authorities, but also to supervisory authorities collecting data to be conveyed to EBC and EBA pursuant to Article 96 paragraph 6 of PSD2. The task of these guidelines is to establish a transparent and logical system of data collection and reporting for 28 Member States of the European Union, through implementing a clear and tailored model of detection and prevention of crime on the payment market. For the achievement of this goal, cohesive data filing and classification arrangements were made, together with the necessary terminological adjustments.

These guidelines lay down the relevant detailed reporting requirements for payment service providers, with consideration given to such factors as the type of payment transaction, frequency, time-limits, reporting period and geographical division (data on domestic and cross-border transaction in the European Economic Area and cross-border transactions outside the European Economic Area). Payment service providers are obliged to submit data on transfer orders (broken down according to various classifications of this form of cashless settlement, e.g. initiated electronically or otherwise), money orders (classified into those approved by electronic authorization or by means other than electronic authorization, losses arising from losses in bearer transactions), payment transactions effected with a card, reported by the payment service provider to the issuer (including fraudulent card payments classified by type of financial abuse, for example, card loss, card theft, failure to collect a card, fake card), payment transactions effected with a card by a provider of payment services where the acquirer is contractually bound to the payment service user (classified by type of abuse, for example, fraudulent alteration of a payment order), cash pay-outs effected with cards, reported by the payment service provider to the issuer. Moreover, payment services providers are exempt from reporting losses arising from abuses which occurred in the provision of the above-mentioned payment services or in the performance of payment transactions. Furthermore, the reporting requirements refer to the following classification: data that must be submitted in connection with payment transaction using electronic money; data which must be submitted in connection with money order transactions and data in connection with transactions initiated by providers performing payment initiation services. The guidelines under discussion adopt the proportionality principle²⁵ by allowing various requirements to be differentiated, for example, into those relating to reporting frequency in accordance with the type of service provided or size of the payment service provider.

Secondly, the guidelines on reporting requirements for financial abuses specify the procedure for data handling by competent bodies for EBA and EBC submission (data collection), define the degree of detail required of the data as well as technical information (data stated in euros with an accuracy of two decimal places, etc.).

5. The function (role) of EBA for the payment services market

A survey of the areas of application EBA soft law on the payment services market allows identifying and differentiating the functions of EBA soft law on that market. It should be stressed that EBA soft law falls within supervisory soft law, which means that any functions singled out here also have a supervisory nature.

A survey of soft law on the payment services market from a substantive-law perspective allows distinguishing its two principal functions: first, customer/consumer protection and second, an interpretative function facilitating the understanding of the provisions of PSD2.

As to the first function, it can be argued that the Community supervisor has created — in collaboration with national supervisors (for soft law is legislated by consultation) high standards of conduct for the achievement of the fundamental goal of consumer protection, as shown by the guidelines discussed above, relating to complaint processing in the capital and banking sectors.

The second interpretative function facilitates a correct understanding of PSD2 to allow a correct interpretation of its provisions, technical points, while also contributing at the same time to customer/consumer protection. This is exemplified, for instance, by the guidelines on professional indemnity insurance.

Soft law on the payment services market is an integral and necessary part of network supervision, which will arguably continue to develop within its relevant sector in a manner consistent with that sector's nature but featuring (especially in the field of customer/consumer protection) common solutions for all financial market sectors in the EU. This is demonstrative of a much-needed substantive convergence to bring together all segments of the financial market and introduce not only substantive cohesion in terms of specific consumer protection standards but also a cohesive application of supervisory practices.

6. Final remarks

The payment market is arguably experiencing a gradual, evolutionary normativization of soft law modelled after other areas of financial market law (e.g. the mortgage market based on the Act on Mortgage Loans and Supervision Over Mortgage Loan Brokers and Agents). The normativization process in soft law proceeds in different ways. Firstly, for a reconstruction of a legal standard on the payment services market and its correct application, just as in other areas of EU financial market law, EBA soft law on payments is also necessary. Secondly, the transposition of soft law to be applied by national supervisory authorities means that soft law is being incorporated into the supervisory standard reviewed and supervised by national authorities. This means that supervisory models relevant to the process of assessment of the proper functioning of financial institution are becoming extended at the national level.

Customer/consumer protection on the EU financial market, including also in the payment services segment, takes direct and indirect forms, implemented at the EU but also — and more importantly — at the national level. At the UE level, this is based on Article 9 paragraph 5 of the EBA Regulation and on soft law which aids in the interpretation of EU legislative acts. Also in this market segment, protection is implemented by placing upon payment services providers a wide range of information obligations to be performed for customers. At the same time, the standard of information is specified by EU legislation but also by EBA guidelines.

Soft law on the payment services market relates not only to the public but also to private law. Interestingly, however, despite the paradigmatic shift on the financial market from regulation towards supervision, a sizeable portion of EBA soft law on payments refers to national norms of private law.

It is also worth pointing out that soft law on the payment services market appears to have an inter-disciplinary character in that it also touches problems of criminal activity on the EU financial market.

Undoubtedly, soft law on the payment services market, just as soft law on the entire EU financial market, impacts on the interpretation of the provisions of this market's law. However, its special role for the payment services market is an explanatory one, helping to understand EU legislation on payments. Therefore, in that sense, it does not differ much from the other soft law on the EU's financial market where it also serves two functions, executed by EBA (other ESAs): a protective function relating to customer/consumer security and protection on the financial services market and an explanatory function facilitating the interpretation of financial market law in the relevant market segment. However, due to its highly technical language, soft law plays one more role on the payment market, namely, it is an instrument through which payment institutions and supervisory authorities can understand the law, standardize supervisory practice and achieve substantive convergence.

Supervisory soft law on the financial market, including on the payment services market, greatly supports integrative processes²⁶ while also being instrumental in the correct interpretation of supervisory laws and the emerging procedural models for financial institutions and — in the case of the payment services market — payment services providers.

The EU and national macro-prudential supervision also includes the payment services market which is in turn part of the EU's financial market. It should be noted, however, that the payment sector is not for the time being subject to any EU-level ESRB recommendations or warnings, or Financial Stability Committee stances or recommendations as a national body of macro-prudential supervision. It can be claimed therefore that, from the point of view of macro-prudential supervisors, the payment services market does not appear to exhibit any systemic risks for the time being. The European Systemic Risk Board's guidelines and recommendations make no direct reference to the payment services market as generating a systemic risk.

¹ Regulation No. 1093/2010 of the European Parliament and of the Council (EU) of 24 November 2010 establishing a European Supervisory Authority (European Banking Authority), amending Decision No. 716/2009/EC and repealing Commission Decision 2009/78/EC, Official Journal L 331 of 15 December 2010, p. 12 as amended.

² Regulation No. 1095/2010 of the European Parliament and of the Council (EU) of 24 November 2010 establishing a European Supervisory Authority (European Securities and Markets Authority), amending Decision 716/2009/EC and repealing Commission Decision 2009/77/EC, Official Journal of the EU L 331 of 15 December 2010, p. 84 as amended.

³ Regulation No. 1094/2010 of the European Parliament and of the Council (EU) of 24 November 2010 establishing a European Supervisory Authority (European Insurance and Occupational Pensions Authority) amending Decision 716/2009/EC and repealing Commission Decision 2009/77/EC, Official Journal of the EU L 331 of 15 December 2010, p. 84 as amended.

⁴ M. Fedorowicz, *Nadzór nad rynkiem finansowym Unii Europejskiej*, Warsaw 2013, p. 150 and following.

⁵ R. Kaszubski, *Funkcjonalne źródła publicznego prawa bankowego*, Warsaw 2006, p. 32.

⁶ More on the subject: A. Zalcewicz, *Teoretycznoprawne wprowadzenie w problematykę rynku usług płatniczych — kilka uwag tytułem wstępu* [in:] *Ustawa o usługach płatniczych. Komentarz*, A. Zalcewicz (ed.), Warsaw 2016, p. 19–24.

⁷ Among others, L. Senden, *Soft law, Self-Regulation and Co-Regulation in European Law: Where do they meet?*, “Electronic Journal of Comparative Law” 2005, vol. 9, <http://www.ejcl.org/91/art91-3.html>, (21.11.2018), *passim*; D. Wojtczak-Samoraj, *Soft law i mechanizmy nielegislacyjne jako instrumenty integracji rynku usług bankowych Unii Europejskiej*, „Monitor Prawa Bankowego” 2012, No 1, p. 58; T. Nieborak, *Soft lex, sed lex? O nowych formach regulacji rynku finansowego Unii Europejskiej*, „Przegląd Zachodni” 2017, No. 2, p. 205 and following; M. Fedorowicz, *Nadzorcze soft law nowej generacji w sektorze bankowym w świetle art. 133 ust. 1a ustawy Prawo bankowe*, „Studia Prawnoustrojowe” 2017, No. 38, pp. 29–44.

⁸ Directive of the European Parliament and of the Council of 25 November 2015 on payment services in the internal market, amending Directives 2002/65/EC, 2009/110/EC, 2013/36/EU and Regulation (EU) No. 1093/2010 and repealing Directive 2007/64/EC, Official Journal of the European Union L.2015.337.35.

⁹ See more on the subject in T. Nieborak, *Creation and enforcement of financial market law in the light of the economisation law*, Poznań 2016, Wydawnictwo Naukowe UAM.

¹⁰ Official Journal of the EU L 331 of 15 December 2010, p. 12 as amended, hereinafter as the EBA Regulation.

¹¹ M. Fedorowicz, *Nadzór nad rynkiem? op. cit.* p. 163.

¹² https://www.eba.europa.eu/documents/10180/2053197/Guidelines+on+complaint+procedures+under+PSD2+%28EBA-GL-2017-13%29_

<PL.pdf/fb0e3136-5ada-402c-a42f-7cc359376457> (2.7.2018). The guidelines are applicable as of 13 January 2018.

¹³ https://www.eba.europa.eu/documents/10180/2381463/Joint+Committee+Guidelines+on+complaints-handling+%28JC+2018+35%29_PL.pdf/a49bd011-9230-4284-99a7-182657c48769 (24 October 2018).

¹⁴ Directive No. 2009/110/EC of the European Parliament and of the Council of 16 September 2009 on the taking up, pursuit of and prudential supervision of the business of electronic money institutions, amending Directives 2005/60/EC and 2006/48/EC and repealing Directive 2000/46/EC, Official Journal of the European Union L.2009.267.7

¹⁵ https://www.eba.europa.eu/documents/10180/1004450/EBA_2015_PL+Guidelines+on+Internet+Payments.pdf/1e7252b3-f6c7-4224-8095-780c6b0a121c (2 November 2018).

¹⁶ https://www.eba.europa.eu/documents/10180/2081899/Guidelines+on+the+security+measures+under+PSD2+%28EBA-GL-2017-17%29_PL.pdf/cd60445e-e39b-413a-b297-6a8bedcf7dc2, EBA/GL/2017/17 (2.11.2018).

¹⁷ Among others, J. Byrski, *Consumer Protection under Directive 2015/2366 on Payment Services in the Internal Market — Selected Issues*, *Zeszyty Naukowe UEK* 2017, No 8, p. 26; B. Bajor, *Obowiązki informacyjne w zakresie świadczenia usług płatniczych* [in:] *Ustawa o usługach płatniczych. Komentarz*, A. Zalcewicz (ed.), Warsaw 2016, 139–173.

¹⁸ https://www.eba.europa.eu/documents/10180/2015792/Guidelines+on+Authorisations+of+Payment+Institutions+%28EBA-GL-2017-09%29_PL.pdf/06b0a678-eccb-4d58-8268-e0e22b0c3c23, hereinafter referred to as guidelines on authorizations. The guidelines of 8 November 2017 are applicable as of 13 January 2018.

¹⁹ https://www.eba.europa.eu/documents/10180/1956339/Guidelines+on+PII+under+PSD2+%28EBA-GL-2017-08%29_PL.pdf/41564ec3-b596-46a8-87ac-b2e40fc0e434, hereinafter referred to as guidelines on professional indemnity insurance. The guidelines of 12 September 2017 are applicable as of 13 January 2018.

²⁰ These regulations are related to anti-money laundering activities/combating the financing of terrorism.

²¹ These are entrepreneurs listed in Article 5 paragraphs 2 and 3 of PSD2.

²² See Article 73 of PSD2.

²³ See Articles 89 and 90 of PSD2.

²⁴ See Article 92 of PSD2.

²⁵ For more on the proportionality principle on the payment services market, see J. Byrski, *Outsourcing w działalności dostawców usług płatniczych*, Warsaw 2018, *passim*.

²⁶ See and compare T. Möllers, *Sources of Law in European Securities Regulation — Effective Regulation, Soft Law and Legal Taxonomy from Lamfalussy to de Larosiere*, “European Business Organisation Law Review” 2010, Nr 11, p. 381 and following.

de Larosiere. European Business Organisation Law Review, (11), 379–407.

Nieborak, T. (2016), *Creation and enforcement of financial market law in the light of the economisation law*. Poznań: Wydawnictwo Naukowe UAM.

Nieborak, T. (2017), *Soft lex, sed lex? O nowych formach regulacji rynku finansowego Unii Europejskiej. Przegląd Zachodni*, (2), 205–217.

Senden, L., (2005) *Soft law, Self-Regulation and Co-Regulation in European Law: Where do they meet?*. *Electronic Journal of Comparative Law*, (vol. 9), <http://www.ejcl.org/91/art91-3.html>, (21.11.2018)

Wojtczak-Samoraj, D. (2012), *Soft law i mechanizmy nielegislacyjne jako instrumenty integracji rynku usług bankowych Unii Europejskiej. Monitor Prawa Bankowego*, (1), 58–71.

Zalcewicz, A. (2016), *Teoretycznoprawne wprowadzenie w problematykę rynku usług płatniczych — kilka uwag tytułem wstępu*. [in:] *Ustawa o usługach płatniczych. Komentarz*. A. Zalcewicz (ed.). Warsaw: 19–24.

References

Bajor, B. (2016), *Obowiązki informacyjne w zakresie świadczenia usług płatniczych* [in:] *Ustawa o usługach płatniczych. Komentarz*, A. Zalcewicz (ed.). Warsaw, 139–173.

Byrski, J. (2018), *Outsourcing w działalności dostawców usług płatniczych*. Warsaw: Wydawnictwo C.H. Beck.

Byrski, J. (2017) *Consumer Protection under Directive 2015/2366 on Payment Services in the Internal Market — Selected Issues. Zeszyty Naukowe UEK*, (8), p. 26.

Fedorowicz, M. (2013), *Nadzór nad rynkiem finansowym Unii Europejskiej*. Warszawa: Wydawnictwo Difin.

Fedorowicz, M. (2017), *Nadzorcze soft law nowej generacji w sektorze bankowym w świetle art. 133 ust. 1a ustawy Prawo bankowe. Studia Prawnoustrojowe*, (38), 29–44.

Kaszubski, R., (2006), *Funkcjonalne źródła publicznego prawa bankowego*. Warszawa: Wydawnictwo Wolters Kluwer.

Möllers, T. (2010), *Sources of Law in European Securities Regulation — Effective Regulation, Soft Law and Legal Taxonomy from Lamfalussy to*

Obowiązki informacyjne konsumentów wobec kredytodawców jako przejaw odpowiedzialnego udzielania kredytów

Information obligations provided by consumers to creditors as a manifestation of responsible lending

mgr Magdalena Paleczna

E-mail: magda.paleczna@uwr.edu.pl; nr orcid: 0000-0001-7646-1055

Streszczenie

W artykule przedstawione zostały istota i zakres obowiązków informacyjnych przekazywanych przez konsumentów wobec kredytodawców. W opracowaniu przyjęto definicję kredytodawcy w ujęciu trzech ustaw: ustawy z dnia 12 maja 2011 r. o kredycie konsumenckim, ustawy z dnia 23 października 2014 r. o odwróconym kredycie hipotecznym oraz ustawy z dnia 23 marca 2017 r. o kredycie hipotecznym i nadzorze nad pośrednikami kredytu hipotecznego i agentami. Obowiązek informacyjny jest jednym z mechanizmów ochrony konsumenta na rynku usług finansowych, w tym także kredytowych. Dyrektywa 2008/48/WE, dyrektywa 2014/17/UE oraz ustawa o kredycie konsumenckim zobowiązały konsumentów do przekazania informacji kredytodawcy w celu przeprowadzenia oceny zdolności kredytowej, nie wskazując jednak katalogu tych informacji. Ze względu na specyfikę umowy kredytowej konsument powinien przekazywać wszystkie informacje dotyczące jego bieżącej i przyszłej sytuacji finansowej. Poprzez prawidłowe, rzetelne i kompleksowe przekazanie informacji konsument może uchronić się przed nadmiernym zadłużeniem i popadnięciem w tzw. „spirale zadłużenia”. W artykule poruszono również kwestię niewypełnienia obowiązku informacyjnego przez konsumenta. Wypełnienie obowiązku informacyjnego przez kredytodawcę i konsumenta jest jednym z przejawów realizacji idei odpowiedzialnego kredytowania.

Słowa kluczowe:

konsument, kredytodawca, kredyt, informacja, obowiązek informacyjny.

Summary

The paper presents the essence and the scope of the consumer's obligations to provide the creditor with information. The information obligations is one of the consumer protection mechanisms existing on the financial services market, what includes credit services. Directive 2008/48/WE and the Consumer Credit Act of 12 May 2011 oblige consumers to provide the creditor with information in order for the creditor to be able to conduct a thorough assessment of the consumer's creditworthiness, however this information is not specified. Owing to the nature of the credit agreement, consumer shall communicate all information concerning his or her current and future financial situation. The true, fair and comprehensive transfer of information may prevent the consumer from over-indebtedness and from falling into so-called "debt spiral". The paper also addresses the issue of the failure to fulfill the information obligation by the consumer. Fulfilling the information obligation by the consumer is one of the manifestations of implementation of the responsible lending.

Key words:

credit, consumer, creditor, information, information obligation.

JEL: D18, K29, K49

Wprowadzenie

Wraz z rozwojem i powszechnym dostępem konsumentów¹ do usług kredytowych wzrasta skala obserwowanych nadużyć na rynku kredytowym w Polsce. Konsument chcąc uzyskać prawidłowy wynik oceny zdolności kredytowej często przekazują kredytodawcom² nieprawidłowe i nierzetelne informacje dotyczące ich sytuacji finansowej i życiowej.

Nienależyte i niejasne informowanie kredytodawców przez konsumentów spowodowane jest także obawą przed odrzuceniem i wykluczeniem finansowym. Konsument, któ-

rego wniosek kredytowy nie zostaje pozytywnie rozpatrzone, nie może skorzystać z usługi kredytowej i sfinansować bieżących jak i przyszłych potrzeb.

Takie zachowania konsumentów na etapie przedkontraktowym powodują, że zaciągają oni zobowiązania niedostosowane do ich potrzeb oraz sytuacji materialnej. Konsument narażają się na nieprawidłowe wykonanie warunków umowy kredytowej, gdyż terminowa spłata zaciągniętego zobowiązania jest dla nich niemożliwa. Nieodpowiedzialne zachowanie konsumentów naraża ich na powstawanie dodatkowych odsetek, które zwiększają całkowity koszt kredytu³. Dodatkowo nadmierne zadłużanie konsumentów

wpływa na zaciągnięcie kolejnego zobowiązania na spłatę już istniejącego, co w dalszej perspektywie skutkuje wпадnięciem w tzw. „spirale zadłużenia”⁴ (Rutkowska-Tomaszewska, 2014, s. 278) i ogłoszeniem upadłości konsumentki.

W obliczu nieracjonalnego zachowania konsumenta na rynku usług kredytowych, coraz donioślejsza staje się idea odpowiedzialnego udzielania kredytowania. Idea ta, mająca pierwotnie zastosowanie do kredytodawców, obecnie stanowi ważny postulat dotyczący zachowania konsumenta na wszystkich etapach procedury kredytowej, zwłaszcza na etapie wnioskowania o kredyt. Szczególne znaczenie ma jakość przekazywanych informacji kredytodawcy przez konsumenta, na podstawie których możliwe jest podjęcie odpowiedniej decyzji co do treści i warunków umowy kredytowej. Konieczność uregulowania i urzeczywistnienia idei odpowiedzialnego kredytowania wynika z obserwowanego nadmiernego zadłużania się przez konsumentów, które spowodowane jest powszechnym dostępem do usług kredytowych.

Znaczenie obowiązku informacyjnego w procedurze kredytowej

Obowiązki informacyjne nałożone na kredytodawców i kredytobiorców (konsumentów) stanowią aktualnie jeden z ważniejszych przejawów ochrony konsumenta. Istota obowiązku informacyjnego polega na przekazywaniu informacji, które bezpośrednio wpływają na wykonanie umowy kredytowej. Celem wprowadzenia tego obowiązku jest zmniejszenie asymetrii informacyjnej między kredytodawcą a konsumentem, będącej poważną niedoskonałością rynku finansowego. Sprzyja to również ograniczeniu nadużyć i nieetycznych zachowań na rynku kredytowym. Obowiązki o charakterze informacyjnym są odmienne dla konsumenta oraz kredytodawcy. Przekazywane wzajemnie informacje mają umożliwić świadome uczestnictwo i angażowanie się w usługę kredytową adekwatną do potrzeb konsumenta.

Rozważając mechanizmy ochrony konsumenta i odpowiednie regulacje w tym zakresie, należy zauważyć wzrost znaczenia ochrony przez informację. Ochrona ta polega na ustanowieniu pewnego katalogu informacji, które muszą zostać przekazane konsumentowi w sposób jasny i zrozumiały na etapie przedkontraktowym jak i uwzględnione w samej umowie.

Prawno-ekonomiczny charakter usługi kredytowej sprawia, że są one skomplikowane dla konsumentów, a postanowienia umowy często niezrozumiałe. Dlatego też kredytodawcy zgodnie z przepisami ustawy z dnia 12 maja 2011 r. o kredycie konsumenckim, ustawy z dnia 23 października 2014 r. o odwróconym kredycie hipotecznym oraz w ustawy z dnia 23 marca 2017 r. o kredycie hipotecznym i nadzorze nad pośrednikami kredytu hipotecznego i agentami, zostali zobowiązani do przekazywania rzetelnej i pełnej informacji o usłudze kredytowej. Istotnym również jest informowanie konsumenta o ryzyku związanym z nabywaną usługą, jej skutkach prawnych i ekonomicznych. O nieprawidłowym wykonywaniu tego

obowiązku przez kredytodawców lub jego braku świadczy ilość i charakter skarg konsumentów kierowanych do Rzecznika Finansowego⁵ oraz postępowania Prezesa Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumenta w zakresie praktyk naruszających zbiorowe interesy konsumentów i stosowanie nieuczciwych praktyk rynkowych⁶.

Prawidłowo przekazywana informacja przez strony na etapie przedkontraktowym ma zasadnicze znaczenie dla zawarcia umowy i jej wykonywania przez konsumenta (Tereszkiewicz, 2015, s. 25).

Obowiązki o charakterze informacyjnym nałożone na kredytodawców i kredytobiorców określone zostały w: ustawie z dnia 29 sierpnia 1997 r. Prawo bankowe, ustawie z o kredycie konsumenckim, ustawie o odwróconym kredycie hipotecznym, ustawie o kredycie hipotecznym i nadzorze nad pośrednikami kredytu hipotecznego i agentami. Wskazane regulacje zobowiązują kredytodawców do przekazania konsumentom informacji przed zawarciem umowy o kredyt, w czasie umożliwiającym konsumentowi zapoznanie się z nimi (Czech, 2017, s. 216). Do najważniejszych obowiązków informacyjnych należą: czas obowiązywania umowy, stopa oprocentowania kredytu i warunki jej stosowania, całkowita kwota kredytu, całkowita kwota do zapłaty przez konsumenta, rzeczywista roczna stopa oprocentowania z wszystkim założeniami sposobu jej obliczania, zasady i terminy spłaty kredytu, informacje o innych kosztach związanych z kredytem.

Informacje o warunkach umowy kredytowej i ryzyku związanym z nabywaną usługą i muszą być przekazane konsumentowi umiejętnie, czyli przejrzysto i w sposób niewprowadzający w błąd (Rutkowska-Tomaszewska, 2016, s. 36). Oznacza to że, nadmiar przekazywanych konsumentowi informacji organicznie jego możliwości poznawcze i podjęcie racjonalnej decyzji. Zwiększa się prawdopodobieństwo braku zrozumienia podawanych informacji i danych (zob. Rutkowska-Tomaszewska, 2016; Niborak, 2016).

Wzrost znaczenia obowiązków informacyjnych spowodowany jest również upowszechnieniem się oferowania usług finansowych, w tym kredytowych, niedopowiadającym potrzebom konsumentów lub proponowanie nabycia tych usług w sposób nieadekwatny do ich charakteru — *misselling*⁷ (Sroczyński, 2016, s. 26–31; Ganczar, 2016, Legalis; Sieradzka, 2016, LEX/el; Krasnodębska-Tomkiel, 2016; Wierzbička, 2016, s. 316–327; Orlicka, 2015, s. 43; Uzasadnienie do projektu ustawy o zmianie ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów oraz ustawy — Kodeks postępowania cywilnego). Polski ustawodawca taki sposób działania uznał za zakazaną praktykę naruszającą zbiorowe interesy konsumentów.

Celem ochrony konsumenta przez informację jest właściwe przygotowanie konsumenta do świadomego zawarcia umowy kredytowej. Konsument musi zostać poinformowany o warunkach umowy kredytowej w sposób niewprowadzający w błąd, informacje muszą być rzetelne i przejrzyste, szczególnie te dotyczące odpłatności za usługę i ryzyka związanego z nabywaną usługą (Rutkowska-Tomaszewska, 2016, s. 40–41). Ważnym jest odpowiednie i stosowne zachowanie konsumenta na etapie przedkontraktowym, polegające na przekazaniu odpowiednich

informacji kredytodawcy o aktualnej sytuacji finansowej, rodzinnej i zawodowej. Wzajemne informowanie pozwala na prawidłowe kształtowanie warunków umowy jak i jej wykonanie, a także ogranicza wystąpienia ryzyka kredytowego obu stron.

Obowiązki informacyjne konsumentów wobec kredytodawców

Konsument na etapie wnioskowania o kredyt zobowiązany jest zawrzeć we wniosku kredytowym wszelkie informacje dotyczące jego aktualnej sytuacji finansowej, stanu prawnego nieruchomości, historii dotychczasowych zobowiązań, wieku, kwalifikacji, zatrudnienia oraz sytuacji rodzinnej⁸ (Por. Paxford, 2013, s. 247). Ważne jest, aby uwzględnił on we wniosku wszystkie wskazane informacje, ponieważ kompleksowo przekazana informacja umożliwi konsumentowi prawidłowo wykonać umowę kredytową. Przekazanie prawdziwych i rzetelnych informacji przez konsumenta pozwala również na uniknięcie sytuacji, w której zaciąga on zobowiązanie, którego nie będzie w stanie wykonać. W ustawie Prawo bankowe na kredytobiorców-konsumentów nałożony został obowiązek dostarczenia niezbędnych informacji służących ocenie ich zdolności kredytowej. Zgodnie z art. 70 ust. 1 zd. 2 p.b.: *Kredytobiorca jest obowiązany przedłożyć na żądanie banku dokumenty i informacje niezbędne do dokonania oceny tej zdolności*. Obowiązek przekazania niezbędnych informacji przez konsumenta wynika także z ustawy o odwróconym kredycie hipotecznym: *Kredytobiorca jest obowiązany do przedstawienia, na żądanie banku, dokumentów i informacji niezbędnych do dokonania oceny*⁹. Co ważne, ze względu na charakter umowy odwróconego kredytu hipotecznego, bank nie przeprowadza oceny zdolności kredytowej konsumenta, a dokonuje oceny stanu i historii zobowiązań kredytobiorcy oraz stanu prawnego nieruchomości lub lokalu. Natomiast zgodnie z ustawą o kredycie hipotecznym, ocena zdolności kredytowej przeprowadzana jest: *na podstawie informacji uzyskanych od konsumenta, z baz danych lub ze zbiorów danych kredytodawcy. Konsument przedstawia, na żądanie kredytodawcy i we wskazanym przez kredytodawcę terminie, dokumenty i informacje niezbędne do dokonania oceny zdolności kredytowej*¹⁰. Analogiczne obowiązki kredytobiorcy-konsumenta względem kredytodawcy występują na gruncie ustawy o kredycie konsumenckim. Zgodnie z art. 9 ust. 2 i 3 u.k.k. 2. *ocena zdolności kredytowej dokonywana jest na podstawie informacji uzyskanych od konsumenta lub na podstawie informacji pozyskanych z odpowiednich baz danych lub zbiorów danych kredytodawcy*. 3. *Konsument jest zobowiązany do przedstawienia, na żądanie kredytodawcy, dokumentów i informacji niezbędnych do dokonania oceny zdolności kredytowej*.

Ustawa o kredycie konsumenckim nałożyła na konsumenta obowiązek przekazywania niezbędnych informacji do dokonania zdolności kredytowej, nie wskazując jednak ich katalogu. Należy zatem uznać, że informacje te będą tożsame z informacjami przekazywanymi przez konsumenta we wniosku kredytowym. Ocena zdolności kredytowej

może być dokonana przez kredytodawcę z zastosowaniem wybranej przez niego metody. Zarówno w ustawie o kredycie konsumenckim, ustawie o kredycie hipotecznym i nadzorze nad pośrednikami kredytu hipotecznego i agentami oraz w ustawie o odwróconym kredycie hipotecznym, nie zostało wskazane, w jaki sposób kredytodawca ma przeprowadzić ocenę zdolności kredytowej oraz jakie techniki i metody powinny być przez niego zastosowane. Najczęściej wykorzystywanymi metodami są: metoda dochodowa (zob. szerzej: Capiga, 2009, s. 124) i metoda scoringowo-punktowa¹¹ (zob. szerzej: Staniszevska, 2012, s. 160; Matuszyk, 2004, s. 49–51). Pierwsza z nich pozwala obliczyć wysokość miesięcznej raty kredytu, uwzględniając w tym miesięczny dochód netto kredytobiorcy, ilość osób w gospodarstwie domowym, a także koszty stałe obciążające budżet domowy, tj.: wysokość innych spłacanych kredytów lub pożyczek, składki ubezpieczeniowe, alimenty i opłaty mieszkaniowe. Druga metoda dotyczy zasadniczo cech osobistych konsumenta, które mogą mieć wpływ na prawidłowe wykonanie zobowiązania. Metoda ta pozwala również na ustalenie prawdopodobieństwa wystąpienia niewypłacalności. Najczęściej występującymi charakterystykami w ocenie zdolności kredytowej metodą scoringową są: zawód konsumenta i forma zatrudnienia, status prawny posiadanej nieruchomości, dotychczasowa terminowość wykonywania zobowiązań a także status pracy małżonka (Staniszevska, 2012, s. 170). Metody te potwierdzają konieczność przekazywania przez konsumentów prawidłowych informacji kredytodawcom. Pozwala to również na dopasowanie rat kapitałowo-odsetkowych do rzeczywistych możliwości finansowych konsumenta.

Udzielenie nieprawidłowych i nierzetelnych informacji przez konsumenta

Skutki dotyczące przekazywania nieprawidłowych i nierzetelnych informacji przez konsumentów kredytodawcom rozważane będą przez Autorkę na gruncie trzech ustaw: Prawa bankowego, ustawy o kredycie konsumenckim i ustawy o kredycie hipotecznym i nadzorze nad pośrednikami kredytu hipotecznego i agentami¹².

Przekazanie nieprawidłowych i nierzetelnych informacji przez kredytobiorcę konsumenta rodzi ryzyko zaciągnięcia zobowiązania, które przekracza jego możliwości finansowe oraz upoważnia kredytodawców do wypowiedzenia umowy kredytowej. Sankcja wypowiedzenia kredytu przez kredytodawcę uregulowana została w ustawie Prawo bankowe i ustawie o kredycie hipotecznym i nadzorze nad pośrednikami kredytu hipotecznego i agentami.

Gdy kredytodawcą jest bank, to zgodnie z art. 75 p.b., w przypadku nie dotrzymania przez konsumenta warunków umowy kredytowej może on obniżyć kwotę przyznanego kredytu albo wypowiedzieć umowę kredytu. Przekazanie *nieprawdziwych informacji po zawarciu umowy, lecz przed oddaniem środków pieniężnych do dyspozycji nierzetelnego kredytobiorcy, lub gdy bank dopiero w tym momencie dostrzegł, że podane przed zawarciem umowy dane nie odpowiadają rzeczywistości* (Zoll F., LEX/el.), może stanowić przesłankę do wypowiedzenia umowy kredytowej

przez bank. Podobnie jest w sytuacji, kiedy konsument udziela nieprawdziwych informacji po zawarciu umowy i przekazaniu środków pieniężnych do jego dyspozycji. Bank, jako kredytodawca uprawniony jest do wypowiedzenia umowy kredytu zgodnie z powołanym wcześniej art. 75 p.b. i żądać zwrotu środków pieniężnych udzielonych kredytobiorcy. Odmienne będzie w przypadku wadliwości przekazanych informacji poprzez ich dezaktualizację, na którą konsument nie miał wpływu. Problem ten może wystąpić jeszcze na etapie wnioskowania o kredyt, kiedy zmianie ulega wysokość wynagrodzenia, status pracy czy status prawny nieruchomości. W tym przypadku bank powinien ponownie ocenić okoliczności mające wpływ na ocenę zdolności kredytowej.

Pewne obostrzenia w zakresie przekazania niekompletnych informacji przez kredytobiorcę konsumenta wprowadziła ustawa o kredycie hipotecznym i nadzorze nad pośrednikami kredytu hipotecznego i agentami. Zgodnie z art. 22 ust. 2 u.k.h., gdy konsument celowo odmówił ujawnienia informacji lub podał nieprawdziwe informacje niezbędne do przeprowadzenia oceny zdolności kredytowej, kredytodawca może rozwiązać, w tym odstąpić od umowy o kredyt hipoteczny, lub zmienić umowę o kredyt hipoteczny. Z tego typu sankcji kredytodawca może skorzystać wyłącznie, kiedy działanie konsumenta ma charakter celowy (por. Paxford, 2018, Legalis)¹³. Kredytodawca nie będzie mógł wypowiedzieć umowy kredytu hipotecznego, kiedy nieprawidłowe przekazanie informacji wynika z niewystarczającej wiedzy konsumenta z zakresu usług finansowych (Uzasadnienie do Rządowego projektu ustawy o kredycie hipotecznym oraz o nadzorze nad pośrednikami kredytu hipotecznego i agentami).

W ustawie o kredycie konsumenckim oraz w ustawie o odwróconym kredycie hipotecznym, ustawodawca nie przewidział sankcji za nieprawidłowe przekazanie informacji kredytodawcy przez konsumenta. Ustawa o kredycie konsumenckim, co prawda przewiduje możliwość wypowiedzenia umowy kredytowej przez kredytodawcę, jednak nie zostało to uregulowane w sposób całościowy. Wypowiedzenie umowy kredytu konsumenckiego w przypadku niewykonania obowiązku informacyjnego przez konsumenta możliwa jest, gdy kredytodawcą jest bank. Zastosowanie będzie miał omówiony powyżej art. 75 ust. 1 p.b.

Z opisanych uprawnień dotyczących wypowiedzenia umowy kredytowej w sytuacji nieprawidłowego wykonania przez konsumenta obowiązku informacyjnego może skorzystać także spółdzielcza kasa oszczędnościowo-kredytowa¹⁴.

Należy podkreślić, że oprócz skutków prawnych nieprawidłowo i nierzetelnie przekazanych informacji, występują również skutki ekonomiczne, które mogą być uciążliwe dla konsumenta. Najczęściej występującymi problemami związanymi z wykonywaniem umowy kredytowej są: nieterminowa spłata zobowiązań, nadmierne zadłużanie się konsumentów oraz notoryczne zaciąganie kolejnych zobowiązań na spłatę już istniejących. Zauważyć należy, że są to konsekwencje nieodpowiedzialnego zachowania się konsumenta na etapie przedkontraktowym.

W sytuacji gdy konsument opóźnia się ze spełnieniem świadczenia pieniężnego, to z zgodnie z art. 481 § 1

ustawy z dnia 23 kwietnia 1964 r. Kodeks cywilny¹⁵ (dalej: Kc), kredytodawca może żądać odsetek karnych za czas opóźnienia. Wysokość maksymalna odsetek za opóźnienie nie może w stosunku rocznym przekraczać dwukrotności wysokości odsetek ustawowych za opóźnienie¹⁶. Nieetyczne i nieodpowiedzialne zachowanie kredytobiorcy narzuca się na zwiększanie całkowitego kosztu kredytu, przez co jego zobowiązanie względem kredytodawcy jest wyższe niż w dniu podpisania umowy. Sąd Najwyższy w wyroku z dnia 23 stycznia 2002 r. stwierdził, że: *obowiązek zapłaty wynagrodzenia za korzystanie z cudzego mienia jest powszechną regułą prawa regulującą własność w szerokim znaczeniu. W odniesieniu do korzystania z pieniędzy jako sui generis rzeczy wynika z art. 481 § 1 Kc*¹⁷. Ten sam Sąd w wyroku z dnia 26 stycznia 2017 r. uznał, że: *Skuteczne wypowiedzenie umowy kredytu nie powoduje zniesienia istniejącego między stronami stosunku obligacyjnego wynikającego z zawartej umowy, ale skutkuje wymagalnością roszczenia banku obejmującego niespłacone raty kredytu oraz odsetki kapitałowe i odsetki za opóźnienie*¹⁸. Oznacza to, że kredytodawca mimo złożenia wypowiedzenia musi spełnić roszczenie banku a także kredytodawcy niebędącego bankiem w przypadku umowy o kredyt konsumencki.

Podsumowanie i wnioski

Angażowanie się przez konsumentów w usługę kredytową adekwatną i odpowiednią do ich potrzeb możliwe jest dzięki kompleksowemu i rzetelnemu poinformowaniu kredytodawcy o ich sytuacji finansowej i życiowej. Obowiązek informacyjny nałożony na konsumentów sprzyjać ma również terminowemu i prawidłowemu wykonywaniu przez nich umowy kredytowej.

Wynikająca z obowiązku informacyjnego ochrona konsumentów może być efektywna i skuteczna, gdy informacje przekazywane przez kredytobiorców konsumentów będą prawidłowe, rzetelne i kompleksowe. Przepisy omówionych w opracowaniu ustaw nie wskazują katalogu przekazywanych informacji, mimo tego należy wskazać tu wszelkie informacje mające wpływ na jego aktualną jak i przyszłą sytuację finansową. Ważnym jest, aby informacje te były przekazane jeszcze na etapie wnioskowania o kredyt. Umożliwi to podjęcie odpowiedniej decyzji kredytodawcy i konsumentowi o treści i warunkach umowy kredytowej, w szczególności okresu jej trwania i wysokości rat kapitałowo-odsetkowych.

Niewypełnienie obowiązków informacyjnych przez konsumentów wobec kredytodawców może skutkować dotkliwymi konsekwencjami prawnymi i ekonomicznymi. Będzie to przede wszystkim możliwość wypowiedzenia kredytu przez kredytodawcę zgodnie z art. 75 ust. 1 p.b. i przedstawionymi w opracowaniu przesłankami. W przypadku braku płatności rat kapitałowo-odsetkowych przez konsumenta, kredytodawca kredytu konsumenckiego może¹⁹: żądać wyjaśnień przyczyn opóźnienia płatności, naliczać odsetki za nieterminową regulację zobowiązań zgodnie z art. 481 k.c. oraz wypowiedzieć umowę kredytu na zasadach ogólnych. Co ważne, tego typu rozwiązania są następstwami umyślnych, jak i nieumyślnych działań

konsumentów dotyczących zaniezań w zakresie przekazywania informacji.

Podkreślić naleŹy takŹe, Źe nieodpowiedzialne zachowanie konsumentów rodzi powaŹne zagroŹenie nie tylko dla ich sytuacji finansowej w postaci nadmiernego zadluŹania się, ale takŹe, gdy będzie miało charakter skali, moŹe

¹ Konsument w rozumieniu art. 221 ustawy z dnia 23 kwietnia 1964 r. — Kodeks cywilny (t.j. DzU z 2018 r. poz.1025), czyli osoba fizyczna dokonujacą z przedsiębiorcą czynności prawnej niezwiązanej bezpośrednio z jej działalnością gospodarczą lub zawodową.

² Zgodnie z art. 5 pkt 1 ustawy z dnia 12 maja o kredycie konsumenckim (t.j. DzU z 2018 r. poz. 993), kredytodawcą kredytu konsumenckiego jest przedsiębiorca w rozumieniu przepisów ustawy z dnia 23 kwietnia 1964 r. — Kodeks cywilny, który w zakresie swojej działalności gospodarczej lub zawodowej, udziela lub daje przyrzeczenie udzielenia konsumentowi kredytu. Kredytodawcą w rozumieniu art. 4 pkt 8 ustawy z dnia 23 marca 2017 r. o kredycie hipotecznym i nadzorze nad pośrednikami kredytu hipotecznego i agentami, (t.j. DzU z 2017 r. poz. 819), jest: bank krajowy w rozumieniu ustawy Prawo bankowe, oddział banku zagranicznego w rozumieniu ustawy Prawo bankowe, instytucja kredytowa w rozumieniu ustawy Prawo bankowe prowadzając działalność trans graniczną, oddział instytucji kredytowej w rozumieniu ustawy Prawo bankowe oraz spółdzielcza kasa oszczędnościowo-kredytowa. Natomiast w ustawie z dnia 23 października 2014 r. o odwróconym kredycie hipotecznym (DzU z 2016, poz. 786), kredytodawcą odwróconego kredytu hipotecznego jest wyłącznie bank.

³ Zgodnie z art. 5 pkt 6 u.k.k., całkowity koszt kredytu oznacza wszelkie koszty, które konsument jest zobowiązany ponieść w związku z umową o kredyt. Pośród tych kosztów wskazane zostały m.in.: odsetki, opłaty, prowizje.

⁴ Polega ona na zaciągnięciu przez konsumenta kolejnego zobowiązania na spłatę już istniejącego. Kwota dłuŹu wraz z rosnącymi odsetkami i odsetkami karnymi przekracza kilkakrotnie (często wielokrotnie) wysokość dotychczasowego dłuŹu. Dodatkowo w przypadku zaciągnięcia nowego zobowiązania kwota istniejącego już dłuŹu wzrasta. O zjawisku nadmiernego zadluŹania się przez konsumentów i wpadaniem w tzw. „spirale zadluŹenia”.

⁵ W 2016 r. do Rzecznika Finansowego wpłynęło 3916 skarg z zakresu rynku bankowo-kapitałowego, z czego 2479 stanowiły skargi dotyczące kredytów. W 2017 r. do Rzecznika Finansowego wpłynęło 4401 skarg z zakresu rynku bankowo-kapitałowego, z czego 2829 stanowiły skargi dotyczące kredytów, 1506 skarg stanowiły skargi dotyczące kredytu konsumenckiego.

⁶ Aktualnie Prezes UOKiK prowadzi prawie 60 postępowań przeciwko niebankowym instytucjom pożyczkowym. W 2017 r. Prezes UOKiK wydał

Bibliografia

- Capiga, M. (2009). *Działalność kredytowa monetarnych instytucji finansowych*. Warszawa: Wydawnictwo Difin.
- Czech, T. (2017). *Kredyt konsumencki. Komentarz*. Warszawa: Wydawnictwo Wolters Kluwer.
- Ganczar, M. (2016). *Misselling — nowa praktyka naruszająca zbiorowe interesy konsumentów w świetle nowelizacji ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów z 2015 r.* W: M. Czarna, (red.), T. Skoczny, *Prawo konsumenckie w praktyce*. Warszawa: Legalis.
- Krasnodębska-Tomkiel, M. (2016). *Misselling, czyli sprzedaŹ nieetyczna*. *Gazeta Bankowa*, (6), 30–32.
- Matuszyk, A. (2004). *Creditscoring*. Warszawa: Wydawnictwo CeDeWu.
- Niborak, T. (2016). *Tworzenie i stosowanie prawa rynku finansowego proces ekonomizacji prawa*. Warszawa: Wydawnictwo Naukowe UAM.
- Orlicka, J. (2015). *Zakaz stosowania klauzul abuzywnych i zakaz missellingu w znelizowanej ustawie o ochronie konkurencji i konsumentów*. *Prawo Aneluracyjne*, (4), 36–48.
- Osajda, K. (2018). *Ustawa o kredycie konsumenckim. Komentarz*. Legalis.
- Paxford, B., *Kredyty i pożyczki pienięŹne oraz zasady koncentracji zaangaŹowań*. W: H. Gronkiewicz-Waltz, H. (red.). (2013). *Prawo bankowe. Komentarz*. Warszawa: Wydawnictwo C.H. Beck.
- Paxford, B. (2018). *Ustawa o kredycie hipotecznym oraz o nadzorze nad pośrednikami kredytu hipotecznego i agentami. Komentarz*. Legalis.
- Rutkowska-Tomaszewska, E. (2014). *Ochrona prawna kredytobiorcy — konsumenta w świetle najnowszych projektowanych regulacji prawnych*. W: M. Ganczar (red.), E. Sługocka-Krupa (red.), *Ochrona konsumenta i jej współczesne wyzwania* (278 in.). Lublin: Wydawnictwo KUL.
- Rutkowska-Tomaszewska, E. (2016). *Usługi finansowe — dobrodziejstwo i (czy) zagroŹenie dla konsumentów? Czy ochrona konsumenta usług*

zagraŹać stabilności i bezpieczeŹstwu systemu finansowego. Ograniczenie wystąpienia tego zjawiska moŹliwe jest poprzez kształtowanie świadomości odpowiedzialnego poŹyczania, co jest istotne dla właściwego korzystania z rynku kredytowego.

9 decyzji z tej zakazujących stosowania praktyk naruszających słusne interesy konsumentów.

⁷ Zjawisko to szczególnie zauważalne jest na rynku kredytów konsumenckich o małej kwocie i dostępnych „od ręki”.

⁸ Ustawa o kredycie konsumenckim oraz o ustawie o kredycie hipotecznym i nadzorze na pośrednikami kredytu hipotecznego i agentami, nie wskazują katalogu informacji, jakie mają zostać przekazane kredytodawcy przez konsumenta. W sytuacji kiedy kredytodawcą jest bank, to konsument przekazuje informacje, które bank zawarł we wniosku kredytowym.

⁹ Art. 9 ust. 2 ustawy u.o.k.h.

¹⁰ Art. 21 ust. 2–3 u.o.k.h.n.p.

¹¹ Metoda scoringowa jest jedną z metod badania zdolności kredytowej przez banki i innych uprawnionych kredytodawców. Wykorzystywane są w niej: analiza ilościowa polegające na określeniu wysokości zaciąganego zobowiązania oraz stabilności jego spłaty oraz analiza jakościowa sprowadzająca się do oceny cech klienta, które mogą mieć wpływ na postawę kredytobiorcy wobec zaciąganego zobowiązania.

¹² Autorka nie omawia kwestii związanych z przekazywaniem nieprawidłowych informacji przez konsumentów w celu wyłudzenia kredytu stanowiącego przestępstwo na gruncie ustawy z dnia 6 czerwca 1997 r. Kodeks karny (t.j. DzU z 2018 r.poz. 1600).

¹³ W ustawie o kredycie hipotecznym i nadzorze na pośrednikami kredytu hipotecznego i agentami, ustawodawca nie wskazał wprost, kiedy takie zachowanie moŹna uznać za celowe.

¹⁴ UpowaŹnienie to wynika z art. 36 ust. 2 ustawy z dnia 5 listopada 2011 r. o spółdzielczych kasach oszczędnościowo-kredytowych (T.j. DzU z 2017 r. poz. 2065).

¹⁵ Ustawa z dnia 23 kwietnia 1964 r. Kodeks cywilny (T.j. DzU z 2017, poz. 459 z. zm.).

¹⁶ Art. 481 § 2¹ Kc.

¹⁷ Wyrok Sądu Najwyższego z dnia 23 stycznia 2002 r. II CKN 604/99, LegalisNumer 52694.

¹⁸ Wyrok Sądu Najwyższego — Izba Cywilna z dnia 26 stycznia 2017 r. II CSK 209/16, Legalis Nr 1580475.

¹⁹ Skutki braku płatności przez konsumenta określane są przez kredytodawców w formularzu informacyjnym i umowie kredyt konsumenckiego.

finansowych jest obecnie efektywna i wystarczająca? W: M. Jagielska, E. Sługocka-Krupa, K. Podgórski (red.), *Ochrona konsumenta na rynku usług* (36 in.). Warszawa: Wydawnictwo CH Beck.

Sieradzka, M. (2016). *Ochrona konkurencji i konsumentów. Komentarz do zmian wprowadzonych ustawą z dnia 5 sierpnia 2015 r. o zmianie ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów oraz niektórych innych ustaw*. LEX/el.

Sroczyński, J. (2016). *Misselling: nowy rodzaj zakazanej praktyki naruszającej zbiorowe interesy konsumentów*. *Przegląd Ustawodawstwa Gospodarczego*, (4), 26–31.

Staniszewska, A. (2012). *Creditscoring jako metoda oceny zdolności kredytowej dla osób fizycznych*. W: A. Krysiak, A. Staniszewska, M.S. Wiatr, *Zarządzanie portfelem kredytowym banku*. Warszawa: Oficyna Wydawnicza SGH.

Tereszkiewicz, P. (2015). *Obowiązki informacyjne w umowach o usługi finansowe. Studium instrumentów ochronnych w prawie prywatnym i prawie unijnym*. Warszawa: Wydawnictwo Wolters Kluwer.

Uzasadnienie do projektu ustawy o zmianie ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów oraz ustawy — Kodeks postępowania cywilnego <https://legislacja.rcl.gov.pl/docs//2/12271401/12284097/12284098/dokument-158625.PDF> (dostęp: 12.10.2018 r.).

Uzasadnienie do Rządowego projektu ustawy o kredycie hipotecznym oraz o nadzorze nad pośrednikami kredytu hipotecznego i agentami. Dostępne pod adresem: <http://www.sejm.gov.pl/Sejm8.nsf/druk.xsp?nr=1210> (dostęp: 12.10.2018 r.).

Wierzbicka, E. (2016). *Misselling barierą rozwoju ubezpieczeń w Polsce*. *Zeszyty Naukowe WSH Zarządzanie*, (2), 316–327.

Zoll, F. (2016). *Prawo bankowe. Komentarz* (Tom I). LEX/el.

Ograniczenia możliwości zastosowania znamienia pochodzenia „korzyści związanych z popełnieniem czynu zabronionego” z art. 299 § 1 Kodeksu karnego

Restrictions on the applicability of the origin of the “benefits associated with the commission of a prohibited act” under Art.299 § 1 of the Criminal Code

mgr Krystyna Patora

E-mail: kalifornial@wp.pl; nr orcid: 0000-0003-2526-6801

Streszczenie

Przedmiotem rozważań w niniejszym artykule jest wykładnia pochodzenia korzyści związanych z popełnieniem czynu zabronionego, określonych w art. 299 § 1 Kodeksu karnego w kontekście czynów współukaralnych następczych, możliwości przyjęcia paserstwa, a ponadto wypowiedzenia się czy przestępstwo „prania brudnych pieniędzy” może być przyjęte wtedy, gdy przestępstwem bazowym jest przestępstwo uregulowane w Kodeksie karnym skarbowym, godzące w interesy Skarbu Państwa. Z punktu widzenia praktycznego chodzi o to, aby wskazać, która z czynności podejmowanych przez sprawcę, który pozyskał środki płatnicze, instrumenty finansowe, papiery wartościowe, wartości dewizowe, prawa majątkowe lub inne mienie ruchome lub nieruchomości pochodzące z popełnienia przestępstwa może być ewentualnie uznana za czyn współukaralny następczy, a która może być uznana za wypełnienie znamienia „pochodzące z korzyści związanych z popełnieniem czynu zabronionego” i zrealizować czyn zabroniony z art. 299 § 1 Kodeksu karnego. Ponadto nie jest jasna relacja pomiędzy przestępstwem paserstwa umyślnego oraz nieumyślnego do przestępstwa „prania brudnych pieniędzy”. Podobnie rzecz ma się z odpowiedzią na pytanie czy przestępstwo „prania brudnych pieniędzy” może obejmować korzyści, jakie zostały uzyskane z popełnienia przestępstw określonych w Kodeksie karnym skarbowym, co łączy się z wykładnią pojęcia czynu zabronionego. Rzecz wydaje się istotna, bowiem popełnienie znacznej ilości przestępstw skutkuje uzyskaniem korzyści, a interpretacja we wskazanych wyżej obszarach wyznacza nie tylko granice przedmiotowe czynności, ale i granice podmiotowe. Stąd też kluczowe wydaje się dokonanie wykładni przytoczonego wyżej znamienia.

Słowa kluczowe:

czyn zabroniony, czyn współukaralny następczy, przestępstwo bazowe, przestępstwo prania brudnych pieniędzy, korzyści pochodzące z przestępstwa skarbowego.

Summary

The subject of considerations in the article is the interpretation of the origin of benefits connected with committing a forbidden act specified in art 299 paragraph 1 of the Penal Code in the context of co-incidents consequent, the possibility of reception of the fencing and moreover commenting on whether the offence of “money laundering” may be approved only when the base offence is the offence regulated in Penal fiscal code affecting the interests of the State Treasury. From the practical point of view, the point is to indicate which of the actions taken by the offender who obtained payment means, financial instruments, securities, foreign exchange values, property rights or other movable properties real estate resulting from the commission of a crime may be possibly recognized as co-incident co-incumbent and which may be recognized as derived from the benefits associated with the commission of a prohibited act “and execute” a prohibited act from art. 229 paragraph 1 of Penal Code. Moreover, there is no clear relation between an offence of deliberate and unintentional felony to the crime of “laundering money”. The same applies to the question whether the crime of “laundering money” may include benefits that have been obtained from committing offences specified in the Penal Code, which is connected with the interpretation of the concept of a prohibited act. The thing seems to be significant, because committing a large number of crimes results in gaining benefits, and interpretation in the above-mentioned areas determines not only the boundaries of the activities concerned, but also the subjective boundaries. Therefore, it seems crucial to interpret the abovementioned sign.

Key words:

prohibited act, subsequent co-incidental act, base offence, money laundering offences, benefits from tax offences.

JEL: K14

Pojęcie „prania brudnych pieniędzy”

Pojęcie „prania brudnych pieniędzy” po raz pierwszy zostało użyte w latach 20-tych XX wieku i dotyczyło mafii chicagowskiej¹. Chodziło o to, że dochody, które uzyskiwane były z nielegalnej działalności, polegającej na wytwarzaniu oraz wprowadzaniu do obrotu alkoholu przynosiły znaczne zyski. Działalność polegająca na produkcji i zbywaniu alkoholu była zabroniona², co oznaczało, że nie było możliwe wykazanie zysków z tej działalności, również ze względu na obawę udowodnienia prowadzenia zakazanej aktywności. Dlatego też nielegalne dochody „mieszane” były z legalnymi poprzez dopisywanie jako osiągnięty legalny dochód dochodu z prowadzenia głównie pralni, ale także sklepów spożywczych czy cukierni³. Pojęcie „brudne” środki finansowe odnoszone było do ich pochodzenia z nielegalnych (zakazanych źródeł)⁴. Historycznie rzecz ujmując proceder „prania brudnych pieniędzy” dotyczył działalności, która była zakazana. W literaturze powoływana jest definicja „prania brudnych pieniędzy” opracowana przez Ośrodek Szkolenia Departamentu Skarbu USA, zgodnie z którą „praniem brudnych pieniędzy” jest *proces, przy pomocy którego dochody przyspuszczalnie uzyskane z działalności przestępczej są przekazywane, przekształcane, wymieniane albo też łączone i mieszane z legalnymi funduszami w celu ukrycia lub zatajenia prawdziwego charakteru, źródła, ukierunkowania, przepływu lub własności tych dochodów. Celem procesu prania pieniędzy jest nadanie pozorów legalności funduszom uzyskanym z działalności pozaprawnej lub działań z nią związanych*⁵.

Za pranie pieniędzy uważany jest proceder, za pomocą którego ukrywa się istnienie i nielegalne użytkowanie dochodów, nadając im pozory legalności⁶. Również z definicji pojęcia „prania brudnych pieniędzy”, zawartej w art. 1, już wprawdzie nie obowiązującej, ale istotnej z punktu widzenia omawianej problematyki, Dyrektywy Rady 91/308/EWG z dnia 10 czerwca 1991 roku w sprawie uniezwolnienia korzystania z systemu finansowego w celu prania pieniędzy wynika, że praniem „brudnych” pieniędzy było wymienione poniżej umyślne postępowanie, dokonywane w celu:

- konwersji lub przekazania mienia, ze świadomością, że pochodzi ono z działalności przestępczej lub z udziału w takiej działalności, celem ukrywania lub zatajenia bezprawnego pochodzenia tego mienia, albo udzielania pomocy osobie, która bierze udział w takiej działalności, aby uniknęła ona prawnych konsekwencji tych działań;
- ukrycia lub zatajenia prawdziwego charakteru, źródła, miejsca przechowywania, przemieszczania, praw związanych z tym mieniem lub jego własnością, ze świadomością, że źródłem tego mienia jest działalność o charakterze przestępczym lub udział w takiej działalności;
- nabycia, posiadania albo używania mienia, ze świadomością

mością w momencie jego otrzymania, że mienie to pochodzi z działalności o charakterze przestępczym lub udział w takiej działalności;

- udziału, współdziałania w celu popełnienia, usiłowanie popełnienia, jak też pomocnictwo, nakłanianie, ułatwianie oraz doradzanie w przypadku czynów określonych w powyższych podpunktach⁷.

Pojęcie działalności przestępczej zostało również zdefiniowane jako obejmujące przestępstwo określone w art. 3 ust. 1 lit. a Konwencji wiedeńskiej⁸ oraz wszystkie inne typy działalności przestępczej określone do celów dyrektywy przez każde Państwo Członkowskie⁹.

Również obecnie, na podstawie art. 1.3. Dyrektywy Parlamentu Europejskiego i Rady (UE) 2015/84 z dnia 20 maja 2015 roku w sprawie zapobiegania wykorzystywaniu systemu finansowego do prania pieniędzy lub finansowania terroryzmu, zmieniającej Rozporządzenie Parlamentu Europejskiego i Rady (UE) nr 648/2012 i uchylającej Dyrektywę Parlamentu Europejskiego i Rady 2005/60/WE oraz Dyrektywę Komisji 2006/70/WE DzU UE L z dnia 5 czerwca 2015 roku, za pranie pieniędzy uznaje się następujące czyny popełnione umyślnie:

- a) konwersję lub przekazywanie mienia, ze świadomością, że pochodzi ono z działalności przestępczej lub z udziału w takiej działalności, w celu ukrywania lub zatajenia nielegalnego pochodzenia tego mienia lub udzielenia pomocy dowolnej osobie, która bierze udział w takiej działalności, dla umożliwienia tej osobie uniknięcia konsekwencji prawnych takiego działania;
- b) ukrycie lub zatajenie prawdziwego charakteru mienia, jego źródła, miejsca położenia, rozporządzania nim, przemieszczania, praw odnoszących się do mienia lub własności mienia, ze świadomością, że mienie to pochodzi z działalności przestępczej lub z udziału w takiej działalności;
- c) nabycie, posiadanie lub użytkowanie mienia, ze świadomością w momencie jego otrzymania, że mienie to pochodzi z działalności przestępczej lub z udziału w takiej działalności;
- d) udział lub współdziałanie w popełnieniu, usiłowanie popełnienia oraz pomocnictwo, podżeganie, ułatwianie oraz doradzanie przy popełnieniu któregośkolwiek z czynów, o których mowa w lit. a), b) i c)¹⁰.

Trzeba także stwierdzić, że wymieniona Dyrektywa zawiera w art. 3 pkt 4f, definicję „działalności przestępczej”, przez którą rozumie się jakkolwiek przestępczy udział w popełnieniu poważnych przestępstw, w tym między innymi przestępstw podatkowych odnoszących się do podatków bezpośrednich i pośrednich — zgodnie z definicją w prawie krajowym państw członkowskich — których maksymalne zagrożenie karą przekracza rok pozbawienia wolności lub ograniczenia wolności, lub — w przypadku państw członkowskich, których systemy prawne określają w odniesieniu do przestępstw minimalny próg zagrożenia

karą — wszystkich przestępstw, których dolna granica zagrożenia karą jest wyższa niż sześć miesięcy pozbawienia wolności lub ograniczenia wolności¹¹.

W prawie polskim pojęcie „prania brudnych pieniędzy” po raz pierwszy zostało użyte w Zarządzeniu nr 16/92 Prezesa NBP z dnia 1 października 1992 roku w sprawie zasad postępowania banków w razie ujawnienia okoliczności wskazujących na lokowanie w banku środków pieniężnych lub innych wartości majątkowych pochodzących lub mających związek z przestępstwem oraz przy dokonywaniu wpłat gotówkowych przekraczających określoną kwotę, gdzie w paragrafie 1 wskazano, iż przez „pranie brudnych pieniędzy” należy rozumieć *sytuację, która zachodzi wówczas, gdy ujawnione okoliczności wskazują, że lokowane w banku środki pieniężne lub inne wartości majątkowe pochodzą z przestępstwa lub uczestnictwa w jego popełnieniu, albo że ich pochodzenie, stan lub przeznaczenie mają zostać ukryte z przyczyn mających związek z przestępstwem*¹². Obecnie obowiązująca ustawa z dnia 1 marca 2018 roku o przeciwdziałaniu praniu pieniędzy oraz finansowaniu terroryzmu¹³, w artykule 2.2. pkt 14, wskazuje, że przez pranie brudnych pieniędzy rozumie się czyn określony w art. 299 ustawy z dnia 6 czerwca 1997 roku — Kodeks karny. Zgodnie z art. 299 § 1 Kodeksu karnego karalne jest podejmowanie wymienionych w tym przepisie czynności sprawczych do środków płatniczych, instrumentów finansowych, papierów wartościowych, wartości dewizowych, praw majątkowych lub innego mienia ruchomego lub nieruchomości, pochodzących z korzyści związanych z popełnieniem czynu zabronionego¹⁴.

Odwołanie do treści artykułu 299 § 1 Kodeksu karnego, a w szczególności do powiązania korzyści z popełnieniem czynu zabronionego, uzasadnia dekodowanie tegoż pojęcia w celu wskazania zakresu przestępstwa „prania brudnych pieniędzy”. W tym miejscu należy — dla ciągłości wyводу — tylko wskazać, że pojęcie czynu zabronionego użyte zostało w art. 1 § 1 Kodeksu karnego, ale co ważne, dla czynionych wywodów, w art. 115 § 1 Kodeksu karnego pojęcie „czynu zabronionego” zostało zdefiniowane jako „zachowanie o znamionach określonych w ustawie karnej”¹⁵.

Podobne rozwiązanie zostało przyjęte w przepisie artykułu 1 § 1 Kodeksu karnego skarbowego¹⁶ oraz w definicji pojęcia czynu zabronionego, przyjętej w art. 53 § 1 Kodeksu karnego skarbowego¹⁷. Natomiast nie są one w pełni tożsame z pojęciem „przestępstwa”, użytego do wyjaśnienia definicji „działalności przestępczej” z art. 3 pkt 4f Dyrektywy Parlamentu Europejskiego i Rady (UE) 2015/84 z dnia 20 maja 2015 roku sprawie zapobiegania wykorzystywaniu systemu finansowego do prania pieniędzy lub finansowania terroryzmu, zmieniającej Rozporządzenie Parlamentu Europejskiego i Rady (UE) nr 648/2012 i uchylającej Dyrektywę Parlamentu Europejskiego i Rady 2005/60/WE oraz Dyrektywę Komisji 2006/70/WE DzU

UE L z dnia 5 czerwca 2015 roku. Na koniec tych rozważań należy tylko zaznaczyć, że w prawie polskim brak jest definicji legalnej „przestępstwa”¹⁸.

Konstrukcja czynów współukaralnych następczych

Na wstępie trzeba stwierdzić, że konstrukcja czynów współukaralnych ma miejsce wtedy gdy w zachowaniu sprawcy rozróżniamy dwa lub więcej czynów, ale sprawca nie ponosi odpowiedzialności za nie wszystkie, tylko za czyn główny. Wówczas pozostałe czyny mają miejsce przed czynem głównym i wówczas zwane są czynami współukaralnymi uprzednimi lub następują po czynie głównym i wówczas zwane są czynami współukaralnymi następczymi. Dla czynionych rozważań istotne znaczenie mają czyny współukaralne następcze. Za czynności następcze uważane są zachowania sprawcy przestępstwa, jeżeli polegają one na realizacji owoców przestępstwa albo na zabezpieczeniu się przed konsekwencjami przestępstwa¹⁹. Warunkiem uznania czynu współukaralnego następczego jest ustalenie, że stanowi on odrębne przestępstwo następcze i sprawca nie ponosi odpowiedzialności karnej za to przestępstwo²⁰. Uznanie przestępstwa za czynności współukaralne następcze nie jest proste, ponieważ wiąże się z celowością, którą trudno określić²¹. Jako kryterium przyjmowana jest, w porównaniu do czynu głównego, mniejsza społeczna szkodliwość tych zachowań²², ale sprawa nie wydaje się tak oczywista gdy czyn główny oraz następujący po nim cechują się zbliżonym stopniem społecznej szkodliwości²³. Z orzecznictwa sądowego wynika, iż pomiędzy czynem głównym a następczym musi istnieć więź czasowa oraz miejscowa (sytuacyjna)²⁴, przez co oba zachowania tworzą zwartą całość²⁵, a ponadto jedność zamiaru sprawcy, który dopuszcza się obu czynów²⁶. Jako kryterium uznawana jest także tożsamość przedmiotu zamachu oraz tożsamość pokrzywdzonego, choć nie zawsze, bowiem tożsamość odnosi się tylko do rodzajowego dobra chronionego²⁷. W doktrynie oraz orzecznictwie sądowym podkreśla się, że dokonywanie redukcji ocen co do ilości przestępstw, za które sprawca ponosi odpowiedzialność, winno mieć miejsce w warunkach konkretnej sprawy²⁸, co oczywiście jest słusznym stanowiskiem, ale wobec braku obiektywnych kryteriów ocen, niezbyt pomocnym.

Za konstrukcją czynów współukaralnych następczych opowiada się Sąd Najwyższy wskazując, że ma ona miejsce, gdy sprawca przestępstwa pierwotnego zadysponuje korzyściami związanymi z popełnieniem czynu zabronionego, poprzez wykorzystanie „owoców popełnionego przez sprawcę przestępstwa”²⁹. Można więc przypuszczać, że — zdaniem Sądu — pierwsza czynność zadysponowania owocami (korzyściami) pochodzącymi z przestępstwa przez sprawcę czynu głównego została uznana jako czyn współukaralny następczy. Formą czynu współukaralnego następczego jest także czyn zabezpieczenia się sprawcy

przed odpowiedzialnością za czyn główny, przy czym mogą tutaj być brane pod uwagę wszystkie czyny³⁰. Patrząc na istotę czynu z art. 299 § 1 Kodeksu karnego, którą stanowi zatarcie śladów korzyści uzyskanych z przestępstwa głównego, można by rzec, że polegają one również na zabezpieczeniu się przed odpowiedzialnością za czyn główny. Należy tylko wspomnieć, iż w doktrynie nie ma zgodności co do tego, w jaki sposób dokonać kwalifikacji prawnej czynów polegających na „praniu brudnych pieniędzy” oraz utrudnianiu postępowania poprzez podejmowanie czynności dotyczących korzyści pochodzących bezpośrednio z popełnienia czynu zabronionego. Przyjmowany jest pogląd³¹, że brak zbieżności czasowej, a ponadto godzenie w inne dobro prawne uzasadniają dokonanie kwalifikacji prawnej dwóch czynów — to jest „prania brudnych pieniędzy”, a ponadto czynu utrudniania postępowania. Niektórzy komentatorzy skłonni są przyjąć, że popełniony został jeden czyn, który wypełnia znamiona czynu zabronionego „prania brudnych pieniędzy” i utrudniania postępowania w ramach kwalifikacji kumulatywnej³².

Przedmiot czynności wykonawczych przestępstw z art. 291 § 1 Kodeksu karnego oraz art. 299 § 1 Kodeksu karnego

W piśmiennictwie przyjmuje się, że „pranie brudnych pieniędzy” jest rozbudowaną formą paserstwa³³. Aby jednak odpowiedzieć na pytanie o różnicę z paserstwem konieczne jest porównanie pojęcia „korzyści uzyskanych za pomocą czynu zabronionego”, które użyte jest w art. 291 § 1 Kodeksu karnego do pojęcia „korzyści związanych z popełnieniem czynu zabronionego” z art. 299 § 1 Kodeksu karnego, co prowadzi do wskazania czy przy przestępstwie paserstwa chodzi tylko o bezpośredni związek korzyści z czynem zabronionym, a w przypadku przestępstwa „prania brudnych pieniędzy” o związek zarówno bezpośredni jak i pośredni. Pomocne przy rozstrzygnięciu tej kwestii może być rozwiązanie, które zostało przyjęte w art. 2 ust. 2 pkt 14 ustawy z dnia 1 marca 2018 roku o przeciwdziałaniu praniu pieniędzy oraz finansowaniu terroryzmu, który wskazuje, że przez pranie pieniędzy — rozumie się czyn określony w art. 299 ustawy z dnia 6 czerwca 1997 roku — Kodeks karny³⁴. Wykładnia źródła pochodzenia korzyści z art. 299 § 1 Kodeksu karnego nie jest w orzecznictwie sądowym jednolicie rozumiana. Część orzecznictwa sądowego opowiada się za przyjęcie, że „brzmienie przepisu art. 299 § 1 k.k. zdaje się wskazywać, że *brudne pieniądze* muszą pochodzić z *korzyści* uzyskanych z czynu zabronionego. To zatem sprawia, że przesłanki pochodzenia z *korzyści związanych z popełnieniem czynu zabronionego* nie spełniają te przedmioty i prawa, które zostały uzyskane za pomocą czynu zabronionego, a więc pochodzą bezpośrednio z czynu zabronionego. Przyjęcie odmiennej interpretacji tego znamienia sprawia-

łoby, że sprawcą przestępstwa „prania brudnych pieniędzy” byłby *każdy kto w wyniku popełnienia jakiegokolwiek czynu zabronionego odniósł korzyść majątkową, a następnie nią rozporządził*³⁵.

Trzeba wyraźnie wskazać, że takie podejście, z jednej strony daje podstawy do jasnego odróżnienia czynu zabronionego „prania brudnych pieniędzy” od paserstwa, gdzie chodzi tylko o związek bezpośredni korzyści z popełnionym czynem zabronionym, co poparte jest także znamieniem „korzyści uzyskanych za pomocą czynu zabronionego” z art. 291 § 1 Kodeksu karnego w porównaniu ze znamieniem „korzyści związanych z popełnieniem czynu zabronionego” z art. 299 § 1 Kodeksu karnego. Z drugiej strony ograniczenie przedmiotów czynności wykonawczych z art. 299 § 1 Kodeksu karnego, tylko do tych, które pośrednio pochodzą z czynu zabronionego prowadzi — jak się uważa w doktrynie — do skutków nie do zaakceptowania, a mianowicie niemożność uznania popełnienia czynu zabronionego z art. 299 § 1 Kodeksu karnego w zakresie jaki nie obejmuje czynu zabronionego z art. 291 § 1 Kodeksu karnego³⁶. W tym stanie rzeczy odpowiedzialność za popełnienie czynu zabronionego mógłby ponosić ten, kto korzysta z pośrednich owoców przestępstwa, a uniknąłby odpowiedzialności ten, kto korzystałby z bezpośrednich owoców przestępstwa. Nie jest rozwiązaniem wątpliwości interpretacyjnych przyjęcie, że chodzi zarówno o korzyści bezpośrednie jak i pośrednie³⁷. Trzeba także zaznaczyć, że takiego rozróżnienia na bezpośrednie korzyści z popełnienia czynu zabronionego oraz korzyści pośrednie nie ma w art. 1 ust. 3 Dyrektywy Parlamentu Europejskiego i Rady (UE) 2015/849 z dnia 20 maja 2015 roku w sprawie zapobiegania wykorzystywaniu systemu finansowego do prania pieniędzy lub finansowania terroryzmu, zmieniająca Rozporządzenie Parlamentu Europejskiego i Rady (UE) nr 648/2012 i uchylająca Dyrektywę Parlamentu Europejskiego i Rady 2005/60/WE oraz Dyrektywę Komisji 2006/70/WE³⁸. W powołanych przepisach jest mowa o pochodzeniu mienia z działalności przestępczej lub udziału w takiej działalności, bez bliższego wskazania stopnia tego pochodzenia. Treść przywołanych aktów prawnych prowadzi do wniosku, iż również pod względem normatywnym pojęcie „prania brudnych pieniędzy” związane jest z działalnością przestępczą lub udziałem w tej działalności, a na gruncie prawa polskiego z popełnieniem czynu zabronionego. Niewątpliwie jednak przepis art. 299 § 1 Kodeksu karnego nie jest prawidłowo sformułowany, ponieważ nie pozwala na jasne oddzielenie czynów zabronionych paserstwa lub „prania brudnych pieniędzy”. Kolejna uwaga dotyczy powiązania znamienia „korzyści związanych z popełnieniem czynu zabronionego” ze znamieniem czasownikowym posiadania, bez ograniczenia w postaci celu, co prowadzi do zbyt daleko idących oraz sprzecznych z czynnem zabronionych „prania brudnych pieniędzy” konsekwencji³⁹.

Wykładnia pojęcia „czynu zabronionego” oraz pochodzenia korzyści związanych z popełnieniem czynu zabronionego w przestępstwach karnych skarbowych

Na powyższe wątpliwości interpretacyjne nakłada się konieczność rozważań dotyczących pojęcia „czynu zabronionego”, użyta w art. 299 § 1 Kodeksu karnego. Przyjmuje się, że chodzi o pojęcie, które jest wskazane w art. 1 Kodeksu karnego, a którego definicja znajduje się w art. 115 § 1 Kodeksu karnego. Oznacza ono fragment zachowania człowieka wyodrębnionego znamionami czynności sprawczej⁴⁰. Trzeba także zauważyć, że w Kodeksie karnym skarbowym, w art. 53 § 1, znajduje się definicja czynu zabronionego, z której wynika, że jest to zachowanie o znamionach określonych w kodeksie, chociażby nie stanowiło ono przestępstwa skarbowego lub wykroczenia skarbowego. Jednocześnie ustawodawca zastrzega, że określenie czynu zabronionego jako przestępstwa skarbowego lub wykroczenia skarbowego może nastąpić tylko w niniejszym kodeksie. To, że w artykule 299 § 1 Kodeksu karnego jest mowa o czynie zabronionym, którego definicja znajduje się także w Kodeksie karnym dało podstawę do wyrażenia poglądów⁴¹, że w art. 299 § 1 Kodeksu karnego chodzi tylko o czyn zabroniony, ale nie wskazany w Kodeksie karnym skarbowym. Oznaczałoby to, że czynu zabronionego „prania brudnych pieniędzy” nie można popełnić gdy przestępstwem bazowym jest przestępstwo określone w Kodeksie karnym skarbowym. Z poglądami tymi nie można się w pełni zgodzić, ponieważ po zmianach art. 299 Kodeksu karnego chodzi o każdy czyn zabroniony, w tym z Kodeksu karnego skarbowego.

Jako argument można ponadto wskazać to, że zarówno w Kodeksie karnym, jak i Kodeksie karnym skarbowym pojęcie „czynu zabronionego” jest praktycznie tożsamo zdefiniowane. Tak więc czynem zabronionym jest taki czyn, którego znamiona są w ustawie. Idąc dalej tym tokiem rozumowania należy przyjąć, że przestępstwo „prania brudnych pieniędzy” będzie dotyczyło wskazanych w art. 299 § 1 Kodeksu karnego czynności sprawczych, podejmowanych do korzyści uzyskanych z czynu zabronionego, czyli czynu, którego znamiona określone są w Kodeksie karnym skarbowym. Prościej rzecz ujmując chodzi o korzyści, które bezpośrednio lub pośrednio uzyskał sprawca z czynu zabronionego i podjął czynności opisane w powołanym artykule 299 § 1 Kodeksu karnego⁴². *A contrario* poza reakcją prawa karnego będą pozostawały te czynności, które nie są zabronione przez przepisy Kodeksu karnego skarbowego, nie są w żaden sposób opisane w Kodeksie karnym skarbowym. Stanowisko takie zdaje się reprezentować R. Lizak, który zalicza optymalizację podatkową do procederu podobnego do prania pieniędzy⁴³. Trzeba także zastrzec, że ustawodawca w art. 299 § 1 Kodeksu karnego wymaga tylko, aby korzyści były związane z czynem

zabronionym, przy czym nie stawia żadnego warunku, aby czyn zabroniony był czynem skutkowym. Odnosząc te uwagi do przestępstw skierowanych przeciwko obowiązkowi podatkowemu i rozliczeniom z tytułu dotacji lub subwencji, a wskazanych w Rozdziale 6 Kodeksu karnego skarbowego, należy odpowiedzieć na pytanie czy korzyści związane z popełnieniem czynu zabronionego dotyczą każdego czynu zabronionego? W tym miejscu należy przytoczyć pogląd, który został zaprezentowany w doktrynie przez K. Buka, iż podatnik uchylający się od opodatkowania lub dopuszczający oszustwa podatkowego, uzyskuje wartości majątkowe w wyniku dozwolonych czynności, gdyż tylko takie mogą być opodatkowane. Okoliczność, iż podatnik wartości tych nie ujawnił lub nierzetelnie je przedstawił organowi podatkowemu, nie pozwala stwierdzić, że zostały one uzyskane w wyniku czynu zabronionego⁴⁴.

Autor dalej uzasadnia, iż kwalifikacja z art. 291 § 1 lub 292 § 1 Kodeksu karnego może wchodzić w rachubę, jeśli czyn pierwotny polegał przykładowo na wyłudzeniu zwrotu podatku lub nadpłaty (art. 76 Kks), lub przywłaszczeniu pobranego podatku przez płatnika lub inkasenta (art. 77 § 1–3 Kks). Wartości majątkowe zostały wówczas uzyskane za pomocą czynu zabronionego. Artykuł 299 § 1 K.k. wymaga, aby wartości majątkowe pochodziły z korzyści związanych z popełnieniem czynu zabronionego. Nie ulega wątpliwości, że w tym zbiorze czynów zabronionych mieszczą się czyny skierowane przeciwko obowiązkom podatkowym, wymienione w artykułach 54–81 Kks oraz w art. 83 i art. 84 Kks⁴⁵. Również R. Lizak dokonuje oceny „karuzeli podatkowych” jako procederu o charakterze nielegalnym, w którym czynności są podobne do znamion strony przedmiotowej podejmowanych w procederze „prania brudnych pieniędzy”⁴⁶. Wskazuje, że w tym procederze mamy do czynienia z przestępstwem pierwotnym, czyli generowaniem korzyści pochodzących z przestępstwa podatkowego, które to korzyści dopiero będą mogły stanowić przedmiot prania pieniędzy⁴⁷. Odmiennie stanowisko reprezentują A. Zoll oraz T. Wróbel uznając, że znamię „czynu zabronionego” z art. 299 § 1 Kodeksu karnego zdefiniowane w art. 115 § 1 Kodeksu karnego nie obejmuje przestępstw i wykroczeń skarbowych. Argumentem za takim stanowiskiem ma być odrębność definicji pojęcia „czynu zabronionego” z art. 53 § 1 Kodeksu karnego skarbowego oraz art. 115 § 1 Kodeksu karnego⁴⁸. Sprawy nie rozwiązują, a wręcz ją pogłębiają, problemy z kwalifikacją prawną⁴⁹.

Odnosząc się do kwestii odpowiedzialności z art. 299 § 1 Kodeksu karnego należy w pierwszej kolejności podkreślić, że aby czynić rozważania w tym kierunku konieczne jest wykazanie, iż doszło do czynu zabronionego, który należy rozumieć jako wypełnienie znamion wskazanych w ustawie. Jest to przesłanka niezbędna do tego, aby w ogóle rozważać odpowiedzialność z art. 299 § 1 Kodeksu karnego. Drugim warunkiem jest to, że ustawodawca nie

wymaga, aby korzyści uzyskane z czynu zabronionego stanowiły skutek tegoż czynu, opisany w ustawie. Oznacza to, że należy uwzględnić wszelkie korzyści, jakie uzyskane zostały z danego czynu zabronionego. Tutaj niezbędne jest rozumienie pojęcia „korzyści” jakie nadane zostało w Kodeksie karnym, w artyku 115 § 4 Kodeksu karnego, przy czym korzyścią jest nie tylko uzyskanie aktywów, ale także zmniejszenie pasywów. Tak więc chodzi o faktyczne korzyści, które zostały uzyskane z popełnienia czynu zabronionego.

W toku dalszych rozważań należy zauważyć, że nie każdy czyn zabroniony, opisany w ustawie, w tym w Kodeksie karnym skarbowym, skutkował będzie osiągnięciem korzyści. Brak takiej korzyści kończy rozważania dotyczące art. 299 § 1 Kodeksu karnego. Uwagi czynione w tym miejscu odnoszone są do konkretnego czynu zabronionego, opisanego w ustawie. Wydaje się, że nie jest słuszny pogląd jakoby legalność prowadzenia działalności gospodarczej jako takiej uniemożliwiała czynienie rozważań dotyczących zastosowania artyku 299 § 1 Kodeksu karnego. Za takim poglądem przemawia i to, że przestępstwa „prania brudnych pieniędzy” polegają nie tylko na osiągnięciu korzyści z działalności w całości nielegalnej, ale także z — co do zasady działalności legalnej (zarejestrowanej, przy spełnieniu wszelkich wymogów formalnych)⁵⁰, ale w ramach tej działalności podejmowaniu czynności w postaci czynów zabronionych i czerpaniu z nich korzyści. Gdyby tak było, że tylko nielegalna działalność mogłaby być uznana jako przynosząca nielegalne korzyści („brudne” pieniądze), to każde zachowanie prowadzone przy spełnieniu wszelkich wymogów formalnych prowadzonej działalności gospodarczej uniemożliwiałoby karanie za przestępstwo „prania brudnych pieniędzy”.

Kwestia nielegalności działalności ma znaczenie w kontekście podatkowym, a nie korzyści związanych z popełnieniem przestępstwa⁵¹. Jeżeli natomiast nie dojdzie do popełnienia czynu zabronionego, rozumianego jako wypełnienie znamion czynu opisanego w ustawie, czyli do zachowania podobnego do czynu zabronionego, zachowania, które nie wypełnia jednocześnie wszystkich znamion czynu zabronionego, to nie jest możliwe przyjęcie, iż doszło do czerpania przez Skarb Państwa w postaci opodatkowania takiej działalności. Trzeba jeszcze stwierdzić, że nielegalność czynności (pierwotna niezgodność) nie stanowi podstawy do opodatkowania, ale może stanowić podstawę do przyjęcia przestępstwa „prania brudnych pieniędzy”, ale zastosowanej przy innym przestępstwie bazowym. Podstawę do takiego twierdzenia stanowi art. 6 pkt 2 ustawy z dnia 11 marca 2004 roku o podatku od towarów i usług⁵², zgodnie z którym przepisów ustawy nie stosuje się do czynności, które nie mogą być przedmiotem prawnie skutecznej umowy⁵³. Niemożność opodatkowania nielegalnej pierwotnie działalności wynika również z tego, że wówczas to Skarb Państwa stałby się paserem, który pozyskuje korzyści z nielegalnej działalności⁵⁴. Dlatego też wydaje się,

że nielegalność czynności należy rozumieć jako czynności wypełniających znamiona czynu określone w ustawie (czyn zabroniony)⁵⁵.

Należy także zastrzec, iż chodzi tutaj o znamiona konkretnego czynu zabronionego, a nie czynu rozumianego potocznie, przykładowo jako przestępstwo uczestniczenia w „karuzeli podatkowej”, ponieważ „uczestnictwo w karuzeli podatkowej” nie jest czynem zabronionym, rozumianym jako wypełnienie znamion czynu określonego w ustawie⁵⁶. Konieczne jest także odniesienie się do poglądu zaprezentowanego przez Tomasza Wróbla, który wskazuje, że znamie „czynu zabronionego” wskazane w art. 299 § 1 Kodeksu karnego należy interpretować tylko na gruncie prawa karnego, z wyłączeniem prawa karnego skarbowego. Autor dalej podnosi, że jest różnica w pojęciu „czynu zabronionego” z art. 53 § 1 Kodeksu karnego skarbowego, ponieważ w tym przepisie ustawodawca wprowadził ograniczenie w postaci „znamion określonych w kodeksie”, które należy rozumieć, że chodzi o znamiona określone w Kodeksie karnym skarbowym. Natomiast w art. 115 § 1 Kodeksu karnego ustawodawca użył określenia „znamionach określonych w ustawie karnej”. Należy zgodzić się z T. Wróbel, że istnieje różnica w obu definicjach. Jednak ustawodawca nie ograniczył pojęcia „czynu zabronionego” tylko do ustaw karnych rozumianych jako wszystkie ustawy poza ustawami karnymi skarbowymi. Takie rozumienie pojęcia czynu zabronionego w art. 115 § 1 Kodeksu karnego wydaje się zbyt daleko idące. Odkodowując pojęcie „ustawy” należy wskazać, że chodzi o akt prawny o charakterze ogólnym, powszechnie obowiązujący, uchwalony w szczególnym trybie przez najwyższy organ władzy państwowej, parlament⁵⁷. Przymiotnik „karna” określający ustawę winien być rozumiany jako dotyczący kary⁵⁸, bez wskazania i jednocześnie ograniczenia o jaki rodzaj kary chodzi. Tak więc określenie „ustawa karna” oznacza akt określonej rangi, w którym wskazana jest określona kara.

Powyższe wywody prowadzą do wniosku, że nie ma podstaw do wykluczenia aktu rangi ustawy, jakim jest Kodeks karny skarbowy. Określenie z art. 53 § 1 Kodeksu karnego skarbowego „o znamionach określonych w kodeksie” w rozumieniu, że chodzi o znamiona określone w Kodeksie karnym skarbowym ma znaczenie w tym sensie, że wydziela przestępstwa i wykroczenia skarbowe spośród wszystkich innych przestępstw oraz wykroczeń, co jest zasadne, bowiem cechują się one pewną odrębnością. Jednak sama odrębność nie może być podstawą do różnicowania odpowiedzialności karnej za przestępstwo „prania brudnych pieniędzy”⁵⁹. Różnicowaniu odpowiedzialności karnej sprzeciwia się cel regulacji prawnej artyku 299 § 1 Kodeksu karnego. Również względy równego traktowania osób, które zachowują się w tożsamej sytuacji (zachowały się w tożsamy sposób, bowiem skorzystały z owoców czynu zabronionego) uzasadniają tożsame ich potraktowanie. Brak jest również racji kryminologicznych, aby poprzez

zaniechanie ukarania nagradzać osoby, które z popełnionych przestępstw karnych skarbowych osiągają znaczne dochody⁶⁰, a jednocześnie stosować sankcje karne wobec sprawców pozostałych przestępstw, którzy osiągają niższe dochody z ich popełnienia. Dlatego też należy zająć stanowisko, z którego wynika, że pojęcie „czynu zabronionego” użyte w art. 299 § 1 Kodeksu karnego odnosi się również do czynów zabronionych określonych w Kodeksie karnym skarbowym.

Konieczne jest także poczynienie kilku uwag dotyczących obrotu tzw. „pustymi” fakturami, a to ze względu na to, że w doktrynie budzi wątpliwość to czy obrót taki w każdym przypadku wypełnia znamiona czynu zabronionego. Wątpliwość wynika z tego, że w orzecznictwie sądowym, ale także i doktrynie reprezentowany jest pogląd, że tzw. „pusta” faktura nie rodzi obowiązku odprowadzenia podatku VAT, z tego względu, że nie ma w ogóle obrotu, który stanowi podstawę do wymiaru tego podatku. Dla podmiotu, który wystawił tzw. „pustą” fakturę rodzi — na podstawie art. 108 ustawy z dnia 11 marca 2004 roku o podatku od towarów i usług — obowiązek zapłaty podatku, ale o charakterze sankcyjnym⁶¹. Skoro tak, to obowiązek zapłaty tego podatku nie jest korzyścią pochodzącą z czynu zabronionego dla zobowiązanego do jego odprowadzenia. Trzeba jednak zastrzec, iż konieczne jest w takich stanach faktycznych dokonanie szerszej oceny roli wystawcy tzw. „pustej” faktury, bowiem możliwe jest współdziałanie wystawców tzw. „pustych” faktur z podmiotem, który ostatecznie będzie żądał zwrotu od Skarbu Państwa podatku VAT, przy czym obrót towarem lub usługami będzie fikcyjny. Wniosek jaki płynie z powyższych rozważań uzasadnia indywidualne badanie w odniesieniu do konkretnego podmiotu czy doszło do popełnienia czynu zabronionego, z popełnienia którego powstała korzyść. Dopiero wykazanie tych przesłanek umożliwia dalsze rozważania co do zakwalifikowania kolejnych zachowań jako przestępstwa z art. 299 § 1 Kodeksu karnego.

Kolejną kwestią jest wykładnia pojęcia korzyści powiązanych z czynem zabronionym w kontekście rodzajowego dobra chronionego, którym w Rozdziale XXXVI Kodeksu karnego jest obrót gospodarczy, a w Rozdziale XXXV mienie, bez żadnych ograniczeń. Przy nakładaniu się czynności sprawczych problematyczne wydaje się stosowanie właściwej kwalifikacji prawnej. Wykładnia znamion czynu opisanego w art. 299 § 1 Kodeksu karnego w formie czynności czasownikowych wskazuje na to, że posiadanie środków płatniczych, instrumentów finansowych, papierów wartościowych, wartości dewizowych, praw majątkowych lub innego mienia ruchomego lub nieruchomości, pochodzących z korzyści związanych z popełnieniem czynu zabronionego, w ogóle nie łączy się z obrotem gospodar-

czym, a pozostałe czynności mogą być przedsięwzięte poza obrotem gospodarczym⁶². Pewną możliwość interpretacji daje przyjęcie, że rodzajowym przedmiotem ochrony w art. 299 Kodeksu karnego jest obrót finansowy, a właściwie rzetelność tego obrotu, co pozwala przyjąć, że ochrona obejmuje każdy obrót finansowy, nie tylko ten powstały w ramach obrotu gospodarczego⁶³. W uchwale Sądu Najwyższego z dnia 18 grudnia 2013 roku Sąd przyjął, że przedmiotem ochrony może być także mienie⁶⁴. Jednak trzeba podkreślić, że zakres dóbr chronionych nie wynika już z nazwy rozdziału, w którym przestępstwa zostały umieszczone, a raczej z pewnej potrzeby interpretacyjnej do objęcia odpowiedzialnością karną z art. 299 § 1 Kodeksu karnego zachowań tożsamych, z tym, że podejmowanych poza sferą obrotu gospodarczego, w sferze obrotu cywilnego. Na koniec należy wskazać na jeszcze jeden mankament przyjętego rozwiązania, który nie pozwala wydać postanowienia o przedstawieniu zarzutu popełnienia przestępstwa „prania brudnych pieniędzy” z art. 299 § 1 Kodeksu karnego przez reprezentanta innego podmiotu, co wynika z niemożności zastosowania art. 308 Kodeksu karnego⁶⁵. Ta wada jest poważna, ponieważ — bez żadnego uzasadnienia — ogranicza krąg podmiotów, które mogą być pociągnięte do odpowiedzialności karnej.

Zakończenie

Analiza przyjętych rozwiązań normatywnych prowadzi do wniosku, że nie są one doskonałe, wymagają zmian. Słusznie podkreśla się, że przestępstwo „prania brudnych pieniędzy” należy do najtrudniejszych do udowodnienia i nie odnosi się to tylko do sfery postępowania dowodowego. Chodzi przede wszystkim o to, że znamiona przestępstwa „prania brudnych pieniędzy” nie są jasno sformułowane, swoim kształtem — w części — zbliżone są do przestępstwa paserstwa. Zarówno w orzecznictwie jak i doktrynie nie ma zgody co do tego czy czyn zabroniony ma być popełniony do korzyści pochodzących z przestępstwa (związek bezpośredni) czy tylko do korzyści powiązanych z czynem zabronionym (związek pośredni). Nie można również z całą stanowczością zaprzeczyć jakoby „pranie brudnych pieniędzy” nie stanowiło czynu współkukularnego następczego, mającego miejsce po przestępstwie bazowym. Nie ma także jasnej odpowiedzi czy przestępstwo „prania brudnych pieniędzy” odnosi się — co do zasady — do przestępstw wymienionych w Kodeksie karnym skarbowym. Dlatego też jedynym wyjściem pozostaje dokonywanie ocen na tle konkretnej sprawy, ale to jest także trudne, skoro do kwestii odnoszących się do spraw zasadniczych, przesądzających o odpowiedzialności karnej, nie ma zgody.

¹ K. Wąsowski, *Pranie brudnych pieniędzy*, „Materiały i Studia” NBP, z. 121, Warszawa 2001, s. 9.

² J. Grzywacz (red.), *Pranie brudnych pieniędzy*, Warszawa 2005 rok, s. 15.

³ J.W. Wójcik, *Pranie pieniędzy. Kryminologiczna i kryminalistyczna ocena transakcji podejrzanych*, Warszawa 2002, s. 23.

⁴ E. Pływaczewski, *Pranie brudnych pieniędzy. Możliwości przeciwdziałania z uwzględnieniem roli systemu bankowego*, Toruń 1993, s. 33.

⁵ J.W. Wójcik, *Pranie pieniędzy. Kryminologiczna i kryminalistyczna ocena ...*, s. 23–24.

⁶ Definicja z *The Cash Connection, Organized Crime and Money Laundering*, 1984 rok, nr 7, powołana przez O. Górniok (red.), *Prawo karne gospodarcze*, tom 10, Warszawa 2003 rok, s. 96; także O. Górniok, *Przestępstwa gospodarcze Rozdział XXXVI i XXXVII Kodeksu karnego. Komentarz*, Warszawa 2000 rok, s. 47; R. Lizak, *Pranie pieniędzy w prawie polskim na tle europejskim, międzynarodowym i amerykańskim*, Warszawa 2018 rok, s. XII, pisze, że cechą wspólną wszystkich definicji jest to, że „pranie brudnych pieniędzy” polega na legalizowaniu dochodów pochodzących z działalności niezgodnej z prawem, z czym co do zasady należy się zgodzić, ale zastrzec, że — na gruncie prawa polskiego — nie każda działalność niezgodna z prawem stanowi realizację znamion czynu zabronionego. Kwestia ta zostanie poruszona w dalszej części artykułu.

⁷ Dyrektywa Rady 91/308/EWG z dnia 10 czerwca 1991 roku w sprawie uniemożliwienia korzystania z systemu finansowego w celu prania pieniędzy — DzU UE L z dnia 28 czerwca 1991 roku, DzU UE L.1991.166.77.

⁸ W art. 3 ust. 1 lit. a Konwencji Narodów Zjednoczonych o zwalczaniu nielegalnego obrotu środkami odurzającymi i substancjami psychotropowymi, sporządzonej w Wiedniu 20 grudnia 1988 roku — DzU z dnia 20 lutego 1995 roku, DzU 1995.15.69 zał., jako wchodzące w skład działalności przestępczej zostały wskazane dokonane umyślnie wyrób, wytwarzanie, sporządzanie wyciągów lub preparatów, oferowanie, proponowanie sprzedaży, rozprowadzanie, sprzedawanie, dostarczanie na wszelkiego rodzaju warunkach, pośredniczenie, wysyłanie, przesyłanie w transzyście, przewożenie, wywóz bądź przywóz każdego środka odurzającego bądź każdej substancji psychotropowej, dokonywane niezgodnie z postanowieniami Konwencji z 1961 roku, Konwencji z 1961 roku z późniejszymi zmianami bądź Konwencji z 1971 roku.

⁹ Dyrektywa Rady 91/308/EWG z dnia 10 czerwca 1991 roku w sprawie uniemożliwienia korzystania z systemu — DzU UE L z dnia 28 czerwca 1991 roku, DzU UE L.1991.166.77.

¹⁰ Dyrektywa Parlamentu Europejskiego i Rady (UE) 2015/84 z dnia 20 maja 2015 roku sprawie zapobiegania wykorzystywaniu systemu finansowego do prania pieniędzy lub finansowania terroryzmu, zmieniająca rozporządzenie Parlamentu Europejskiego i Rady (UE) nr 648/2012 i uchylająca dyrektywę Parlamentu Europejskiego i Rady 2005/60/WE oraz dyrektywę Komisji 2006/70/WE DzU UE L z dnia 5 czerwca 2015 roku, DzU UE L.2015.141.73 ze zm.

¹¹ Dyrektywa Parlamentu Europejskiego i Rady (UE) 2015/84 z dnia 20 maja 2015 roku sprawie zapobiegania wykorzystywaniu systemu finansowego do prania pieniędzy lub finansowania terroryzmu, zmieniająca rozporządzenie Parlamentu Europejskiego i Rady (UE) nr 648/2012 — DzU UE L.2015.141.73 ze zm.

¹² Zarządzenie nr 16/92 Prezesa Narodowego Banku Polskiego z dnia 1 października 1992 roku w sprawie zasad postępowania banków w razie ujawnienia okoliczności wskazujących na lokowanie w banku środków pieniężnych lub innych wartości majątkowych pochodzących lub mających związek z przestępstwem oraz przy dokonywaniu wpłat gotówkowych przekraczających określoną kwotę (DzUz NBP z dnia 2 października 1992 roku, 1992.9.20).

¹³ Ustawa z dnia 1 marca 2018 roku o przeciwdziałaniu praniu pieniędzy oraz finansowaniu terroryzmu — DzU z dnia 12 kwietnia 2018 roku, DzU 2018.723 ze zm.

¹⁴ Ustawa z dnia 6 czerwca 1997 roku Kodeks karny — t.j. DzU 2017.2204 ze zm.

¹⁵ Ustawa z dnia 6 czerwca 1997 roku Kodeks ... — t.j. DzU 2017.2204 ze zm.

¹⁶ Ustawa z dnia 10 września 1999 roku Kodeks karny skarbowy — t.j. DzU 2017.2226 ze zm.

¹⁷ Ustawa z dnia 10 września 1999 roku Kodeks karny — t.j. DzU 2017.2226 ze zm.

¹⁸ A. Zoll, *Okoliczności wyłączające bezprawność czynu*, Warszawa 1982 rok, s. 9 wskazując, że przestępstwo jest czynem, co wynikało z art. 1 Kodeksu karnego z 1969 roku.

¹⁹ I. Andrejew, *Polskie prawo karne w zarysie*, Warszawa 1986 rok, s. 247.

²⁰ Wyrok Sądu Apelacyjnego w Lublinie z dnia 16 stycznia 2001 roku, sygn. II AKA 248/00, Prokuratura i Prawo — wkł. 2001/10/108, gdzie sąd przyjął, że konstrukcja czynów współukaranych jest zbieżna do sytuacji, w których ustawa karna przewiduje wyłączenie karalności (art. 17 § 1 pkt 4 Kpk), to w takiej sytuacji — zgodnie z zasadą wymienioną w art. 414 § 1 Kpk — sąd winien orzec o umorzeniu wszczętego postępowania.

²¹ I. Andrejew, *Polskie prawo karne ...*, s. 247, gdzie Autor wskazuje, iż celem takiej operacji jest uniknięcie zbyt drobiazgowej kwalifikacji prawnej popełnionych przez sprawcę czynów.

²² I. Andrejew, *Polskie prawo karne ...*, s. 247, gdzie jest mowa o kryterium społecznego niebezpieczeństwa, które było przyjęte w Kodeksie karnym z 1969 roku (obecnie społeczna szkodliwość); A. Marek, P. Gensikowski, *Konstrukcja czynów współukaranych i jej implikacje praktyczne*, Prokuratura i Prawo nr 10/2004, s. 8–9, wskazują, że różnica stopnia społecznej szkodliwości czynu współukaralnego następczego do czynu głównego musi być wyraźnie niższa, ale nie jest wymagana rażąca dysproporcja pomiędzy społeczną szkodliwością czynu głównego oraz czynu współukaralnego. Autorzy uważają, że rażąca dysproporcja pomiędzy społeczną szkodliwością czynu głównego współukaralnego zbudnie ograniczałaby zastosowanie konstrukcji czynów współukaralnych; Podobnie J. Długosz [w:] R. Zawłocki (red.), *Przestępstwa przeciwko mieniu i gospodarce*, Warszawa 2011 rok, s. 603–604 przyjmuje, że ukaranie sprawcy winno dotyczyć tego czynu, który jest dominujący; wyrok Sądu Apelacyjnego we Wrocławiu z dnia 21 lutego 2001 roku, II AKA 13/01, OSA 2001, nr 6, poz. 36, OSA 2001/6/36, Wokanda 2001/7–8/99, w którym sąd przyjął, że nigdy zbrodnia nie może być uznana za czyn współukaralny do występku. Idąc tym tokiem rozumowania możliwe jest przyjęcie, iż przy zbrodniach z art. 270a, Kodeksu karnego, art. 271a Kodeksu karnego, art. 277a Kodeksu karnego możliwe jest, a nawet na podstawie wskazanych wywodów zasadne, przyjęcie, że wypełnienie znamion czynu zabronionego z art. 299 § 1 Kodeksu karnego uznane zostanie za współukaralny czyn następczy.

²³ W wyroku Sądu Apelacyjnego w Białymstoku z dnia 9 sierpnia 2012 roku, sygn. II AKA 140/12, LEX nr 1220420 zawarte jest słusznie ostrzeżenie, z którego wynika, że aby dokonać właściwej redukcji ocen prawno karnych, polegającej na zaliczeniu jednego z czynów za współukarany, należy uwzględnić realia konkretnej sprawy, a nie doszukiwać się rozwiązań w sferze abstrakcyjnej.

²⁴ Wyrok Sądu Apelacyjnego we Wrocławiu z dnia 27 marca 2015 roku, sygn. akt II AKA 59/15, LEX nr 1668727, gdzie uznano, iż posiadanie środków odurzających lub substancji psychotropowych, które łączy się z przestępstwami, określonymi w art. 55 (przywóz, wywóz, nabycie, przewóz), art. 56 (nielegalny obrót), art. 58 (udzielenie środka, nakłanianie), art. 59 (udzielenie środka, nakłanianie w celu osiągnięcia korzyści majątkowej), nie podlega odrębnemu ukaraniu (pozorny zbieg przestępstw) i stanowi czyn współukarany, jeżeli zachowana jest więź czasowa i sytuacyjna z przestępstwem głównym.

²⁵ I. Andrejew, *Polskie prawo karne ...*, s. 247.

²⁶ Marek, *Prawo karne*, wyd. 5, Warszawa 2004 rok, s. 219; J. Kostarczyk-Gryszka, *Z rozważań nad jednością i wielością czynów oraz jednością i wielością przestępstw*, Wojskowy Przegląd Prawniczy 1967, nr 2, s. 165; Z. Kegel, *Realny zbieg przestępstw czy zbieg ustaw?*, Nowe Prawo 1961, nr 11, s. 1441.

²⁷ Wyrok SA w Lublinie z dnia 16 stycznia 2001 roku, sygn. II AKA 248/00, Prokuratura i Prawo — wkł. 2001, ..., s. 108 i n., Postanowienie Sądu Najwyższego z dnia 25 lutego 2002 roku, sygn. I KZP 1/02, OSNKW 2002, nr 5–6, poz. 35, Prokuratura i Prawo — wkł. 2002/6/1, Biul.SN 2002/4/21; w Postanowieniu Sądu Najwyższego z dnia 25 lutego 2002 roku, sygn. I KZP 1/02, OSNKW 2002/5–6/35..., stwierdzono, że do zastosowania czynu współukaralnego nie jest konieczne, aby zachodziła tożsamość dobra chronionego w znaczeniu szczególnym, wystarczy zaś tożsamość rodzajowego dobra chronionego. Według A. Marka działania, które są podjęte w celu uniknięcia odpowiedzialności karnej, które naruszają inne dobro prawne stanowią zawsze odrębne przestępstwo — A. Marek, *Prawo karne*, 7. Wydanie, Warszawa 2006 rok, s. 216.

²⁸ W. Wolter, *Reguły wyłączenia wielości ocen w prawie karnym*, Warszawa 1961, s. 119, 121, W. Wolter, *Nauka o przestępstwie*, Warszawa 1973, s. 350, gdzie W. Wolter wskazuje na przykładzie przestępstwa zagarnięcia mienia społecznego (z art. 199, art. 200 Kodeksu karnego z 1969 roku) oraz fałszerstwa zapisków, ksiąg (z art. 265 Kodeksu karnego z 1969 roku), pomimo, że czyny dotyczą różnego rodzaju dobra chronionego, to nasuwa się pytanie o współukaranie i Autor skłania się do tej koncepcji; W. Wolter, Glosa do wyroku Sądu Najwyższego z dnia 19 czerwca 1962 roku, IV K 315/61, PiP 1963, z. 7, s. 165–169; W. Wolter, Glosa do wyroku SN z dnia 29 czerwca 1963 roku, I K 141/63, PiP 1964, z. 4, s. 712–715; W. Wolter, Glosa do wyroku SN z dnia 23 października 1963 roku, IV K 949/62, PiP 1964, z. 4, s. 423–428; J. Kostarczyk-Gryszkowska: *Problem granic realnego zbiegu przestępstw*, Zeszyty Naukowe UJ. Prace prawnicze, Kraków 1968 rok, z. 37, s. 19; A. Spotowski, *O redukcji ocen przy zbiegu przestępstw*, PiP 1975 rok, z. 7, s. 77 i 81, M. Kulik, Glosa do wyroku Sądu Apelacyjnego w Lublinie z dnia 16 stycznia 2001 roku, sygn. II Aka 248/2000, Prokuratura i Prawo 2001, z. 10, s. 111.

²⁹ Wyrok Sądu Najwyższego z dnia 10 grudnia 1997 roku, sygn. IV KKN 206/97, OSNKW 1998, nr 1–2, poz. 6; wyrok Sądu Apelacyjnego we Wrocławiu z dnia 21 lutego 2001 roku, II Aka 13/01, OSA 2001, nr 6, poz. 36, ..., w którym sąd przyjął, że puszczenie w obieg podrobionych lub przerobionych pieniędzy może być uznane za czyn współukaralny następczy; Postanowienie Sądu Najwyższego z dnia 1 września 2010 roku, sygn. V KK 43/10, LEX nr 736526.

³⁰ W. Wolter, *Nauka o ...*, s. 350, gdzie Autor podnosi, iż pomimo różnego dobra prawnie chronionego koncepcja współukarania winna być rozważana; A. Spotowski, *Pomijalny (pozorny) zbieg przepisów ustawy i przestępstw*, Warszawa 1976 rok, s. 187 i n.

³¹ Kwestia zostanie bardziej szczegółowo omówiona w dalszej części artykułu.

³² Problem kwalifikacji omówiony zostanie w dalszej części artykułu.

³³ K. Buczkowski, M. Wojtaszek, *Pranie pieniędzy*, Warszawa 2001 rok, s. 31; tak samo O. Górniok (red.), *Prawo karne ...*, s. 98, gdzie wskazuje, że określenie „korzyści związane z popełnieniem czynu” ma szersze znaczenie niż określenie „rzecz uzyskana za pomocą czynu zabronionego”.

³⁴ Ustawa z dnia 1 marca 2018 roku o przeciwdziałaniu praniu pieniędzy oraz finansowaniu ... — DzU z dnia 12 kwietnia 2018 roku, DzU 2018.723 ze zm.

³⁵ Postanowienie Sądu Najwyższego z dnia 1 września 2010 roku, sygn. V KK 43/10, LEX nr 736526, podobnie uchwała Sądu Najwyższego z dnia 18 grudnia 2013 roku, sygn. I KZP 13/19, OSNKW 2014, nr 1, poz. 1; podobnie postanowienie Sądu Najwyższego z dnia 14 stycznia 2014 roku, sygn. IV KK 295/13, LEX nr 1415510; podobnie wyrok Sądu Apelacyjnego we Wrocławiu z dnia 30 kwietnia 2009 roku, sygn. II Aka 60/09, niepublikowany, powołany [w:] R. Stefański, *Kodeks karny*, Warszawa 2015 rok, s. 1746; tak samo wyrok Sądu Apelacyjnego we Wrocławiu z dnia 31 maja 2010 roku, sygn. II Aka 103/10, KZS 2011, nr 1, poz. 79; podobnie wyrok Sądu Apelacyjnego w Katowicach, z dnia 21 kwietnia 2011 roku, sygn. II Aka 20/11, OSA w Katowicach 2011, nr 2, poz. 11, LEX nr 846478; podobnie wyrok Sądu Apelacyjnego w Katowicach z dnia 14 grudnia 2012 roku, sygn. II Aka 324/12, KZS 2013, z. 5, poz. 69; podobnie wyrok Sądu Apelacyjnego we Wrocławiu z dnia 21 lutego 2012 roku, sygn. II Aka 338/11, LEX nr 1171343; tak samo J. Skorupka, *Pojęcie „brudnych pieniędzy” w prawie karnym*, Prokuratura i Prawo nr 11/2006, s. 45, tak samo W. Filipkowski, E. Pływaczewski [w:] M. Filar (red.), *Kodeks karny*, Warszawa 2010 rok, s. 1235, tak samo J. Giezek, *Kodeks karny Część szczególna. Komentarz*, Warszawa 2014, s. 1219, s. 1222, gdzie wskazuje również, że w projekcie zmian przepisów Kodeksu karnego z września 2013 roku przyjęto koncepcję bezpośredniego związku korzyści, ale wyeliminowano możliwość popełnienia obu przestępstw przez tego samego sprawcę.

³⁶ J. Duży, Glosa do post. SN z 1.9.2010 roku, V KK 43/10, PiP 2012, nr 5, s. 132–137.

³⁷ Uchwała Sądu Najwyższego z dnia 18 grudnia 2013 roku, sygn. I KZP 20/13, LEX nr 1423202, Prokuratura i Prawo — wkł. 2014/3/6, Biul. SN 2013/12/23, w której Sąd przyjął, iż chodzi zarówno o korzyści bezpośrednie jak i pośrednie z czynu zabronionego bazowego. Również J. Długosz [w:] R. Zawłocki (red.), *Przestępstwa przeciwko mieniu ...*, s. 580, s. 585,

przyjmuje, że chodzi zarówno o korzyści bezpośrednio lub pośrednio związane z czynem zabronionym i argumentuje to stanowisko brakiem przeszkód wynikających z wykładni literalnej omawianego przepisu, a także *ratio legis* tego przepisu i woli ustawodawcy, który zmierzał do objęcia jak największej liczby zachowań przestępstwem. Autor wskazuje także, iż pierwsza transakcja lokowania środków pochodzących z przestępstwa jest już „praniem brudnych pieniędzy”. Takie samo stanowisko zajmuje R. Zawłocki [w:] A. Wąsek (red.), *Kodeks karny. Część szczególna*, Warszawa 2006 rok, s. 1277.

³⁸ DzU UE L z dnia 5 czerwca 2015 roku, DzU UE L.2015.141.73.

³⁹ Chodzi przede wszystkim o to, że, ustawą z dnia 9 października 2015 roku o zmianie ustawy — Kodeks karny oraz niektórych innych ustaw — DzU z dnia 12 października 2015 roku — DzU 2015.1855., zostały wprowadzone nowe formy sprawcze w postaci posiadania, używania, przekazywania, ukrywania, konwersji lub transferu korzyści, które nie wymagają wykazania celu przez sprawcę i bez wskazanego wyżej ograniczenia czynem zabronionym „prania brudnych pieniędzy” może stać się przykładowo przyjęcie zapłaty przez obrońcę w sprawie karnej, gdzie z ustaleń postępowania wynika, że podejrzany lub oskarżony nie posiada żadnego zatrudnienia, a poziom i sposób życia uzasadniają przypuszczenie, że posiadane pieniądze mogą pochodzić z czynu zabronionego. Tożsame wątpliwości mogą powstać w toku sporu sądowego pomiędzy podmiotami prowadzącymi działalność gospodarczą, gdy jeden z nich będzie chciał złożyć kwotę będącą przedmiotem sporu do depozytu sądowego. Problem dotyczy tego czy, jak długo należałoby oczekiwać na decyzję odpowiedniego organu, który stwierdziłby, że nie doszło do wypełnienia znamion czynu zabronionego bazowego. Pytania te są zasadne w świetle braku wymogu potwierdzenia czynu zabronionego pierwotnego w formie prawomocnego orzeczenia przy ustaleniu wypełnienia znamion czynu zabronionego.

⁴⁰ K. Buchała, A. Zoll (red.), *Kodeks karny. Część ogólna*, Zakamycze 1998 rok, s.19; Postanowienie Sądu Najwyższego z dnia 12 października 2011 roku, sygn. III KK 145/11, OSNKW 2012/2/13, Biul.SN 2012/2/13.

⁴¹ A. Zoll, *Kodeks karny. Część szczególna*, tom III, Warszawa 2016 rok, s. 691–692, zdaje się wykluczać możliwość prania brudnych pieniędzy, gdy czynem zabronionym bazowym jest występki skarbowy, podobnie T. Wróbel, *Zakres tzw. źródłowych czynów zabronionych — przestępstwo prania brudnych pieniędzy w kontekście regulacji międzynarodowych*, Czasopismo Prawa Karnego i Nauk Penalnych, z. nr 4 z 2012 roku, s. 104 i nast., gdzie Autor wskazuje, że po zastosowaniu dyrektyw wykładni językowej, „ustawą karną” w rozumieniu art. 115 § 1 K.k. będą Kodeks karny, Kodeks wykroczeń oraz Kodeks karny skarbowy. Ustawodawca zdecydował się sformułowanie czyn zabroniony — zdefiniować jeszcze w dwóch innych kodeksach, zaś tylko definicja zapisana w art. 47 § 1 k.w. jest na płaszczyźnie językowej tożsama z treścią art. 115 § 1 K.k., podczas gdy ujęcie przyjęte w art. 53 § 1 K.k.s. zdecydowanie się od niej różni, dla ostatecznego ustalenia zakresu desygnatów pojęcia „czyn zabroniony” na gruncie art. 115 § 1 K.k. konieczne staje się sięgnięcie po pozajęzykowe metody wykładni. Autor odwołuje się do odrębności prawa karnego skarbowego, a ponadto do różnicy w definicji pojęcia „czynu zabronionego” z art. 53 § 1 Kodeksu karnego skarbowego. Dlatego pojęcie „czyn zabroniony” stanowiące znamię przestępstwa „prania brudnych pieniędzy” musi być rozumiane zgodnie z definicją legalną wskazaną w art. 115 § 1 Kodeksu karnego. Autor dalej pisze, że oznacza to, iż „źródłowym czynem zabronionym, a zatem tym, z popełnieniem którego związane są korzyści, z których pochodzą mają z kolei tzw. brudne pieniądze, może być *de lege lata* tylko zachowanie o znamionach określonych w ustawie przewidującej odpowiedzialność karną za przestępstwo powszechne (zbrodnię lub występki). Nie będzie nim natomiast czyn zabroniony jako przestępstwo skarbowe?. Tak samo W. Wróbel [w:] A. Zoll (red.), *Kodeks karny. Część ...*, s. 691–692, gdzie podobnie przyjmuje, że użycie pojęcia „czynu zabronionego” w Kodeksie karnym raczej wyklucza zastosowanie go do występków skarbowego.

⁴² Wyrok Sądu Apelacyjnego w Krakowie z dnia 28 października 2009 roku, sygn. II Aka 184/09, KZS 2009/12/61, Prokuratura i Prawo — wkł. 2010/6/18, gdzie jest mowa o wprowadzeniu korzyści związanych z popełnieniem czynu zabronionego do obrotu, ale czynności opisane w obecnie

obowiązującym artykule 299 § 1 Kodeksu karnego dotyczą nie tylko wprowadzenia korzyści do obrotu; postanowienie Sądu Najwyższego z dnia 15 kwietnia 2010 roku, sygn. II KK 226/09, niepublikowane, powołane [w:] A. Grześkowiak, K. Wiak (red.), *Kodeks karny*, Warszawa 2012 rok, s. 1244; powołane [w:] J. Giezek, *Kodeks karny Część szczególna*, ..., s. 1221 (nr LEX 590212).

⁴³ R. Lizak, *Pranie pieniędzy w prawie polskim na tle europejskim, międzynarodowym*, ..., s. 197–198, gdzie Autor wskazuje, że optymalizację rozumie jako legalne zmniejszenie obciążeń podatkowych i elementem odróżniającym je od prania „brudnych pieniędzy” jest popełnienie przestępstwa pierwotnego.

⁴⁴ K. Buk, *Pranie brudnych pieniędzy pochodzących z korzyści związanych z popełnieniem czynów zabronionych skierowanych przeciwko obowiązkowi podatkowemu*, Doradztwo Podatkowe 2006/5/54.

⁴⁵ K. Buk, *Pranie brudnych pieniędzy pochodzących z korzyści związanych z popełnieniem czynów zabronionych skierowanych*, ..., Doradztwo Podatkowe 2006/5/54. Również R. Zawłocki [w:] M. Królikowski, R. Zawłocki (red.), *Kodeks karny. Część szczególna*, tom II, s. 779–780 przyjmuje, że korzyściami, które mogą być powiązane z czynem zabronionym mogą być korzyści uzyskane w następstwie popełnienia przestępstwa lub wykroczenia skarbowego. Ponadto R. Zawłocki [w:] A. Wąsek (red.), *Kodeks karny. Część*, ..., s. 1277 przyjmuje, że korzyści związane z popełnieniem czynu zabronionego mogą dotyczyć przestępstwa oraz wykroczenia skarbowego. Podobnie J. Giezek, *Kodeks karny Część szczególna*, ..., s. 1223.

⁴⁶ R. Lizak, *Pranie pieniędzy w prawie polskim na tle europejskim, międzynarodowym*, ..., s. 198–199.

⁴⁷ R. Lizak, *Pranie pieniędzy w prawie polskim na tle europejskim, międzynarodowym*, ..., s. 198–199; Sąd Najwyższy w Postanowieniu z dnia 12 stycznia 2015 roku, sygn. III KK 247/14, KZS 2015, z. 4, poz. 34 przyjął, że korzyści pochodzące z popełnienia przestępstwa mogą pochodzić również z przestępstw podatkowych.

⁴⁸ A. Zoll, *Kodeks karny. Część*, ..., s. 691–692; podobnie T. Wróbel, *Zakres tzw. źródeł czynów zabronionych — przestępstwo prania brudnych pieniędzy w kontekście regulacji*, ..., s. 104 i nast.; tak samo W. Wróbel [w:] A. Zoll (red.), *Kodeks karny. Część*, ..., s. 691–692.

⁴⁹ A. Michalska-Warias [w:] T. Bojarski (red.), *Kodeks karny*, Warszawa 2013 rok, s. 896–897 przyjmuje, że artykuł 299 § 1 Kodeksu karnego pochłania art. 291 § 1 Kodeksu karnego, ale przy założeniu, iż rzeczy pochodzą bezpośrednio z przestępstwa. Zdaniem A. Michalskiej-Warias za takim rozwiązaniem przemawia ponadto różnica w zagrożeniu ustawowym. Podobnie A. Marek, *Komentarz do kodeksu karnego. Część szczególna*, Warszawa 2000 rok, s. 345, który wskazuje, że na tej samej zasadzie należy przyjąć, że art. 299 § 1 Kodeksu karnego pochłania art. 300 § 2 Kodeksu karnego, przy czym nie można zgodzić się do końca z tym poglądem, ponieważ w tym ostatnim przypadku jest większa różnica w znamionach czynu z art. 299 § 1 Kodeksu karnego oraz art. 300 § 2 Kodeksu karnego, wynikająca chociażby z celu popełnienia obu przestępstw. Z uwagi na to, że kwestia kwalifikacji prawnej nie jest istotą niniejszego artykułu odstąpiono od dalszych wywodów w tym zakresie. W. Filipkowski i E. Pływaczewski przyjmują przy jednorazowości świadczenia usług przestępstwo paserstwa — M. Filar (red.), *Kodeks*, ..., s. 1242. Brak jest także jednolitego podejścia przy zbiegu art. 299 § 1 Kodeksu karnego i art. 239 Kodeksu karnego. J. Długosz [w:] R. Zawłocki (red.), *Prawo karne gospodarcze*, tom 10, Warszawa 2012 rok, s. 396 przyjmuje, że należy przyjąć kwalifikację kumulatywną. Również R. Zawłocki [w:] A. Wąsek (red.), *Kodeks karny. Część*, ..., s. 1294 oraz R. Zawłocki [w:] M. Królikowski, R. Zawłocki (red.), *Kodeks karny. Część*, ..., s. 785, a ponadto W. Wróbel [w:] A. Zoll (red.), *Kodeks karny. Część*, ..., s. 706, J. Giezek, *Kodeks karny Część szczególna*, ..., s. 1235 opowiada się za kwalifikacją kumulatywną.

⁵⁰ J. Wójcik, *Pranie pieniędzy kryminologiczna i kryminalistyczna ocena*, ..., s. 55, powołując się na B. Hołysta, *Wikymologia*, Warszawa 1997 rok, s. 412–414, wskazuje, że tzw. „szara sfera” tworzą nie tylko podmioty prowadzące nielegalną działalność gospodarczą (bez zgłoszenia i realizacji obowiązku podatkowego), ale także prowadzące legalną działalność, ale nie ujawniające jej faktycznych rozmiarów. Do „szarej strefy” zaliczane są także podmioty, które spożytkowują środki finansowe, które pochodzą ze źródeł nielegalnych, w tym zorganizowanej przestępczości gospodarczej

oraz przestępstw kryminalnych. J. Grzywacz, *Pranie pieniędzy. Metody. Raje podatkowe. Zwalczanie*, Warszawa 2010 rok, s. wskazuje, że pieniądze pochodzące z tzw. czarnego rynku (dochody, które nie są opodatkowane) zwane są „czarnymi” pieniędzmi, w odróżnieniu od „brudnych” pieniędzy, które pochodzą z przestępstw. Trzeba zaznaczyć, że w świetle obecnych rozwiązań prawnych, zarówno „brudne” jak i „czarne” pieniądze, jeżeli pochodzą z czynu zabronionego mogą być przedmiotem czynności wykonawczej z art. 299 § 1 Kodeksu karnego. Również J. Wójcik, *Przeciwdziałanie praniu pieniędzy*, Zakamycze 2004 rok, s. 89, wskazuje, że tzw. „szara” strefa obejmuje podmioty prowadzące działalność gospodarczą bez zezwolenia, ale także podmioty, które posiadają odpowiednie zezwolenia, które przykładowo nie uiszczają podatków. Aby przyjąć, że sam fakt podejmowania czynności do korzyści z prowadzenia nielegalnej działalności gospodarczej może stanowić podstawę do budowania koncepcji prania brudnych pieniędzy, konieczne byłoby wykazanie, że prowadzenie nielegalnej działalności (bez zezwoleń) wypełnia znamiona czynu zabronionego. Stąd istotą nie jest kwestia legalności lub nie działalności, a fakt, aby doszło do wypełnienia znamion czynu zabronionego i uzyskania na tej podstawie korzyści.

⁵¹ L. Wilk, *Problem wartości majątkowych pochodzących ze źródeł nielegalnych lub nieujawnionych*, Radca Prawny nr 2/2002 rok, s. 70, gdzie Autor wskazuje, że zasada prawa podatkowego jest to, że przedmiotem opodatkowania może być tylko działalność legalna, nigdy zaś działalność nielegalna. Stąd przepisy prawa podatkowego nie posługują się pojęciem źródeł nielegalnych, a pojęciem źródeł nieujawnionych. Autor dalej zwraca uwagę na to, że dochody z nieujawnionych źródeł podlegają opodatkowaniu w wysokości 75% tych dochodów, co nadaje temu prawu charakter represyjny, zbliżony do prawa karnego. Oznacza to, że zachowanie, z którym połączona jest sankcja represyjna, ale nie będąca sankcją karną, powiązana z czynem zabronionym, nie daje podstawy do tego, aby przyjąć, że rozporządzenie nieujawnionymi dochodami, bez wykazania wypełnienia znamion czynu zabronionego, wypełnia dyspozycję czynu zabronionego „prania brudnych pieniędzy” z art. 299 § 1 Kodeksu karnego. Podobne stanowisko reprezentuje E.M. Guzik-Makaruk oraz W. Filipkowski [w:] E.W. Pływaczewski (red.), *Przestępczość zorganizowana. Świadek koronny. Terrorizm. W ujęciu praktycznym*, Zakamycze 2005 rok, s. 237.

⁵² Ustawa z dnia 11 marca 2004 roku o podatku od towarów i usług — t.j. DzU 2017.1221 ze zm.

⁵³ Z wyroku Naczelnego Sądu Administracyjnego w Warszawie z dnia 17 kwietnia 2018 roku, sygn. I FSK 1096/16, LEX nr 2494163, wynika, że opodatkowaniem podatkiem VAT nie podlegają czynności nielegalne, które nie mają wpływu na konkurencyjność w legalnym sektorze obrotu takimi samymi towarami i usługami (np. gdy nie ma legalnego rynku obrotu określonymi towarami lub usługami, jak w przypadku handlu narkotykami, fałszywymi pieniędzmi, sterczycielstwa, łapówkarstwa czy płatnej protekcji). Jeżeli natomiast istnieje legalny rynek obrotu danymi towarami lub usługami, nielegalny nimi obrót, który ma wpływ, z uwagi na konkurencyjność, na rynek legalny, nie może pozostawać poza obrotem komercyjnym i nie podlegać opodatkowaniu VAT (np. handel podrobionymi towarami występującymi w obrocie legalnym, nielegalne świadczenie usług mających odpowiedniki w usługach legalnych, a także handel towarami pochodzącymi z przestępstwa).

⁵⁴ I. Ożóg, *Przestępstwa karuzelowe i inne oszustwa w VAT*, Warszawa 2017 rok, s. 178–179, gdzie zaprezentowany został pogląd, iż art. 6 ust. 2 ustawy o VAT wyłącza z opodatkowania czynności, które są uznane za nielegalne w obrocie prawnym i które nie mają wpływu na konkurencyjność. Do czynności takich zaliczone zostały przykładowo dostawa oraz import narkotyków, co potwierdzone zostało także w orzecznictwie Trybunału Sprawiedliwości Unii Europejskiej o sygn. C-294/82 (wyrok z dnia 28 lutego 1984 roku, Senta Einberger przeciwko Hauptzollamt Freiburg, EU:C:1984;81), a ponadto o sygn. C-289/86 (wyrok z dnia 5 lipca 1988 roku Vereniging Happy Family Rustenburgerstat przeciwko Inspecteur der Omzetbelasting, UE:C:1988;360) powołane [w:] I. Ożóg, *Przestępstwa karuzelowe i inne oszustwa*, ..., s. 178. Natomiast nie ma przeszkód, aby korzyści w rozumieniu art. 299 § 1 Kodeksu karnego pochodziły z handlu narkotykami — J. Wojciechowski, *Ustawa o ochronie obrotu gospodarczego z komentarzem*, Warszawa 1994 rok, s. 39.

⁵⁵ Wyrok Sądu Najwyższego z dnia 4 października 2011 roku, sygn. III KK 28/11, OSNKW 2011, nr 11, poz. 101, Prokuratura i Prawo — wkł. 2012, nr 2, poz. 6.

⁵⁶ Określenie „karuzela podatkowa” nie odnosi się do znamienia żadnego czynu zabronionego, jest zbiorczym nazwaniem pewnego zjawiska.

⁵⁷ M. Szymczak (red.), *Słownik Języka Polskiego, R–Z*, Warszawa 1999 rok, s. 580.

⁵⁸ M. Szymczak (red.), *Słownik Języka Polskiego, A–K*, Warszawa 1999 rok, s. 834 — słowo „karny” oznacza: dotyczący kary, przewidujący zastosowanie kary, będący karą (za wykroczenia, przestępstwa), karzący.

⁵⁹ Odrębność poza prawem karnym skarbowym dotyczy w ramach prawa karnego prawa gospodarczego, co jednak nie uzasadnia wyłączenia tegoż prawa spod znaczenia pojęcia „czynu zabronionego” w art. 299 § 1 Kodeksu karnego.

⁶⁰ O uzyskiwaniu ogromnych zysków w następstwie popełniania oszustw podatkowych pisze J. Duży, *Korzyść w przestępstwie prania pieniędzy*, Prokuratura i Prawo nr 12/2010, s. 43.

⁶¹ Ustawa z dnia 11 marca 2004 roku o podatku od towarów i ..., t.j. 2017.1221 ze zm.

⁶² J. Długosz [w:], R. Zawłocki (red.), *Przestępstwa przeciwko mieniu ...*, s. 578, wskazuje, że wykorzystanie korzyści pochodzących z przestępstwa dla własnych celów nie podlega kryminalizacji. Stanowisko to jest zbieżne

Bibliografia

- Andrejew, I. (1986). *Polskie prawo karne w zarysie*. Warszawa: Państwowe Wydawnictwo Naukowe.
- Buchała, K., Zoll, A. (red.). (1998). *Kodeks karny. Część ogólna*. Kantor Wydawniczy Zakamycze.
- Buczowski, K., Wojtaszek, M. (2001). *Pranie pieniędzy*. Warszawa: Oficyna Naukowa.
- Buk, K. (2006). Pranie brudnych pieniędzy pochodzących z korzyści związanych z popełnieniem czynów zabronionych skierowanych przeciwko obowiązkowi podatkowemu. *Doradztwo Podatkowe*, (5), 54.
- Długosz, J. W.; Zawłocki, R. (red.). (2012). *Prawo karne gospodarcze* (t. 10). Warszawa: Wydawnictwo C.H. Beck.
- Długosz, J. W.; Zawłocki, R. (red.). (2011). *Przestępstwa przeciwko mieniu i gospodarce*. Warszawa: Wydawnictwo C.H. Beck.
- Duży, J. (2012). Glosa do post. SN z 1.9.2010 roku. V KK 43/10. *PiP* 2012, (5), 132–137.
- Duży, J. (2010). Korzyść w przestępstwie prania pieniędzy. *Prokuratura i Prawo* (12), 33–47.
- Filipkowski, W.; Pływaczewski, E. W.; Filar, M. (red.). (2010). *Kodeks karny*. Warszawa: Wydawnictwo LexisNexis Polska.
- Filipkowski, W. (2004). *Zwalczanie przestępczości zorganizowanej w aspekcie finansowym*. Kantor Wydawniczy Zakamycze.
- Giezek, J. (2014). *Kodeks karny Część szczególna. Komentarz*. Warszawa: Wydawnictwo LEX a Wolters Kluwer business.
- Górnioł, O. (red.). (2003). *Prawo karne gospodarcze* (t. 10). Warszawa: Wydawnictwo C.H. Beck.
- Górnioł, O. (2000). *Przestępstwa gospodarcze Rozdział XXXVI i XXXVII Kodeksu karnego. Komentarz*. Warszawa: Wydawnictwo C.H. Beck.
- Grzywacz, J. (red.). (2005). *Pranie brudnych pieniędzy*. Warszawa: Wydawnictwo Oficyna Wydawnicza Szkoła Główna Handlowa w Warszawie.
- Grzywacz, J. (2010). *Pranie pieniędzy. Metody. Raje podatkowe. Zwalczanie*. Warszawa: Wydawnictwo Oficyna Wydawnicza Szkoła Główna Handlowa w Warszawie.
- Guzik-Makaruk, E.M., Filipkowski, W. W.; Pływaczewski, E.W. (red.). (2005). *Przestępczość zorganizowana. Świadek koronny. Terroryzm. W ujęciu praktycznym*. Kantor Wydawniczy Zakamycze.
- Hołyst, B. (1997). *Wikymologia*. Warszawa: Wydawnictwo Prawnicze PWN.
- Kegel, Z. (1961). Realny zbieg przestępstw czy zbieg ustaw? *Nowe Prawo* 1961, (11), 1441.
- Kostarczyk-Gryszka, J. (1967). Z rozważań nad jednością i wielością czynów oraz jednością i wielością przestępstw. *Wojskowy Przegląd Prawniczy*, (2), 165.
- Kostarczyk-Gryszkowska, J. (1968). Problem granic realnego zbiegu przestępstw. *Zeszyty Naukowe UJ. Prace prawnicze*. Kraków (37), 19.

z poglądami wyrażonymi w doktrynie, między innymi przez W. Filipkowskiego, że obrót gospodarczy jest tylko częścią obrotu cywilnego, co powinno mieć wpływ na interpretowanie norm w tym zakresie — W. Filipkowski, *Zwalczanie przestępczości zorganizowanej w aspekcie finansowym*, Zakamycze 2004 rok, s. 103.

⁶³ J. Długosz [w:] R. Zawłocki (red.), *Przestępstwa przeciwko mieniu ...*, s. 577, powołując pogląd wyrażony przez W. Wróbla [w:] A. Zoll, *Komentarz do Kodeksu karnego, Część szczególna*, t. III, Warszawa 2008 rok, s. 714; J. Długosz [w:] R. Zawłocki (red.), *Prawo karne ...*, s. 373. A. Ratajczak, *Ochrona obrotu gospodarczego. Praktyczny komentarz*, Warszawa 1994 rok, s. 48–49 przyjmuje, że dobrem chronionym jest także prawidłowe funkcjonowanie organów wymiaru sprawiedliwości, a ponadto R. Zawłocki [w:] A. Wąsek (red.), *Kodeks karny. Część ...*, s. 1275, który przyjmuje, że rodzajowym dobrem chronionym jest także obrót prawny. Także R. Zawłocki [w:] M. Królikowski, R. Zawłocki (red.), *Kodeks karny. Część ...*, s. 776 przyjmuje, że rodzajowym dobrem chronionym są zasady uczciwego i rzetelnego, a w szczególności zgodnego z przepisami obrotu gospodarczego, finansowego, a także obrotu prawnego.

⁶⁴ W. Wróbel [w:] A. Zoll (red.), *Kodeks karny. Część ...*, s. 681 i powołana tam uchwała Sądu Najwyższego z dnia 18 grudnia 2013 roku, sygn. I KZP 19/13, LEX nr 1403596.

⁶⁵ R. Zawłocki [w:] A. Wąsek (red.), *Kodeks karny. Część ...*, s. 1287.

- Kulik, M. (2001). Glosa do wyroku Sądu Apelacyjnego w Lublinie z dnia 16 stycznia 2001 roku, sygn. II Aka 248/2000. *Prokuratura i Prawo*, (10), 108–117.
- Lizak, R. (2018). *Pranie pieniędzy w prawie polskim na tle europejskim, międzynarodowym i amerykańskim*. Warszawa: Wydawnictwo C.H. Beck.
- Marek, A., Gensikowski, P. (2004). Konstrukcja czynów współkaralnych i jej implikacje praktyczne. *Prokuratura i Prawo* (10), 7–18.
- Marek, A. (2000). *Komentarz do kodeksu karnego. Część szczególna*. Warszawa: Wydawnictwo Prawnicze.
- Marek, A. (2006). *Prawo karne*, wyd. 7. Warszawa: Wydawnictwo C.H. Beck.
- Marek, A. (2004). *Prawo karne*. Wyd. 5. Warszawa: Wydawnictwo C.H. Beck.
- Michalska-Warias, A. W.; Bojarski, T. (red.). (2013). *Kodeks karny*. Warszawa: Wydawnictwo LexisNexis.
- Ozóg, I. (2017). *Przestępstwa karuzelowe i inne oszustwa w VAT*. Warszawa: Wydawnictwo Wolters Kluwer.
- Pływaczewski, E. (1993). *Pranie brudnych pieniędzy. Możliwości przeciwdziałania z uwzględnieniem roli systemu bankowego*. Toruń: Wydawnictwo TNOiK „Dom Organizatora”.
- Ratajczak, A. (1994). *Ochrona obrotu gospodarczego. Praktyczny komentarz*. Warszawa: Wydawnictwo Zrzeszenia Prawników Polskich.
- Skorupka, J. (2006). Pojęcie „brudnych pieniędzy” w prawie karnym. *Prokuratura i Prawo*, (11), 34–48.
- Spotowski, A. (1975). *O redukcji ocen przy zbiegu przestępstw*. *PiP*, (7), 77 i 81.
- Spotowski, A. (1976). *Pomijalny (pozorny) zbieg przepisów ustawy i przestępstw*. Warszawa: Wydawnictwo Prawnicze.
- Szymczak, M. (red.). (1999). *Słownik Języka Polskiego. A–K*. Warszawa: Wydawnictwo Naukowe PWN.
- Szymczak, M. (red.). (1999). *Słownik Języka Polskiego. R–Z*. Warszawa: Wydawnictwo Naukowe PWN.
- Wąsowski, K. (2001). Pranie brudnych pieniędzy. *Materiały i Studia*. NBP. Warszawa, (121), 8–10.
- Wilcz, L. (2002). Problem wartości majątkowych pochodzących ze źródeł nielegalnych lub nieujawnionych. *Radca Prawny*, (2), 70.
- Wojciechowski, J. (1994). *Ustawa o ochronie obrotu gospodarczego z komentarzem*. Warszawa: Wydawnictwo Librata.
- Wolter, W. (1964). Glosa do wyroku SN z dnia 23 października 1963 roku, IV K 949/62. *PiP*, (4), 423–428.
- Wolter, W. (1963). Glosa do wyroku Sądu Najwyższego z dnia 19 czerwca 1962 roku, IV K 315/61. *PiP*, (7), 165–169.
- Wolter, W. (1964). Glosa do wyroku SN z dnia 29 czerwca 1963 roku, I K 141/63. *PiP*, (4), 712–715.

Wolter, W. (1973). *Nauka o przestępstwie*. Warszawa: Państwowe Wydawnictwo Naukowe.

Wolter, W. (1961). *Reguły wyłączenia wielości ocen w prawie karnym*. Warszawa: Instytut Nauk Prawnych Polskiej Akademii Nauk PWN.

Wójcik, J.W. (2002). *Pranie pieniędzy. Kryminologiczna i kryminalistyczna ocena transakcji podejrzanых*. Warszawa: Wydawnictwo Twiger Biuro Inicjatyw Szkoleniowych.

Wójcik, J. (2004). *Przeciwdziałanie praniu pieniędzy*. Kantor Wydawniczy Zakamycze.

Wróbel, T. (2012). Zakres tzw. źródłowych czynów zabronionych — przestępstwo prania brudnych pieniędzy w kontekście regulacji międzynarodowych. *Czasopismo Prawa Karnego i Nauk Penalnych*, (4), 104 i nast.

Orzeczenia sądowe

Wyrok Trybunału Sprawiedliwości Unii Europejskiej o sygn. C-294/82 (wyrok z dnia 28 lutego 1984 roku, Senta Einberger przeciwko Hauptzollamt Freiburg, EU:C:1984:81), powołany [w:] I. Ożóg, *Przestępstwa karuzelowe i inne oszustwa w VAT*, Warszawa 2017 rok, s. 178.

Wyrok Trybunału Sprawiedliwości Unii Europejskiej o sygn. C-289/86 (wyrok z dnia 5 lipca 1988 roku Vereniging Happy Family Rustenburgerstat przeciwko Inspecteur der Omzetbelesing, UE:C:1988:360), powołany [w:] I. Ożóg, *Przestępstwa karuzelowe i inne oszustwa w VAT*, Warszawa 2017 rok, s. 178.

Wyrok Sądu Najwyższego z dnia 10 grudnia 1997 roku, sygn. IV KKN 206/97, OSNKW 1998, nr 1–2, poz. 6.

Wyrok Sądu Apelacyjnego w Lublinie z dnia 16 stycznia 2001 roku, sygn. II AKA 248/00, Prokuratura i Prawo — wkł. 2001/10/108.

Wyrok Sądu Apelacyjnego we Wrocławiu z dnia 21 lutego 2001 roku, II AKA 13/01, OSA 2001, nr 6, poz. 36, OSA 2001/6/36, Wokanda 2001/7–8/99.

Postanowienie Sądu Najwyższego z dnia 25 lutego 2002 roku, sygn. I KZP 1/02, OSNKW 2002, nr 5–6, poz. 35, Prokuratura i Prawo — wkł. 2002/6/1, Biul.SN 2002/4/21.

Wyrok Sądu Apelacyjnego we Wrocławiu z dnia 30 kwietnia 2009 roku, sygn. II AKA 60/09, niepublikowany, powołany [w:] R. Stefański, *Kodeks karny*, Warszawa 2015 rok, s. 1746.

Wyrok Sądu Apelacyjnego w Krakowie z dnia 28 października 2009 roku, sygn. II AKA 184/09, KZS 2009/12/61, Prokuratura i Prawo — wkł. 2010/6/18.

Postanowienie Sądu Najwyższego z dnia 15 kwietnia 2010 roku, sygn. II KK 226/09, niepublikowane, powołane [w:] A. Grześkowiak, K. Wiak (red.), *Kodeks karny*, Warszawa 2012 rok, s. 1244; powołane [w:] J. Giezek, *Kodeks karny Część szczegółowa. Komentarz*, Warszawa 2014 rok, s. 1221 (nr LEX 590212).

Wyrok Sądu Apelacyjnego we Wrocławiu z dnia 31 maja 2010 roku, sygn. II AKA 103/10, KZS 2011, nr 1, poz. 79.

Akty prawne

Konwencja Narodów Zjednoczonych o zwalczaniu nielegalnego obrotu środkami odurzającymi i substancjami psychotropowymi, sporządzonej w Wiedniu 20 grudnia 1988 roku — DzU z dnia 20 lutego 1995 roku, DzU 1995.15.69 zał.

Dyrektywa Rady 91/308/EWG z dnia 10 czerwca 1991 roku w sprawie uniemożliwienia korzystania z systemu finansowego w celu prania pieniędzy — DzU UE L z dnia 28 czerwca 1991 roku, DzU UE L.1991.166.77.

Zarządzenie nr 16/92 Prezesa Narodowego Banku Polskiego z dnia 1 października 1992 roku w sprawie zasad postępowania banków w razie ujawnienia okoliczności wskazujących na lokowanie w banku środków pieniężnych lub innych wartości majątkowych pochodzących lub mających związek z przestępstwem oraz przy dokonywaniu wpłat gotówkowych przekraczających określoną kwotę (DzUrz NBP z dnia 2 października 1992 roku, 1992.9.20).

Ustawa z dnia 6 czerwca 1997 roku Kodeks karny — t.j. DzU 2017.2204 ze zm.

Wróbel, W. W: Zoll, A. (red.). (2016). *Kodeks karny. Część szczegółowa*. T. III. Warszawa: Wydawnictwo Wolters Kluwer.

Wróbel, W. W: Zoll, A. (2008). *Komentarz do Kodeksu karnego. Część szczegółowa*. T. III. Warszawa: Wydawnictwo Wolters Kluwer Polska.

Zawłocki, R. W: Wąsek, A. (red.). (2006). *Kodeks karny. Część szczegółowa*. Warszawa: Wydawnictwo C.H. Beck.

Zawłocki, R. W: Królikowski, M., Zawłocki, R. (red.). (2013). *Kodeks karny. Część szczegółowa*. T. II. Warszawa: Wydawnictwo C.H. Beck.

Zoll, A. (2016). *Kodeks karny. Część szczegółowa*. T. III. Warszawa: Wydawnictwo Wolters Kluwer.

Zoll, A. (1982). *Okoliczności wyłączające bezprawność czynu*. Warszawa: Wydawnictwo Prawnicze.

Postanowienie Sądu Najwyższego z dnia 1 września 2010 roku, sygn. V KK 43/10, LEX nr 736526.

Wyrok Sądu Apelacyjnego w Katowicach, z dnia 21 kwietnia 2011 roku, sygn. II AKA 20/11, OSA w Katowicach 2011, nr 2, poz. 11, LEX nr 846478.

Wyrok Sądu Najwyższego z dnia 4 października 2011 roku, sygn. III KK 28/11, OSNKW 2011, nr 11, poz. 101, Prokuratura i Prawo — wkł. 2012, nr 2, poz. 6.

Postanowienie Sądu Najwyższego z dnia 12 października 2011 roku, sygn. III KK 145/11, OSNKW 2012/2/13, Biul.SN 2012/2/13.

Wyrok Sądu Apelacyjnego we Wrocławiu z dnia 21 lutego 2012 roku, sygn. II AKA 338/11, LEX nr 1171343.

Wyrok Sądu Apelacyjnego w Białymstoku z dnia 9 sierpnia 2012 roku, sygn. II AKA 140/12, LEX nr 1220420.

Wyrok Sądu Apelacyjnego w Katowicach z dnia 14 grudnia 2012 roku, sygn. II AKA 324/12, KZS 2013, z. 5, poz. 69.

Uchwała Sądu Najwyższego z dnia 18 grudnia 2013 roku, sygn. I KZP 13/19, OSNKW 2014, nr 1, poz. 1.

Uchwała Sądu Najwyższego z dnia 18 grudnia 2013 roku, sygn. I KZP 19/13, LEX nr 1403596.

Uchwała Sądu Najwyższego z dnia 18 grudnia 2013 roku, sygn. I KZP 20/13, LEX nr 1423202, Prokuratura i Prawo — wkł. 2014/3/6, Biul. SN 2013/12/23.

Postanowienie Sądu Najwyższego z dnia 14 stycznia 2014 roku, sygn. IV KK 295/13, LEX nr 1415510.

Postanowienie Sądu Najwyższego z dnia 12 stycznia 2015 roku, sygn. III KK 247/14, KZS 2015, z. 4, poz. 34.

Wyrok Sądu Apelacyjnego we Wrocławiu z dnia 27 marca 2015 roku, sygn. akt II AKA 59/15, LEX nr 1668727.

Wyrok Naczelnego Sądu Administracyjnego w Warszawie z dnia 17 kwietnia 2018 roku, sygn. I FSK 1096/16, LEX nr 2494163.

Ustawa z dnia 10 września 1999 roku Kodeks karny skarbowy — t.j. DzU 17.2226 ze zm.

Ustawa z dnia 11 marca 2004 roku o podatku od towarów i usług — t.j. DzU 2017.1221 ze zm.

Dyrektywa Parlamentu Europejskiego i Rady (UE) 2015/84 z dnia 20 maja 2015 roku sprawie zapobiegania wykorzystywaniu systemu finansowego do prania pieniędzy lub finansowania terroryzmu, zmieniająca rozporządzenie Parlamentu Europejskiego i Rady (UE) nr 648/2012 i uchylająca dyrektywę Parlamentu Europejskiego i Rady 2005/60/WE oraz dyrektywę Komisji 2006/70/WE DzU UE L z dnia 5 czerwca 2015 roku, DzU UE L.2015.141.73 ze zm.

Ustawa z dnia 9 października 2015 roku o zmianie ustawy — Kodeks karny oraz niektórych innych ustaw — DzU z dnia 12 października 2015 roku — DzU 2015.1855.

Ustawa z dnia 1 marca 2018 roku o przeciwdziałaniu praniu pieniędzy oraz finansowaniu terroryzmu — DzU z dnia 12 kwietnia 2018 roku, DzU 2018.723 ze zm.

PRAWO WŁASNOŚCI INTELEKTUALNEJ

Cel informacyjny w prasie jako podstawa dozwolonego użytku utworów w społeczeństwie informacyjnym

Information purpose in the press as the basis for fair use of works in the information society

dr Katarzyna Błeszyńska

E-mail: <https://pbn.nauka.gov.pl/sedno-webapp/persons/1740886/>

Streszczenie

Cel informacyjny, jako przesłanka dozwolonego użytku utworów w prasie powinien być rozumiany z uwzględnieniem funkcji, jakie pełni prasa w społeczeństwie informacyjnym. Artykuł dokonuje wykładni znaczeniowej podmiotu uprawnionego do skorzystania z ograniczenia, z uwzględnieniem zakresu pojęcia informacyjności. Konstytutywną funkcją prasy jest jej informacyjność, a pozostałe funkcje, takie jak np. rozrywkowa, kontrolna czy edukacyjna stanowią jej cechy konsekwentne, jednak informacyjność przekazu występuje w obrębie wszelkich funkcji realizowanych przez prasę.

Słowa kluczowe:

cel informacyjny, dozwolony użytek utworów, prasa, ograniczenie praw autorskich, funkcje prasy, społeczeństwo informacyjne.

Summary

The information purpose, as a premise for the fair use of works in the press, should be understood taking into account the functions of the press in the information society. The article interprets the meaning of an entity authorized to benefit from the restriction of copyright, taking into account the scope of the right to information. The constitutive function of the press is its informativeness, and the other functions, such as entertainment, control or education, are its consecutive features, but the informativeness of the message occurs within all the functions carried out by the press.

Key words:

the information purpose, fair use of works, press, restriction of copyright, functions of the press, informatic society.

Wprowadzenie

Nowe technologie wzmocniły proces konwergencji w sferze środków masowego przekazu, czyli wzajemne przenikanie się mediów tradycyjnych — prasy, radia i telewizji — z nowymi mediami internetem, telefonem komórkowym, telewizją interaktywną (Koba, 2016, s. 465). Przyczyniło się to w znacznym stopniu do rozszerzenia kręgu odbiorców informacji, ale także wymusiło szerokie gwarancje prawnego dostępu prasy do informacji, także tych mających postać utworów w rozumieniu ustawy o prawie autorskim i prawach pokrewnych (DzU nr 24, poz. 83 z późn. zm.).

Wiek XX, zwany był wiekiem *mass mediów*, czyli mediów masowych i przyniósł wiele działań na rzecz wzmocnienia wolności słowa oraz nieograniczonego dostępu do informacji, której gwarantem stała się demokracja i prawa człowieka. Wiek XXI jest wiekiem nieograniczonego prze-

plywu informacji, dzięki gwarancjom prawnym i możliwościom technicznym, jakie przyniósł Internet, używany na masową skalę. Wymieniając się informacjami, współczesny człowiek zerwał z jednokierunkowym komunikowaniem masowym. To właśnie interaktywność, czyli błyskawiczna reakcja ze strony użytkowników na przedstawiane im informacje, jest cechą charakterystyczną dla nowego społeczeństwa informacyjnego (Koba, 2016, s. 465).

Prawo do informacji ma fundamentalne znaczenie dla działalności dziennikarzy, którzy w celu jego realizacji korzystają z konstytucyjnie zagwarantowanej wolności słowa i wyrażania własnych poglądów (art. 14, 54 i 213 Konstytucji RP). Wolność prasy i prawo do informacji mają charakter nie tylko praw obywatelskich, ale i praw człowieka (Sobczak, 2000, s. 154).

Realizując swoje prawo dziennikarze korzystają z wszelkich dostępnych możliwości, które umożliwią im pozyskanie informacji. Ustawa o prawie autorskim i prawach

pokrewnych, (DzU nr 24, poz. 83 z późn. zm.), zwana dalej prawem autorskim, gwarantuje korzystanie „w celach informacyjnych” treści chronionych prawem autorskim w ramach dozwolonego użytku publicznego chronionych utworów. Wśród tych ograniczeń znajduje się: tzw. przedruk (art. 25 prawa autorskiego), czyli możliwość rozpowszechniania w celach informacyjnych w prasie, radiu i telewizji:

- 1) już rozpowszechnionych:
 - a) sprawozdań o aktualnych wydarzeniach;
 - b) artykułów na aktualne tematy polityczne, gospodarcze lub religijne, chyba że zostało wyraźnie zastrzeżone, że ich dalsze rozpowszechnianie jest zabronione;
 - c) aktualnych wypowiedzi i fotografii reporterskich. Poza tym ustawodawca zezwala na rozpowszechnianie krótkich wyciągów ze sprawozdań i artykułów, o których mowa w pkt 1 lit. a) i b), przeglądów publikacji i utworów rozpowszechnionych oraz krótkich streszczeń rozpowszechnionych utworów.

W granicach uzasadnionych celem informacji wolno także w sprawozdaniach o aktualnych wydarzeniach przytaczać utwory udostępnione w czasie tych wydarzeń (art. 26 prawa autorskiego). Można także korzystać w granicach uzasadnionych celem informacji z przemówień politycznych i mów wygłoszonych na publicznych rozprawach, a także z fragmentów publicznych wystąpień, wykładów oraz kazań, co nie upoważnia do publikacji zbiorów tego rodzaju utworów (art. 26 prawa autorskiego).

Ograniczając prawa autorskie, ustawodawca formułuje rodzaje dozwolonego użytku, z których można korzystać „w celach informacyjnych”. Właściwe rozumienie tej przesłanki ma znaczenie kluczowe dla możliwości korzystania z niej, a jej wykładnię podejmuje niniejszy artykuł, wskazując przedmiot, podmiot oraz cel ograniczenia, który współcześnie — w ramach społeczeństwa informacyjnego — powinien być rozumiany i interpretowany z uwzględnieniem zasad ustrojowych państwa demokratycznego, w realiach społeczeństwa informacyjnego. „Cel informacyjny” oznacza zatem przekazywanie przez prasę treści w ramach realizacji jej funkcji. Korzystanie z ograniczeń dotyczy jednak celów informacyjnych realizowanych przez prasę, a nie przez podmioty nie posiadające cech prasy, korzystające z utworów w celach informacyjnych na łamach, np. swoich stron internetowych czy innych publikatorów.

Prawo do informacji w społeczeństwie informacyjnym

Termin „społeczeństwo informacyjne” pierwszy raz pojawił się w artykule japońskiego naukowca — Tadao Umesao w roku 1963, który opisał ewolucję społeczeństwa opartego na technologiach informatycznych. W rozprawie pod tytułem: „Wprowadzenie do teorii informacji” (ang. *Introduction to Information Theory*) wykorzystał to pojęcie w 1968 roku Kenichi Koya (Nowina-Konopka, 2006, s. 48).

W literaturze przedmiotu używa się zamiennie także takich określeń jak: społeczeństwo wiedzy, społeczeństwo sieciowe, społeczeństwo informatyczne czy społeczeństwo medialne (Haber, 2001, s. 43). Jest ono wyznacznikiem nowej cywilizacji informacyjnej. *Na bazie rozwoju techniki informacyjnej i internetowej rozwinęło się całkowicie nowe społeczeństwo sieci* (Koba, 2016, s. 465).

Techniczne korzystanie z informacji i jej nośników na podstawie prawnie zagwarantowanych gwarancji wolnościowych stanowi fundament społeczeństwa informacyjnego. Wyrażona w art. 54 ust. 1 Konstytucji RP: wolność wyrażania poglądów oraz pozyskiwania i rozpowszechniania informacji, a także w art. 14 Konstytucji: wolność prasy i środków społecznego przekazu *jest jednym z przejawów wolności człowieka, przysługującej każdemu w sposób naturalny od urodzenia; wolności wywodzonej z istoty natury człowieka i stanowiącej fundamentalną wartość, którą winno uwzględniać prawo pozytywne. To sprawia, że ustawodawca konstytucyjny zaliczył ją do wolności i praw osobistych, a więc ściśle związanych z osobą człowieka i obywatela* (Wyrok TK, 2008). Wolność słowa ma podstawowe znaczenie w sferze życia publicznego, wiążąc się ściśle z innymi wolnościami konstytucyjnymi wyrażającymi wolność działania jednostki (Wyrok TK, 2017). Wolność ta zapewnia obywatelom możliwość świadomego i czynnego udziału w realizacji władzy państwowej, czego warunkiem jest wolność prasy, bez której nie może być mowy o pełnej realizacji wolności wypowiedzi (wyrażania swoich poglądów oraz pozyskiwania i rozpowszechniania informacji). Gwarancje te znalazły wyraz już w historycznych, fundamentalnych dla rozwoju praw człowieka i obywatela aktach prawnych. W art. 11 Deklaracji Praw Człowieka i Obywatela z 26.08.1789 r. wprowadzono zapis, który stwierdzał, iż *wolny przepływ myśli i opinii jest jednym z najcenniejszych praw człowieka; każdy obywatel może więc mówić, pisać, wydawać swobodnie, z wyjątkiem nadużywania tej wolności w przypadkach określonych przez ustawę. Uznaje się, że wolność środków społecznego przekazu stanowi pochodną wolności wyrażania poglądów, która ma charakter pierwotny* (Winczorek, 2008, s. 131).

Wolna prasa, to fundament realizacji prawa obywateli do rzetelnej, uczciwej, jasnej, odpowiedzialnej informacji. Jest ona wynikiem wolności myśli, z której z kolei wynika wolność przekonań, składająca się z wolności wyrażania poglądów, kultywowania tradycji i wyznawania religii. Wolność myśli i wolność przekonań znajdują uzewnętrznienie tylko wtedy, gdy istnieje wolność wypowiedzi, czyli prezentacji poglądów i przekonań w różnej formie. *Treścią wolności słowa jest prawo nieskrępowanego wyrażania poglądów, zarówno w formie mówionej, jak i do utrwalania tych słów oraz do ich publikacji w postaci pisma odręcznego, druku, zapisu za pomocą dźwięku i obrazu* (Sobczak, 2008, s. 31).

Wolność słowa jest zapewniana na dwóch płaszczyznach: jako wolność do uzyskiwania informacji — przez obywateli, a także jako wolność informowania — na rzecz

prasy. Realizacja wolności informowania winna być zapewniona przez możliwie szerokiego dostępu do wszelkich dóbr, które to prawo realizują. W tym kontekście realizacja wolności prasy wymagać będzie ograniczenia wolności innych osób, także twórców, w odniesieniu do ich utworów wykorzystywanych przez prasę w ramach dozwolonego użytku. Z tego właśnie powodu gwarancje wolnościowe są realizowane także przez ograniczenia wolności innych osób. Realizacja wolności prasy powinna następować we wszystkich sferach z użyciem lub z wykorzystaniem środków przekazu, jako gwarant realizacji praw wolnościowych.

Prasa jako adresat dozwolonego użytku w celach informacyjnych

Prasa to publikacje periodyczne, które nie tworzą zamkniętej, jednorodnej całości, ukazują się nie rzadziej niż raz do roku, są opatrzone stałym tytułem albo nazwą, numerem bieżącym i datą, a w szczególności: dzienniki i czasopisma, serwisy agencyjne, stałe przekazy telexowe, biuletyny, programy radiowe i telewizyjne oraz kroniki filmowe; prasą są także wszelkie istniejące i powstające w wyniku postępu technicznego środki masowego przekazywania, w tym także rozgłośnie oraz tele — i radiowęzły zakładowe, upowszechniające publikacje periodyczne za pomocą druku wizji, fonii lub innej techniki rozpowszechniania (Ustawa prawo prasowe). Definicja ta, choć pochodzi z roku 1984 i brzmi archaicznie (trudno dziś spotkać radiowęzeł zakładowy), jest zakresowo pojemna. W jej świetle należy uznać, że prasą są przekazy, spełniające łącznie przesłanki wymienione w powyższej definicji. Z pewnością prawna definicja prasy wykracza poza potoczne rozumienie tego pojęcia, które oznacza wydawnictwa drukowane (Skrzypczak, 1999, s. 426). Jej właściwa wykładnia ma kluczowe znaczenie także dla określenia podmiotu, który może korzystać z ograniczeń praw autorskich gwarantowanych prasie. Nie ma jednak żadnej wątpliwości, iż Ustawodawca ogranicza prawa autorskie w celach informacyjnych na rzecz prasy, wskazując prasę, radio i telewizję jako adresata ograniczeń. Stosowany przez ustawodawcę podział na trzy grupy podmiotów: prasę, radio i telewizję nie ma znaczenia w świetle powyższej definicji prasy i obejmuje swym zakresem wskazane przez ustawodawcę trzy grupy podmiotów.

Pojęcie prasy determinuje zatem wystąpienie łącznie określonych przesłanek, takich jak: periodyczność, otwartość i różnorodność treści (Orzeczenie SN, 2016), określona częstotliwość ukazywania się (nie rzadziej niż raz do roku).

Doktryna przyjmuje jednak, że nie każda z tych przesłanek ma takie samo znaczenie. Za najważniejszą uznano periodyczność ukazywania się, a inne, takie jak numer bieżący czy datę uznaje się za kryteria pomocnicze, których brak nie dyskwalifikuje uznania danego przekazu za prasę (Zaremba, 2007, s. 27).

Przesłanka periodyczności w znaczeniu oznaczającym regularne, okresowe, rytmiczne wydawanie ze stałą nazwą i ciągłą numeracją, wydawane w określonych odstępach czasu — rzadko kiedy ma odniesienie do witryn internetowych spełniających powyższe cechy (Skrzypczak, 2014, s. 305), a także blogów (<https://pl.wikipedia.org/wiki/Blog>, 26.06.2018). Tym, co najczęściej będzie odróżniało blogi od prasy, to jednorodność ich treści (Zaremba, 2007, s. 27). Według niektórych stanowisk doktryny wymóg periodyczności oznacza prowadzenie prasowej działalności wydawniczej z pewną regularnością o cechach stałości, co nie oznacza wyłącznie konieczności publikowania w stałych odstępach czasu (Wyrok TK, 2011). Sam fakt, że w portalu zachodzi wymiana informacji na skutek ich nieustającej dezaktualizacji lub że dodawane są nowe aktualniejsze informacje i że proces ten odbywa się codziennie lub nawet zachodzi w trybie ciągłym, nie jest wystarczający do uznania, że w tego rodzaju działaniach mamy do czynienia z elementem periodyczności (Ożóg, 2007, s. 428). Podobnie radykalne stanowisko głoszą J. Barta i R. Markiewicz uznając za spełnienie tej przesłanki sukcesywne, następujące w regularnych odstępach czasu, ukazywanie się kolejnych, nowych nośników informacji przynależnych do danego druku czy przekazu (Barta, Markiewicz, 2007). Mniej radykalne stanowiska uznają, iż należy uznać jako periodyczność także różność częstotliwości ukazywania się publikacji internetowych (Wojtasik, 2001, s. 40).

Szerokie rozumienie pojęcia periodyczności stosuje Wojewódzki Sąd Administracyjny w Warszawie (Postanowienie SA, 2008) oraz Sąd Okręgowy w Lublinie (Wyrok SO, 2014). W pierwszym orzeczeniu uznano za prasę witrynę internetową aktualizującą informacje zawarte w książkach wydanych przez skarżącego, natomiast w drugim orzeczeniu zakwalifikowano do miana prasy, prowadzony w formie elektronicznej biuletyn informacyjny urzędu miasta (Zaremba, 2014, s. 153–159).

Zdaniem niektórych badaczy materiały wprowadzane i rozpowszechniane w sieci, które są elektronicznym odpowiednikiem wydań drukowanych, można traktować jako prasę w rozumieniu przepisów ustawy. Podkreśla się, iż najważniejsze, aby zachowane były cechy prasy: periodyczność ukazywania się w sieci, stały tytuł (nazwa), kolejne numery i uwidocznienie daty. *Ani sposób zapisania pisma, ani sposób jego udostępniania, nie powinny wyłączyć prasy w Internecie poza zakres działania ogólnych uregulowań odnoszących się do prasy* (Barta, Markiewicz, 1999, s. 189). Czasowa aktualizacja regularnie wydawanych wydań *on line* nie zaprzecza periodyczności (Balcarczyk, 2008, s. 30–33). Z kolei *newslettery* przesyłane pocztą elektroniczną stanowią prasę, jeśli nie są wyłącznie kierowane do ściśle określonego grona osób, wyselekcjonowanego przez wydawcę (Czarny-Drożdziejko, 2005, s. 203).

Reasumując, należy stwierdzić, że Internet jest wyłącznie środkiem przekazu, a nie prasą, natomiast za jego pośrednictwem może być wydawana prasa. Należy przychylić

się do stanowiska, które regularność publikacji zamieszczanych w internecie wiąże z jej ciągłością, a nie regularnością okresów pomiędzy poszczególnymi publikacjami. Dopiero analiza częstotliwości aktualizacji na danym portalu internetowym pozwala na ocenę, czy publikacje na nim zamieszczane mają charakter periodyczny? (Orzeczenie SN, 2015). Jak słusznie zauważa J. Sobczak prasa drukowana nie jest jedynym masowym środkiem komunikowania i działa w ramach szerszego systemu uwarunkowanego konstytucyjnie, zalecając uwzględnienie i rozważenie, w jakim stopniu normy prawne odnoszące się do prasy drukowanej odnoszą się do innych środków komunikowania (Sobczak, 2008, s. 316). Rozwijając tę myśl trzeba podkreślić, że system prawny regulujący proces komunikowania powinien być zwarty i koherentny, uwzględniający interesy społeczeństw w zakresie dostępu do informacji i korzystania z niej, także z wykorzystaniem dóbr chronionych na podstawie innych ustaw.

Zagwarantowane na podstawie art. 61 Konstytucji prawo do informacji, stanowiąc część prawa do wolności wypowiedzi przysługuje obywatelowi. M. Mucha dowodzi, że jest ono w gruncie rzeczy szczególnym rodzajem prawa do informacji określonym w art. 54 Konstytucji, które przysługuje nie tylko obywatelowi, ale każdemu (Mucha, 2002, s. 58). Jak podkreśla J. Sobczak, w odniesieniu do prasy prawo do informacji jest realizowane poprzez indywidualnie prowadzone czynności, przez dziennikarzy działających w imieniu wydawcy lub nadawcy. *To dziennikarz dla pozyskania informacji publicznej wykorzystuje dostęp do dokumentów oraz prawo wstępu na posiedzenia kolegialnych organów władzy publicznej* (Sobczak, 2008, s. 196).

Faktycznie, to dziennikarz bezpośrednio wykonuje prawa przyznane prasie w ramach ograniczeń praw autorskich, realizowane za pośrednictwem prasy i przyznane prasie. W takim rozumieniu wykonywania ograniczeń praw autorskich występuje jedność aksjologiczna norm, które do definicji prasy zaliczają nie tylko wydawnictwa spełniające określone cechy, ale także zespoły ludzi i poszczególne osoby zajmujące się działalnością dziennikarską. Tym samym prawo zagwarantowane prasie jest wykonywane przez jej przedstawicieli: dziennikarzy. Ma to duże praktyczne znaczenie, bowiem to dziennikarze wchodzi w faktyczne relacje społeczne, np. rejestrują publiczne wydarzenia i utwory w celu publikacyjnym. Ograniczenia praw autorskich przyznane na rzecz prasy w ramach dozwolonego użytku publicznego utworów są tym samym gwarancją wolności prasy i stwarzają jej warunki do realizacji szeroko pojętego prawa do informacji.

Zagwarantowana konstytucyjnie wolność informowania nakłada na państwo obowiązek stworzenia takich warunków w systemie prawa, aby możliwa była działalność prasy, umożliwiająca jej nie tylko dostęp do informacji *sensu stricto*, ale także dostęp do utworów zawierających przekaz informacyjny w formie bezpośredniej lub ukrytej. Bezpośrednia informacja zawarta w utworze będzie dotyczyła wyłącznie sfery informacyjnej ujętej w formę utworu

przez jej twórcze ujęcie determinujące ochronę prawnoprawną. Natomiast ukryta wartość informacyjna odnosi się do sfery poznawczej, jaką utwór niesie lub funkcji, jaką pełni w przekazie informacyjnym charakteryzującym przekaz prasowy.

Funkcje prasy

Monopol autorski doznaje zatem ograniczeń na rzecz prasy, która w celu realizacji swoich zadań i funkcji może z niego korzystać. Artykuł 1 prawa prasowego wskazuje dwie funkcje prasy: informacyjną, kontroli oraz krytyki, pozostawiając nauce sformułowanie i doprecyzowanie katalogu funkcji i zadań prasy. Doktryna wymienia najczęściej funkcje:

- 1) informacyjną,
- 2) propagandową,
- 3) organizatorską (organizowanie życia społecznego i politycznego),
- 4) kontrolną,
- 5) wychowawczą i
- 6) rozrywkową (Sobczak, 2008, s. 181).

Funkcje prasy wywodzone są często ze społecznych funkcji poszczególnych wypowiedzi prasowych, uznając za najistotniejszą funkcję informacyjną, będącą podstawą do wywiedzenia innych. W zależności od uświadomienia sobie przez autora materiału prasowego celu, jakiemu publikacja ma służyć, wyróżnia się funkcje zamierzone i niezamierzone. Z uwagi na fazy procesu komunikowania się podkreśla się funkcje: intencjonalne, nadane i pełnione, dodając czasem funkcję reklamy. Mówiąc o zadaniach prasy wskazuje się zadania polityczne, kulturalne i naukowe (Szulczewski, 1964, s. 65). Realizując linię programową, publikator prasowy wskazuje swoje preferowane funkcje i zadania.

Prasa jest często klasyfikowana ze względu na kryterium częstotliwości publikacji, wskazując dzienniki, dwutygodniki, miesięczniki, kwartalniki, półroczniki, roczniki. Według zasięgu terytorialnego wyodrębniono prasę zakładową (adresowaną do pracowników zakładu pracy), sublokalną (na obszarze miasteczka lub gminy), lokalną (dla społeczności powiatu lub kilku powiatów), regionalną (obejmującą terytorium województwa lub kilku województw), ogólnokrajową (wydawaną na terytorium danego państwa), międzynarodową (dla odbiorców wielu państw lub kontynentów). Tematyka prasy również stanowi kategorię podziału, w zakresie którego wyróżnia się prasę: prawniczą, sportową, ekonomiczną, literacką, techniczną. Adresat przekazu prasowego jest podstawą podziału, według którego można wyróżnić m.in. prasę dziecięcą, młodzieżową, kobiecą itd. Kwestie ideologiczne i światopoglądowe są kryterium podziału prasy na: konserwatywną, liberalną, katolicką, socjalistyczną, komunistyczną, pravicową czy lewicową. Istotna wydaje się także funkcja społeczna jakiej prasa służy i wyodrębnia się np.: prasę informacyjną, publicystyczną, rozrywkową. Coraz częściej stosowany jest podział

ze względu na poziom przekazu, wyliczając prasę: elitarną, popularną, bulwarową, brukową, tabloidową. Ze względu na rodzaj wydawcy wyróżnia się prasę: niezależną, partyjną, rządową, samorządową, konfesyjną, a z uwagi na porę ukazywania się wyróżnia się: dzienniki poranne, popołudniowe, wieczorne (Sobczak, 2008, s. 315).

Prasa tworzy pewien system masowego komunikowania zwany systemem prasowym, w ramach którego wyróżnia się system prasy wolnej, kierowanej i kontrolowanej. Określa ona prasę przez analizę ogólnych warunków jej działania, sytuacji ekonomicznej, wyrażanych przez prasę doktryn polityczno-społecznych, poglądów na rolę prasy, techniki produkcji, zasady działania służby informacyjnej, rządowej służby oraz warunków oddziaływania rządowego (Jabłoński, Wygoda, 2002).

Przy stosowaniu ograniczeń prawa autorskiego w zakresie dostępu prasy do utworów, nie można różnicować tego prawa w zależności od rodzaju funkcji, jakie publikacja z wykorzystaniem treści prawa autorskiego ma pełnić, czy systemu w jakim występuje. Równy dostęp jest zagwarantowany zarówno do utworów wykorzystanych w ambitnych publikacjach publicystycznych, jak i lekkich materiałach prasowych spełniających funkcję rozrywkową.

W odniesieniu do celu informacyjnego, jako przesłanki dozwolonego użytku dla przekazu prasowego, informacyjność przekazu stanowi funkcję zasadniczą. Występuje ona w obrębie innych funkcji prasy wskazanych przez doktrynę, jednak ich wyodrębnienie ma charakter uzupełniający, ukazujący bogactwo realizowanych przez prasę celów. Konstytutywną funkcją prasy jest jej informacyjność, a pozostałe funkcje, takie jak np. rozrywkowa, kontrolna czy edukacyjna stanowią jej cechy konsekwentne. Funkcje prasy posiadają zatem swoje denotacje zakresowe o cechach nadrzędności i krzyżowania się, jednak funkcja informacyjna ma znaczenie konstytutywne i występuje niezależnie od rodzaju funkcji jaką dany przekaz pełni. Tym samym cecha informacyjności, będąca podstawą korzystania przez prasę z utworów, występuje w przypadku każdego przekazu prasowego, który następuje w obrębie prasy z zachowaniem przesłanek tego pojęcia.

Wnioski końcowe

Informacje przekazywane w prasie są wiadomościami wyrażonymi słowem pisanim lub mówionym, a także obrazem w formie wizualnej, jako zdjęcia bądź zapis audiowizualny. Stanowią przekaz komunikacyjny będący *naturalnym systemem porozumiewania się człowieka, a więc mową artykułowaną z naturalnym systemem językowym* (Gołęga, 1994, s. 68).

Informacje medialne są szczególną kategorią przekazu, łączącego w sobie charakter rynkowy z celami i funkcjami publicznymi. Dostarczane są one i dystrybuowane przez różne media komunikacji publicznej — środki masowego przekazu — prasę drukowaną, radio, telewizję i internet. System komunikacji jest złożony z wielkich korporacji nastawionych na zysk oraz z mediów publicznych, w któ-

rych własność państwowa ma za zadanie zapewnienie osiągnięcia celów publicznych. Niestety w sferze mediów wciąż się ściera interes prywatny z celami publicznymi z uwagi na motywy finansowe i chęć zysku, która często góruje nad interesem publicznym (Żyżyński, 2016, s. 247). Niezależnie od tego udostępnianie informacji jest wyrazem wolności informowania i ma znaczenie dla rozwoju społeczeństw w zakresie szeroki funkcji jakie pełni prasa w procesie informowania. Wszelkie przejawy ograniczania dostępu do informacji są zabronione i penalizowane na podstawie przepisów prawa prasowego. Współczesny świat wymaga dla swego rozwoju wspierania w zakresie dostępu do informacji i zapewnienia ku temu gwarancji prawnych. Działanie państwa w tym zakresie jest realizowane w interesie społecznym, jakim jest cel informacyjny.

Informacje stanowią element ważnej komunikacji społecznej, która utrzymuje społeczeństwo w kontakcie ze zmieniającymi się wydarzeniami, tematami w otaczającej nas rzeczywistości. Niezależnie od funkcji jaką pełnią, ich wartością nadrzędną jest użyteczność dla wsparcia informacyjnego społeczeństwa (Kovatch, Rosentsil, 2007, s. 12). Celem dziennikarstwa jest dostarczenie tych informacji, aby społeczeństwo mogło podejmować decyzje najlepsze dla swoich wyborów i decyzji. Warto zauważyć, iż współcześnie pierwotne wytworzenie informacji wiąże się często z poniesieniem dużych kosztów na ich pozyskanie i odpowiednie przetworzenie w formę materiału prasowego. Prasa ponosi koszty dotarcia na miejsce zdarzeń, transportu sprzętu, podróży i akomodacji, wynagrodzenia dziennikarzy za ich pracę, której efektem jest przekaz informacji. Pierwotne wytworzenie materiału prasowego jest zatem bardzo kosztowne, natomiast jego rozpowszechnienie i dalsza reprodukcja w formie cyfrowego przekazu nie jest związana z żadnymi kosztami (Pochulak-Żołędowska, http://mikroekonomia.net/system/publication_files/313/original/8.pdf?1314952661, 10.07. 2018). Jednocześnie raz stworzony i rozpowszechniony materiał prasowy jest przekazem informacyjnym, który zawiera w sobie elementy dobra, zasługującego na jego wolny przekaz w imię szeroko pojętego prawa do informacji. Dostęp do niego nie powinien być reglamentowany, natomiast przybranie przez materiał prasowy formy utworu zasługuje na ochronę i dalsze korzystanie z niego powinno się odbywać jedynie na warunkach określonych w prawie autorskim.

Należy podkreślić, iż prawo autorskie adresuje możliwość skorzystania z dozwolonego użytku w celach informacyjnych wyłącznie na rzecz prasy. Uznanie podstawy skorzystania z tego ograniczenia praw autorskich ma więc zasadnicze znaczenie dla uznania jego podstaw i zasadności stosowania, o czym powinien pamiętać każdy korzystający przed skorzystaniem z ograniczeń, dokonując prawidłowej oceny, czy jego działalność ma charakter działalności prasowej. W przeciwnym razie może się zdarzyć, że skorzystanie z tych ograniczeń będzie miało cechy bezprawności, a korzystający narazi się na zarzut naruszenia praw autorskich. Natomiast cecha informacyjności, będąca podstawą korzystania przez prasę z utworów, występuje

w przypadku każdego przekazu prasowego, który następuje w obrębie prasy z zachowaniem przesłanek tego pojęcia.

Prawidłowa kwalifikacja podstaw dozwolonego użytku jest zatem gwarancją zasadności dozwolonych prawnie ingerencji w prawa autorskie na rzecz prasy. W celu poprawnej kwalifikacji celu ograniczeń należy funkcje te postrzegać w kategoriach zasadności celu ograniczeń, jakim jest prawo do szeroko rozumianej informacji i dostępu do niej, występującej także w formie utworów zawierających treści chronione prawem autorskim.

Bibliografia

- Bard, A., Soderqvist, J., tłum. Piotr Cypryański, (2006). *Nietokracja. Nowa elita władzy i życie po kapitalizmie*. Warszawa: Wydawnictwo Akademickie i Profesjonalne.
- Barta, J., Markiewicz, R., (2007, 9 października) Rejestracja e-dzienników i czasopism. *Rzeczpospolita*.
- Barta, J., Markiewicz, R. (1999). Postęp techniczny w mediach. W: J. Barta, R. Markiewicz (red.), *Prawo autorskie a postęp techniczny* (189), Kraków: Universitas.
- Balcarczyk, J. (2008) Prasa internetowa (cz. 1) — przybliżenie pojęcia, podstawa prawna. *Monitor Prawniczy*, (16); dod. spec. „Prawo Mediów Elektronicznych” nr 8.
- Czarny-Drożdżewski, E. (2005). *Dziennikarskie dochodzenie prawdy a przesłanki znieśławienia w środkach masowego przekazywania*. Kraków: Zakamycze.
- Dołęga, J. M. (1994). Problematyka informacji w ujęciu systemowym. *Studia Philosophiae Christianae ATK*, 30(2).
- Goban-Klas, T. (2001). *Komunikowanie masowe* (65), Warszawa: Wydawnictwo Naukowe PWN.
- Jaworski, L. (2016). Wolność wyrażania poglądów a wolność środków społecznego przekazu w Konstytucji Rzeczypospolitej Polskiej (34–46). W: J. Sobczak, K. Chałubińska-Jentkiewicz (red.), *Prawo prasowe między wymogami prawa, nakazami etyki a oczekiwaniami rynku*. Toruń: Adam Marszałek. Haber, L.H. (2001). Poznawcze aspekty badań nad społecznością informacyjną (30–43). W: L.H. Haber (red.), *Mikrospołeczność informacyjna. Na przykładzie miasteczka internetowego Akademii Górniczo-Hutniczej w Krakowie*. Kraków: Wydawnictwa AGH.
- Jabłoński, M., Wygoda, K. (2002). *Dostęp do informacji i jego granice*. Wrocław: Wydawnictwo Uniwersytetu Wrocławskiego.
- Koba, L. (2016). Zarządzanie mediami a społeczna odpowiedzialność. W: J. Sobczak, K. Chałubińska-Jentkiewicz (red.), *Prawo prasowe między wymogami prawa, nakazami etyki a oczekiwaniami rynku* (457–478). Toruń: Adam Marszałek.
- Kovatch, B., Rosentsil, T. (2007). *The elements of journalism. What newspeople should know and the public should expect*. (s. 12) New York, Three Rivers Press.
- Młynarska-Sobaczewska, A. (2011). Wolność informacji we współczesnej prasie — zakres i zagrożenia. W: J. Sobczak (red.), *Czy istnieje IV władza? Wolność prasy w teorii i praktyce* (58). Toruń: Wydawnictwo Adam Marszałek.
- Mucha, M. (2002). *Obowiązki administracji publicznej w sferze dostępu do informacji* (58). Wrocław: Wydawnictwo Uniwersytetu Wrocławskiego.
- Nowina-Konopka, M. (2006). Istota i rozwój społeczeństwa informacyjnego. W: M. Witkowska, K. Cholańska-Sosnowska (red.) *Spółczesność informacyjna. Istota, rozwój, wyzwania* (48). Warszawa: Wydawnictwo Akademickie i Profesjonalne.
- Ożóg, M. (2007). Reklama prasowa. W: E. Traple (red.), *Prawo reklamy i promocji* (428). Warszawa: Lexis Nexis.
- Sobczak, J. (2000). *Prawo prasowe*. Podręcznik akademicki. Warszawa: Muza.
- Sobczak, J. (2008). *Prawo prasowe. Komentarz*. Warszawa: Wolters Kluwer.
- Skrzypczak, J. (red.). (1999). *Popularna encyklopedia mass mediów*. Poznań: Kurpisz.
- Szulczewski, M. (1964). *Prasa a społeczeństwo*. Warszawa: Książka i Wiedza.
- Skrzypczak, J. (2014). Problemy z definiowaniem pojęcia prasa w erze cyfrowej (305) W: T. Kononiuk (red.), *Dziennikarz, twórca, prasa. Księga jubileuszowa z okazji pięćdziesięciolecia pracy naukowej profesora B. Michalskiego*. Warszawa: Oficyna Wydawnicza ASPRA-JR.

Słuszne wydaje się przyjęcie, iż wolność informacji stanowi element wolności wypowiedzi, komunikowania się, a najważniejsza jest ich funkcja, czyli uzyskanie wiedzy na temat rzeczywistości. Dzięki temu możliwa jest swobodna debata publiczna z udziałem środków masowego przekazu, będąca wymianą informacji i poglądów, także tych będących utworami, z których korzystanie będzie możliwe na podstawie dozwolonego użytku publicznego, adresowanego do prasy.

- Zacher, L. W. (2001). Polskie badania nad społeczeństwem informacyjnym: Przegląd wybiórczy. W: L. Haber (red.), *Polskie doświadczenia w kształtowaniu społeczeństwa informacyjnego: dylematy cywilizacyjno-kulturowe* (55). Kraków: Wydawnictwo Akademii Górniczo-Hutniczej.
- Winczorek, P. (2008). *Komentarz do Konstytucji Rzeczypospolitej Polskiej z dnia 2 kwietnia 1997 roku*. Warszawa: K.E. Liber.
- Wojtasik, M. (2001). Naruszanie dóbr osobistych w Internecie. *Radca Prawny*, (6).
- Zaremba, M. (2007). *Prawo prasowe. Ujęcie praktyczne*. Warszawa: Difin.
- Zaremba, M. (2014). *Prawo prasowe a internet — stande lege latai de lege ferenda* (153–159). W: D. Bychawska-Siniarska, D. Głowacka (red.), *Wirtualne media — realne problemy*. Warszawa: Helsińska Fundacja Praw Człowieka.
- Żyżyński, J. (2016). Informacja — towar czy dobro publiczne. W: T. Kononiuk, K. Kakareko (red.), *Zawód dziennikarza wobec współczesnych wyzwań* (247), Warszawa: Oficyna Wydawnicza ASPRA-JR.

Akty prawne:

- Konstytucja Rzeczypospolitej Polskiej z dnia 2.04.1997 r., DzU 1997, nr 78, poz. 483.
- Ustawa o prawie autorskim i prawach pokrewnych z dnia 4 lutego 1994 r., DzU 1994 poz. 94 nr 24 poz. 83.
- Ustawa prawo prasowe z dnia 26 stycznia 1984 r., DzU 1984 nr 5 poz. 24. z późn. zm.
- Deklaracja Praw Człowieka i Obywatela z 26.08.1789 r.

Orzeczenia:

- Wyrok Trybunału Konstytucyjnego z dnia 29.09.2008 r., SK 52/05, OTK ZU nr 7/A/2008, poz. 125.
- Postanowienie z 30.10.2008 r., II SA/Wa 1885/07, LEX nr 521930
- Wyrok z 24.02.2014 r., I C 1045/13, LEX nr 1845299).
- Wyrok Trybunału Konstytucyjnego z 20.02.2017 r., P 1/06, OTK ZU nr 2/A/2007, poz. 11.
- Orzeczenie Sądu Najwyższego z dnia 28.10.2016 r. I CSK 695/15, LEX nr 2188612).
- Orzeczenie Sądu Najwyższego z dnia 28.10.2016 r. I CSK 695/15, LEX nr 2188612.
- Wyrok Trybunału Konstytucyjnego z 14.12.2011 r., SK 42/09, OTK-A 2011/10, poz. 118.
- Postanowienie SN z 26 lipca 2007 r., IV KK 174/2007. OSN 2007, poz. 1737.

Źródła internetowe:

- Blogosfera, <https://pl.wikipedia.org/wiki/Blog>, dostęp dnia 26.06.2018.
- Pochulak-Żołędowska, E. (2018). Informacja jako dobro rynkowe http://mikroekonomia.net/system/publication_files/313/original/8.pdf?1314952661 dostęp 10.07. 2018 r.

Skróty:

- K — Konstytucja RP
TK — Trybunał Konstytucyjny
SN — Sąd Najwyższy
SA — Sąd Administracyjny
SO — Sąd Okręgowy

Z PRAKTYKI PRZEDSIĘBIORSTW

Zastosowanie art. 210 Kodeksu spółek handlowych przy zmianie umowy spółki komandytowej

Using art. 210 of Commercial companies code in amendments the provisions of the articles of association of limited partnerships

dr Tomasz Szczurowski

E-mail: t.szczurowski@uksw.edu.pl

Przedmiotem niniejszego artykułu jest problematyka reprezentacji przy zmianie umowy spółki komandytowej, w której współnikami są spółka z ograniczoną odpowiedzialnością oraz jej członek zarządu. Jest to sytuacja dość często występująca w obrocie, niemniej w praktyce tryb zmiany umowy tak utworzonej spółki komandytowej budził istotne wątpliwości. Problem pozostaje zresztą aktualny również w kontekście zmiany umowy spółki jawnej.

Streszczenie

Przedmiotem niniejszego artykułu jest analiza zastosowania art. 210 Ksh do zmiany umowy spółki komandytowej, której współnikami są spółka z o.o. oraz jej członek zarządu. Podstawą rozważań jest zapadła 7 września 2018 r. uchwała Sądu Najwyższego rozstrzygająca powyższe zagadnienie prawne. Autor aprobuje stanowisko wyrażone przez Sąd Najwyższy, wskazując iż uwzględni on brzmienie art. 9 Ksh, jak również charakter czynności prawnej polegającej na zmianie umowy spółki komandytowej.

Słowa kluczowe:

spółka komandytowa, zmiana umowy.

Summary

The article deals with the problem of amendments to the provisions of the articles of association of limited partnerships. It headlines the situation when the general partner is a company and the limited partner is the company's member of the management board. The author presents the judgement of The Supreme Court, dated 7.9.2018 r. The Supreme Court recognised that the company must be represented by the supervisory board or an attorney in fact, appointed under a resolution of the general meeting (art. 210 of The Commercial Company Code). The author supports the view of The Supreme Court and develops its arguments.

Key words:

limited partnerships, amendments to the provisions of the articles of association.

Wstęp

W obrocie gospodarczym dość często mamy do czynienia z sytuacją w której komplementariuszem spółki komandytowej jest spółka kapitałowa, zaś komandytariuszem jej współnik (akcjonariusz), będący jednocześnie członkiem jej zarządu. Konstrukcja taka pozwala na ograniczenie odpowiedzialności współników spółki z o.o., uzyskanie elastyczności działania, które przyświeca spółkom osobowym, jak również jest korzystna podatkowo (tak: Kidyba, s. 161; Herbet, s. 34). W praktyce niemieckiej konstrukcja taka określana jest mianem GmbH&Co KG, czyli „spółka z o.o. i spółka — spółka komandytowa”. W doktrynie trafnie wskazuje się, że zdecydowanie częstszym przypadkiem jest wystąpienie w roli komplementariusza spółki z o.o. niż spółki akcyjnej i z tego też względu dalsze uwagi będą odnosić się bezpośrednio do spółki komandytowej ze spółką z o.o. jako komplementariuszem, niemniej pozostają one aktualne również w sytuacji, gdyby status ten przysługiwał spółce akcyjnej (zob. Horosz, s. 377).

Zawarcie umowy

W zasadzie nie ma w tej chwili wątpliwości, że zawarcie umowy tak konstruowanej spółki z ograniczoną odpowiedzialnością musi odbyć się z poszanowaniem art. 210 Ksh. Zgodnie z art. 210 § 1 Ksh w umowie między spółką a członkiem zarządu oraz w sporze z nim spółkę reprezentuje rada nadzorcza lub pełnomocnik powołany uchwałą zgromadzenia współników (tak: Podświadek, s. 10).

Aczkolwiek zarówno w doktrynie, jak i orzecznictwie istniały poglądy opowiadające się za ograniczeniem zastosowania art. 210 § 1 Ksh jedynie do umów związanych z pełnioną przez członka zarządu funkcją, niemniej ostatecznie trafnie zwyciężył inny pogląd wskazujący na konieczność zastosowania art. 210 § 1 Ksh do każdej umowy zawieranej pomiędzy członkiem zarządu, a spółką z o.o. w której pełni swoją funkcję, a więc również do umowy spółki komandytowej zawieranej pomiędzy tymi podmiotami (zob. Kopiczyńska-Pieczniak, s. 15 i literatura tam powołana).

Trzeba jeszcze odnotować, że w przypadku gdy umowa spółki komandytowej byłaby zawierana z użyciem wzorca udostępnianego w systemie teleinformatycznym, to wchodziłoby w grę zastosowanie art. 210 § 11 Ksh, który stanowi, że uchwała o powołaniu pełnomocnika, o którym mowa w § 1, powołanego w celu zawarcia z członkiem zarządu umowy spółki, która ma zostać zawarta przy wykorzystaniu wzorca umowy, może być podjęta przy wykorzystaniu wzorca udostępnionego w systemie teleinformatycznym.

Wreszcie nie można wykluczyć, że stronami umowy spółki komandytowej będą jednoosobowa spółka z ograniczoną odpowiedzialnością i jej jedyny wspólnik będący jedynym członkiem zarządu, co aktualizować z kolei będzie zastosowanie art. 210 § 2 Ksh, zgodnie z którym w takiej sytuacji, przepisu art. 210 § 1 Ksh nie stosuje się. Czynność prawna między tym wspólnikiem a reprezentowaną przez niego spółką wymaga formy aktu notarialnego. O każdorazowym dokonaniu takiej czynności prawnej notariusz zawiadamia sąd rejestrowy, przesyłając wypis aktu notarialnego. Z uwagi na formę umowy spółki komandytowej nowością w tym kontekście jest jedynie obowiązek notariusza zawiadomienia sądu rejestrowego (por. Kidyba, s. 166, który zaznacza, że w procesie tworzenia spółki obowiązek zawiadomienia sądu rejestrowego nie ma zastosowania). Powyższa norma nie wyklucza jednak zastosowania wzorca umowy udostępnionego w systemie teleinformatycznym. Zgodnie z art. 210 § 3 Ksh wymogu zachowania formy aktu notarialnego, o którym mowa w § 2, nie stosuje się do czynności prawnej dokonywanej przy wykorzystaniu wzorca udostępnionego w systemie teleinformatycznym.

Jedną z najnowszych wypowiedzi orzecznictwa dotyczącą zastosowania art. 210 Ksh w procesie zawierania umowy spółki komandytowej jest postanowienie Sądu Okręgowego w odzi z 17 października 2018 r. XIII Ga 299/18, Portal Orzeczeń Sądów Powszechnych, w którym jednoznacznie opowiedziano się za zastosowaniem w tym przypadku art. 210 Ksh. Zaznaczono jednocześnie, że art. 210 Ksh musi być uwzględniony również w razie zawierania umowy spółki komandytowej w procesie przekształcenia spółki, w której wspólnikami są spółka z ograniczoną odpowiedzialnością i członek zarządu tej spółki.

Zmiana umowy spółki komandytowej

Zagadnienie reprezentacji spółki z o.o. przy zawieraniu umowy spółki komandytowej w której wspólnikiem ma być także jej członkiem zarządu nie budzi dziś większych wątpliwości. Z tego też względu przedmiotem analizy w niniejszym artykule nie jest problematyka zawierania umowy spółki komandytowej w powyższym układzie sytuacyjnym, ale kwestia reprezentacji spółki z ograniczoną odpowiedzialnością przy zmianie umowy spółki komandytowej. Najczęściej kwestia ta pojawi się w spółce, której umowa była zawierana w sytuacji wyczerpującej hipotezę normy art. 210 Ksh. Niemniej rozważanie tej kwestii pozostawać może aktualne również w spółce w której udział spółki z o.o. i jej członka zarządu zaistniał już

w toku jej funkcjonowania, gdy doszło np. do nabycia ogółu praw i obowiązków wspólnika spółki komandytowej i w wyniku to którego nabycia wspólnikami spółki komandytowej stała się spółka z o.o. oraz członek jej zarządu. Sytuacja taka najczęściej pojawia się w spółce komandytowej i do niej będą ograniczone poniższe rozważania. Trzeba jednak wskazać, że pozostają one aktualne również w tych przypadkach, gdy analogiczny stan rzeczy zaistniał w spółce jawnej, natomiast z natury rzeczy nie wstąpi w spółce partnerskiej.

Regulacja dotycząca zmiany umowy spółki komandytowej jest nader lakoniczna. Jedynym przepisem wprost odnoszącym się do tej problematyki jest art. 9 Ksh, który stanowi, że zmiana postanowień umowy spółki wymaga zgody wszystkich wspólników, chyba że umowa stanowi inaczej. Przepis ten stoi na gruncie zasady jednomyślności, która ma zasadnicze znaczenie w spółkach osobowych, niemniej dopuszczając od niej odstępstwo na podstawie właśnie umowy spółki. Art. 9 Ksh nie reguluje jednak kwestii reprezentacji poszczególnych wspólników przy dokonywaniu zmiany umowy. Z tego też względu pojawia się zasadnicze pytanie, czy w tym przypadku zachodzi konieczność dochowania reguł reprezentacji wynikających z art. 210 Ksh.

Stanowisko orzecznictwa

Doktryna prawa handlowego rozważanym problemem bezpośrednio w zasadzie się dotychczas nie zajmowała. Zasadniczą natomiast wypowiedzią orzecznictwa w tym przedmiocie jest uchwała Sądu Najwyższego z 7 września 2018 r. III CZP 42/18, niepubl. Uchwała ta zapadła w odpowiedzi na pytanie prawne dotyczące wprost tematyki niniejszego artykułu, a mianowicie czy dla zmiany umowy spółki komandytowej, w której komplementariuszem jest spółka z ograniczoną odpowiedzialnością, zaś jednym z komandytariuszy członek zarządu tej spółki, prawidłowe jest reprezentowanie komplementariusza przez radę nadzorczą lub pełnomocnika powołanego w trybie art. 210 § 1 Ksh, czy też przez zarząd spółki. Sąd Najwyższy odpowiadając na powyższe zagadnienie prawne jednoznacznie uznał, że jeżeli członek zarządu spółki z ograniczoną odpowiedzialnością jest wraz z tą spółką wspólnikiem spółki komandytowej, do wyrażenia przez spółkę z ograniczoną odpowiedzialnością zgody na zmianę umowy spółki komandytowej — wymaganej na podstawie art. 9 Ksh — ma zastosowanie art. 210 § 1 Ksh.

W uzasadnieniu wskazano, że zgodnie z art. 9 Ksh zmiana postanowień umowy spółki osobowej wymaga zgody wszystkich wspólników, chyba że umowa spółki stanowi inaczej. Zmiana umowy jest czynnością dokonywaną przez wszystkich wspólników, a nie przez jakikolwiek organ spółki, jak ma to miejsce w przypadku spółek kapitałowych. Oznacza to, że dla skutecznego przeprowadzenia zmiany umowy spółki komandytowej, przy jednoczesnym zachowaniu wymagań, co do formy umowy (art. 77 § 3 Kc w zw. z art. 2 i 106 Ksh), wystarczające jest przedłożenie do wniosku o wpis w rejestrze stosownej

zmiany umowy spółki, jako materialnej podstawy wpisu, odpisu aktu notarialnego zawierającego oświadczenia wszystkich współników w kwestii zmiany umowy spółki w zakresie objętym tym aktem notarialnym (umowy współników o zmianie umowy spółki tzw. umowa zmieniająca) albo protokołu notarialnego zawierającego jednomyślną uchwałę współników spółki komandytowej w przedmiocie zmiany umowy spółki. Zmiana umowy spółki osobowej, nie jest czynnością prawną spółki, a zgodnie z art. 9 Ksh do jej zawarcia niezbędna jest zgoda wszystkich współników, co w przedmiotowej sprawie oznacza konieczność występowania obok siebie spółki z ograniczoną odpowiedzialnością będącej komplementariuszem spółki komandytowej oraz członka zarządu tej spółki jako komandytariusza w tej samej spółce komandytowej.

Dalej analizując zastosowanie w tym przypadku art. 210 Ksh Sąd Najwyższy stwierdza, że użyty w art. 210 § 1 Ksh zwrot „w umowie między spółką a członkiem zarządu” oznacza wszystkie czynności prawne związane z taką umową, a także wszystkie akty wiedzy powiązane merytorycznie z taką umową, tj. zawarcie tej umowy, jej zmianę, odstąpienie od niej przez spółkę, wypowiedzenie jej przez spółkę, członka zarządu czy inną stronę, rozwiązanie jej za porozumieniem stron, uchylenie się od złożonego pod wpływem błędu oświadczenia woli, zgłoszenie wady, potrącenie, zgłoszenie zarzutu przedawnienia, uznanie roszczeń, zawarcie ugody itd. Zachowanie konsekwencji w zakresie postrzegania celu art. 210 § 1 Ksh (ochrona interesu spółki z o.o.) oraz przesłanek zastosowania tego przepisu uzasadnia przyjęcie, iż również przy zmianie umowy spółki komandytowej oświadczenie w imieniu spółki z o.o. powinno być złożone przez radę nadzorczą lub pełnomocnika powołanego uchwałą współników, gdy jednocześnie status współnika w spółce komandytowej ma członek zarządu spółki z o.o.

Podsumowując niejako Sąd Najwyższy stwierdził, że zagrożenia, stanowiące ratio wprowadzenia szczególnych zasad reprezentacji spółki z o.o. z art. 210 § 1 Ksh aktualizują się nie tylko na etapie zawierania umowy spółki komandytowej, ale również przy zmianie umowy spółki. Kolidacja interesów pomiędzy członkiem zarządu a spółką z o.o. może prowadzić do sytuacji, w której to w wyniku zmiany umowy spółki komandytowej będą wprowadzane do umowy spółki postanowienia bezpośrednio godzące w interes spółki z o.o., jako współnika w tejże spółce, np. członek zarządu, jako komandytariusz w spółce komandytowej może podejmować działania prowadzące do zmiany w umowie spółki postanowień dotyczących określenia sumy komandytowej (zmniejszenie sumy komandytowej), co może prowadzić do zmniejszenia zakresu jego odpowiedzialności za zobowiązania spółki; w wyniku zmiany umowy spółki komandytowej możliwe jest również zwiększenie świadczeń spółki z o.o. jako współnika na rzecz spółki w postaci kreowania obowiązku wniesienia „dodatkowych” wkładów do spółki.

Analogiczne stanowisko nieco wcześniej wyraził Sąd Okręgowy w Warszawie w postanowieniu z dnia 7 czerwca 2018 r. XXIII Ga 566/18, Portal Orzeczeń Sądów Powszechnych.

Wnioski

W mojej ocenie w pełni zasługuje na podzielenie pogląd uznający konieczność zastosowania art. 210 Ksh w procedurze zmiany umowy spółki komandytowej złożonej w szczególności ze spółki z ograniczoną odpowiedzialnością oraz jej członka zarządu. Dla powyższego wniosku nie ma jednocześnie znaczenia, czy spółka z o.o. i jej członek zarządu są jedynymi współnikami spółki komandytowej, czy też współników jest więcej — w każdej bowiem z tych sytuacji mamy do czynienia z umową pomiędzy spółką z o.o., a jej członkiem zarządu, a w dodatku w każdym z tym przypadków zachodzi konflikt interesów, którego istnienie jest przyczyną ustanowienia art. 210 Ksh (por. Nowacki, s. 1270, który trafnie wskazuje, że art. 210 § 1 Ksh nie stanowi o reprezentacji spółki w relacji do członka zarządu, ale „w umowie między spółką a członkiem zarządu” i brak jest podstaw do wyłączenia z powyższego zakresu przedmiotowego czynności wielostronnych). Za stanowiskiem uznającym konieczność zastosowania w rozważanej sytuacji art. 210 Ksh przemawia szereg argumentów.

Przede wszystkim należy zaznaczyć, że na gruncie spółek osobowych, inaczej niż w spółkach kapitałowych wymogiem zmiany umowy jest zgoda wszystkich współników, a nie ich uchwała lub uchwała jakiegoś organu. Fakt ten w mojej ocenie musi prowadzić do odmiennej oceny charakteru czynności prawnej zmieniającej umowę spółki osobowej od analogicznej czynności w spółkach kapitałowych. Odwołanie się w spółkach osobowych do zgody współników prowadzi do wniosku, że czynność prawna zmiany umowy jest ich aktem prawnym, co już otwiera drogę do stosowania art. 210 Ksh. Skoro bowiem czynność ta jest dokonywana pomiędzy współnikami, to jej stroną są w szczególności spółka z ograniczoną odpowiedzialnością i członek jej zarządu, którzy w rozważanej sytuacji występują w roli współników spółki komandytowej. Zmiana umowy spółki komandytowej jest więc porozumieniem zwłaszcza pomiędzy tymi podmiotami, a taka sytuacja podpada pod normę art. 210 Ksh.

W powyższym kontekście należy dodać, że w rzeczywistości konstrukcja normy art. 9 Ksh ustanawiającej wymóg zgody wszystkich współników na dokonanie zmiany umowy spółki osobowej może budzić wątpliwości, zwłaszcza w kontekście przyznania spółce osobowej, w szczególności spółce komandytowej, podmiotowości prawnej. Jest to rozwiązanie zgoła odmienne do tego, które obowiązuje na gruncie spółek kapitałowych. Ustawodawca mimo przyznania spółkom osobowym, podobnie jak i spółkom kapitałowym podmiotowości prawnej, inaczej jednak uregulował procedurę zmiany ich umowy. O ile bowiem w spółce z ograniczoną odpowiedzialnością do zmiany umowy konieczna jest uchwała współników (art. 255 § 1 Ksh), zaś w spółce akcyjnej zmiana statutu wymaga uchwały walnego zgromadzenia (art. 430 § 1 Ksh), o tyle w spółce osobowej ustawodawca wprost nie stanowi o konieczności podjęcia uchwały, a w miejsce tego ustanawia wymóg zgody wszystkich współników. W doktrynie trafnie wskazuje się, że rozwiązanie przyjęte w art. 9 Ksh charaktery-

styczne jest bardziej dla umów cywilnoprawnych (por. Tarska, s. 292). Nie można przeoczyć, że zmiana umowy spółki osobowej ma również inne cechy specyficzne odróżniające ją od zmiany umowy (statutu) spółki kapitałowej. O ile bowiem wpis do KRS zmiany umowy spółki osobowej ma jedynie znaczenie deklaratoryjne, o tyle w spółkach kapitałowych wpis ten jest warunkiem skuteczności zmiany, albowiem na charakter konstytutywny. Z powyższego wynika, że ustawodawca mimo wyposażania obu typów spółek w podmiotowość prawną, nieco odmiennie traktuje zmianę umowy spółki osobowej, a to oznacza iż nie jest wcale wykluczonym przyjęcie, że czynność zmiany umowy spółki osobowej będzie miała inny charakter niż analogiczna czynność w spółkach kapitałowych.

W mojej ocenie powyższe rozróżnienie, zwłaszcza w kontekście jednoznacznego brzmienia art. 9 Ksh jest konsekwencją faktu, iż w spółkach osobowych nie doszło do pełnego zerwania tej spółki z jej substratem personalnym, co wyraża się w fakcie, że spółka osobowa jest jedynie ustawową (ułamną) osobą prawną, natomiast nie ma osobowości prawnej, jak również ponoszeniem przez wspólników subsydiarnej odpowiedzialności za zobowiązania spółki. Następnie zaś do spółek osobowych nie ma zastosowania teoria organów — spółki te bowiem co do zasady nie mają organów, a zwłaszcza nie doszło do wyodrębnienia organu na kształt zgromadzenia wspólników spółki z ograniczoną odpowiedzialnością, czy walnego zgromadzenia spółki akcyjnej. Konsekwencją takiego rozwiązania widać choćby w spółce komandytowo-akcyjnej w której walne zgromadzenie nie jest organem spółki, a jedynie akcjonariuszy. Truizmem jest stwierdzenie, że w spółkach osobowych pierwszorzędne znaczenie mają relacje personalne, a spółka jest przede wszystkim „spółką wspólników” a dopiero w drugiej kolejności podmiotem prawa. W takiej zaś sytuacji w pełni uzasadnionym jest przyznanie wspólnikom decydującego wpływu na byt prawny spółki poprzez przyznanie im właśnie prawa do wyrażania zgody na zmianę umowy spółki, a więc uznanie tej czynności za dokonanej przez nich, co jak już podkreślałem przemawia za zastosowaniem do niej art. 210 Ksh.

W tym kontekście Sąd Najwyższy trafnie odczytał treść art. 9 Ksh i prawidłowo określił charakter prawny czynności prawnej zmieniającej umowę spółki osobowej, a ostatecznie zasadnie uznał, że do tego porozumienia art. 210 Ksh znajduje pełne zastosowanie. Sąd Najwyższy podkreślił, że art. 210 § 1 Ksh stosuje się nie tylko przy zawieraniu umowy w nim wskazanej, ale również przy dokonywaniu jakichkolwiek czynności następczych z umową tą związanych, a więc w szczególności przy zawieraniu porozumienia zmieniającego tę umowę.

Niezależnie od argumentów podnoszonych przez Sąd Najwyższy należy stwierdzić, że również wykładania systemowa art. 9 Ksh przemawia za przyjęciem, że zmiana umowy spółki osobowej stanowi porozumienie zawarte pomiędzy wspólnikami, a nie czynność prawną spółki. Należy bowiem przypomnieć, że art. 9 Ksh wprowadza wymóg zgody wspólników. Odwołanie do wymogu zgody mamy również w art. 41 § 1 Ksh, art. 43 Ksh. Tymczasem inne przepisy Ksh dotyczące spółek osobowych posługują

się pojęciem uchwały wspólników. W tym ostatnim kontekście należy choćby przywołać art. 39 § 2 Ksh, art. 40 § 1, 2 Ksh, art. 42 Ksh, art. 44 Ksh, art. 58 § 1 pkt 2 Ksh. Skoro art. 9 Ksh ustanawia wymóg zgody wszystkich wspólników, a nie konieczność podjęcia przez nich jednomyślnej uchwały, to również ta okoliczność przemawia na rzecz popieranego przeze mnie poglądu Sądu Najwyższego. Odmienna interpretacja czyniłaby bezprzedmiotowym rozróżnienie w Ksh przypadku zgody wszystkich wspólników od sytuacji w której wprowadzony jest wymóg jednomyślnej uchwały wspólników. W tym kontekście należy jeszcze przywołać art. 42 Ksh, zgodnie z którym jeżeli w sprawach nieprzekraczających zwykłych czynności spółki wymagana jest uchwała wspólników, konieczna jest jednomyślność wszystkich wspólników mających prawo prowadzenia spraw spółki. Z powyższej normy wynika, że w sytuacji w której konieczna jest zgodna uchwała wspólników ustawodawca posługuje się pojęciem jednomyślności, a nie zgody wszystkich wspólników. Potwierdza to art. 43 Ksh, który stanowiąc o czynnościach przekraczających zwykły zarząd już nie odwołuje się do jednomyślności, ale zgody wspólników (por. Rodzyńkiewicz, s. 100, który w kontekście brzmienia powyższego przepisu wskazuje, że zgoda o której w nim mowa nie musi być równoznaczna z podjęciem uchwały). Ustawodawca konsekwentnie więc odróżnia jednomyślną uchwałę od przypadku zgody wspólników. Jest tak z pewnością z tego właśnie względu, że inaczej należy traktować uchwałę wspólników od czynności wyrażającej zgodę wszystkich wspólników. O ile bowiem w tym pierwszym przypadku można mówić o czynności prawnej spółki, o tyle druga sytuacja dotyczy czynności wspólników. Dystynkcja ta jest uzasadniona właśnie osobowym charakterem spółki komandytowej w której na pierwszy plan wysuwa się jednak element osobowy przed elementem kapitałowym.

Wreszcie należy zaznaczyć, że zastosowanie art. 210 § 1 Ksh w przedmiotowej sytuacji, na co zwracał uwagę Sąd Najwyższy jest uzasadnione również z uwagi na ochronną rolę tej regulacji prawnej. Przepis ten ma bowiem przeciwdziałać sytuacjom w których mogłoby dojść do naruszenia interesu spółki z ograniczoną odpowiedzialnością przez mającego rozbieżne interesy członka zarządu tej spółki. Skoro norma ta ma zastosowanie do zawierania umowy spółki osobowej, to konieczność jej zastosowania pozostaje aktualna również w przypadku zmiany tej umowy. W odmiennej sytuacji łatwo bowiem mogłoby dojść do jej obejścia.

Nie można również pominąć, że w doktrynie wskazuje się na szczególny charakter zgody wyrażanej na podstawie art. 9 Ksh. A. Kidyba zasadnie podkreśla, że w osobie wspólnika mamy do czynienia z połączeniem uprawnień organizacyjnych (prowadzenie spraw, reprezentacja) i korporacyjnych (prawo głosu, prawo wyrażania zgody). Jest to właśnie konsekwencją opisanego przeze mnie zjawiska silnego związku spółki osobowej jako odrębnego podmiotu prawa z tworzącym ją substratem — wspólnikami. Dalej precyzuje, że realizacja prawa głosu, w postaci czy to uchwały, czy to wyrażenia zgody, jeżeli ma charakter stricte korporacyjny, powiązany — z tytułu uczestnictwa w spółce — z uprawnieniami właścicielskimi, a oderwanymi

od prowadzenia spraw, powoduje, że uchwały będą dotyczyły zupełnie innych sytuacji niż te podejmowane w ramach prowadzenia spraw spółki i będą poza kompetencją do prowadzenia spraw. Jako przypadek zgody stricte korporacyjnej A. Kidyba wymienia właśnie art. 9 Ksh. Następnie A. Kidyba stwierdza, że wyrażenie zgody na określone czynności stanowi jednostronne oświadczenie woli wyrażające akceptację określonego postanowienia, rozstrzygnięcia czy czynności. Oświadczenia takie nie składają się na uchwałę, ale w wyniku zgodnych oświadczeń dokonanych przez strony stanowią one czynność prawną — umowę (art. 9 Ksh.; tak: Kidyba, Uchwały, s. 7).

Analogiczne stanowisko wyraziła również K. Kopaczyńska-Pieczniak, która zaznacza, że regulacje przewidujące z jednej strony podejmowanie uchwał przez wspólników, a z drugiej strony uzależniające określone skutki prawne od zgody, stanowią dowód zrównoważonego połączenia konstrukcji prawnej spółki osobowej (podmiotu prawa) oraz stosunku uczestnictwa w niej poprzez zawarcie umów między wspólnikami. W przypadku, gdy ustawa przewiduje uchwałę wspólników, akcentuje organizacyjny tryb kolektywnego podejmowania rozstrzygnięć w strukturze jednostki organizacyjnej. Z kolei stanowiąc o zgodzie, nawiązuje do tradycyjnego postrzegania spółki osobowej w stosunkach wewnętrznych jako węzła obligacyjnego łączącego wspólników. Wyrażenie przez wspólnika zgody jest oświadczeniem woli i nie jest tożsame z oddaniem głosu „za”. Oświadczenia te jako pochodzące od wszystkich wspólników w odróżnieniu od głosów nie składają się na uchwałę, ale jeżeli są zgodne, to stanowią czynność prawną — umowę (tak: Kopaczyńska-Pieczniak, s. 217–226, por. Sołtysiński, Moskwa, s. 1060, który w kontekście wynikającego z art. 9 Ksh wymogu zgody wspólników również zwracają uwagę, iż inny jest charakter uchwał, które dotyczą tylko rozstrzygnięcia spraw z zakresu prowadzenia spraw spółki).

Niezależnie od powyższego trzeba stwierdzić, że do odmiennego wniosku nie może doprowadzić treść art. 33¹ § 1 Kc. Zgodnie z tym przepisem do jednostek organizacyjnych niebędących osobami prawnymi, którym ustawa przyznaje zdolność prawną, stosuje się odpowiednio przepisy o osobach prawnych. Niemniej przepis ten odsyła do

stosowania do ułomnych osób prawnych ogólnych przepisów o osobach prawnych, zamieszczonych w Kc, a nie dotyczących konkretnego rodzaju osoby prawnej. Nade wszystko zaś należy wskazać, że kwestia sposobu zmiany umowy spółki osobowej została uregulowana w art. 9 Ksh i już z tego względu brak jest podstaw do stosowania przepisów o osobach prawnych, tym bardziej że te ostatnie zakładają istnienie organów, których spółka osobowa (w tym komandytowa) jest pozbawiona.

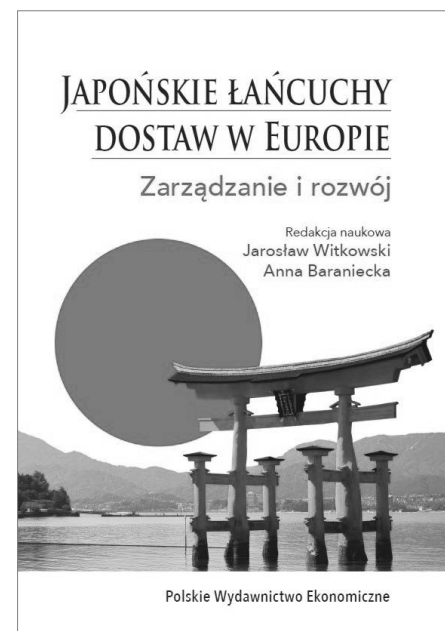
Wreszcie nie można pominąć, że w przepisach dotyczących spółek kapitałowych również pojawiają się regulacje wprowadzające wymóg zgody, np. art. 246 § 3 Ksh, który stanowi, że uchwała dotycząca zmiany umowy spółki, zwiększająca świadczenia wspólników lub uszczuplająca prawa udziałowe bądź prawa przyznane osobiście poszczególnym wspólnikom, wymaga zgody wszystkich wspólników, których dotyczy. Nie budzi wątpliwości, że zgoda ta ma charakter niezależny od samego aktu głosowania. Brak jest więc podstaw do odmiennego kwalifikowania charakteru zgody na gruncie spółek osobowych, gdzie to właśnie element osobowy spółki decyduje o jej naturze.

Dla porządku należy jeszcze dodać, że prezentowane przeze mnie aktualnie stanowisko nie stoi w sprzeczności z poglądem, który również popieram, a który sprowadza się do odmowy stosowania art. 210 Ksh do czynności prawnej dokonanej pomiędzy spółką osobową, a jej wspólnikiem (zob. Kopaczyńska-Pieczniak, s.16). Przejawem tego nurtu jest choćby wyrok Sądu Najwyższego z 11 grudnia 2015 r. III CSK 12/15, niepubl. Trzeba bowiem zaznaczyć, że z odmienną sytuacją mamy do czynienia w przypadku zmiany umowy spółki osobowej. Stosowanie w tym przypadku art. 210 Ksh następuje nie w związku z relacjami zachodzącymi w samej spółce komandytowej, ale w związku z zaistnieniem przypadku określonego wprost w art. 210 Ksh. Przepis ten w rozważanej sytuacji nie znajdzie więc zastosowania odpowiedniego, czy w drodze analogii, ale wprost, albowiem reguluje on właśnie reprezentację spółki z o.o. w umowie pomiędzy członkiem jej zarządu, a spółką, a zmiana umowy spółki komandytowej ma charakter czynności wielostronnej. Celem zastosowania w rozważanej sytuacji art. 210 Ksh nie jest zresztą ochrona spółki komandytowej, ale spółki z o.o.

Bibliografia

- Herbet, A. (2004). *Spółka komandytowa według kodeksu spółek handlowych. Komentarz*. Lublin: Towarzystwo Naukowe Katolickiego Uniwersytetu Lubelskiego.
- Horosz, P. (2018). *Spółka komandytowa typu einheitsgesellschaft — wybrane zagadnienia*. W: J. Frąckowiak (red.), *Kodeks spółek handlowych po 15 latach obowiązywania*. Warszawa: Wolters Kluwer Polska sp. z o.o.
- Kidyba, A. (2006). *Atypowe spółki handlowe*. Kraków: Kantor Wydawniczy Zakamycze.
- Kidyba, A. (2014). *Uchwały w spółkach osobowych i ich zaskarżenie*. *Przegląd Prawa Handlowego*, (9).
- Kopaczyńska-Pieczniak, K. (2013). *Pozycja prawna wspólnika spółki jawnej*. Warszawa: Wolters Kluwer Polska S.A.
- Kopaczyńska-Pieczniak, K. (2014). *Problem stosowania art. 210 § 1 Ksh odpowiednio lub per analogiam do wspólników uprawnionych do re-*
- prezentowania handlowych spółek osobowych. *Przegląd Prawa Handlowego*, (11).
- Nowacki, A. (2018). *Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością (Tom I). Komentarz: Art. 151–226 Ksh*. Warszawa: Wydawnictwo C.H. Beck.
- Podsiadek, M.R. (2001). *Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością jako komplementariusz w spółce komandytowej*. *Przegląd Prawa Handlowego*, (10).
- Rodzinkiewicz, M. (2009). *Kodeks spółek handlowych. Komentarz*. Warszawa: LexisNexis Polska sp. z o.o.
- Sołtysiński, S., Moskwa, P. (2016). W: A. Szajkowski (red.), *System prawa prywatnego (Tom 16). Prawo spółek osobowych*. Warszawa: Wydawnictwo C.H. Beck.
- Tarska, M. (2016). W: A. Szajkowski (red.), *System prawa prywatnego (Tom 16). Prawo spółek osobowych*. Warszawa: Wydawnictwo C.H. Beck.

Nowości PWE



www.pwe.com.pl